



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**PRECEDENTES JUDICIAIS COMO RAZÃO DE DECIDIR NO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
COERÊNCIA JURISPRUDENCIAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

**EDHYLA CAROLLINY VIEIRA VASCONCELOS ABOBOREIRA**

**TESE DE DOUTORADO**

**JOÃO PESSOA-PB**

**2025**

**EDHYLA CAROLLINY VIEIRA VASCONCELOS ABOBOREIRA**

**PRECEDENTES JUDICIAIS COMO RAZÃO DE DECIDIR NO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
COERÊNCIA JURISPRUDENCIAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos e Desenvolvimento

Linha de Pesquisa 2: Inclusão, Proteção e Defesa dos Direitos Humanos

**Orientador:** Prof. Dr. José Ernesto Pimentel Filho

**Coorientador:** Prof. Dr. Bianor Arruda Bezerra Neto

**JOÃO PESSOA-PB**

**2025**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**ATA DE DEFESA DE DOUTORADO**

Ata da Banca Examinadora da Doutoranda EDHYLA CAROLLINY VIEIRA VASCONCELOS ABOBOREIRA candidata ao grau de Doutora em Ciências Jurídicas.

Às 14h30 do dia 25 de abril de 2025, em ambiente virtual (<https://meet.google.com/bvu-fvco-ojz>), reuniu-se a Comissão Examinadora formada pelos seguintes Professores Doutores: José Ernesto Pimentel Filho (Orientador PPGCJ/UFPB), Bianor Arruda Bezerra Neto (Coorientador/UEPB), Ana Paula Basso (Avaliadora Interna PPGCJ/UFPB), Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato (Avaliador Interno PPGCJ/UFRN), Adriana Fasolo Pilati (Avaliadora Externa/UPF) e Glauco Salomão Leite (Avaliador Externo/UNICAP), para avaliar a tese de Doutorado da aluna Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos Aboboreira, intitulada: **“PRECEDENTES JUDICIAIS COMO RAZÃO DE DECIDIR NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: COERÊNCIA JURISPRUDENCIAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO”**, candidata ao grau de Doutor em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direitos Humanos e Desenvolvimento. Compareceram à cerimônia, além da candidata, professores, alunos e convidados. Dando início à solenidade, o professor José Ernesto Pimentel Filho (Orientador PPGCJ/UFPB) apresentou a Comissão Examinadora, passando a palavra à doutoranda, que discorreu sobre o tema dentro do prazo regimental. A candidata foi a seguir arguida pelos examinadores na forma regimental. Ato contínuo, passou então a Comissão, em caráter secreto, à avaliação e ao julgamento do referido trabalho, concluindo por atribuir-lhe o conceito APROVADO, o qual foi proclamado pela Presidência da Comissão, achando-se a candidata legalmente habilitada a receber o grau de Doutora em Ciências Jurídicas, cabendo à Universidade Federal da Paraíba providenciar, como de direito, o diploma de Doutor ao que a mesma faz jus. Nada mais havendo a declarar, a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, Wlly Annie Feitosa Barbosa, Assistente em Administração do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, lavrei a presente ata, que assino juntamente com os demais membros da banca, para certificar a realização desta defesa, assim como também a participação dos membros acima descritos na comissão examinadora. João Pessoa, 25 de abril de 2025. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

*Assinado Digitalmente – SIPAC/UFPB*  
**Prof. Dr. José Ernesto Pimentel Filho**  
*(Orientador PPGCJ - UFPB)*

**Prof. Dr. Bianor Arruda Bezerra Neto**  
(Coorientador - UEPB)

*Assinado Digitalmente – SIPAC/UEPB*

**Profª. Dra. Ana Paula Basso**  
(Avaliadora Interna PPGCJ - UFPB)

*Assinado Digitalmente – SIPAC/UEPB*

**Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato**  
(Avaliador Interno PPGCJ - UFPB)

**Profª. Dra. Adriana Fasolo Pilati**  
(Avaliadora Externa - UPF)

**Prof. Dr. Glauco Salomão Leite**  
(Avaliador Externo - UNICAP)

*Emitido em 09/05/2025*

**ATA Nº 03/2025 - CCJ - PPGCJ (11.01.46.04)**  
**(Nº do Documento: 3)**

**(Nº do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO)**

*(Assinado digitalmente em 09/05/2025 13:52 )*

**JOSE ERNESTO PIMENTEL FILHO**  
*PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR*  
1022283

*(Assinado digitalmente em 21/05/2025 18:24 )*

**FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS**  
**DEODATO**  
*PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR*  
1858135

*(Assinado digitalmente em 09/05/2025 13:49 )*

**WLLY ANNIE FEITOSA BARBOSA**  
*ASSISTENTE EM ADMINISTRACAO*  
2385717

*(Assinado digitalmente em 09/05/2025 14:13 )*

**ANA PAULA BASSO**  
*PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR*  
1058740

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sipac.ufpb.br/documentos/> informando seu número: **3**, ano: **2025**, documento (espécie): **ATA**, data de emissão: **09/05/2025** e o código de verificação: **56d411a828**

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

N799p Aboboreira, Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos.  
Precedentes judiciais como razão de decidir no  
supremo tribunal federal e a proteção dos direitos  
fundamentais : coerência jurisprudencial e liberdade de  
expressão / Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos  
Aboboreira. - João Pessoa, 2025.  
250 f.

Orientação: José Ernesto Pimentel Filho.  
Coorientação: Bianor Arruda Bezerra Neto.  
Tese (Doutorado) - UFPB/CCJ.

1. Decisão judicial. 2. Neoconstitucionalismo. 3.  
Juridição constitucional. 4. Brasil. I. Pimentel Filho,  
José Ernesto. II. Bezerra Neto, Bianor Arruda. III.  
Título.

UFPB/BC

CDU 347.95(043)

*Para Pablo, Laura e Joao Manuel,  
pelas travessias que superamos juntos.*

## AGRADECIMENTOS

No primeiro ano do doutorado, ouvi minha amiga Alana Ramos, egressa desse Programa de Pós-graduação, que esse período representaria parênteses na vida. Eu mal saberia que, juntamente com todo esforço e dedicação que uma pesquisa exige em condições normais, passaria por uma pandemia, geraria e receberia em meus braços um outro filho e passaria por momentos de noite escura da alma. Em razão disso, considero que este trabalho foi fruto de muitas mãos. Mãos estas que não me soltaram até o último ponto final colocado nesse texto.

Agradeço ao meu orientador, Professor José Ernesto Pimentel Filho, pelos ensinamentos que foram além do âmbito acadêmico. Agradeço por toda a paciência e compreensão, por acreditar no trabalho e em mim como pesquisadora.

Agradeço ao Professor Bianor Arruda Bezerra Neto por ter aceitado a coorientação com a pesquisa já avançada e pela sua contribuição necessária para pensar o cerne do objeto estudado.

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, no qual eu também concluí o mestrado e conheço de muito perto todos os desafios enfrentados para manter viva a qualidade acadêmica, sobretudo em anos turbulentos, de perseguição às universidades e ao conhecimento científico.

Como disse acima, esta tese não é apenas minha, mas da minha família. Sonharam junto comigo a aprovação no processo seletivo, acompanharam o desenvolvimento de todas as etapas da pesquisa e me seguraram quando precisei de forças para concluí-la.

Agradeço ao meu marido e companheiro de vida, Pablo Raoni. Suportamos juntos e concluímos juntos etapas importantes da nossa caminhada profissional, realizando sonhos que nos acompanham desde a mais tenra idade. O trajeto não foi fácil. Por vezes, caímos. Mas sempre nos levantamos nos braços um do outro.

Agradeço a Laura e a João Manuel por me ensinarem, através da maternidade, que não consigo controlar o curso da vida e a amar e desfrutar dos processos que passamos no seu decorrer.

Agradeço aos meus pais, Ednilson e Lucyene, por todo amor, afeto e suporte nesses anos; por serem excelentes avós e suprirem todas as ausências que precisei impor aos meus filhos durante esse processo. Assim como a meu sogro, Robert, e a Silnara, por abrirem mão de momentos e finais de semana para que minhas crianças fossem acolhidas e eu pudesse escrever. Sem essa rede de apoio, seria impossível concluir este projeto

Agradeço aos meus amados, Édipo e Aurora, por tudo que representa a consolidação de uma verdadeira irmandade, um pelo outro sempre. Aurora foi o principal presente que o Doutorado trouxe para minha vida. Ganhei uma irmã maravilhosa e especial para todo o sempre.

Agradeço às amigas que estiveram sempre presente na minha jornada acadêmica: Monique, Gilmara, Terlúcia, Clarissa. Mulheres pesquisadoras e integram um movimento de força no Direito que me inspiram.

Agradeço às amigas da Fluirá: Luiza, Nathalia, Regina, Gisley, Priscila, Sarah, Paula, Rebeca, Beatriz e Karine, por me sustentarem em oração, por me acolherem nas minhas vulnerabilidades nestes últimos anos.

Agradeço à minha psicóloga, Allana Lisboa, que não me deixou desistir faltando poucas a trilhas para findar essa jornada acadêmica.

Agradeço, sempre e infinitamente a Deus, por permitir que brotasse em meu coração o amor pela sabedoria e pelo conhecimento e que os tivessem como propósito de vida. Ao Criador de todas as coisas, a minha rendição pela grandiosidade da sua graça e das suas misericórdias.

*“Digo: o real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia” (Grande Sertão Veredas – João Guimarães Rosa).*

# PRECEDENTES JUDICIAIS COMO RAZÃO DE DECIDIR NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: COERÊNCIA JURISPRUDENCIAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

## RESUMO

Esta pesquisa apresenta a seguinte questão: a consolidação dos precedentes judiciais no processo constitucional brasileiro, como categoria processual apta para garantir direitos fundamentais como a liberdade de expressão, por si só, contribui para a coerência e a integridade do ordenamento jurídico? Dadas as características próprias que envolvem a jurisdição constitucional e a discussão sobre o seu papel e a legitimidade das suas decisões, na busca por respostas, delineou-se um objetivo geral, no qual busca-se investigar como é possível restringir o poder de decisão dos(as) juizes(as) e garantir a efetividade dos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, a partir da utilização dos precedentes como razão de decidir no Supremo Tribunal Federal. A tese tem caráter declaratório histórico ao afirmar que não há suficiente comprometimento hermenêutico por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal com a vinculação da fundamentação determinante dos seus julgados, o que os deixa em total liberdade para utilização ou não de precedente vinculante anterior, não contribuindo ou sofrendo influência de uma nova ordem processual instaurada após as alterações legislativas e os debates acadêmicos acerca de um sistema brasileiro de precedentes. Os precedentes judiciais passaram a ser objeto de estudo no Brasil como forma de resgatar valores de segurança e previsibilidade ao Direito nacional. O tema reflete a complexidade existente entre a incorporação do instituto estrangeiro ao sistema local à luz das peculiaridades históricas que lhes são inerentes e a necessidade de formação de uma nova cultura na prática jurídica do País. A incorporação de um sistema de precedentes judiciais pelas normas de processo brasileiro impacta diretamente o processo constitucional, visto que as ações do controle concentrado de constitucionalidade foram reconhecidas como precedentes vinculantes obrigatórios pelo Código de Processo Civil de 2015. Por decorrência da tese principal, afirma-se igualmente que a partir da utilização dos precedentes como razão de decidir se dará o exame das possibilidades e consequências do reconhecimento de elementos vinculante na fundamentação e pressupostos de legitimidade da decisão em controle abstrato de constitucionalidade. Metodologicamente, pretende-se enfrentar a problemática a partir de uma abordagem indutiva no sentido de analisar as decisões já instituídas, ao se examinar os acórdãos do Supremo Tribunal Federal nas ações do controle concentrado de constitucionalidade, sobre o direito à liberdade de expressão. Conclui-se que o domínio do sentido da Constituição não pertence exclusivamente ao STF, mas deve ser compartilhado com a sociedade, conforme proposto por Häberle. Precedentes só garantirão direitos fundamentais e integridade sistêmica se forem construídos como processo coletivo, não como monopólio judicial. Para isso, é urgente repensar o modelo de vinculação hermenêutica, transformando precedentes em instrumentos vivos de democracia constitucional, onde a última palavra seja não a do juiz, mas a da razão pública estruturada em diálogo.

**Palavras-chave:** Brasil; jurisdição constitucional; neoconstitucionalismo; decisão judicial.

**JUDICIAL PRECEDENTS AS RATIO DECIDENDI IN THE SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL (STF) AND THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL  
RIGHTS: JURISPRUDENTIAL COHERENCE AND FREEDOM OF  
EXPRESSION**

**ABSTRACT**

This research poses the following question: does the consolidation of judicial precedents in the Brazilian constitutional process, as a procedural category capable of guaranteeing fundamental rights such as freedom of expression, by itself, contribute to the coherence and integrity of the legal system? Given the specific characteristics that involve the constitutional jurisdiction and the discussion about its role and the legitimacy of its decisions, in the search for answers, a general objective was outlined, in which it is sought to investigate how it is possible to restrict the decision-making power of judges and guarantee the effectiveness of the fundamental rights present in the Federal Constitution of 1988, using precedents as a reason for deciding in the Federal Supreme Court. The thesis has a historical declaratory character by stating that there is not enough hermeneutical commitment on the part of the justices of the Federal Supreme Court with the binding of the determinant reasoning of their judgments, which leaves them in total freedom to use or not the previous binding precedent, not contributing to or being influenced by a new procedural order established after the legislative changes and the academic debates about a Brazilian system of precedents. Judicial precedents have become the object of study in Brazil as a way of restoring values of security and predictability to national law. The theme reflects the complexity of the incorporation of the foreign institute into the local system in light of the historical peculiarities that are inherent to them and the need for the formation of a new culture in the country's legal practice. The incorporation of a system of judicial precedents by the rules of Brazilian procedure directly impacts the constitutional process since the actions of concentrated control of constitutionality were recognized as binding precedents mandatory by the Code of Civil Procedure of 2015. As a result of the main thesis, it is also stated that, from the use of precedents as a reason for decision, the possibilities and consequences of the recognition of binding elements in the reasoning and assumptions of legitimacy of the decision in the abstract control of constitutionality will be examined. Methodologically, it is intended to face the problem from an inductive perspective in the sense of analyzing the decisions already instituted by examining the rulings of the Federal Supreme Court in the actions of the concentrated control of constitutionality on the right to freedom of expression. It is concluded that the domain of the Constitution's meaning does not belong exclusively to the STF (Supremo Tribunal Federal) but must be shared with society, as proposed by Häberle. Precedents will only guarantee fundamental rights and systemic integrity if they are constructed as a collective process, not as a judicial monopoly. For this, it is urgent to rethink the model of hermeneutic binding, transforming precedents into living instruments of constitutional democracy, where the final word belongs not to the judge, but to public reason structured through dialogue.

**Keywords:** Brazil; constitutional jurisdiction; neo constitutionalism; judicial decision.

**PRECEDENTES JUDICIALES COMO RATIO DECIDENDI EN EL SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL (STF) Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES: COHERENCIA JURISPRUDENCIAL Y LIBERTAD DE  
EXPRESIÓN**

**RESUMEN**

Esta investigación plantea la siguiente pregunta: ¿la consolidación de los precedentes judiciales en el proceso constitucional brasileño, como categoría procesal idónea para garantizar derechos fundamentales como la libertad de expresión, por sí misma, contribuye a la coherencia y la integridad del ordenamiento jurídico? Dadas las características propias de la jurisdicción constitucional y el debate sobre su papel y la legitimidad de sus decisiones, se trazó un objetivo general: investigar cómo es posible restringir el poder de decisión de los jueces y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales presentes en la Constitución Federal de 1988, a partir del uso de precedentes como razón de decidir en el Supremo Tribunal Federal (STF). La tesis tiene un carácter histórico-declaratorio al afirmar que no existe un compromiso hermenéutico suficiente por parte de los ministros del STF con la vinculación de la fundamentación determinante de sus fallos, lo que les deja en total libertad para utilizar o no precedentes vinculantes anteriores, sin contribuir o verse influenciados por un nuevo orden procesal instaurado tras las reformas legislativas y los debates académicos sobre un sistema brasileño de precedentes. Los precedentes judiciales se convirtieron en objeto de estudio en Brasil como forma de rescatar valores de seguridad y previsibilidad para el derecho nacional. El tema refleja la complejidad existente entre la incorporación de un instituto extranjero al sistema local, bajo las peculiaridades históricas inherentes, y la necesidad de formar una nueva cultura en la práctica jurídica del país. La incorporación de un sistema de precedentes por las normas procesales brasileñas impacta directamente el proceso constitucional, ya que las acciones de control concentrado de constitucionalidad fueron reconocidas como precedentes vinculantes obligatorios por el Código de Proceso Civil de 2015. Como consecuencia de la tesis principal, se afirma también que, a partir del uso de precedentes como razón de decidir, se examinarán las posibilidades y consecuencias del reconocimiento de elementos vinculantes en la fundamentación y los presupuestos de legitimidad de las decisiones en el control abstracto de constitucionalidad. Metodológicamente, se aborda la problemática desde un enfoque inductivo, analizando decisiones ya establecidas mediante el examen de acórdanos del STF en acciones de control concentrado de constitucionalidad relacionadas con el derecho a la libertad de expresión. Se concluye que el dominio del sentido de la Constitución no pertenece exclusivamente al STF (Supremo Tribunal Federal), sino que debe ser compartido con la sociedad, como propone Häberle. Los precedentes solo garantizarán los derechos fundamentales y la integridad sistémica si se construyen como un proceso colectivo, no como un monopolio judicial. Para ello, es urgente repensar el modelo de vinculación hermenéutica, transformando los precedentes en instrumentos vivos de democracia constitucional, donde la última palabra no sea la del juez, sino la de la razón pública estructurada en el diálogo.

**Palabras clave:** Brasil; jurisdicción constitucional; neoconstitucionalismo; decisión judicial.

**PRECEDENTI GIUDIZIARI COME RATIO DECIDENDI NEL SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERALE (STF) E LA PROTEZIONE DEI DIRITTI  
FONDAMENTALI: COERENZA GIURISPRUDENZIALE E LIBERTÀ DI  
ESPRESSIONE**

**RIASSUNTO**

Questa ricerca presenta la seguente domanda: la consolidazione dei precedenti giudiziari nel processo costituzionale brasiliano, in quanto categoria processuale idonea a garantire diritti fondamentali come la libertà di espressione, di per sé, contribuisce alla coerenza e all'integrità dell'ordinamento giuridico? Date le caratteristiche proprie della giurisdizione costituzionale e il dibattito sul suo ruolo e sulla legittimità delle sue decisioni, si è delineato un obiettivo generale: indagare come sia possibile limitare il potere decisionale dei giudici e garantire l'efficacia dei diritti fondamentali presenti nella Costituzione Federale del 1988, utilizzando i precedenti come "ragione del decidere" nel Supremo Tribunal Federal (STF). La tesi ha un carattere storico-dichiarativo, affermando che non vi è un sufficiente impegno ermeneutico da parte dei ministri dello STF nel vincolarsi alla motivazione determinante delle loro sentenze, il che lascia loro piena libertà di utilizzare o meno precedenti vincolanti precedenti, senza contribuire o subire l'influenza di un nuovo ordine processuale instaurato dopo le riforme legislative e i dibattiti accademici su un sistema brasiliano di precedenti. I precedenti giudiziari sono diventati oggetto di studio in Brasile come mezzo per recuperare valori di sicurezza e prevedibilità nel diritto nazionale. Il tema riflette la complessità tra l'incorporazione di un istituto straniero nel sistema locale, alla luce delle peculiarità storiche intrinseche, e la necessità di formare una nuova cultura nella pratica giuridica del Paese. L'incorporazione di un sistema di precedenti giudiziari nelle norme processuali brasiliane incide direttamente sul processo costituzionale, poiché le azioni di controllo concentrato di costituzionalità sono state riconosciute come precedenti vincolanti obbligatori dal Codice di Procedura Civile del 2015. Come corollario della tesi principale, si afferma inoltre che, attraverso l'uso dei precedenti come "ragione del decidere", si esamineranno le possibilità e le conseguenze del riconoscimento di elementi vincolanti nella motivazione e nei presupposti di legittimità delle decisioni nel controllo astratto di costituzionalità. Metodologicamente, si intende affrontare la problematica con un approccio induttivo, analizzando le decisioni già consolidate attraverso l'esame delle sentenze dello STF in azioni di controllo concentrato di costituzionalità relative al diritto alla libertà di espressione. Si conclude che il dominio del significato della Costituzione non appartiene esclusivamente al STF (Supremo Tribunal Federal), ma deve essere condiviso con la società, come proposto da Häberle. I precedenti garantiranno i diritti fondamentali e l'integrità sistemica solo se costruiti come processo collettivo, non come monopolio giudiziario. Per questo, è urgente ripensare il modello del vincolo ermeneutico, trasformando i precedenti in strumenti viventi della democrazia costituzionale, dove l'ultima parola non spetta al giudice, ma alla ragione pubblica strutturata nel dialogo.

**Parole chiave:** Brasile; giurisdizione costituzionale; neocostituzionalismo; decisione giudiziaria.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>15</b>
<b>1.1 Delimitação do objeto e contextualização do problema de pesquisa .....</b>	<b>15</b>
<b>1.2 Abordagem metodológica e estrutura da análise.....</b>	<b>20</b>
<b>1.3 Estado da arte e impactos práticos .....</b>	<b>23</b>
<b>1.4 Estrutura da tese.....</b>	<b>25</b>
<b>2 NOÇÕES CONCEITUAIS PARA UM ESTUDO DOS PRECEDENTES NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO .....</b>	<b>27</b>
<b>2.1 A superação das fronteiras entre <i>civil law</i> e <i>common law</i> no pensamento jurídico brasileiro a partir dos precedentes judiciais .....</b>	<b>29</b>
2.1.1 <i>Common Law</i> e <i>Civil Law</i> .....	29
2.1.2 Princípio do <i>Stare Decisis</i> .....	34
<b>2.2 O que é o precedente judicial?.....</b>	<b>38</b>
2.2.1 Diferenciações entre precedente, jurisprudência, súmula e tese. ....	42
2.2.2 O conceito de precedente judicial no Brasil. ....	45
<b>2.3 O precedente como razão de decidir .....</b>	<b>58</b>
2.3.1 <i>Ratio Decidendi</i> e <i>Obiter Dictum</i> .....	66
2.3.2 Distinção e Superação de Precedentes.....	69
<b>2.4 A identidade do precedente como e a partir dos direitos fundamentais.....</b>	<b>72</b>
<b>3 SISTEMA DE PRECEDENTES NO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO .....</b>	<b>78</b>
<b>3.1 Nota metodológica para contribuição ao sistema de precedentes judiciais no Brasil.....</b>	<b>81</b>
<b>3.2 O sistema de precedentes judiciais no Brasil e sua construção a partir do neoconstitucionalismo .....</b>	<b>89</b>
<b>3.3 O sistema de precedentes judiciais no Brasil e sua construção a partir do desenvolvimento do controle de constitucionalidade das leis .....</b>	<b>99</b>
3.3.1 Controle Difuso de Constitucionalidade .....	104
3.3.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade .....	113
<b>3.4 O sistema de precedentes judiciais no Brasil e sua construção a partir da concentração do poder de interpretar a Constituição no Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>119</b>

<b>4 O RECONHECIMENTO DOS PRECEDENTES HORIZONTAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....</b>	<b>133</b>
<b>4.1 A coerência e a integridade da jurisprudência como um romance em cadeia</b>	<b>136</b>
<b>4.2 Como o Supremo Tribunal Federal reconhece e aplica seus próprios precedentes .....</b>	<b>140</b>
<b>4.3 A liberdade de expressão pelos Acórdãos do Supremo.....</b>	<b>145</b>
4.3.1 Conceito, fundamentos e limites constitucionais da liberdade de expressão .....	152
4.3.2 Desafios à construção jurisprudencial do Supremo.....	160
<b>4.4 A ADPF 130/DF e a revisão da teoria da transcendência dos motivos determinantes.....</b>	<b>170</b>
<b>5 A RAZÃO DE DECIDIR COMO PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DA DECISÃO E SUA FORÇA VINCULANTE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....</b>	<b>177</b>
<b>5.1 A hermenêutica filosófica como base de uma contribuição normativa acerca dos precedentes judiciais no processo constitucional .....</b>	<b>178</b>
<b>5.2 A Constituição como processo público e paradigma hermenêutico da sociedade aberta .....</b>	<b>190</b>
<b>5.3 Jurisdição constitucional democrática e os precedentes .....</b>	<b>202</b>
<b>5.4 Precedentes e vinculação hermenêutica: quem detém o domínio de sentido da Constituição?.....</b>	<b>218</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>228</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>238</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O epílogo deste texto aponta liricamente para a representação pessoal e acadêmica da pesquisa realizada e que será apresentada nas próximas sessões: travessia. A construção desse trabalho, ao longo de anos que incluíram o viver durante a Pandemia do COVID-19 e tantos outros desafios políticos, institucionais e da ordem do ser da pesquisadora que vos fala significou a passagem de um portal no tempo de amadurecimento das ideias aqui propostas e de um olhar sobre o mundo e sobre si mesma que transcende o percurso na Academia.

Embora a investigação proposta parta de uma visão dialógica da relação entre a pesquisadora e o objeto pesquisado, optou-se por transcrever as anotações e resultados em terceira pessoa, tendo em vista que certo distanciamento na escrita, ainda que paradoxal, contribui para estabelecer uma visão angular daquilo que se desprende da pessoa que escreve para se integrar ao corpo do debate científico, a validação dos argumentos pelos pares e ao questionamento crítico promotor do crescimento intelectual.

A travessia ocorrida ao longo dos anos de pesquisa, do ser do eu e dos dados pesquisados para a forma vai ao encontro da travessia, referenciada por Bezerra Neto (2018), também em tese doutoral, do processo hermenêutico de construção da decisão judicial; da alegoria do “arco da ponte”, presente em Mitidiero (2023) para explicar o reconhecimento da razão de decidir; e do autogoverno à democracia, como escrevem Pimentel Filho e Pompeu (2019).

O recorte temático estudado corrobora com a trajetória acadêmica da pesquisadora que iniciou no Mestrado em Direito, neste Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, os estudos sobre técnica processual, vinculação hermenêutica e Constituição como processo público na jurisdição constitucional brasileira.

Ainda é oportuno recordar que, assim como na célebre frase de Joao Guimarães Rosa, eternizada na voz lírica e na história do jagunço Riobaldo, as pesquisas e debates sobre o sistema de precedentes no Brasil não *é*, ele *está sendo*. É nessa perspectiva, da que se insere e observa o contexto histórico presente, que a tese de doutorado é a seguir apresentada.

### 1.1 Delimitação do objeto e contextualização do problema de pesquisa

O fim atribuído ao precedente judicial, delineado, ainda que de forma incipiente, pelo Código de Processo Civil de 2015, corresponde ao resgate dos valores de segurança jurídica, efetividade e certeza na prática judiciária, sendo, dessa forma, categoria processual apta a promover coerência e integridade ao sistema jurídico pátrio. No entanto, esse alvo é posto em xeque quando confrontado com a complexidade da atividade hermenêutica desempenhada por magistrados e magistradas, notadamente após o advento da Constituição Federal de 1988, e com a própria tradição do direito brasileiro. A implementação do instituto no Brasil insere-se nesse contexto paradoxal.

Considerando essa problemática, tomando como referência o procedimento decisório no âmbito do Supremo Tribunal Federal, questiona-se: a consolidação dos precedentes judiciais no processo constitucional brasileiro, como categoria processual apta para garantir direitos fundamentais como a liberdade de expressão, por si só, contribui para a coerência e a integridade do ordenamento jurídico?

O objetivo geral do trabalho proposto consiste em investigar como restringir o poder de decisão do órgão julgador, limitando o espaço de discricionariedade, e garantir a interpretação evolutiva e efetividade dos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, a partir da utilização dos precedentes como razão de decidir no Supremo Tribunal Federal.

Para tal, tem-se como objetivos específicos: a) entender o que é o precedente no direito processual brasileiro, qual o modelo proposto pelo Código de Processo Civil de 2015 e como este se relaciona com o processo constitucional; b) analisar a razão de decidir como pressuposto de legitimidade da decisão e a sua força vinculante na jurisdição constitucional brasileira; c) diagnosticar em que medida o Supremo Tribunal Federal atribui força normativa aos seus próprios precedentes e como isso impacta as decisões sobre a garantia do direito fundamental à liberdade de expressão; d) propor compreensão sobre a utilização do precedente como razão de decidir no processo constitucional brasileiro, a partir da ideia de Constituição como processo público, contribuindo para a construção do fundamento teórico desse instituto e as alterações legislativas pertinentes, tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais e a integridade e a coerência da ordem jurídico-constitucional brasileira.

A hipótese inicial correspondeu à proposição de que não há comprometimento hermenêutico por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal com as razões determinantes dos seus julgados, o que os deixa em total liberdade para utilização ou não de precedente vinculante anterior, não contribuindo ou sofrendo influência de uma nova

ordem processual instaurada após as alterações legislativas de 2015 e os debates acadêmicos acerca de um sistema brasileiro de precedentes.

Dessa forma, a mera previsão teórica e/ou legislativa aos precedentes judiciais no processo constitucional pátrio em pouco ou nada resultou numa maior garantia aos direitos fundamentais ou mesmo no resgate dos pressupostos de certeza, segurança jurídica, coerência e integridade ao sistema de direito, sendo necessária uma mudança na cultura jurídica nacional e a atribuição de efeitos vinculantes aos fundamentos determinantes da decisão.

Tem-se ainda que, embora o STF possa atuar como Corte Constitucional em uma das suas principais competências, não necessariamente quer dizer que atue como Corte de precedentes. Considerando o precedente judicial no Brasil como provimento judicial vinculante, o Tribunal emite, por meio da decisão em controle concentrado de constitucionalidade, um julgado com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Isso, por si só, não quer dizer que a decisão é, em si, um precedente.

O precedente é extraído da razão de decidir, ou seja, dos fundamentos determinantes que ensejaram a formação do entendimento que determinou a questão de direito decidida e que se transformará em decisão paradigma à medida que for reconhecida pelo Poder Judiciário, demais atores de justiça e instituições do Estado e pela própria sociedade.

A previsão legislativa que confere às decisões em controle concentrado de constitucionalidade o caráter de precedente vinculante (art. 927, I, CPC/2015) não traz nenhuma inovação ao processo constitucional que justifique a instauração ou o reconhecimento de um sistema brasileiro de precedentes judiciais do ponto de vista do processo constitucional. A seu turno, ela nos fornece guarida normativa para pensar futuras transformações na teoria do processo e na prática judicial que favoreça, de fato, a conformação de uma ordem jurídica constitucional íntegra e coerente, ancorada num modelo processual próprio de precedentes e não meramente importado de experiências estrangeiras.

Conforme descrito em Aboboreira e Pimentel (2020), como os juízes decidem ou devem decidir era considerada uma matéria afeita à hermenêutica jurídica, destinada a estabelecer métodos de interpretação da lei, assegurando a conformidade da aplicação e da execução da norma com o direito posto. Com o questionamento do objetivismo e dos pressupostos da lógica formal e com a ascensão do paradigma da linguagem e da visão do juiz como sujeito integrante da prática discursiva de interpretar a norma, o mero

estabelecimento de métodos e técnicas de interpretação passou a não ser mais suficiente para compreender e explicar o fenômeno jurídico traduzido na prática.

A postura central de juízes e tribunais tem ganhado destaque na operação direito vs. não direito, ao se considerar a interpretação evolutiva da Constituição, na dicotomia existente entre segurança jurídica – i.e. Estado Democrático de Direito – e mudança social. Pensa-se especialmente na questão relativa à proteção dos direitos fundamentais.

Esse dualismo (direito vs. não direito), observado muitas vezes de forma maniqueísta, reflete a complexidade trazida com a principiologia chamada pós-positivista, e sua ordem de valores e com a luta civil de indivíduos e grupos sociais, reconhecidos como destinatários de direitos nas ordens constitucionais democráticas e pluralistas. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 vivencia uma permanente tensão entre seus pressupostos normativos e a história política, jurídica e econômica patrimonialista e excludente do Brasil, que coloca juízes/as e tribunais no centro do debate que envolve o chamado ativismo judicial.

Barroso (2018) destaca a “judicialização da vida” como um “fato inelutável” diante do arcabouço institucional da maioria nos países democráticos, no qual as Cortes Constitucionais exercem um papel proeminente na definição constitucional e garantia de direitos fundamentais. Desse modo, a ascensão política e institucional do Poder Judiciário é um fenômeno significativo na contemporaneidade, observado em muitos países. Essa tendência está relacionada ao fortalecimento do papel dos tribunais e à sua crescente influência no sistema político e na tomada de decisões, muitas vezes ultrapassando suas funções tradicionais de resolver litígios.

No Brasil, verifica-se constante divergência a respeito do crescente protagonismo judicial, bem como sobre seus efeitos na ordem democrática (Martins, 2010). A questão, todavia, permanece em como controlar o Poder Judiciário para que este não exorbite de sua competência constitucional. Se a criação judicial fiscaliza e fomenta a concretização de direitos e políticas públicas, como controlar o controle? Como definir seus limites de acordo com a hermenêutica jurídica e as teorias da decisão judicial? Como impedir que o Poder Constituinte seja pouco a pouco substituído pela ditadura dos juízes? (Aboboreira; Pimentel, 2020).

Em dissertação de mestrado (Aboboreira, 2013), a autora deste trabalho estudou a participação das organizações não governamentais de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal e verificou que os argumentos trazidos ao processo constitucional, pela sociedade civil, implicam em mudanças na forma de apresentação das razões

argumentativas nos votos dos ministros. Todavia, em que pese a previsão dos *amici curiae* e de audiências públicas no procedimento, para auxiliar e, de alguma forma, legitimar a tomada de decisão, permanecem as questões que impulsionam debate sobre a discricionariedade dos/as juízes/as na interpretação e aplicação do direito diante da ordem principiológica fomentada após a Constituição Federal de 1998.

Diante dessas questões, o Código de Processo Civil, publicado no ano de 2015, fortaleceu o precedente judicial como instituto processual capaz de restringir e vincular os/as juízes/as na análise de questões de fato e de direito semelhantes. Segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade, igualdade, coerência da ordem jurídica, controle do poder do/a juiz/a, maior eficiência do Poder Judiciário, dentre outros, são elencados como razões para o estabelecimento de um sistema de precedentes obrigatórios e vinculantes no Brasil (Marinoni, 2019). A Exposição de Motivos ao diploma processual assevera que,

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário (Brasil, 2022, p. 273).

Além do rol de provimentos judiciais vinculantes, os precedentes obrigatórios, uma das principais inovações do CPC, de 2015, foi a introdução do incidente de resolução de demandas repetitivas, que tem por objetivo uniformizar a jurisprudência sobre questões jurídicas que se repetem em diversos processos. Esse incidente pode ser instaurado pelo próprio tribunal ou a pedido das partes e visa a resolução de uma questão controvertida que tenha relevância para grande número de casos.

O Código também prevê a vinculação dos/as juízes/as aos precedentes firmados pelos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), bem como pelos próprios tribunais locais. Isso significa que, ao julgar um caso, o/a juiz/a deve levar em consideração os precedentes já firmados sobre a questão, a fim de garantir a coerência e a uniformidade na aplicação da lei. Além disso, permite a apresentação de incidente de assunção de competência, que tem por objetivo permitir que um tribunal decida questão jurídica relevante que não esteja pacificada na jurisprudência. Nesse caso, a decisão tomada pelo tribunal passa a ser um precedente para casos futuros.

Todavia, passada uma década da publicação do atual Código Processual, tanto o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como os demais Tribunais que compõem o sistema de justiça do País se veem às voltas com a ausência de uma cultura de precedentes entre os/as juízes/as, desembargadores/as e ministros/as, cujo efeito prático consiste em não ter se obtido, ainda, os resultados esperados com as novas diretrizes.

Estudo realizado no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, assim como estudos empíricos realizados acerca dos processos no próprio STF, apontam que não há como garantir a vinculação hermenêutica das decisões de determinado caso a decisões passadas em casos idênticos ou semelhantes, seja numa perspectiva horizontal, decisões proferidas no âmbito do mesmo tribunal, seja numa perspectiva vertical, decisões proferidas por órgãos julgadores de hierarquia inferior.

Ações de política pública judiciária vem sendo tomadas, como a Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022, oriunda do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre o tratamento dos precedentes no direito brasileiro, bem como a criação de diversos bancos de dados de “precedentes” e teses no âmbito de cada tribunal.

No que diz respeito especificamente ao Supremo Tribunal Federal, a preocupação com a autoridade das suas decisões tem permeado a necessidade de reduzir o número de demandas que chegam à Corte e a urgência em afirmar a sua legitimidade institucional e democrática como guardião da Constituição da República, frente aos últimos acontecimentos políticos que culminaram com a invasão da sede do Tribunal, no dia 8 de janeiro de 2023.

## **1.2 Abordagem metodológica e estrutura da análise**

Metodologicamente, após apresentadas as categorias conceituais básicas e fixadas as premissas teóricas, a pesquisa se deu pela abordagem indutiva e de análise de conteúdo, por meio do estudo de decisões/acórdãos do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, que tinham como objeto o direito fundamental à liberdade de expressão.

A proposta era de que o exame dos referidos precedentes vinculantes se daria a partir dos recortes temporal, temático e processual. A pesquisa inicial foi realizada no sítio virtual do STF: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search.>, em 03 de setembro de 2020, tendo como limite temporal o período de 18/03/2016 até 03/09/2020. Considerando

a data de entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, tido como referência legislativa para a instauração de um sistema de precedentes judiciais no Brasil. O marco temporal como critério de escolha dos julgados para a investigação se impunha em razão de limites metodológicos que devem ser estabelecidos para viabilidade da pesquisa.

Como recorte temático foi eleito o direito à liberdade de expressão, palavra-chave utilizada. A escolha da temática referente ao direito fundamental à liberdade de expressão se fez de forma aleatória. Na verdade, devido aos recentes acontecimentos políticos no País e a propagação das “*fake news*”, o conteúdo do direito à liberdade de expressão vem sendo bastante debatido nos últimos anos pelo Supremo Tribunal Federal. O aleatório se justifica no sentido de que, para análise proposta do instituto processual da formação hermenêutica dos precedentes, o conteúdo de direito material poderia ser qualquer um, em qualquer área de competência do STF como Corte Constitucional.

Como recorte processual, foram escolhidas as ações do controle concentrado de constitucionalidade e a reclamação constitucional. As primeiras por serem definidas por lei como precedentes vinculantes e a segunda por ser o instrumento processual adequado para fazer valer a jurisprudência do próprio STF, conforme art. 988, III do CPC.

Aplicados os filtros de pesquisa, foram encontradas 20 ações diretas de inconstitucionalidade, 7 arguições de descumprimento de preceito fundamental e 11 reclamações.

Todavia, uma publicação do próprio Supremo Tribunal Federal, em junho de 2023, alterou as diretrizes metodológicas inicialmente delimitadas. A publicação institucional temática, intitulada *Liberdade de expressão*, elencou os principais julgamentos ocorridos na Corte, informando serem tais julgados “[...] considerados mais relevantes para os estudiosos do Direito e para a sociedade brasileira”.

Conforme a Nota Introdutória: A seleção dos julgados pautou-se pela curadoria dos principais casos a respeito do tema “liberdade de expressão”, proferidos no período de 2007 a 2022, entre ações do controle de constitucionalidade, processos subjetivos submetidos à sistemática da repercussão geral e outros considerados relevantes em vista da repercussão jurídica, econômica, política e social.

Optou-se, então, por analisar o inteiro teor dos acórdãos proferidos em ações do controle concentrado de constitucionalidade presentes da referida publicação, uma vez que o próprio STF os referenciou como relevantes e basilares para compreensão da jurisprudência do tribunal sobre o conteúdo, os limites e as garantias do direito fundamental à liberdade de expressão.

Uma vez que a análise dos fundamentos dos acórdãos se destina ao diagnóstico da medida com que o Supremo atribui força normativa aos seus próprios precedentes e de como isso impacta suas decisões, a investigação se tornou ainda mais factível tomando como ponto de partida julgados que a própria Corte selecionou como mais relevantes, tendo como paradigma a ordem constitucional instaurada com a Constituição Federal de 1988.

A técnica empregada a partir da leitura atenta das decisões se deu com a análise das razões apresentadas pelos/as Ministros/as para fundamentar e justificar seus votos, no sentido de identificar se tais razões se estruturavam argumentativamente em torno de decisões anteriores, proferidas pela própria Corte (precedentes horizontais), seja para reafirmá-las, distingui-las ou supera-las.

A investigação de natureza qualitativa, em contraposição à pesquisa quantitativa, justifica-se metodologicamente frente à problematização proposta do tema e dos objetivos a serem alcançados.

No aspecto quantitativo, tem-se o IX Relatório Supremo em Números, cuja pesquisa teve como objeto de estudo as “[...] dimensões do processo de justificação de decisões do Supremo Tribunal Federal”, a partir da análise de bases de dados referentes à extensão das decisões da Corte, bem como o “recurso a decisões anteriores” nas fundamentações dos votos dos ministros.

Apesar de trazer hipóteses e tendências que possam apontar para uma significativa referência do Supremo Tribunal Federal a decisões passadas em seus julgados, o IX Relatório assevera que não é possível, a partir dos dados obtidos, afirmar como essas decisões são referenciadas nos votos dos/as Ministros/as, apresentadas do ponto de vista argumentativo.

Partindo da concepção de precedente como razão de decidir, este se torna passível de verificação apenas mediante o estudo da fundamentação do julgado e em como nela se encontram estruturados ou não os argumentos que se utilizam de decisões passadas para justificar determinado posicionamento do/a julgador/a frente à análise das questões fáticas e de direito que se apresentam.

Nesse sentido, o recorte temático escolhido se coloca como forma consistente para o teste da hipótese levantada, visto que, historicamente, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado como defensor da liberdade de expressão como principal direito fundamental, decorrente diretamente do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.

Assim, procedimentalmente será utilizado o método monográfico ou estudo de caso, que se justifica a partir da necessidade de verificação empírica da pesquisa, de forma a possibilitar a confrontação da teoria com dados fornecidos pela prática judicial. Os métodos hermenêutico e dialético serão utilizados com o escopo de realizar o exame das argumentações presentes nos julgados estudados. De cunho essencialmente documental e bibliográfico, a pesquisa será lastreada nas técnicas da documentação indireta, observação sistemática e revisão de literatura.

### 1.3 Estado da arte e impactos práticos

Ainda está em construção, no direito brasileiro, produção teórica robusta e capaz de dar fundamento à utilização dos precedentes, os quais durante muito tempo eram referenciados como institutos próprios do *common law*. Enquanto defende-se o sistema de precedentes e o *stare decisis* como essenciais à jurisdição constitucional brasileira (Barboza, 2017) e à configuração orgânica do direito nacional (Marinoni, 2019), por outro lado, sustenta-se que a forma que vem sendo conduzida a implementação dos precedentes, no País, implica numa confusão em considerar tese por precedente e na substituição da norma posta pelo que determinam os juízes (Streck, 2023).

Lopes Filho (2016), verificou que, das produções bibliográficas existentes, muitos autores, ao abordarem o assunto, careciam de referencial teórico próprio, se limitando a reproduzir e reeditar “[...] compreensões criadas e desenvolvidas em uma teoria centrada na proeminência da norma legislativa no Direito, mesclando-o com conceitos e noções recém importados de outras tradições jurídicas” (Lopes Filho, 2016, p. 26).

O referido autor, afirma ser inviável a construção teórica e metodológica do tema com base apenas nos estudiosos do sistema judicial da *common law*, haja vista que o direito brasileiro e a utilização do instituto do precedente no País vêm se dando conforme dinâmica própria e totalmente diversa de outras tradições jurídicas, razão pela qual é necessária a análise fundamentada em aportes teóricos próprios e aplicáveis ao sistema processual e de Justiça brasileiros.

Em que pese a posição central que a temática vem assumindo no debate sobre o processo nas Cortes Superiores e o seu papel constitucional na ordem democrática, a princípio, não se verifica compromisso do Supremo Tribunal Federal com o sistema de precedentes. A Corte Suprema brasileira tem-se revelado bastante instável e sensível à determinadas temáticas que tocam diretamente a vida política e a opinião pública. Além

disso, Mello e Barroso (2016) apontam que o STF necessita enfrentar dois grandes desafios para implementação do novo sistema, quais sejam, a delimitação adequada da questão jurídica levantada na ação e a definição do grau de generalidade da tese de direito formulada durante o julgamento.

A necessidade de revisão do posicionamento majoritário da Corte sobre a transcendência dos motivos determinantes da decisão também é apontada por Mello e Barroso (2016) como importante passo para a adoção dos precedentes. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que apenas a parte dispositiva do acórdão teria efeito vinculante sobre as instâncias inferiores de Justiça. Todavia, os fundamentos ou motivos determinantes, que compuseram a análise jurídica do caso concreto, são essenciais por comporem a razão de decidir da decisão.

Os paradoxos vão além do campo teórico e ocupam, nesta última década, o centro dos debates sobre segurança jurídica, reestruturação de distribuição da demanda e dos processos e eficiência do Poder Judiciário, sobretudo em tempos de descoberta dos benefícios no uso da inteligência artificial por juízes/as e tribunais.

Anualmente, vem sendo realizados fóruns pelos tribunais superiores para aprimoramento e discussão sobre o uso dos chamados precedentes qualificados. O Conselho Nacional de Justiça, na Recomendação n. 134, de 2022, aborda o sistema de precedentes como uma nova concepção de jurisdição, que tem por finalidade a efetiva segurança jurídica. De acordo com essa nova concepção, o Poder Judiciário não atuaria de forma apenas repressiva aos conflitos já instaurados, mas poderia fornecer respostas “prévias” ao que a normativa chama de “controvérsias atuais, latentes e potenciais”.

Dessa forma, a presente investigação possui impactos práticos que se desdobram em suas justificativas jurídica, econômica, teórica e social. Para o Direito brasileiro, as inovações propostas pelo Código de Processo Civil de 2015 e a adoção (ou assimilação) de um sistema de precedentes apontam para uma reestruturação da própria ordem jurídica nacional e de como os seus operadores (juízes/as, promotores/as, advogados/as, defensores/as e demais atores do sistema de justiça, bem como estudantes de graduação e pós-graduação) enxergam e manipulam tecnicamente os seus conceitos.

Pensar a estrutura do Poder Judiciário a partir de um escalonamento que propõe a hierarquia das decisões, a coerência, a integridade e a estabilidade da jurisprudência geram impactos econômicos. Grau (2021), aponta a relação intrínseca entre o Estado e a proteção da economia, uma vez que, sob o seu ponto de vista, a racionalidade do direito moderno se estrutura historicamente a serviço do mercado, cujas necessidades se

estruturam com base nos critérios de previsibilidade, calculabilidade e segurança. Não à toa, as teorias pragmáticas e consequencialistas vem sendo abordadas em cursos de formação para juízes/as, nas escolas de magistratura do Brasil, sob a abordagem da análise econômica do direito.

Em que pese esses últimos aspectos, deve-se pensar a contribuição para o avanço dos estudos na temática dos precedentes, na jurisdição constitucional brasileira, atrelada à realização e garantia dos direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos, sob pena de que, com as novas propostas, sejam reforçadas práticas patrimonialistas e clientelistas que, historicamente, marcam a realidade do Direito brasileiro.

A forma de pensar a vinculação hermenêutica nas decisões e a integridade da ordem jurídica não se referem apenas a um compromisso moral e ético *dworkiniano*. Deve-se ter em conta a constituição como processo público e a sociedade aberta dos intérpretes (Häberle), de maneira que a construção de sentido das normas constitucionais não seja restrita a uma Corte Constitucional de iluminados.

Por fim, todas as circunstâncias que serão a seguir apresentadas e discutidas refletem a urgência do refinamento da produção teórica sobre o tema, tendo em vista série de incongruências e paradoxos presentes desde categorias conceituais à prática judicial no cotidiano dos fóruns e tribunais.

#### **1.4 Estrutura da tese**

A tese desenvolve-se em quatro capítulos articulados, cujo objetivo é investigar o sistema de precedentes no direito constitucional brasileiro, com ênfase no papel do Supremo Tribunal Federal (STF).

O capítulo dois, primeira seção de pesquisa, estabelece as bases teóricas e metodológicas da pesquisa, delimitando conceitos-chave como *precedente*, *stare decisis* e *ratio decidendi*, além de examinar as controvérsias doutrinárias que permeiam sua definição. Busca-se compreender a natureza do precedente no ordenamento brasileiro, analisando sua previsão no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e sua interação com o processo constitucional. Central a essa discussão é o questionamento: existe, de fato, um sistema de precedentes no Brasil, ou estamos diante de uma adaptação fragmentária de institutos estrangeiros?

Partindo da abordagem indutiva proposta por Oliveira Viana (1999), o capítulo três, segunda seção de pesquisa, analisa a construção histórica dos precedentes no Brasil,

contextualizada pelo movimento do neoconstitucionalismo, pela evolução do controle de constitucionalidade e pela centralização da interpretação constitucional no STF. Discute-se como a ascensão da Corte como "guardiã da Constituição" influenciou a cultura jurídica nacional, transformando-a em árbitro final de conflitos políticos e sociais, e como essa trajetória impactou a formação de uma jurisprudência vinculante.

Focado na prática do STF, o capítulo quatro, terceira seção de pesquisa, investiga se a Corte atribui força normativa a seus próprios precedentes (*precedentes horizontais*) em decisões sobre liberdade de expressão. Por meio da análise de acórdãos emblemáticos, como a ADPF 130, avalia-se como o Tribunal aplica sua jurisprudência pretérita em casos análogos e quais critérios utiliza para manter ou rever entendimentos consolidados. A pergunta central é: a inconsistência na observância de precedentes horizontais pelo STF compromete a segurança jurídica e a efetividade de direitos fundamentais?

No último capítulo, e quarta seção de pesquisa, os resultados da pesquisa são analisados à luz da hermenêutica filosófica e da concepção da Constituição como *processo público*. Examina-se se as recentes mudanças normativas e o debate acadêmico sobre precedentes têm fortalecido a garantia de direitos fundamentais, a efetividade constitucional e a coerência do ordenamento. Conclui-se com uma reflexão crítica: a legitimidade das decisões do STF depende não apenas da técnica jurídica, mas de sua capacidade de harmonizar estabilidade e adaptação, transformando precedentes em instrumentos de justiça substantiva.

A tese busca responder, em última instância, se o sistema de precedentes no Brasil — em sua hibridização entre *civil law* e *common law* — consegue conciliar a autoridade da jurisprudência com as demandas por democracia e efetividade constitucional, ou se persiste como um projeto incompleto, refém de discricionariedades e contradições.

## 2 NOÇÕES CONCEITUAIS PARA UM ESTUDO DOS PRECEDENTES NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O desenvolvimento da metodologia do direito no Ocidente e a transformação dos seus referenciais de base teórica e pressupostos de validade, ao longo dos séculos, demonstram como as atividades de interpretar, decidir e fundamentar não se encontram limitadas aos objetos de estudo da hermenêutica jurídica e das teorias da decisão judicial.

Haja vista a necessidade de não apenas tornar o discurso jurídico, aquele produzido judicialmente, válido e eficaz, mas também legítimo no meio social que lhe serve de estrado, o ato de “dizer o direito” tem sido objeto de reflexão desde a técnica a ser empregada pelos sistemas de normas processuais até discussões que tocam a fronteira entre o direito e a política institucional, como, por exemplo, o papel a ser exercido por juízes/as e tribunais na proteção de direitos e garantias fundamentais (Berman, 1983).

Referida preocupação é intensificada historicamente no País a partir dos novos paradigmas dogmáticos introduzidos após a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988. O marco político e normativo ampliou o rol de direitos fundamentais, se firmou em valores de base principiológica e fixou o Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário, como guardião máximo da nova ordem constitucional.

Um dos fenômenos que se seguiram, a constitucionalização do direito, trouxe os atores de justiça, notadamente os/as julgadores/as, para o palco da democracia constitucional, uma vez que lhes coube também o papel de adequação de todo o sistema jurídico, suas práticas e suas normas, aos imperativos da Constituição Cidadã.

A abertura semântica dos princípios constitucionais, o desenvolvimento das teorias *positivistas* no Direito, a proposição de uma nova interpretação constitucional (Barroso, 2009) contribuíram para o aumento (e a crítica) ao ativismo judicial. Com a aplicação prática das regras constitucionais dependendo principalmente da atuação dos/as juízes/as, a jurisdição ganhou lugar proeminente no arcabouço institucional do Estado brasileiro.

No que diz respeito à jurisdição constitucional, Vieira (2018, p. 444) descreve a ocorrência do que denomina “Supremocracia” em dois aspectos: a proeminência e a autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário; e a crescente força que as decisões da Corte vêm adquirindo em relação aos outros Poderes da República.

Diante desse quadro, as indagações sobre como limitar a discricionariedade dos/as juízes/as ao interpretar e aplicar o direito aos casos concretos vinham conduzindo os estudos sobre hermenêutica jurídica (Streck, 2007), teoria da decisão judicial<sup>1</sup> e filosofia do direito no Brasil. Nas últimas décadas, o debate alcançou também o Direito Processual, impulsionando políticas legislativas e novas práticas no Poder Judiciário<sup>2</sup>.

A temática da implementação de um sistema de precedentes judiciais no Brasil está inserida nesse contexto. Concebido como instrumento de vinculação da atividade decisória e categoria apta a promover coerência e integridade ao sistema jurídico nacional, os precedentes judiciais têm sido objeto de desacordos quanto às diferentes análises realizadas em ambiente acadêmico, bem como um desafio ao Poder Judiciário com relação a fixação de novos padrões decisórios.

Em que pese as referências aos precedentes no Código de Processo Civil de 2015 e sua respectiva Exposição de Motivos<sup>3</sup>, as atuais divergências sobre o tema recaem, de forma preponderante, sobre o conceito de precedente, a (im)possibilidade de assimilação frente ao modelo histórico de sistema jurídico que molda o direito brasileiro, a ausência de tradição, seja de ordem teórica seja de ordem prática, do Judiciário nacional.

Esse Capítulo se destina a verificar se é possível afirmar que existe, atualmente, um sistema de precedentes judiciais no Brasil e, em caso positivo, como ele se apresenta, fixando categorias conceituais e premissas básicas para análise do problema de pesquisa proposto.

Considerando esse panorama a respeito do tema, tem-se que a fixação de conceitos centrais é essencial para o entendimento do texto e do posterior alinhamento da pesquisa científica. Corrobora, ainda, o fato de que o conhecimento e a investigação dos precedentes judiciais, seja no âmbito do processo civil ou, especificamente, do processo constitucional estão em desenvolvimento inicial no Brasil, cujas razões e implicações serão estudadas ao longo da tese.

É necessária a apresentação inicial das principais categorias conceituais que serão trabalhadas do decorrer da tese. Esse capítulo, portanto, abordará a inserção do sistema

---

<sup>1</sup> É importante referenciar nessa discussão o trabalho de Bezerra Neto (2018).

<sup>2</sup> O IX Relatório Supremo em Números apresenta os resultados da pesquisa que investigou as “dimensões do processo de justificação das decisões no Supremo Tribunal Federal” (Leal; Barcelos; Almeida, 2020, p. 25).

<sup>3</sup> Ao tratar sobre a necessária harmonia entre a Constituição Federal de 1988 e a lei ordinária, cita como uma das orientações do princípio da segurança jurídica, a recomendação de estabilidade da jurisprudência por meio da sua uniformização, sem a qual “é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores” (Brasil, 2022).

de precedentes judiciais no Brasil frente aos modelos de *civil law* e *common law*; os conceitos de *stare decisis* e de precedente, sua classificação e elementos principais, *ratio decidendi*; distinção e superação de precedentes.

Assim, será enfrentada a questão que situa a temática no debate entre a possibilidade ou não de um País com tradição de *civil law* implementar um sistema de precedentes próprio de países do *common law*. Em seguida, será abordado o conceito de precedente judicial, a definição de suas categorias principais e o conceito de precedente no Brasil. Por fim, será delineado a identidade do precedente judicial em seu sentido material, ou seja, atrelado à sua essência de direito e garantia fundamental, tendo como fim a realização da justiça.

## **2.1 A superação das fronteiras entre *civil law* e *common law* no pensamento jurídico brasileiro a partir dos precedentes judiciais**

Não é possível escrever sobre precedentes judiciais no Brasil sem antes abordar a questão primeira que surge quando o tema é discutido, que é a divergência colocada pelas diferentes características existentes entre Países de tradições jurídicas distintas, como o *common law* e o *civil law* e, assim, passar a enfrentar a assimilação de conceitos até então estranhos ao direito brasileiro, como *stare decisis*, *ratio decidendi*, *holding*, *distinguishing*, *overruling* etc.

Embora, na última década, se tenha bastante literatura nacional escrita sobre este item, sobretudo após o início das discussões sobre a implantação de um sistema de precedentes no direito brasileiro, é necessário abordá-lo, pois que envolvido em embates teóricos constantes. Uma tomada de posição é necessária para a construção da tese, pois impõe o direcionamento da metodologia aplicada à pesquisa. A análise dos resultados necessita ter como perspectiva o que se entende como precedente, razão de decidir, sistema de precedentes, *stare decisis* e como essas categorias podem ser inseridas ou não no direito processual pátrio, seja no processo civil, seja no processo constitucional, para fins de conferir organicidade, coerência e integridade ao direito.

### **2.1.1 *Common Law* e *Civil Law***

O *common law* é um sistema legal que se desenvolveu na Inglaterra medieval e se espalhou para muitos países, sobretudo os de língua inglesa, incluindo os Estados Unidos.

É chamado de *common law* porque baseado na tradição – também chamado direito costumeiro ou direito comum – e no precedente judicial estabelecido a partir das decisões de tribunais e juízes singulares no julgamento de casos idênticos ou similares.

Ao contrário de outros sistemas jurídicos, como o romano-germânico (ou *civil law*), que é estruturado sob leis escritas, o *common law* é um sistema cuja principal fonte do direito emerge da jurisprudência, favorecendo o desenvolvimento do direito ao longo do tempo, ou seja, em seu aspecto histórico, tendo em vista o processo de tomada de decisão em casos reais levados a julgamento.

Um dos aspectos mais distintivos do *common law*, portanto, é o chamado sistema de precedentes. As decisões tomadas pelos magistrados em casos anteriores são reconhecidas e observadas para os demais em casos subsequentes que envolvam questões fáticas e legais idênticas ou semelhantes, permitindo, em tese, que o direito se desenvolva de maneira consistente e previsível ao longo do tempo.

O *civil law*, por sua vez, é um sistema jurídico baseado em leis escritas, que são estabelecidas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, e que servem como fonte primária do direito. É o sistema legal predominante em grande parte da Europa continental e América Latina. Ao contrário do *common law*, verifica-se a existência de grandes codificações, detalhadas e abrangentes, numa tentativa de abordar grandes áreas do direito, desde direito civil ao direito penal. As decisões dos tribunais, por sua vez, têm papel secundário, uma vez que lei escrita é a principal fonte do direito.

Tradicionalmente, o sistema *civil law* é estruturado em princípios jurídicos básicos, como o da legalidade, que estabelece que o poder do Estado é limitado pelas leis e não pode ser exercido arbitrariamente. Outro princípio é o da hierarquia normativa, que estabelece que as leis superiores prevalecem sobre as inferiores, tendo as leis constitucionais precedência sobre as leis ordinárias, por exemplo.

Além disso, sob o olhar da hermenêutica jurídica, o *civil law* se diferencia do *common law* na maneira como o direito é interpretado e aplicado. Numa visão simplista, enquanto o segundo depende essencialmente da construção jurisprudencial e do reconhecimento de um sistema de precedentes, o primeiro tem como paradigma interpretativo o texto da lei e, originalmente, a vontade do legislador. Simplista em termos de reconhecer que a caracterização mediada por uma metodologia dualista e de oposição não é suficiente para elucidar as complexidades de cada modelo, cuja construção prática e teórica remonta a séculos de existência.

Essas seriam, grosso modo, as diferenças mais correntes apontadas entre os sistemas jurídicos, tendo em vista a visão do direito próxima de seu desenvolvimento a partir do Estado Moderno. No entanto, muitas foram as transformações que ambos passaram ao longo do tempo, sobretudo durante a passagem do Século XX, que mitigaram suas particularidades.

David (2006), ao falar sobre o *common law*, busca acentuadamente desmistificar o que ele chama de “opiniões errôneas e preconceitos”. Para o autor, não há que se falar que o direito inglês é um direito consuetudinário. Nesse mesmo sentido, para Thamay, Garcia Jr. e Frota Jr. (2021), o direito inglês não corresponde ao direito costumeiro em si, antes, surge justamente para regular os costumes divergentes que orientavam o regramento social na Inglaterra.

Não se justificaria, do ponto de vista histórico, dizer que a lei teria importância apenas secundária como fonte do direito. Embora a noção de um preceito regulatório geral e abstrato ser estranho ao *common law*, a legislação é reconhecida a partir da sua aplicação por via da decisão judicial<sup>4</sup>, ainda que insipiente.

Quanto à regra do precedente, David (2002, p. 443) afirma que “tem por finalidade fornecer quadros ao direito inglês, mantendo uma estrutura jurisprudencial, de acordo com a tradição desse direito”. Isso não significa que o precedente limite e paralise a evolução do direito. Acrescenta que a busca de uma racionalidade é algo comum entre os dois sistemas, o romano-germânico e o *common law*. Ambos, entre a lógica e o empirismo almejam, sobretudo, estabelecer o direito como razão ou, entre outros termos, dotá-lo de racionalidade.

MacCormick e Summers (1997) apontam para a tendência de convergência entre os sistemas de *civil law* e *common law* no final do Século XX, desmistificando as principais diferenças apontadas entre ambos. Ainda que a distinção sirva a um propósito, ela passa a importar pouco em termos de análise histórica e do momento presente. A história demonstra que os dois sistemas partiram de um mesmo tronco, não havendo notórias diferenças quando do seu surgimento. Eles têm em comum a busca da racionalidade jurídica.

---

<sup>4</sup> “O legislador inglês procura colocar-se tanto quanto possível no plano da regra jurisprudencial, considerada como a única regra normal em direito inglês. Por outro lado, os princípios contidos na lei só são plenamente reconhecidos pelos juristas ingleses e verdadeiramente integrados no sistema da *common law* quando são aplicados, reformulados e desenvolvidos pelas decisões da jurisprudência” (David, 2002, p. 442).

Os precedentes são bastante antigos na história do Direito. Eles são anteriores às leis escritas e continuam a serem necessários após a codificação, como precedentes interpretativos. Os códigos, por sua vez, necessitam ser interpretados no processo de aplicação da norma em resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, gerando, assim, precedentes, ainda que não vinculativos.

Mesmo tendo um processo de formação distinto, o sistema jurídico, seja estruturado em leis escritas, seja em precedentes judiciais, tem como alvo a racionalidade do e no Direito para uma correta e coerente aplicação da justiça<sup>5</sup>.

Sobre esse tema, Taruffo (2014) afirma que o precedente deixou de ser uma característica intrínseca ao sistema de *common law*, sendo largamente utilizado também nos ordenamentos que integram o sistema de *civil law*<sup>6</sup>. Isso acontece em duas dimensões, uma dimensão prática e uma dimensão teórica. Na dimensão teórica, tem-se que o precedente integra a estrutura da argumentação jurídica quando da interpretação da norma e sua justificação, seja por via da análise doutrinal seja pela própria interpretação judicial do direito. Na dimensão prática, o uso do precedente judicial constitui principal ferramenta do operador do direito, cujo acesso está cada vez mais facilitado pela tecnologia e organização em bancos de dados específicos.

Thamay, Garcia Jr. e Frota JR. (2021, p. 59) partem das experiências do Peru e Colômbia na América Latina; França, Holanda e Alemanha, na Europa, para afirmar que “[...] os precedentes vinculam em ambas as tradições jurídicas – o que varia é o grau de vinculação e o refinamento quanto às técnicas empregadas a respeito deles”.

Para os autores, a adoção dos precedentes judiciais por ordenamentos originariamente ancorados na tradição do *civil law*, não é incompatível em sua essência<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> “The method of statute requires the use of reason to work out a large plan in advance; the method of precedent applies critical intelligence to reasoning out the best new decision in light of the prior ones, in light of what is special about the case at hand, and in light of the need to maintain a coherently principled body of law” (MacCormick e Summers, 1997, p. 5).

<sup>6</sup> “Pesquisas realizadas em vários sistemas jurídicos 1 têm mostrado que a referência ao precedente já não é mais, há algum tempo, uma característica peculiar aos ordenamentos de common Law, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo nos de civil Law. Assim, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados no precedente, enquanto os segundos seriam fundados na lei escrita não tem mais valor algum descritivo – admitindo-se que se considere que realmente tenha tido no passado. De um lado, de fato, nos sistemas de Civil Law faz-se amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de Common Law faz-se amplo uso da lei escrita e áreas inteiras desses ordenamentos — do direito comercial ao direito processual — são na realidade ‘codificadas’” (Taruffo, 2014, p. 2).

<sup>7</sup> “O que não se deve perder de perspectiva, no ponto, é que o reconhecimento dos precedentes – ou da jurisprudência, em sentido mais amplo – como fonte de direito por ambas as tradições não é propriamente algo inédito. Como já registrado, no período que antecedeu à era das codificações, reconhecia-se a importância dos precedentes judiciais nos países da *civil law*, inclusive para conferir especial status ao jura propria. Assim, o estágio atual representa, *ultima ratio*, um retorno às origens e bem revela que não há

Eles apontam o precedente e sua doutrina como objeto de uma construção histórica que estamos vendo acontecer no Brasil. Afirmam, ainda, que a noção de precedente vinculante em sentido horizontal não se confunde com a doutrina do *common law*, uma vez que a ideia de vinculação passou a ser adotada a partir do *stare decisis*.

Em outra perspectiva, Pedron e Ommati (2018), pontuam aproximações entre *common law* e *civil law* a partir da problematização de Ronald Dworkin acerca da discussão Convencionalismo vs. Pragmatismo e a proposta de uma interpretação da história feita por Reinhart Koselleck.

O convencionalismo jurídico sustenta que o direito é constituído por regras que são aceitas pela comunidade jurídica por meio de convenções ou acordos tácitos. Essas convenções estabelecem quais normas são válidas e como devem ser aplicadas. De acordo com essa visão, os juízes devem aplicar essas regras conforme o que foi acordado previamente, de forma que o direito seja previsível e seguro.

Na visão de Pedron e Ommati (2018), o Convencionalismo se trata de uma compreensão do Direito como sendo fatos “[...] que poderiam ser ligados a eventos concretos e históricos”. Nesse sentido, o Direito seria “aquilo que as instituições jurídicas (casas legislativas ou tribunais) decidiram no passado”. Sua maior funcionalidade estaria em proporcionar segurança jurídica e previsibilidade. Em caso de lacunas, abre-se um leque de possibilidades para o “discernimento” do magistrado e a criação de novas normas, justificadas pela discricionariedade proporcionada pelas ausências legislativas e judiciais.

Destaca-se também o problema da coerência que consiste no julgador simplesmente repetir a decisão do passado, estando alheio às condições atuais que permeariam a fundamentação da decisão. A norma anterior por si só seria válida e legítima.

Pedron e Ommati (2018) fazem um paralelo entre o convencionalismo (descrito no contexto do *common law*) e o legalismo, ou poderia dizer, positivismo jurídico, no contexto do *civil law*, uma vez que existe forte identificação com os fins propostos, a segurança jurídica e a previsibilidade. Ambos se destinam à formação e consolidação de uma tradição.

---

incompatibilidade ontológica entre a regra do precedente e a estrutura jurídica dos países da família romano-germânica” (Thamay; Garcia Jr; Frota JR., 2021, p. 50).

Os precedentes no *common law* estariam como a doutrina para o *civil law*. Ambos se destinam a mediar passado e presente na proposição de uma norma jurídica que resolva os conflitos postos em questão para o Direito.

Por isso mesmo, não é de se espantar que se possa enunciar todo um movimento de aproximação entre o *common law* e o *civil law*. Desde a gênese de ambos os movimentos, houve, sob uma perspectiva histórico-sociológica, tentativas de responder aos mesmos problemas e provocações, contudo, cada sistema partindo de sua própria lógica, mas que não possam dialogar em suas tradições respectivas, haja vista a equivalência funcional (Pedron e Ommati, 2018, p. 653).

A discussão sobre as convergências entre os sistemas jurídicos ganha ainda mais relevo quando o *stare decisis* passa a ser visto como estratégia teórica e prática ideal ao direito brasileiro do Século XXI.

### 2.1.2 Princípio do *Stare Decisis*

*Stare decisis* é uma expressão em latim que significa “manter as coisas decididas”. Refere-se ao princípio jurídico de que as decisões de tribunais superiores devem ser seguidas pelos tribunais inferiores em casos iguais ou, ao menos, semelhantes. Uma vez que um tribunal tenha tomado uma decisão sobre determinada questão legal, os tribunais inferiores e juízes singulares devem seguir essa decisão quando enfrentarem situações similares. Esse princípio visa garantir a consistência e a previsibilidade no sistema jurídico e evitar decisões contraditórias sobre as mesmas questões.

No entanto, o *stare decisis* não significa que as decisões dos tribunais superiores sejam absolutas ou imutáveis. Tribunais superiores podem reavaliar e mudar suas próprias decisões em casos posteriores se houver uma justificativa forte o suficiente para fazê-lo. Por sua vez, tribunais inferiores e juízes singulares podem deixar de aplicar o precedente fazendo a devida distinção (*distinguishing*).

Brenner e Spaeth (1995) apresentam os principais argumentos que justificam o *stare decisis*. Essa justificativa geralmente repousa nos valores que ele promove. Entre esses valores estão eficiência, continuidade da lei, justiça ou imparcialidade, legitimidade e o aprimoramento das decisões judiciais.

Quanto à eficiência, tem-se que a possibilidade de ter um julgamento prévio como referencial para um novo caso idêntico ou semelhante facilitaria o trabalho do julgador. Este não teria que iniciar uma nova argumentação do zero.

No *stare decisis*, a adesão ao precedente é capaz de garantir a continuidade da lei e permitir a sua confiabilidade para realização e condução de negócios. Argumenta-se que é mais justo ou mais equitativo porque tem por objetivo tratar casos semelhantes de forma semelhante, contribuindo para um julgamento imparcial. Favoreceria, ainda, o reconhecimento da legitimidade da jurisdição que não inovaria em leis ou fundamentos, contrariando o posicionamento do realismo jurídico de que o direito é o que o juiz diz que é.

Segundo Fine (2011, p. 76), o *stare decisis* é melhor pensado como uma arte do que como uma ciência. Fundamentalmente, corresponde à observância, por uma Corte, de decisões anteriores cujas questões fáticas e de direito são semelhantes às que estão para serem julgadas. São tidas como razões para o *stare decisis* a previsibilidade, a justiça, a eficiência judicial, a integridade do sistema judicial e o processo de tomada de decisões consciencioso.

Tendo como parâmetro a prática judicante dos Estados Unidos, Fine (2011) explica em alguns tópicos como se operacionaliza o *stare decisis*. A questão de direito analisada deve ser a mesma ou similar entre o caso em análise e as decisões anteriores tomadas por paradigma. A vinculação do precedente está diretamente relacionada à hierarquia e jurisdição existentes entre as Cortes ou órgãos de julgadores. No Brasil, além da hierarquia e da jurisdição, há que se considerar o “tipo” de precedente, pois determinadas decisões gozam, por lei, de *status* de precedente vinculativo. Deve ser observada também a similaridade dos fatos, uma vez que “[...] casos semelhantes devem ser resolvidos de formas semelhantes” (Fine, 2011, p. 81).

Existe, na verdade, uma tendência em seguir decisões anteriores e não um regramento absoluto. A partir da técnica da superação do precedente (*overruling*), Fine (2011) afirma que “[...] o *stare decisis* permanece sendo um princípio, e não uma regra imutável”.

Esse constitui um dos argumentos que sustentam a afirmação de que o *stare decisis* conferiria ainda maior discricionariedade aos juízes, uma vez que eles possuem a liberdade de aplicar ou não o precedente no caso concreto, à luz das peculiaridades e do contexto histórico e social, que autorizariam a superação dos julgados anteriores. Todavia, conforme será demonstrado nos tópicos subsequentes, esta discricionariedade, embora

reconhecida, é mitigada a partir de referenciais a serem observados nos processos de fundamentação e justificação das decisões judiciais.

No Brasil, por exemplo, o Código de Processo Civil de 2015 assevera, no art. 489, § 1º, incisos V e VI, que não se considera fundamentada a decisão judicial que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos e/ou deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A mitigação das fronteiras entre os modelos do *civil law* e do *common law* subsidia o argumento da adequação do princípio do *stare decisis* ao direito brasileiro, sendo de análise e observância necessária pelos/as juizes/as e tribunais nacionais, com vista à reestruturação da racionalidade ao sistema jurídico nacional.

Nessa linha, Barboza (2014) defende que adotar o *stare decisis* seria a melhor via para assegurar coerência, segurança e previsibilidade à jurisdição constitucional brasileira devido a evolução e necessidade de preservação dos direitos humanos e direitos fundamentais. Utiliza como pilares para esse pensamento as categorias do constitucionalismo e dos direitos humanos.

A previsão dos direitos humanos nas Constituições ocorre numa tessitura aberta. De forma que o puro e simples texto constitucional não é suficiente para assegurar o seu cumprimento e execução. A aplicação prática das regras constitucionais passou a depender assaz do juiz e da interpretação constitucional. Assim, o Judiciário ganhou papel proeminente, sendo este fato uma das principais razões do fenômeno da judicialização da política e da vida.

Dessa forma, o *stare decisis* e o sistema de precedentes vinculantes ofereceria à jurisdição constitucional brasileira um lastro de história e de prática jurídica capazes de assegurar a continuidade desse fazer interpretativo atuante do Poder Judiciário ao mesmo tempo em que limitaria a discricionariedade do julgador<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Para desenvolver como se daria essa limitação, a autora utiliza o conceito de romance em cadeia, elaborado por Ronald Dworkin. De acordo com esse pensamento, o juiz, (no caso, o ministro do Supremo Tribunal Federal) atuaria como um escritor de um romance que vem sendo escrito e cada decisão seria uma contribuição. Assim, a discricionariedade é limitada, pois o julgador não pode dar sequência ao romance de acordo com seus próprios argumentos. Ele deve considerar a história constitucional, o Direito, as decisões precedentes e, somente a partir disso, decidir e fundamentar a sua decisão. Essa atividade, apesar de limitar o alcance da interpretação judicial, não impede o desenvolvimento histórico e social do direito, tão pouco as práticas de distinção e superação de precedentes, haja vista que o que garante a previsibilidade do sistema

A afirmação do princípio do *stare decisis*, manter as coisas decididas ou julgar conforme o decidido, como necessário ao processo brasileiro do Século XXI decorre diretamente da flexibilização das fronteiras teóricas estabelecidas entre *civil law* e *common law*, justificando, assim, a implantação ou assimilação do sistema de precedentes, a partir do Código de Processo Civil de 2015.

Esse processo de revisão teórica acerca das distinções entre as ordens jurídicas do *common law* e *civil law* e apropriação do *stare decisis* fora impulsionado com a Emenda Constitucional n. 45 e a Reforma do Judiciário, que robusteceram sobretudo o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da constituição, considerando o momento histórico do direito brasileiro após a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Assim, (neo)constitucionalismo, judicialização da política e ativismo judicial são temas que tocam diretamente a discussão sobre precedentes no Brasil, pois irão integrar os componentes históricos da estrutura do processo constitucional nacional que vem se transformando ao longo do tempo.

Sem dúvidas, a força da constitucionalização de todo o direito pra cumprimento das garantias e direitos fundamentais, quando se trata do ordenamento jurídico de estrutura romano-germânica, requer a mudança de postura do Poder Judiciário que deixa de apenas responder aos conflitos que a ele chegam com a letra lei e necessitam aplicar princípios constitucionais, cuja abertura semântica coloca em xeque as bases do próprio positivismo e abre novos caminhos para pensar a teoria da decisão e o papel da magistratura na criação do direito.

É notório que o processo legislativo, no Estado contemporâneo, não dá conta de acompanhar as inovações do processo constitucional, uma vez que se tem um marco legal-temporal (a Constituição Federal de 1988) que impõe uma leitura de revisão de todas as normas de regulação das mais diversas relações humanas entre si e com as coisas.

Se, até este ponto, a lei era considerada a amarra hermenêutica do/a juiz/a, a partir da constitucionalização, princípios abertos e cláusulas gerais passam a incorporar a argumentação e a justificação das decisões nas mais diversas orientações, gerando uma sensação de ameaça aos valores caros ao direito surgido com o Estado Moderno: segurança jurídica, certeza e previsibilidade.

---

não é o final da decisão, mas como ela inicia. Ou seja, os valores de segurança, coerência e previsibilidade seriam alcançados por meio do processo decisório e não pela decisão em si.

A partir disso, a discussão sobre precedentes judiciais no Brasil começou a ganhar corpo, uma vez que essa categoria processual emerge a partir da legislação processual civil como uma das possibilidades de vincular a atividade decisória dos juízes, reduzindo o espaço de discricionariedade interpretativa e a chamada jurisprudência lotérica. O que é, então, o precedente judicial?

## 2.2 O que é o precedente judicial?

Frederick Schauer (1987) apresenta o precedente a partir de uma noção de sentido que lhe é anterior aos tribunais e ao próprio direito, o raciocínio do precedente baseado na experiência, “*Reliance on precedent is part of life in general*”.

Quando a criança põe o dedo na tomada e leva um choque, a probabilidade é de que ela aprenda com a experiência e passe a adotar um novo comportamento diante da situação. Assim como o médico passa a diagnosticar facilmente uma doença através do reconhecimento (experiência) dos sintomas. Esse seria o mesmo raciocínio de um/a juiz/a no processo de tomada de decisão cujo caso poder-se-ia considerar idêntico ou similar a outro julgado anteriormente.

O que diferencia o precedente judicial desse raciocínio da experiência é sua imposição sobre o presente/futuro, independente da concordância ou não de quem toma a decisão. Sobretudo porque juízes do passado e do presente, embora pessoas distintas, representam a mesma instituição.

A naked argument from precedent thus urges that a decisionmak give weight to a particular result regardless of whether that decisionmaker believes it to be correct and regardless of whether that decisionmaker believes it valuable in any way to rely on that previous result. Shorn of any embellishments, the reasons for respecting an argument from precedent may seem far from obvious (Schauer, 1987, p. 576).

Um sistema de precedentes envolve, portanto, a responsabilidade especial que acompanha o poder de comprometer o futuro<sup>9</sup>. Sua importância e existência está em limitar a discricionariedade do juiz, que deverá aplicá-lo como integrante de um corpo institucional, a despeito de possíveis posições pessoais em contrário.

---

<sup>9</sup> “A system of precedent therefore involves the special responsibility accompanying the power to commit the future before we get there” (Shauer, 1987).

No cenário brasileiro, existe uma divergência de premissas que aponta para conceitos distintos de precedentes judiciais, e que estão diretamente relacionados à temporalidade com a qual se visualiza a decisão judicial que abriga ou abrigará o precedente. Uma primeira premissa parte do precedente como algo que é delineado e construído a partir de como as futuras decisões olharão para a decisão passada e decidirão por sua observância ou não no presente. O precedente é, portanto, reconhecido. A outra, por sua vez, parte de uma decisão cuja força vinculante de precedente é concedida por lei. Ele surge no presente e seu conhecimento deriva unicamente do comando normativo.

Na primeira premissa, tem-se que um precedente não nasce precedente. Thamay, Garcia Jr. e Frota Jr. (2021, p. 63) afirmam que “[...] como regra, a decisão só passa à condição de precedente em um momento futuro e, portanto, essa transformação só costuma ser vista em retrospectiva”. Nesse sentido, uma decisão só será confirmada precedente a partir da sua aplicação *a posteoriori*, uma vez que seus fundamentos passem a ser relevantes para a resolução de casos similares. A decisão não gera um precedente, ela é reconhecida precedente mediante a relevância que passará a ter para casos futuros. O juiz do caso subsequente é aquele que determina a existência ou não do precedente, criando-o.

Thamay, Garcia Jr. e Frota Jr. (2021, p. 64) conceituam o precedente como “[...] a decisão judicial que, ao resolver um caso concreto, contém em si um enunciado jurídico que serve como parâmetro, persuasivo ou vinculante, para decisões de casos futuros que envolvam a mesma questão de direito”. Ele pode ser considerado como próprio, correspondendo à própria decisão judicial que se torna parâmetro para aplicação da tese a casos futuros; ou impróprio, quando se identifica com a *ratio decidendi* decorrente.

MacCormick e Summers (1997) conceituam precedente como decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões posteriores. O reconhecimento da autoridade do precedente tem efeito retrospectivo, na medida em que o presente deve ser guiado pelo que foi decidido no passado. Mas também há um aspecto voltado para o futuro, pois a própria existência de uma prática de atribuir autoridade a decisões passadas significa que aquele que se compromete a decidir um novo caso, o faz sabendo que a própria decisão alcançada será tomada como um guia em casos posteriores.

Um precedente judicial é construído e reconhecido, portanto, num movimento pendular entre o presente e o passado. Nesse sentido, sua força apenas se confirmará no futuro.

Os precedentes, como dissemos, são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Precedentes vinculantes são decisões anteriores que, por algum motivo, devem ser utilizadas como modelos orientadores para decisões posteriores. O reconhecimento de um precedente vinculante possui, assim, um certo efeito retrospectivo, na medida em que o presente deve ser guiado pelo que foi decidido no passado. Contudo, há também uma dimensão prospectiva nesse reconhecimento; pois a própria existência de uma prática que atribui autoridade a decisões passadas significa que quem decide um caso novo o faz sabendo que a decisão tomada servirá como guia para casos futuros (MacCormick e Summers, 1997, p. 2)<sup>10</sup>.

Lopes Filho (2016, p. 275) sustenta que o precedente é uma decisão que acrescenta sentido ao texto legal, exercendo função mediadora entre este e a realidade social.<sup>11</sup> Ele fornece uma contribuição hermenêutica para o futuro. Sua principal função consiste em eliminar que outras decisões sobre casos similares partam “de um grau zero, evitando subjetivismos, economizando tempo e garantindo uma igualdade de tratamento entre casos substancialmente iguais”.

Marinoni (2019b) afirma que todo precedente se origina de uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial constitui um precedente. O precedente deriva de uma decisão que primeiro determina uma questão de direito, delineando seus fundamentos. Pensando nas decisões colegiadas, por exemplo, o precedente só seria formado a partir da decisão convergente da maioria, não apenas sobre a parte dispositiva, mas também e principalmente sobre os fundamentos que levaram a esta última.

Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, seja por não tratar de questão de direito ou não sustentar um fundamento por maioria, seja por se limitar a afirmar a letra da lei ou a reafirmar precedente. Outrossim, um precedente requer a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser efetivamente delineado. Nesta dimensão, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que, igualmente ao menos por maioria,

---

<sup>10</sup> Texto original: “Precedents, we said, are prior decisions that function as models for later decisions. Authoritative precedents are prior decisions that for some reason one ought to use as governing models for later decisions. The recognition of authoritative precedent has thus a certain backward-looking effect, to the extent that the present must be guided by what was decided in the past. But there is a forward-looking aspect to this as well; for the very existence of a practice of ascribing authority to past decisions means that one who engages in deciding a novel case does so knowing that the decision reached will itself be taken as a guide in later cases” (MacCormick e Summers, 1997, p. 2).

<sup>11</sup> “Precedente, portanto, é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais”. (Lopes Filho, 2016, p. 275).

definitivamente a delinea, deixando-a cristalina (Marinoni, 2019b, p. 154-155).

No *common law*, o precedente é reconhecido através da identificação da *ratio decidendi*. Ela é composta pelas razões determinantes utilizadas pelo julgador para a resolução do caso específico e é a correta análise dessas que possibilitarão a aplicação da decisão passada como precedente em casos similares no futuro.

Diante disso e da importância que tem a fundamentação da decisão judicial nesse contexto, o estudo do sistema de precedentes em países de tradição do *common law* envolve a análise e a aplicação de institutos e técnicas próprias, como, por exemplo, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* e as hipóteses de realização do *distinguishing* e do *overruling* em situações de diferenciação para não utilização do precedente e revogação deste, respectivamente.<sup>12</sup>

Na segunda premissa apresentada supra, o precedente preserva a essência de seu fundamento teleológico, no qual serve de guia para decisões futuras a respeito de casos idênticos ou semelhantes, mas seu reconhecimento como categoria processual a ser observada no momento de interpretação/aplicação do direito ao caso concreto decorre de previsão legal. Essa perspectiva vem sendo adotada no Brasil pelos tribunais nacionais e cortes superiores, chamando de precedentes qualificados aqueles previstos no art. 927, do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

---

<sup>12</sup> “No *civil law*, ao contrário, cabendo aos tribunais apenas aplicar a lei, pouca importância se teria de dar à fundamentação, já que esta faria apenas a ligação entre os fatos e a norma legal voltada a regular a situação litigiosa. A fundamentação, assim, seria mera explicação lógica. Uma vez que a decisão deveria apenas dar atuação à lei, não haveria motivo para buscar na fundamentação o significado da decisão. A decisão que se limita a aplicar a lei não tem nada que possa interessar a outros, que não sejam os litigantes. É por este motivo que, no *civil law*, o que sempre preocupou foi o dispositivo da sentença, que aplica a lei, dando-lhe concretude. Não é por outra razão que, quando se pensa em segurança dos atos jurisdicionais, alude-se somente à coisa julgada e, especialmente, à sua função de tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença” (Marinoni, 2019, p. 165).

Precedentes qualificados seriam aqueles de observância obrigatória pelos juízes e tribunais inferiores, visando uma maior racionalização da quantidade de feitos levados a julgamento pelos tribunais superiores. Conforme informação do assessor-chefe do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas (Nugepnac) do Superior Tribunal de Justiça<sup>13</sup>,

A ideia dos precedentes é julgar processos que vão dar o efeito que nós trazemos para o precedente qualificado. Com a formação desse julgamento pelo STJ, os processos devem ser resolvidos naquele mesmo sentido, e não há mais motivo para que cheguem ao STJ. A ideia dos precedentes é que o STJ passe a julgar menos processos, mas que seu efeito seja em outros milhares, até mesmo milhões.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, o precedente passou a integrar as teorias processuais e a prática forense nacionais. No entanto, a mera reprodução/adaptação dessas categorias processuais no País ainda não contribuiu para a formação e/ou consolidação de um sistema de precedentes brasileiro.

Verifica-se que há uma intensa confusão ontológica entre o que é o precedente no Brasil, sua função e a própria estrutura de formação histórica do processo brasileiro que, por exemplo, não considera a fundamentação como elemento vinculante da decisão judicial, embora não desconsidere a sua importância como fator de legitimação do próprio julgado. Ora, se a fundamentação contém a *ratio decidendi*, cujo conteúdo é a essência do precedente, como não atribuir efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão?

Para além da questão da *ratio decidendi*, é preciso, ainda, estabelecer as diferenças entre precedente, jurisprudência, súmula e tese, uma vez que decorre do ofício costumeiro, sobretudo na prática judicante pelos atores de justiça, em se tomar súmula e jurisprudência nominalmente por precedente.

### 2.2.1 Diferenciações entre precedente, jurisprudência, súmula e tese.

Taruffo (2014) aborda a distinção entre precedente e jurisprudência do ponto de vista qualitativo e quantitativo. Neste, o precedente diz respeito a uma única decisão; a

---

<sup>13</sup> Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/18112022-STJ-No-Seu-Dia-fala-da-importancia-dos-precedentes-qualificados-e-do-trabalho-do-Nugepnac.aspx#:~:text=A%20ideia%20dos%20precedentes%20%C3%A9,cujo%20julgamento%20forma r%C3%A1%20precedentes%20qualificados.> Acesso em 06 mar. 2025.

jurisprudência faz referência a uma série de decisões. Sob esse aspecto, com relação à jurisprudência, existe uma dificuldade em se estabelecer um parâmetro sobre qual decisão seria de fato a relevante ou quantas decisões seriam necessárias para se afirmar qual a interpretação jurisprudencial sobre determinada norma.

Na perspectiva qualitativa, o precedente estabelece uma regra, passível de ser universalizada, que pode ser aplicada na decisão sobre caso futuro em função da identificação ou similaridade dos fatos que deram origem à decisão paradigma.

A partir disso, Taruffo (2014), no mesmo sentido já exposto acima, leciona que é o juiz do caso sucessivo que “cria” o precedente, ou seja, que reconhece a decisão anterior como precedente. E isso se dá em decorrência da análise dos fatos<sup>14</sup>. Já na jurisprudência, seja em sua formação ou na sua aplicação, não se verifica uma análise comparativa dos fatos. Constituem máximas que são formuladas como regras jurídicas, enunciados gerais, semelhantes ao texto legal<sup>15</sup>.

A jurisprudência é formada de várias sentenças, enquanto o precedente pode ser formado por uma única decisão. Devido à gama de decisões que a compõe, a jurisprudência pode ser incoerente e contraditória. Isto é mais difícil de acontecer em um sistema de precedentes.

Bezerra Neto (2018) aponta que o termo precedente já era previsto legalmente desde o Código de Processo Civil de 1973 no Brasil, ainda que entendido apenas como sinônimo de julgado. Com o Código de Processo Civil de 2015 é possível verificar claramente a diferenciação entre precedente e jurisprudência. No entanto, sustenta que o direito brasileiro ainda continua identificando o precedente como sinônimo de jurisprudência<sup>16</sup>.

A súmula, por sua vez, corresponde ao enunciado normativo que contém o resumo da jurisprudência de determinado tribunal. Ela não se confunde com a jurisprudência, pois não se trata de decisão judicial formada a partir de demandas específicas; tão pouco um

---

<sup>14</sup> “Es por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no existe el precedente, y entonces, por así decirlo, “crea” el precedente.”

<sup>15</sup> “[...] por regla general, los textos que constituyen nuestra jurisprudencia no incluyen los hechos que han sido objeto de decisión, de modo que la aplicación de la regla formulada en una decisión precedente no se funda sobre la analogía de los hechos, mas sí sobre la subsunción del caso sucesivo en una regla general”.

<sup>16</sup> “No Brasil, estamos em pleno processo de transição entre a cultura do antigo e do novo CPC. Ainda continuamos valorizando a ideia de precedente como uma unidade de jurisprudência, sendo esta apenas o conjunto das decisões de um tribunal convergentes em torno de determinada conclusão, sem qualquer preocupação quanto à compreensão como as decisões foram efetivamente construídas, isto é: como o juiz efetuou a passagem do ‘texto normativo’ para a “norma jurídica”, bem assim a passagem da “narrativa das partes” para a sua própria ‘narrativa’” (Bezerra Neto, 2018).

precedente, uma vez que, além da ausência de questões fáticas, não é possível identificar seus fundamentos determinantes, ou seja, a sua *ratio decidendi*.

As súmulas são caracterizadas como “[...] enunciados do tribunal acerca de suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente” (Marinoni, 2019, p. 155). A súmula não pode se confundir com o precedente visto que seu enunciado não resulta uma tese de direito construída a partir de um caso concreto, num procedimento em que foram devidamente observados contraditório e ampla defesa. As súmulas em geral constituem resumos do entendimento do tribunal sobre determinada matéria e nem sempre tem o condão de vincular a decisão de outros juízes.

Têm-se aqui um anacronismo que precisará ser enfrentado tanto na teoria quanto na prática do direito no Brasil. Ocorre certo consenso de que, em essência, súmula não se confunde com precedente. Todavia, partindo-se da dicção do art. 927 do Código de Processo Civil e a interpretação dada pelos tribunais superiores, tanto sumulas vinculantes quanto enunciados de súmula do STF e do STJ são tomados por precedentes qualificados.

A tese é identificada como uma formulação de direito referente ao entendimento de determinada norma jurídica aplicada pelo tribunal, resultante de determinado julgamento. O Código de Processo Civil prevê sua fixação pelo julgador destacadamente no julgamento de recursos repetitivos e resolução de demandas repetitivas.

Mitidiero (2023, p. 25) explica que

As teses são as respostas aos temas, que constituem modo de indexação de questões que se encontram sob apreciação das Cortes Supremas. Embora busquem igualmente retratar um precedente, tampouco são vinculantes: o que vincula é o precedente que se encontra na sua origem. A tese é a interpretação dada pela Corte Suprema ao precedente – o que não dispensa, porém, a avaliação da sua congruência com os fatos-razões que procura retratar.

Embora esclarecedora a conceituação de Mitidiero (2023), não se constitui em derivado lógico do previsto no próprio Código de Processo Civil que prevê, inclusive, o cabimento de reclamação em caso de não observação de tese adotada em incidente de demandas repetitivas (art. 985).

Igualmente, o art. 985 dispõe que, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal e aos casos futuros que versem

sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

No CPC, a tese jurídica é abordada como relacionada à questão de direito discutida no incidente respectivo, uma vez que tem como pressuposto a aplicação em casos repetitivos. Ela assume uma natureza jurídica que performa com efeitos similares ao da súmula vinculante, consistindo em enunciados gerais de orientação para uniformização de jurisprudência.

Como visto no item anterior, a formulação do precedente judicial deriva do seu reconhecimento a partir da análise do caso (fatos concretos) e da fundamentação apresentada em decisão anterior que poderá ou não servir de base para uma nova decisão. Esse processo se dá com a identificação da *ratio decidendi* (razão de decidir) que será objeto de análise ainda neste Capítulo.

Em que pese as incongruências que permeiam os conceitos de súmula, tese e precedente no Código Processual de 2015, é possível afirmar que o próprio legislador tratou de forma a diferenciar essas categorias, uma vez que as menciona em separado. Por exemplo, os incisos V e VI, ambos do art. 489, do CPC, fazem referência explícita ao precedente e a súmula, não sendo possível afirmar que o termo “precedente”, no referido artigo, se confunda ou seja sinônimo do termo “tese” presente nos parágrafos dos art. 927 e demais referências normativas já citadas.

### 2.2.2 O conceito de precedente judicial no Brasil.

Em que pese as necessárias distinções esposadas no item anterior, o marco para determinar o reconhecimento dos precedentes judiciais no Brasil permanece sendo o rol elencado no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015. Este dispõe que juízes e tribunais deverão observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Para que a decisão seja considerada um precedente judicial qualificado ou obrigatório, conforme o CPC/2015, ela deve observar o disposto no art. 927 e possuir

efeito vinculante geral, sendo sua aplicação “[...] dependente da análise das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia individual, [...] bem como da própria consolidação das teses normativas decididas naquela decisão (*ratio decidendi*).” (Thamay, Garcia Jr. e Frota Jr., 2021, p. 119).

Lopes Jr. (2022) afirma que é possível reconhecer a presença de precedentes obrigatórios no direito brasileiro desde o desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade das leis, após a Constituição Federal de 1988. A determinação de efeito vinculante às ações do controle concentrado de constitucionalidade (Emenda Constitucional nº 3/1993, Lei nº 9.868/1999 e Lei nº 9.882/1999); a edição de súmulas com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal (Emenda Constitucional nº 45/2004); o sistema de repercussão geral para o recurso extraordinário (Lei nº 11.418/2006); a sistemática do recurso especial repetitivo (Lei nº 11.672/2008) são exemplos citados.

Tem-se, portanto, a primeira conclusão de que são considerados precedentes judiciais as decisões que o legislador atribuiu efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário, seja em decorrência da temática analisada (decisões em controle concentrado de constitucionalidade), seja em termos de política judiciária para regramento dos procedimentos nos tribunais superiores.

Numa outra perspectiva, para Pedron e Ommati (2018), o precedente judicial pode ser visto a partir da abordagem do tempo histórico em Koselleck, na medida em que, como produto do presente para o futuro, pode se quedar preso à experiência com um apego rígido a um sistema coerente; ou romper com essa experiência mediante um amplo espaço de discricionariedade judicial. A solução para esse entrave seria a visão de Ronald Dworkin do direito como integridade. A principal tese dos autores é que a questão que envolve os precedentes judiciais é interpretativa e não meramente funcional.

Assim, os precedentes devem ser interpretados sob essa perspectiva hermenêutica por considerá-la “mais rica e mais democrática”. Eles são identificados como decisões pretéritas de um juiz ou tribunal, cuja vinculação para o futuro se depreende das suas razões. Todavia, não há consenso sobre qual dessas razões seriam de fato vinculantes. Essa seria uma decisão hermenêutica.

Um precedente, portanto, nunca nasce como um precedente, mas é sempre uma decisão anterior que resolveu um conflito jurídico passado. Caso as razões dadas nesse caso passado se revelem acertadas ao longo do tempo e comecem a servir como razões para fundamentar outros

casos atuais, aquele caso passado passa a ser visto como precedente (Pedron e Ommati, 2018, p. 663).

Por essa razão, Pedron e Ommati (2018), também defendem que, mesmo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, não há um sistema de precedentes no Brasil, mas sim um sistema de decisões vinculantes. Diferentemente das experiências na Inglaterra e nos Estados Unidos, no Brasil, o art. 927 do Código de Processo Civil elenca um rol de provimentos judiciais que, por mera previsão legal, vinculam as decisões judiciais *pro futuro*. Não há, portanto, a construção hermenêutica da força vinculante. Ela decorre diretamente da lei, sua construção se dá no presente e seus efeitos estão determinados para o futuro.

A despeito de identificar o sistema de precedentes no Código de Processo Civil a partir dos precedentes vinculantes, Lopes Jr. (2022, p. 935) conceitua precedente como:

[...] norma jurídica (ou tese jurídica) solucionadora do caso concreto, aplicável a casos futuros do mesmo órgão jurisdicional (vinculação horizontal) ou de outro órgão inferior (vinculação vertical) que apresentem as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas do caso precedente.

O autor ainda adverte que o precedente não se confunde com a decisão direcionada ao caso concreto, mas corresponde à solução jurídica elaborada, estando presente, portanto, na fundamentação do julgado.

Em razão disso, Thamay, Garcia Jr. e Frota Jr. (2021), corroborando com entendimento de Bezerra Neto (2018), afirmam que o Brasil não possui um sistema puro de precedentes, mas uma sistemática processual estruturada para uniformização de jurisprudência.

No mesmo sentido, se coloca Bueno (2024, p. 01):

Não consigo ver, portanto, nada no CPC de 2015 que autorize afirmativas genéricas, que vêm se mostrando comuns, no sentido de que o direito brasileiro migra em direção ao *common law* ou algo do gênero. Sinceramente, prezado leitor, não consigo concordar com esse entendimento. O que há, muito menos que isso, é uma aposta que o legislador infraconstitucional vem fazendo desde as primeiras reformas estruturais pelas quais passou o CPC de 1973 (abandonando a já mencionada e sempre esquecida “uniformização de jurisprudência”) no sentido de que, se as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e aquelas proferidas pelos Tribunais de Justiça e pelos Regimes Federais forem observadas (acatadas) pelos demais órgãos jurisdicionais, haverá

redução sensível do número de litígios e maior previsibilidades, maior segurança e tratamento isonômico a todos.

Segundo Bueno (2024), as referências feitas no CPC de 2015 com o termo “precedente” são relacionadas a decisões judiciais que o legislador adotou como vinculantes, simplesmente pela aplicação de uma técnica factível de racionalização e política judiciária dos processos nos Tribunais<sup>17</sup>. Não se entende, por esse aspecto, que o direito brasileiro passara a adotar um sistema de precedentes, tendo por base o *common law* ou até mesmo o *stare decisis* estadunidense. “A falta de uniformização do texto empregado ao longo do CPC de 2015 não pode ser óbice à escoreta compreensão do seu sistema” (BUENO, 2024, p.).

A proposta do novo Código de Processo Civil, em substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado Federal nº 166, de 2010, previa o Capítulo XV, intitulado “Do Precedente Judicial”, com os arts. 520 a 522.

Sem apresentar conceituação do que viria a ser considerado por precedente judicial, o art. 520 afirma que “[...] os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Em seu § 2º faz a primeira referência ao “precedente” quando dispõe que “[...] é vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Aqui, infere-se que os precedentes se identificam com as decisões judiciais que ensejaram a formação de determinada súmula. Ficando claro que súmula não se identifica com precedente.

O art. 521 trazia em seu *caput* os objetivos do que seria a estruturação de um possível sistema de dever de observância aos precedentes: conferir efetividade ao art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia.

Seus incisos destacavam que juízes e tribunais deveriam seguir decisões e precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmula vinculante, acórdãos e precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça

---

<sup>17</sup> “O art. 927 quer implementar a política pública judiciária delineada pelo art. 926 no que diz respeito à observância das decisões jurisdicionais pelos variados órgãos jurisdicionais, levando em consideração suas respectivas áreas de atuação originária e recursal” (Bueno, 2024, p. 01).

em matéria infraconstitucional. Acrescenta, ainda, “precedentes” do plenário do STF, em controle difuso de constitucionalidade e da Corte Especial do STJ em matéria infraconstitucional.

Art. 521, § 1º previa a formação e aplicação do precedente judicial com observância do contraditório e as seguintes disposições quanto a fundamentação (art. 499, § 1º do substitutivo, atual art. 489, § 1º do CPC de 2015):

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

É de se destacar também o § 3º do art. 521, o qual previa que o feito previsto nos incisos do caput (qual seja, a vinculação dos/as juizes/as a partir das decisões, precedentes e enunciados elencados) decorreria dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado. Nesse caso, o legislador estaria adotando a teoria da transcendência dos motivos determinantes e o princípio da colegialidade para formação do precedente no processo brasileiro.

Prevvia, ainda, regras procedimentais para modificação de entendimento sedimentado, dentre elas a possibilidade de realização de audiências públicas e de modulação dos efeitos da nova decisão.

Considerava o chamado *obiter dictum* ao aduzir que não possuem efeitos vinculantes os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

A realização da distinção como necessária para não aplicação dos provimentos judiciais vinculantes e demais precedentes.

§ 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

Destaca-se a fala do Deputado Paulo Teixeira quando da aprovação do Substitutivo (PL 8.046, de 2010) na Câmara dos Deputados:

Nesse sentido, o código introduziu o incidente de resolução de demandas repetitivas, para a solução de conflitos de massa, que ocorrem, por exemplo, na área de consumo. Também dispõe sobre a necessidade de respeito aos precedentes judiciais para, com isso, reduzir a carga de trabalho do Poder Judiciário, pois a dispersão jurisprudencial alimenta a multiplicação de processos e recursos. A necessidade de respeito aos precedentes judiciais também tem o propósito de garantir isonomia de tratamento aos jurisdicionados. Nesse sentido, criamos técnicas para formação, identificação, aplicação, distinção e também de superação do precedente judicial, de modo a gerar, com isso, estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica, sem, contudo, afastar a possibilidade de evolução do direito.

A proposta não foi aceita integralmente no Senado, sendo retirado do Capítulo XV – Do Precedente e mantida a proposta original do Projeto de Lei do Senado.

A alteração na redação do SCD retirou as reiteradas menções à “precedentes” do art. 521, suprimiu o efeito vinculante como decorrente dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, o princípio da maioria do colegiado e o § 5º que tratava da distinção.

**Tabela 01:** Tabela comparativa da tramitação do Projeto do Código de Processo Civil na Câmara e no Senado

<p><b>Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A, de 2010, do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”.</b></p>	<p><b>PARECER Nº 1.111, DE 2014</b> Redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, naquela Casa).</p>
<p>CAPÍTULO XV</p>	<p>LIVRO III</p>

<p style="text-align: center;"><b>DO PRECEDENTE JUDICIAL</b></p> <p>Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.</p> <p>§ 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.</p> <p>§ 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.</p> <p>Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:</p> <p>I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;</p> <p>II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;</p> <p>III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo</p>	<p style="text-align: center;"><b>DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS</b></p> <p style="text-align: center;"><b>TÍTULO I</b></p> <p style="text-align: center;"><b>DA ORDEM DOS PROCESSOS E DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS</b></p> <p style="text-align: center;"><b>CAPÍTULO I</b></p> <p style="text-align: center;"><b>DISPOSIÇÕES GERAIS</b></p> <p>Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.</p> <p>§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.</p> <p>§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.</p> <p>Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:</p> <p>I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;</p> <p>II – os enunciados de súmula vinculante;</p> <p>III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;</p>
--	---

<p>Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;</p> <p>IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:</p> <p><b>a)</b> do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;</p> <p><b>b)</b> da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.</p> <p>§ 1º O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial.</p> <p>§ 2º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.</p> <p>§ 3º O efeito previsto nos incisos do <i>caput</i> deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.</p> <p>§ 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do <i>caput</i> deste artigo os fundamentos:</p> <p>I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;</p> <p>II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador,</p>	<p>IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;</p> <p>V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.</p> <p>§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.</p> <p>§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.</p> <p>§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.</p> <p>§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.</p>
---	---

<p>ainda que relevantes e contidos no acórdão.</p> <p>§ 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do <i>caput</i> deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.</p> <p>§ 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:</p> <p>I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;</p> <p>II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;</p> <p>III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do <i>caput</i>.</p> <p>§ 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.</p>	<p>§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.</p> <p>Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:</p> <p>I – incidente de resolução de demandas repetitivas;</p> <p>II – recursos especial e extraordinário repetitivos.</p> <p>Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.</p>
--	--

§ 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

§ 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 11. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

<p>II – recursos especial e extraordinário repetitivos.</p> <p>Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.</p>	
---	--

**Fonte:** Elaborada pela Autora (2025)

A Exposição de Motivos anexadas à versão final do Código de Processo Civil de 2015 foi escrita pela Comissão de Juristas responsável pela entrega do Anteprojeto ao Senado Federal. Ela apresenta os princípios e objetivos que nortearam as principais mudanças legislativas. Tendo em vista a efetividade do processo como condição para realização do direito material, a nova Codificação fora pensada em harmonia com a Constituição Federal de 1988 e com a busca de instrumentos que assegurem a concretização dos direitos e garantias fundamentais ali estabelecidos.

O primeiro dos cinco objetivos listados é exatamente o estabelecimento expresso e implícito de “verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”. Tal resultou na incorporação expressa de princípios constitucionais de ordem processual no novo Código, cuja realização passa por umas das principais preocupações do legislador, a uniformização e a observância da jurisprudência dos tribunais superiores. “Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema”.

A estabilidade da jurisprudência atende à realização do princípio da segurança jurídica, uma vez que “a dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário”. Igualmente, assegurar a uniformidade da jurisprudência corresponde ao princípio constitucional da isonomia, uma vez que visa contribuir para evitar que situações idênticas tenham tratamento jurídico distinto pelos órgãos jurisdicionais.

Sobre a aplicação expressa do termo “precedentes”, o texto da Exposição de Motivos afirma que o respeito aos “precedentes dos tribunais superiores” é dependente da uniformização de jurisprudência. Assim, vê-se que o legislador entendia o precedente como decisão anterior que deverá/poderá servir de paradigma para resolução de novos casos idênticos ou semelhantes pelos/as juízes/as.

Não há nenhuma menção que identifique a formação, pelo Código de Processo Civil de 2015, de um sistema de precedentes no direito brasileiro, inspirado, ou até mesmo visando incorporar o procedimento e referências do *common law*. Para isso, corrobora, ainda, a posição da Relatoria do Projeto de Lei no Senado que excluiu um Capítulo destinado ao “Precedente Judicial”, deslocando a maioria dos seus dispositivos para o Livro que trata do Processo nos Tribunais, conformando o objetivo traçado em torno da preocupação com a estabilidade da jurisprudência do que antes com a formação de um sistema que transformaria a decisão judicial em fonte primária do direito.

Eis aqui um ponto de distinção importante. Como explicado no item 1.1, a principal distinção entre o sistema anglo-saxão e o sistema romano germânico corresponde às fontes primárias do direito. No primeiro, temos a ordem costumeira reconhecida e incorporada pela decisão dos/as juízes/as que forma o precedente. No segundo, a lei é a fonte primária.

Mesmo com a tendência de flexibilização entre as fronteiras dos dois sistemas nas últimas décadas, a construção da normatividade, dos procedimentos e da prática judiciária pelas tradições formadas por séculos de história giram em torno dessa distinção, cuja centralidade estabelece e justifica a própria divisão de poderes em cada democracia constitucional, inclusive, a respeito do Poder Judiciário, os pensamentos sobre seu papel e legitimidade.

Sendo assim, uma vez que o Código de Processo Civil de 2015 não representa e não traz dispositivos que levem à rediscussão da teoria das fontes ou, ainda, à proeminência de um direito jurisprudencial em relação às normas oriundas do Poder Legislativo, o precedente judicial é visto e tratado como uma decisão que deve ser observada seja porque a própria lei lhe atribuiu efeito vinculante (precedente qualificado), seja porque caso idêntico fora julgado anteriormente e a existência de decisões divergentes sobre a mesma questão não contribui para a estabilidade da jurisprudência e uma ordem jurídica íntegra e estável.

Todavia, debates empenhados durante as discussões da nova legislação e após sua entrada em vigor, tantos nos ambientes institucionais quanto acadêmicos, tratam dos precedentes judiciais como uma incorporação ou assimilação do *common law* no direito brasileiro que está sendo ou deveria ser feita.

Nesse sentido, distinções precisam ser feitas entre o que se tem proposto e aprovado pelo Estado Brasileiro, por meio do Poder Legislativo, como política institucional para aprimoramento da prestação jurisdicional e do acesso à Justiça no País

e, de outro turno, como pode ser pensado o direito processual, o controle de constitucionalidade das leis e a hermenêutica jurídica a partir do desenvolvimento de novas categorias acrescentadas ao nosso vocabulário como: precedente, *ratio decidendi*, distinção, superação.

Ressalte-se, ainda, a necessidade em discutir de que forma essas alterações tem de fato contribuído para a concretização de direitos fundamentais subjetivos (não apenas processuais) aos jurisdicionados.

A partir dessa análise dobre o cenário que vem se impondo, Thamay, Garcia Jr. e Frota Jr (2021) apontam duas saídas:

[...] uma, a de afastar o sistema brasileiro de precedentes, pelo fato de realmente não se adequar teórica e tecnicamente ao que, de fato, é um precedente. A segunda saída é a de aproveitar aquilo que o CPC/2015 trouxe, visivelmente pretendendo reduzir o elevado número de processos e o caos “judiciário” que vivemos em dias hodiernos (Thamay, Garcia Jr. e Frota Jr., 2021, p. 67).

Para a presente tese, concorda-se que o precedente judicial, como categoria processual de aplicação hermenêutica para controle da atividade judicante, obedece a um processo histórico que resulta na sua formação, reconhecimento e, posteriormente, na força vinculante das suas razões.

Tem-se uma relação entre passado, presente e futuro. O precedente não é dado, mas é (re)construído. Sua força vinculante é determinada pelo tempo e como a norma resultante dele vai sendo testada e se impondo sobre os fatos e sobre a história constitucional de determinado ordenamento jurídico.

Sob essa perspectiva, a princípio, não faria muito sentido estudar os “precedentes” no Supremo Tribunal Federal, visto que as decisões em controle concentrado, independentemente de sua força hermenêutica ou não, são consideradas como precedentes vinculantes, por expressa disposição legal no Código de Processo Civil. Todavia, a simples previsão legislativa, não garante e não satisfaz os valores perseguidos de segurança, certeza e previsibilidade do Direito, tão almejados com a festejada da suposta sistematização de precedentes judiciais no Brasil.

O IV Encontro Nacional de Precedentes Qualificados, realizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como a Resolução n. 134/2022 do STJ, sustentou a propositura da construção e fortalecimento de uma cultura de precedentes no País. No entanto, pergunta-se, cultura de qual tipo de precedente?

Conforme exposto até aqui, à luz da metodologia proposta por Oliveira Viana (1999), a implementação do sistema de precedentes não vem desgarrada de uma mudança no costume e na prática de interpretação do direito, elaboração e justificação da decisão judicial no País.

A cultura do precedente como provimento judicial vinculante, sobretudo quando se trata de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, não é nenhuma novidade no processo constitucional e, no entanto, não foi capaz de forjar na jurisprudência do próprio STF (nem dos Tribunais inferiores) um movimento de respeito à coerência e integridade do ordenamento jurídico como um todo.

É justamente devido à carência de previsibilidade e segurança jurídica, ao elevado grau de discricionariedade do julgador e ao questionamento do protagonismo do Poder Judiciário nas democracias constitucionais a partir da segunda metade do Século XX, dentre outros fatores, que o debate sobre o sistema de precedentes vinculantes ganhou força na comunidade jurídica e foi adotado pelo legislador como solução aos problemas hermenêuticos dos nossos tempos.

A presente investigação propõe pensar o precedente judicial, tendo como ponto de referência a decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, não apenas como um provimento judicial vinculante, mas como razão de decidir, sendo a sua vinculação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública decorrente diretamente de lei e, principalmente, das razões determinantes para o acréscimo de sentido à norma constitucional analisada.

### **2.3 O precedente como razão de decidir**

A razão de decidir, *ratio decidendi* ou *holding* é entendida como elemento essencial do julgado, do qual se extrai o precedente. Não se confunde com a decisão judicial, nem com a fundamentação desta. Ela constitui o cerne ou a tese jurídica central que orienta a tomada de decisão em determinado sentido (Marinoni, 2019b).

O conceito de *ratio decidendi* e como identificá-la são objeto de largo e controverso estudo na doutrina do *common law* (Marshall, 1997). Macedo (2014) parte da explicação sucinta da concepção e metodologia propostas por sete autores diferentes: Eugene Wambaugh; Herman Oliphant; Arthur Goodhart; Rupert Cross; Neil

MacCormick; Michael Moore e Melvin Aron Eisenberg. Cita, ainda, estudo de Karl Llewellyn (1960) que elenca 64 formas de se encontrar a *ratio decidendi*.

Após a apresentação das principais abordagens, Macedo (2014) questiona a necessidade da existência e da fixação de um método para a exata identificação da *ratio decidendi*, uma vez que o método, por si só, não é capaz de oferecer essa resposta.

O estudo do método serve, por sua vez, ao controle racional da decisão judicial. No entanto, não há como estabelecer um método único capaz de determinar a norma jurídica, seja a partir do texto legal, seja a partir da decisão judicial. No caso dos precedentes, esse entendimento ganha relevo uma vez que a construção da norma subjacente se dá através da prática argumentativa.

Assim, a definição da norma do precedente é eminentemente argumentativa, passa-se do texto do precedente para a sua norma, a *ratio decidendi*, mediante um processo de concretização, interpretativo e colaborativo, que não pode ser enlaçado por critérios metodológicos a priori. Definir a *ratio* se faz pela argumentação, e seu controle deve ser feito na fundamentação da decisão (Macedo, 2014).

Macedo (2014) ainda propõe se pensar a norma do precedente segundo a hierarquia das normas jurídicas. O precedente cuja razão de decidir tiver por conteúdo matéria constitucional, assumirá este status no ordenamento jurídico; assim como, sucessivamente, o que tiver por conteúdo matéria legal. Assim, de certa forma, o Poder Legislativo restaria vinculado para a forma de superação do precedente judicial.

Todavia, há de se considerar que o precedente, embora possua força de lei, não é uma lei. Não há como vincular o legislador. Ele vincula apenas o Poder Judiciário. O legislador é livre no exercício da sua competência constitucional de legislar, estando submetido apenas aos limites impostos pela própria Constituição Federal.

Pensar uma teoria das normas de precedentes em equivalência hierárquica com a existente sobre a norma jurídica, impõe uma discussão anterior sobre os papéis e limites dos Poderes na configuração do atual Estado Democrático de Direito, de modo a questionar a sua validade ou não para resistência e fortalecimento institucionais da Democracia.

Marinoni (2019b) também realiza a distinção conceitual entre norma do precedente (*ratio decidendi*) e texto do precedente<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Para o autor, “[...] a concepção da *ratio decidendi* como norma” não vem sendo devidamente observada no direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal abordaria a norma do precedente como sendo a “eficácia

A norma do precedente é moldada e esclarecida nos casos posteriores, que delimitam melhor sua abrangência e seu conseqüente através de distinções, enquanto a fundamentação do precedente permanece intacta. A força da norma do precedente não está só na decisão, ela é construída como um comando geral que vai além da fundamentação da decisão (Marinoni, 2019b, p. 2).

Conforme Macedo (2014), no direito brasileiro, também é possível defender a existência de precedentes com várias *rationes decidendi*, devido à importância que as decisões sobre as questões processuais ganham sobre a análise da demanda e resolução do mérito. Assim como é possível precedentes sem *ratio decidendi*, seja em casos de decisão com fundamentação deficiente, seja nos casos de julgamento colegiado que não seja possível estabelecer a razão determinante para a fundamentação do precedente.

A respeito da existência de uma ou várias razões de decidir, Bustamante (2012) afirma que a dificuldade em se determinar a *ratio decidendi* é justamente a obrigatoriedade em se partir do pressuposto de que existiria apenas uma para cada julgado. Entendendo os precedentes judiciais como textos emanados por uma autoridade, mas que carecem de interpretação, aduz que extrair a *ratio decidendi* é eminentemente uma atividade interpretativa.

É das normas adscritas, encontradas na fundamentação que o juiz dá à sua decisão, que se deve buscar as regras que podem servir como paradigmas para resolver casos futuros. Cada uma das normas adscritas é uma *ratio decidendi* do caso paradigma (Bustamante, 2012, p. 271).

Sobre a possibilidade de precedente sem razão de decidir, tendo em vista os estudos realizados até aqui, tem-se que, neste caso, não haveria um precedente. A intenção de racionalidade que incorpora a utilização do precedente ao sistema jurídico é justamente a sua utilização como paradigma de julgamento em casos futuros. Se o que constitui esse paradigma é a norma do precedente em si, ou seja, a *ratio decidendi*, não há que pensar a existência de uma categoria jurídica sem a outra.

---

transcendente dos motivos determinantes”. Essa perspectiva sustenta a noção de que a fundamentação da decisão seria vinculante quando, na verdade, o que vincula é apenas a norma do precedente, presente nos fundamentos. Dessa forma, “Para a formação do precedente com potencialidade normativa basta a decisão judicial estável e publicada, já para a construção da *ratio decidendi* é indispensável a interpretação da decisão pelos juízes subsequentes [...]” (Marinoni, 2019b, p. 15).

Mitidiero (2023), por sua vez, apresenta o desenvolvimento histórico sobre o que seria a *ratio decidendi* a partir da sua contextualização com as teorias da interpretação<sup>19</sup>. O objetivo, nas palavras do próprio autor, “[...] é mostrar como as várias teorias sobre a definição da *ratio* estão ligadas a diferentes modos de compreender a natureza da atividade da interpretação” (2023, p. 21). A categorização é realizada através dos verbos declarar, criar e reconstruir.

Declarar a *ratio* estaria relacionada ao esforço do intérprete/aplicador identificar a *ratio decidendi* (que se confunde aqui com o próprio precedente) na decisão passada e declará-la no caso. Seria uma espécie de subsunção da norma, uma vez devidamente exposta, aos fatos que se apresentam para decisão no presente.

Neste tronco, ele aglutina as perspectivas de Willian Fulbeck (1600), John Vaughan (1673), Mansfield (1792), James Ram (1834), Eugene Wambaugh (1892), Arthur Goodhart (1928, 1930 e 1959) e Rupert Cross (1961).

De acordo com Mitidiero (2023, p. 44):

Além de terem contribuído para a definição e configuração da *ratio*, três razões amarram especialmente Wambaugh, Goodhart e Cross: i) a crença de que a *ratio* é uma norma que deve ser extraída do passado, como um ‘tesouro enterrado’, lá já se encontrando pronta para ser declarada para a solução de um caso futuro; ii) a certeza de que é possível empregar um teste para encontrá-la (inversão da proposição, isolamento dos fatos relevantes ou necessidade da norma); e iii) a ausência de determinadas ferramentas teóricas em suas construções. Eles jogaram suas fichas em um método para a declaração da *ratio*, apostando na busca do seu espírito.

Criar a *ratio* guarda relação com autores do realismo jurídico nos Estados Unidos, para os quais, de uma forma geral, seria impossível encontrar a *ratio* numa decisão, pois ela seria criada pela Corte que iria aplicá-la, contribuindo para sua formação fatores alheios ao próprio direito. Os autores de referência são Herman Oliphant (1928), Karl Llewellyn (1930) e Julius Stone (1959), embora este último não seja considerado diretamente um realista.

De acordo com Llewellyn, o precedente seria utilizado de duas maneiras diferentes pelas cortes – uma ‘estrita’ e outra ‘solta’. Pela

---

<sup>19</sup> *Ratio Decidendi* é entendida pelo autor como sinônimo de precedente. E o que é o “precedente”? “Precedentes são razões necessárias e suficientes para a solução de uma questão devidamente particularizada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de uma reconstrução lógico argumentativa empreendida a partir da decisão de casos pela unanimidade ou maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema” (Mitidiero, 2023, p. 22).

primeira, as cortes afastariam precedentes indesejados, cortando-os fora da decisão com um ‘bisturi’. Pela segunda, atrairiam os bem-vindos, utilizando-os como ‘plataformas para suas decisões’. Diante disso, se os precedentes fossem vistos apenas como normas, essas operações os enfraqueceriam, debilitando por consequência a força da regra do *stare decisis*. Por essa razão, seria preciso encarar os precedentes levando em consideração não só o que está dito nas decisões, mas o que foi feito pelas cortes – o que realmente explicaria as razões pelas quais alguns precedentes foram cortados e outros atraídos. Enxerga-los dessa maneira aumentaria o nível de segurança ofertado pelo sistema. (Mitidiero, 2023, p. 50-51).

Em reconstruir, a *ratio* é percebida quando delineada em compasso com a racionalidade da justificação de uma decisão. Mitidiero elenca aqui a influência dos escritos de Richard Wasserstrom (1961), Jersy Wróblewski e Niel MacCormick.

A busca pela razão de decidir se dá pelas razões expostas no julgado. Essas são aquelas capazes de justificar a tomada de decisão em si. A justificativa presente transforma-se em um caminho possível, desenhando um critério que não tem a *ratio* como dada – devendo, portanto, ser descoberta; tão pouco adota a tese de que a Corte cria as razões que melhor se amoldem às suas decisões.

Nesse sentido, é possível afirmar que se faz uma escolha. Não se analisa o contexto e a conjuntura social, política e econômica que envolve a determinação dos fundamentos da decisão por determinado/a juiz/a ou Tribunal, a menos que estes aspectos sejam utilizados e referenciados, pelo próprio julgador, como argumentos relevantes para a tomada de decisão.

Para MacCormick, nas palavras de Mitidiero (2023, p.64-65), “[...] a *ratio* seria uma norma (‘rulling’) expressa ou implicitamente utilizada pela corte para decidir de forma suficiente uma questão de direito necessária para a justificação da decisão”. O que retorna a discussão sobre a importância do método para essa identificação<sup>20</sup>.

Sob esse raciocínio, Mitidiero (2023) expressa o seu conceito de razão de decidir:

[...] é possível definir a *ratio* entre nós como uma norma formulada a partir da decisão de um caso por uma Corte Suprema em que razões necessárias e suficientes operam sobre fatos relevantes para determinar, no todo ou em parte, a solução de uma questão idêntica (“*settled law*”) ou semelhante (“*case of first impression*”). Sua matéria-prima é o texto

<sup>20</sup> Bustamante (2012, p. 279) afirma que “[...] o método mais racional para se determinar as *rationes decidendi* é, portanto, a adaptação do modelo abstrato de racionalidade subsuntivo à prática de se seguir precedentes levada a efeito pelos tribunais. Esse modelo subsuntivo exige que as regras que justificam a decisão sejam enunciadas em termos universais, proporcionando uma espécie de ‘barreira contra a arbitrariedade’ e constituindo-se em parâmetros para a solução de casos futuros”.

da decisão, que proporciona uma moldura capaz de fornecer, diante de suas descrições concorrentes, uma prescrição normativa mediante sua reconstrução lógico-argumentativa (Mitidiero, 2023, p. 149).

Na visão do autor, as cortes supremas são os órgãos institucionais que possuem o poder/atribuição de formar precedentes em virtude do seu papel integralizador do direito. Em razão disso, tratando-se de órgão colegiado, apenas se reconhece a formação do precedente se as razões que o formam forem aceitas e determinadas por, pelo menos, a maioria dos seus membros.

A *ratio* remonta aos fundamentos da decisão sobre um caso específico, acolhidos pela unanimidade ou maioria do colegiado. “[...] O que importa para a sua configuração é aquilo que foi dito expressa ou implicitamente em juízo na decisão”. Dessa forma, aquilo que é externo ao julgamento não deve ser considerado. Esta observação exclui do conceito da *ratio* a perspectiva realista.

A *ratio*, formada pelas razões juridicamente protegidas, necessárias e suficientes, é mediada pelo processo hermenêutico que a constrói argumentativamente sobre os fatos relevantes do caso em análise. Essa construção lógico-argumentativa pelo julgador, encerrada na justificação da decisão, se transformará na ferramenta de reconstrução da norma do precedente<sup>21</sup>.

Logo, a *ratio decidendi* não é um dado a ser encontrado na decisão, mas um caminho já trilhado, a ser percorrido novamente na resolução de cada caso futuro que se apresente. Essa operação mental irá se refazendo a cada aplicação do precedente, em ciclos que encontrarão seus próprios contextos sociais, históricos e econômicos<sup>22</sup>.

Para além destes fatores, é forçoso reconhecer que nenhum caminho se apresenta da mesma forma para todos os viajantes. Isso não quer dizer que as razões que guarnecem o precedente estejam submetidas à discricionariedade do aplicador do direito. No entanto, a sua reconstrução se dá a partir de uma relação intersubjetiva com o intérprete.

De acordo com Bustamante (2012), é possível a reconstrução do raciocínio do juiz, bem como a identificação do processo de justificação da decisão, através do

---

<sup>21</sup> “A determinação da relevância dos fatos pelas normas é guiada pela justificação da decisão. A justificação constitui uma ferramenta para a reconstrução lógico-argumentativa da *ratio*. Não existe uma única maneira para formulá-la. Com o texto é uma máquina preguiçosa, é preciso interpretá-lo. A *ratio* não vem etiquetada. É preciso destaca-la na justificação” (Mitidiero, 2023, p. 79).

<sup>22</sup> “A corte que tem o dever de decidir o caso atual olha para trás – olha retrospectivamente – para reconstruir o significado da *ratio*. Ao interpreta-la, não declara, tampouco cria – reconstrói, valendo-se apenas do material que já se encontra no canteiro de obras da justificação anterior” (Mitidiero, 2023, p. 81).

reconhecimento de razões abstratas que fundamentam diretamente a análise dos fatos, a aplicação da regra jurídica e o dispositivo decisório<sup>23</sup>.

Em que pese a divergência de finalidade teórica quanto aos estudos de Bustamante (2012) e Mitidiero (2023), ambos convergem na maneira de trabalhar a identificação da *ratio decidendi* por meio da reconstrução argumentativa do precedente, rejeitando a tese positivista da autoridade e as teses realistas que enfatizam a criação do Direito pelos órgãos jurisdicionais.

É possível reconhecer, em Bezerra Neto (2018) essa perspectiva, na medida em que põe em evidência as atividades hermenêutica, argumentativa e valorativa para a construção da decisão judicial e, conseqüentemente, para a construção do precedente.

Em suma, a decisão judicial representa a passagem da narrativa das partes para a narrativa do juiz e a passagem do enunciado normativo para a norma jurídica, o que é realizado através da atividade hermenêutica e justificado através da atividade argumentativa. Toda essa travessia é decisivamente marcada pela atividade valorativa, que pode variar de julgador para julgador, às vezes de forma extrema, em decorrência dos critérios efetivamente considerados para tanto. (Bezerra Neto, 2018, p. 308).

Para Bezerra Neto (2018), a análise e a individualização do processo de construção da decisão judicial passam pelo exame da demanda (partes, pedido e causa de pedir), da causa (questões de fato e de direito) e da própria decisão (fundamentos de fato e de direito que permitem a sua correlação com a demanda e as causas).

A identificação destes elementos é necessária, sobretudo quando toca o tema da uniformização de jurisprudência e saída proposta pelo Código de Processo Civil de 2015. Este impõe o dever de os tribunais uniformizarem a sua jurisprudência e manterem-na estável, íntegra e coerente (art. 926, *caput*) e vedações aos magistrados, que guiam o processo argumentativo (art. 489, §1º). Todavia, a alteração legislativa se mostrara insuficiente para a realização dos fins propostos na prática judiciária<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> “Podemos reconstruir o raciocínio de um juiz e apontar todas as transformações que ele faz para justificar sua decisão. Cada vez que ele elabora um enunciado classificatório sobre os *fatos* do caso ou um enunciado interpretativo acerca da *norma* em que o fato deve ser subsumido, ele está efetuando uma transformação no Direito e introduzindo uma premissa intermediária na cadeia de razões necessária para partir da regra abstrata em direção à norma concreta que o juiz dirige às partes na parte dispositiva da sua decisão” (Bustamante, 2012, p. 282).

<sup>24</sup> “Essas mudanças todas, contudo, não seriam suficientes para garantir a elevação do nível das decisões judiciais dos magistrados brasileiros, nem a desejada, e necessária, uniformização de jurisprudência, sem a ordem imposta pelo Código no sentido do comprometimento com a coerência, estabilidade e integridade do juiz no momento da construção da decisão judicial, e mais, sem que este assumia a postura de zelar pela fundamentação e justificação das opções levadas a termo quando do ato da construção de decisões judiciais.

A verificação do precedente se daria, portanto, por meio da observação das razões que fundamentam a decisão. São quaisquer razões? Não.

Bezerra Neto (2018) utiliza o construtivismo logico-semântico como ferramenta para identificar a decisão, bem como a *ratio decidendi* (o precedente), contribuindo para o escopo proposto pelo Código de Processo Civil de 2015.

Existem dois momentos, que o autor chama de travessia, para a formação da decisão judicial. O momento em que o juiz interpreta os fatos (identificando aqueles que são relevantes para resolução do caso) e o momento em que se interpreta o direito e há a produção da norma jurídica a partir do “enunciado normativo”. Após lançados os fundamentos (fundamentação da decisão), tem-se o processo de justificação, na qual o julgador justifica o porquê dos fatos, o porquê da norma e explica e/ou explicita como se deu, portanto, a tomada de decisão. Toda essa operação feita pelo juiz é entremeada pelos valores. A valoração é própria da intersubjetividade presente na interpretação.

O reconhecimento dos valores deslegitima a decisão ao se argumentar que confere ao juiz excessivo grau de discricionariedade? Não, necessariamente. A resposta a isso estaria em Dworkin, quando se admite a discricionariedade na decisão judicial apenas em sentido fraco.

A nosso ver, a chave para a construção desse critério de validade, seja no âmbito do Construtivismo Lógico-Semântico, seja em qualquer outro em que este seja possível, por limitar a discricionariedade ao seu sentido fraco, é restringir os critérios de valoração, não admitindo nenhum que seja inteiramente subjetivo, pois isso conduziria à discricionariedade em sentido forte (Bezerra Neto, 2018, p. 346).

O papel da justificação na decisão judicial e para identificação do precedente (razão de decidir) estaria na apresentação de

[...] proposições com o objetivo de respaldar as conclusões às quais chegou na sentença, ou seja, explicar como chegou a tal resultado, que métodos foram utilizados e que raciocínio empregou para aceitar determinados pontos da narrativa e rejeitar outros, para conferir ao enunciado normativo determinado sentido e rejeitar outro, assim como para entender que determinada norma jurídica é válida, enquanto outra, não” (Bezerra Neto, 2018, p. 364).

---

Aqui a verdadeira revolução que o CPC de 2015 parece querer iniciar na prestação jurisdicional brasileira” (Bezerra Neto, 2018, p. 320-321).

Assim, uma vez que se adota um procedimento de racionalização da decisão judicial, por meio da atividade argumentativa de explicitação dos seus fundamentos e que permita identificar os valores nela entremeados, é possível a reconstrução, a *posteriori*, da *ratio decidendi* que compõe o precedente.

Reforça-se o conceito de precedente judicial formulado na presente tese, identificando-o como categoria processual de aplicação hermenêutica para controle da atividade judicante, o qual obedece a uma tradição histórica e de racionalização do procedimento decisório, resultando na sua formação, reconhecimento/reconstrução e, posteriormente, na força vinculante das suas razões.

Assim, para fins desta pesquisa, não há que se considerar um método específico, aliado às teorias desenvolvidas em autores que estudam o *common law*, uma vez que a discussão acadêmica e a lacuna explorada não de destinam à proposição de um modelo teórico sobre a razão de decidir.

A reconstrução da *ratio decidendi* nas decisões do Supremo Tribunal Federal estudadas se dará conforme a proposição de Bezerra Neto (2018), a partir da identificação da demanda, da causa e dos fundamentos relevantes para a determinação do provimento jurisdicional, tendo em vista a forma como a justificação é posta e como a argumentação é elaborada pelo/a tomador/a de decisão.

Este olhar sobre o precedente como razão de decidir, para além dos critérios de funcionalidade que permitem a aplicação de garantias processuais, como segurança jurídica e eficiência na prestação jurisdicional, transborda o objeto de estudo da seara processual, sendo a análise sobre a vinculação e a força dos precedentes pertinente também à hermenêutica jurídica. Para Bustamante (2012, p. 259), “[...] precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação”.

As diferenciações conceituais entre o *obiter dictum* e a *ratio decidendi*, bem como entre o *distinguish* e o *overruling* confirmam essa assertiva.

### 2.3.1 *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum*

A razão de decidir, *ratio decidendi* ou *holding* corresponde à norma do precedente, ou seja, à razão que, uma vez referenciada na decisão judicial e reconstruída pelo intérprete e aplicador do direito, é tida por fundamental para a resolução de determinada

demanda, vinculando, em seus termos, a análise jurídica de casos futuros idênticos ou semelhantes.

A *ratio decidendi* é extraída a partir da reconstrução dos argumentos enunciados na fundamentação do julgado, constituindo um procedimento que envolve o processo hermenêutico, não sendo apenas verificável pela aplicação de determinado método ou, até mesmo, dispositivos da lei processual que regulam a conformação dos elementos da sentença ou acórdão.

O *obiter dictum*, por sua vez, é tido como as demais razões presentes na decisão que, apesar de se relacionarem à análise do caso concreto— elementos da demanda, questões de fato e questões de direito – e integrarem a justificação, não são determinantes para o desfecho jurídico aplicado para resolução do caso.

Siltala (2000) afirma que o precedente possui dois elementos: a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. Sendo a primeira o elemento vinculante da decisão anterior sobre a análise de novos casos por tribunal posterior e, o segundo, correspondente ao contexto argumentativo da *ratio decidendi*<sup>25</sup>.

O critério de exclusão também é utilizado por Marshall (1997, p. 515) para conceituar o *obter*. De acordo com o autor, esse consiste em todas as proposições de direito, contidas na decisão que não fazem parte da *ratio*. No entanto, sua identificação no caso concreto não ocorre de maneira tão simplista. Ele pode ser auferível em diferentes posições que o distinga. Por exemplo, determinado argumento pode ser mencionado como relevante para o caso, mas não ser necessário à razão de decidir; ou pode se tornar relevante em questões discutidas apenas em casos subsequentes.

Para além da diferenciação entre as categorias, cujo principal fundamento constitui em delimitar a *holding* e se extrair da decisão a norma vinculativa do precedente, Marshall (1997) aponta a funcionalidade desses critérios, uma vez que a argumentação em torno do que seja a *ratio decidendi* e do que seja o *obter dictum* determina o cerne da análise de um caso que resulte em distinção ou superação de precedentes.

---

<sup>25</sup> “From an analytical point of view, a precedent comprises two elements: the ratio decidendi and the obiter dicta of a case. Ratio decidendi is equal with the binding element of a previous decision vis-à-vis the subsequent court’s legal discretion, extending the normative impact of the earlier case beyond the res judicata or the facts originally ruled upon by the first court. Obiter dicta, by contrast, is the argumentative context of the ratio decidendi. The criteria of distinguishing the ratio from the dicta in a case, and the degree of normative binding force ascribed to the ratio, is the core and essence of the doctrine of stare decisis” (Siltala, 2000, p. 65).

No Supremo Tribunal Federal, Ministros já vêm utilizando os conceitos apresentados, como, por exemplo, neste trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE 194.662 ED:

[...] Aqui, afigura-se fundamental a distinção entre '*ratio decidendi*' e '*obiter dictum*', tendo em vista a necessidade ou a imprescindibilidade dos argumentos para formação da decisão obtida (Cf. sobre o assunto, Winfried Schlüter, *Das Obiter Dictum*, Munique, 1973, p. 77 s). Embora possa haver controvérsias sobre a distinção entre '*ratio decidendi*' e '*obiter dictum*', é certo que um critério menos impreciso indica que integra a '*ratio decidendi*' premissa que não possa ser eliminada sem afetar o próprio conteúdo da decisão (Cf. Schlüter, *op. cit.*, p 85). Não tenho a menor dúvida de que, neste caso, a maioria formada adotou uma premissa incorreta quanto à distinção do caso em relação à jurisprudência desta Corte, no sentido de que prevalece a disposição de cláusula de acordo coletivo em face de lei federal que dispõe de forma distinta sobre reajuste salarial. [RE 194.662 ED, rel. min. Carlos Velloso, red. do ac. min. Gilmar Mendes, j. 10-12-2002, 2ª T, DJE de 21-3-2003.]

Bustamante (2012), por sua vez, se posiciona contrário à distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Contrapondo a teoria positivista<sup>26</sup> do precedente à teoria declaratória, o autor conclui que ambas propõem métodos de identificação da *ratio* com a finalidade de vincular a atividade interpretativa do aplicador do direito, embora discordem quanto à possibilidade de o direito jurisprudencial inovar ou não na ordem jurídica.

O autor sustenta que o precedente se torna verificável quando o aplicador do Direito extrai a *ratio decidendi*, sendo esta tida por enunciados gerais presentes nos fundamentos da decisão paradigma. A variedade de técnicas e métodos destinados a essa operação hermenêutica, presente desde longa data na tradição do *common law*, não conseguiram chegar a um formato objetivo e livre de dissenso quanto à sua aplicabilidade. Fato que revela a ausência de clareza que envolve a percepção diferenciada das razões do precedente, tornando obsoleta a diferenciação entre a *ratio* e o *dictum*.

Isso implica que uma teoria normativa dos precedentes como a que queremos deve revisar não apenas o conceito corrente de *ratio*

---

<sup>26</sup> “Todos esses métodos para determinar a *ratio*, apesar de diferentes em vários aspectos, compartilham o pressuposto de fundo de que o juiz *cria* por sua própria autoridade institucional o direito jurisprudencial, bem como que as normas criadas dessa maneira são invariavelmente vinculantes. O debate entre os positivistas é, portanto, uma discussão entre juristas que compartilham a mesma ideologia judicial: o mesmo pressuposto de que o juiz está vinculado pelos que o antecederam e faz leis para os que o sucederão” (Bustamante, 2012, p. 261).

*decidendi* – para entendê-lo de forma mais ampla do que tradicionalmente se fez no *common law*, de modo a abranger todas as normas adscritas que, em diferentes níveis de generalidade, podem ser verificadas na fundamentação das decisões judiciais –, mas também o de *obiter dictum* (Bustamante, 2012, p. 275).

Em que pese o questionamento quanto à utilidade ou não do método para identificação da *ratio decidendi* e sua conseqüente separação do que constituiria *obiter dictum* nos fundamentos presentes na decisão, a diferenciação permanece relevante para fins de análise do sistema brasileiro de referência a precedentes, visto a sua utilização pelos próprios tribunais.

### 2.3.2 Distinção e Superação de Precedentes

Os conceitos de distinção e superação de precedentes também são basilares para uma noção introdutória de um sistema de precedentes baseado no *stare decisis*. Ambos constituem em técnicas autorizativas para não utilização de determinada decisão paradigma, cuja razão vinculante, em tese, se aplicaria a determinado caso concreto.

Schauer (1987) argumenta que uma das principais funções (e dificuldades) em se trabalhar com precedentes judiciais está em como assegurar a sua força vinculante no futuro e, em alguma medida, obrigar os/as julgadores/as a segui-lo.

A distinção é também chamada pelo termo em inglês *distinguishing* e refere-se à atividade argumentativa, realizada pelo/a juiz/a ou tribunal, de diferenciar um caso atual de um precedente já estabelecido. Isso ocorre quando o/a julgador/a reconhece que as circunstâncias ou os fatos relevantes do caso em análise são significativamente diferentes dos fatos do precedente anterior, o que justifica uma decisão em sentido divergente ou a não aplicação daquele precedente.

Em vez de seguir cegamente as razões vinculantes da decisão paradigma – de acordo com princípio do *stare decisis* – usa-se o *distinguishing* para evitar sua aplicação, alegando que as diferenças nos fatos tornam o precedente inaplicável à situação atual. Essa prática é tida por crucial para a evolução do direito em sistemas de *common law*, pois permite uma certa flexibilidade na aplicação dos precedentes, adaptando-os a novos contextos, sem necessariamente ignorar ou revogar as decisões anteriores.

A seu turno, a superação de precedentes ou *overruling* consiste no ato de um tribunal superior (ou de mesmo nível, em certos casos) decidir que um precedente anterior, estabelecido por uma Corte, está incorreto e, portanto, não deve mais ser seguido.

Isso significa que o tribunal "revoga" ou "anula" o entendimento jurídico anterior, criando novo precedente.

Na prática, o *overruling* também constitui uma forma de adaptação do direito às novas realidades sociais, jurídicas ou econômicas, quando o tomador de decisão conclui que a decisão anterior não é mais adequada ou estava equivocada, seja por uma mudança na interpretação das leis, seja devido a transformações nas circunstâncias fáticas ou legislativas.

Um exemplo clássico vem da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando, no caso *Brown v. Board of Education* (1954), a Corte anulou o precedente estabelecido no caso *Plessy v. Ferguson* (1896), que havia validado a segregação racial nas escolas públicas. Com o *overruling*, a Suprema Corte estabeleceu um novo entendimento sobre a igualdade racial, tornando inconstitucional a segregação.

O Código de Processo Civil de 2015 consagrou os dois institutos no inciso VI, do parágrafo 1º, do art. 489, dispondo que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sobre a aplicação desse inciso, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em embargos de declaração, que ele se aplica apenas no caso de precedentes obrigatórios, tidos por vinculantes segundo disposição do próprio Código de Processo Civil, não sendo considerada sem fundamentação a decisão que deixa de aplicar precedente meramente persuasivo<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA. INSCRIÇÃO DO ESTADO AUTOR NO CADASTRO NEGATIVO DA SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA (CADPREV). CERTIFICADO DE REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA (CRP). REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. LEI 9.717/1998. EXORBITÂNCIA DA UNIÃO NA EDIÇÃO DE NORMAS GERAIS SOBRE PREVIDÊNCIA SOCIAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ENTES FEDERADOS. SUPOSTA DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTOS ENTRE JULGADOS. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Inviáveis os embargos que, a pretexto de sanar omissão, se voltam a avaliar alegado conflito entre o acórdão embargado e outros julgados da Corte. Não se prestam, os embargos de declaração, à tarefa de uniformizar a jurisprudência do Tribunal a partir do confronto entre a *ratio decidendi* de julgados diversos deste STF. Precedentes. 2. A regra do artigo 489, § 1º, VI, do CPC/2015, pela qual não se considera fundamentada a decisão que “deixe de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”, somente se aplica aos casos de precedentes obrigatórios (vinculantes), e não àqueles precedentes meramente persuasivos, os quais o Juízo só deve seguir se estiver convencido de seu acerto. 3. O acórdão embargado solucionou todos os pontos manejados nos embargos. O inconformismo da parte com a decisão que lhe foi desfavorável não colhe quaisquer das hipóteses elencadas no art. 1.022 do CPC e no art. 337 do RISTF. 4. Embargos de declaração rejeitados. [ACO 3.081 AgR-ED, rel. min. Rosa Weber, j. 30-8-2021, P, DJE de 3-9-2021.]

Precedentes persuasivos seriam aqueles que não se confundem com provimentos judiciais obrigatórios, uma vez que suas razões de decidir não vinculam os demais tribunais e juízes/as na análise judicial dos demais casos.

A sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 não fornece embasamento para conclusão do referido entendimento, esposado à época pela Ministra Rosa Weber, uma vez que fere princípios processuais que sustentam a base da aplicação dos precedentes, explanados nos itens anteriores.

Na atual ordem processual, não há razão para distinguir precedentes obrigatórios e persuasivos quanto à vinculação de provimentos judiciais mediante disposição legal. Os princípios da segurança jurídica e isonomia, presentes desde a Exposição de Motivos do Código, são suficientes para que determinado/a juiz/a ou tribunal deva realizar a distinção ou superação de entendimento ao julgar caso idêntico ou semelhante, tido por objeto de análise em decisão anterior, levantada como argumento por uma das partes, seja a decisão paradigma classificada como precedente obrigatório ou persuasivo.

Ademais, a disposição do art. 482, § 1º, VI do CPC/2015, faz referência a entendimento de jurisprudência e enunciado súmula, evidenciando tratar-se de institutos distintos do precedente judicial, conforme analisado supra.

Verifica-se, da apresentação das referidas categorias processuais, dissonâncias quanto ao seu entendimento teórico e a aplicabilidade prática pelo Supremo Tribunal Federal. Depreende-se, ainda, que tal exegese se deve ao desenvolvimento inicial dos estudos sobre precedente no Brasil e, sobretudo, à dificuldade em pensar esse tema a partir das bases processuais nacionais.

Como resultado tem-se um grande mosaico não harmônico que abriga diversas teses desenvolvidas na seara acadêmica que visam propor um arcabouço teórico sobre a temática; um forte embate entre processualistas e estudiosos da hermenêutica e filosofias jurídicas; a ausência de uma cultura de precedentes na prática judiciária; a conformação de práticas processuais correntes entre os tribunais nacionais aos institutos estrangeiros, não encaixando, por vezes, seu conceito e a respectiva aplicação.

Por ora, resta assentar que a atividade realizada por juízes/as e tribunais ao utilizarem as técnicas de distinção e superação de precedentes demonstram que o estudo a ser desenvolvido sobre o sistema de precedentes tem como essência a íntima relação com os temas da argumentação e hermenêutica jurídicas e a legitimidade da decisão judicial.

Isto porque a verificação da validade e aplicação ou não do *stare decisis* é realizada a partir do conteúdo da própria decisão, tendo em vista a construção argumentativa da justificação que explicita a norma de direito a ser aplicada no caso concreto. É a partir da reconstrução lógica das travessias realizadas pelo/a juiz/a ou tribunal na construção do seu julgado, que o intérprete e aplicador do Direito encontrará a razão de decidir, desconsiderará o que não é determinante na análise judicial do caso (*obiter dictum*) e procederá se for a situação, à realização da distinção ou superação do precedente anterior, buscando a consolidação de novo entendimento.

#### **2.4 A identidade do precedente como e a partir dos direitos fundamentais**

A tradição do *common law* e a estruturação do sistema de precedentes judiciais é historicamente anterior ao reconhecimento dos direitos fundamentais e à própria construção normativa dos direitos humanos. Todavia, no contexto brasileiro, é possível estabelecer um elo entre a proteção jurídica constitucional aos direitos fundamentais e a introdução de um sistema nacional de precedentes que vem tomando corpo em ações legislativas e de práticas do Poder Judiciário nas últimas décadas.

No sistema anglossaxão, tendo em vista o predomínio de uma normatividade costumeira e não escrita, a atividade judicial passou a ser preponderante na medida em que visava assegurar racionalidade à aplicação do direito, tendo como pressuposto sua conformação ao substrato social e a realização do valor da justiça. Dessa forma, as decisões judiciais passaram a incorporar marcadores do conteúdo e dos limites da ordem jurídica, tornando-se “precedentes” a serem observados em casos futuros.

Os direitos fundamentais, por sua vez, são fruto do fortalecimento histórico dos direitos humanos e do desenvolvimento do constitucionalismo nas democracias ocidentais. Estas passaram a incorporar em suas Constituições muitos dos direitos que vinham sendo proclamados na seara internacional, sobretudo após a segunda metade do Século XX.

O fim da Segunda Guerra Mundial trouxe consigo a mudança de paradigma no direito que rompe com o ideal positivista, (re)introduz a perspectiva de uma jurisprudência de valores e fundamenta a ordem política e jurídica ocidentais na busca e preservação da dignidade da pessoa humana.

Além disso, logo após a guerra, a redescoberta cultural dos Estados Unidos tornava constante e quase obrigatória a referência ao modelo anglo-americano *judge made law*. A elaboração europeia ocidental, mesmo não podendo receber por inteiro o modelo do Common Law, começou a elaborar teorias que – embora não prevendo uma criação imediata do direito por parte do juiz – lhe reservavam uma tarefa criativa no delimitado âmbito das normas jurídicas positivas, mas estendido para além de tais normas com a ajuda de máximas da experiência e de princípios gerais (Losano, 2010, p. 245).

A Constituição passa de mera Carta Política para o mais importante documento normativo de previsão e garantias de direitos (em quaisquer de suas dimensões, seja individual, social ou coletiva) nas democracias que passam a emergir após regimes ditatoriais que se seguiram ao pós-guerra. Conforme Souza Neto e Sarmiento (2024, p.87), “as gravíssimas violações de direitos humanos perpetradas pelo nazismo demonstraram a importância de criação de mecanismos de garantia de direitos que fossem subtraídos do alcance das maiorias de ocasião, para limitar os seus abusos”.

Dessa nova configuração, deriva a reorganização funcional entre os três clássicos poderes, passando a ter proeminência o Poder Judiciário, como garantidor da ordem democrática e constitucional em relação ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. O chamado papel contramajoritário a ser exercido pelos juízes e tribunais, notadamente, as Cortes de Cúpula, contribui para a expansão e desenvolvimento do controle de constitucionalidade, com destaque para a Alemanha e a Lei Fundamental de 1949.

Nesse sentido, direitos fundamentais são abordados conceitualmente como direitos e liberdades previstos no texto de constituições positivas, que estruturam determinado Estado de Direito, vinculando suas respectivas instituições e pessoas que formam a comunidade sujeita à tal jurisdição. Diferenciam-se dos direitos humanos reconhecidos na ordem internacional justamente por sua concepção mais restrita e atrelada à legalidade constitucional de determinado Estado.

Sarlet (2022) aponta como característica dos direitos fundamentais a sua supremacia hierárquica em relação às demais normas constitucionais. Analisando a Lei Fundamental de Bonn, de 1949,

[...] se percebe é que a concepção de direitos fundamentais passou a reunir tanto a sua condição de direitos constitucionalmente reconhecidos, quanto um conjunto de garantias (materiais e/ou processuais) que lhes asseguram um regime jurídico próprio e qualificado, no sentido de diferenciado e mais reforçado do que o regime comum às demais normas constitucionais (Sarlet, 2022).

Dessa forma, além de impositivos, os direitos fundamentais não podem ser livremente disponíveis pelos poderes constituídos, visto que correspondem a pedra angular da ordem constitucional estatuída. Na Constituição Federal brasileira de 1988, por exemplo, não é permitida sequer deliberação de proposta de emenda à Constituição que vise ou implique abolição de direitos e garantias individuais.

Assim como em outras partes do mundo, no Brasil, a nova ordem constitucional consagrou o Poder Judiciário como um dos principais garantidores de uma extensa carta de direitos ao cidadão e deveres ao Estado, impondo ao Supremo Tribunal Federal a posição de guardião da Constituição.

Importa destacar que as nuances de como isso ocorreu no direito nacional será objeto de aprofundamento no próximo capítulo, uma vez que a análise referente ao desenvolvimento institucional da Corte importa para a problematização proposta nesta tese.

Acrescente-se que, nesse contexto, a previsão dos direitos fundamentais nas Constituições se dá majoritariamente numa tessitura aberta. De forma que o puro e simples texto constitucional não é suficiente para assegurar o seu cumprimento ou estabelecer o regramento e aplicação específicos às situações e conflitos normativos cotidianos.

A aplicação prática das regras constitucionais passa a depender em grande medida da atividade jurisdicional e da interpretação constitucional. Assim, a jurisdição ganhou papel proeminente, sendo este fato um dos principais ensejadores dos fenômenos da judicialização da política e da judicialização da vida.

O conceito de *supremocracia*, cunhado por Vieira (2008), evidencia a ascendência do Supremo Tribunal Federal (STF) não apenas sobre os demais órgãos do Judiciário, mas também sobre os Poderes Executivo e Legislativo, consolidando sua autoridade como intérprete final da Constituição. Essa preeminência, contudo, não se traduz automaticamente em coerência jurisprudencial. Como argumenta Barboza (2017), a adoção de um sistema de *stare decisis* e precedentes vinculantes poderia oferecer um arcabouço histórico e prático para garantir continuidade na interpretação constitucional, mitigando a discricionariedade judicial e conferindo maior previsibilidade às decisões.

No entanto, a realidade brasileira apresenta um paradoxo: a tradição jurídica do país, marcada por uma cultura legalista de raízes civilistas, não está plenamente adaptada à suposta rigidez do modelo *common law*. Apesar da crescente constitucionalização do

direito e do ativismo judicial pós-1988, as instituições judiciárias ainda carecem de práticas consolidadas para implementar um sistema de precedentes eficaz. Essa lacuna explica, em parte, a insegurança jurídica gerada por inconsistências jurisprudenciais e pela morosidade processual, problemas que alimentam críticas à viabilidade de importar modelos estrangeiros sem adaptação.

Isso não significa rejeitar a vinculação a precedentes, mas reconhecer que sua construção exige bases autóctones. O direito brasileiro trilha um caminho singular, onde a *supremocracia* coexiste com a necessidade de equilibrar inovação e estabilidade. Assim, a efetividade de um sistema de precedentes dependerá de como o país articulará sua tradição jurídica com mecanismos que assegurem coerência sem engessar a capacidade de resposta a novos desafios sociais — um equilíbrio que deve emergir não da imitação acrítica, mas de uma releitura criativa de institutos à luz da realidade constitucional nacional.

Shauer (1987) aponta como virtudes da restrição imposta pelo precedente à análise dos casos futuros pelo tomador de decisão: a justiça, a previsibilidade, o fortalecimento do processo decisório e a estabilidade.

A justiça está atrelada à noção de igualdade que emerge da máxima de tratar casos semelhantes da mesma forma. Não há dúvida sobre o consenso de que a igualdade de resposta jurisdicional perante casos semelhantes seja um argumento de justiça. Todavia, o problema está em se determinar as regras de semelhança para aplicação ou não do precedente.

A mera previsão formal do princípio da isonomia, embora essencial, mostra-se insuficiente para garantir a efetiva vinculação a precedentes, pois a discricionariedade judicial persiste como um critério substantivo que molda o processo decisório. Mesmo em sistemas que adotam precedentes vinculantes, como ressalta Schauer (1987), a tensão entre previsibilidade e justiça individual permanece: até que ponto é aceitável tolerar decisões subótimas para assegurar segurança jurídica? Esse dilema materializa-se, por exemplo, no direito tributário, onde a coisa julgada muitas vezes colide com a necessidade de revisão de entendimentos anacrônicos, revelando que a estabilidade formal nem sempre se converte em equidade substantiva.

O fortalecimento do Poder Judiciário depende não apenas da eficiência processual, mas da coerência interna de suas decisões. A padronização jurisprudencial, ao reduzir contradições, amplia a credibilidade externa do sistema, permitindo que cidadãos e instituições antevejam consequências jurídicas. Contudo, como alerta Jane Reis

Gonçalves Pereira (2024), o precedente não deve ser visto apenas como técnica de racionalização procedimental ou instrumento de concentração de poder no STF, mas como *ferramenta de realização material de direitos*. Sua função transcende a uniformização formal: exige que a repetição de soluções para casos semelhantes dialogue com a concretização de garantias constitucionais, como acesso à saúde ou igualdade substantiva.

A dualidade entre justiça formal (aplicação mecânica de regras a casos análogos) e justiça material (análise contextualizada dos critérios de igualdade) reflete-se no próprio conceito de precedente. Para Lopes (2022, p. 370), a igualdade jurídica só se realiza quando fundada em “critérios justificados”, que considerem assimetrias sociais e históricas. Assim, um sistema de precedentes robusto deve harmonizar a necessidade de estabilidade — assegurando que casos idênticos tenham desfechos similares — com a flexibilidade para adaptar-se a contextos específicos, onde a rigidez da repetição poderia perpetuar injustiças. Esse equilíbrio delicado define não apenas a legitimidade do Judiciário, mas sua capacidade de transformar normas abstratas em emancipação concreta.

Esse critério geral, chamado justiça, ou igualdade, leva do esclarecimento de dúvidas em casos singulares (interpretação) à inserção dos casos no jogo completo (compreensão). É nesses termos que o tema da justiça é inerente ao direito. Sem ele não se pode usar do próprio ordenamento. E é nesses termos que sua discussão não pode não ser minimamente dominada por um jurista completo. A falta dessa discussão no âmbito do direito faz os juristas procederem de maneira desordenada, aleatória, *sem sentido* (Lopes, 2022, p. 386).

Assim, reconhecida a lacuna presente nas pesquisas em desenvolvimento sobre o tema em questão, para fins desta tese, os precedentes judiciais são tratados como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e a sua observância, seja numa perspectiva vertical seja horizontal, como direito fundamental em si.

A identidade dos precedentes judiciais, enquanto instrumentos moldados por — e ao mesmo tempo modeladores de — direitos fundamentais, revela-se como um eixo central para compreender a tensão entre a dinâmica democrática e a proteção contramajoritária de garantias constitucionais. Como destacado por Barroso (2021), a vinculação de precedentes a direitos fundamentais não apenas assegura coerência interpretativa, mas também projeta valores constitucionais sobre casos concretos, evitando que decisões judiciais se fragmentem em subjetivismos. Contudo, essa

identidade exige que os tribunais equilibrem a necessária adaptação a contextos sociais mutáveis com o respeito à segurança jurídica, dilema que permeia a própria noção de justiça em um Estado Democrático de Direito.

É nesse cenário que se insere a análise do Capítulo 3: Sistema de Precedentes no Processo Constitucional Brasileiro, buscando explorar como a estruturação formal e a prática jurisprudencial conformam — ou não — uma cultura de respeito aos *stare decisis* no país.

Ao adentrar esse debate, o capítulo examinará a arquitetura normativa dos precedentes no ordenamento brasileiro (Lei 13.655/2018, CPC/2015), seus critérios de vinculação e os desafios de implementação, como a oscilação entre rigidez e flexibilidade na jurisprudência do STF. Serão abordados, ainda, casos paradigmáticos em que a aplicação (ou não) de precedentes horizontais impactou diretamente a efetividade de direitos fundamentais, questionando-se se o sistema atual consegue harmonizar a autoridade da coisa julgada com as demandas por justiça contextualizada. A pergunta que orienta a discussão é clara: como o Brasil, em sua tradição *civil law* com influxos *common-law*, pode construir um sistema de precedentes que dialogue com sua complexidade constitucional sem sacrificar a legitimidade democrática?

### 3 SISTEMA DE PRECEDENTES NO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A relação entre constitucionalismo e democracia é historicamente marcada por uma tensão estrutural que se reflete de forma permanente no âmbito do Estado Democrático de Direito. Enquanto a democracia, em sua essência, privilegia a vontade da maioria, expressa por meio de mecanismos representativos ou diretos, o constitucionalismo emerge, historicamente, como um freio necessário, orientado à limitação do poder e à proteção dos direitos fundamentais, sobretudo os das minorias. Este aparente paradoxo é uma característica intrínseca das democracias constitucionais contemporâneas, nas quais o exercício da soberania popular convive com mecanismos legítimos de contenção, como o controle judicial de constitucionalidade.

A construção de um processo constitucional democrático exige, portanto, o equilíbrio delicado entre a legitimidade popular e a supremacia da Constituição. Esse processo é responsável por garantir que as escolhas majoritárias não ultrapassem os limites materiais impostos pela ordem constitucional, assegurando a efetividade dos direitos fundamentais e a estabilidade das instituições democráticas. Nesse contexto, o Judiciário, especialmente os tribunais constitucionais, assume um papel ambíguo: ao mesmo tempo em que atua como guardião da Constituição, pode ser visto como um agente contramajoritário, capaz de limitar decisões políticas oriundas da vontade popular.

A partir disso, Nunes e Bahia (2010) pensam o processo como uma ferramenta dúplice, “para viabilizar uma jurisdição com função contramajoritária e como espaço institucional para aqueles que não conseguem ser ouvidos nas arenas institucionais majoritárias (parlamento e executivo)”. No entanto, eles ponderam que “[...] o uso do Judiciário dessa forma deve ser a última *ratio*, o último recurso e não, como por vezes se vê, a primeira/principal via de acesso de demandas público-políticas”.

Tendo em vista que o protagonismo do Judiciário pode também servir a um viés que se oponha aos avanços democráticos:

Importa termos presente um ponto geralmente desconsiderado: é que o uso do Judiciário pode ser uma faca de dois gumes, pode se dar tanto na busca por avanços no que toca aos Direitos Fundamentais, mas também pode ser utilizado por setores conservadores interessados justamente em barrar avanços democráticos – algo que Boaventura de Sousa Santos em texto recente chama de contrarrevolução jurídica, lembrando ações como as que visaram anular políticas de cotas para

negros em universidades; ações contra demarcação de terras indígenas e quilombolas; criminalização do MST, etc. (NUNES; BAHIA, 2010).

Portanto, o Poder Judiciário pode ser tanto um aliado na luta por direitos, quanto uma ferramenta de manutenção de privilégios e de bloqueio de avanços sociais, dependendo de quem o acessa e com quais objetivos. O uso do sistema judicial é uma arena de disputa política e ideológica, e não um espaço neutro.

A busca por eficiência e contingenciamento na quantidade de procedimentos existentes nos Juízos e Tribunais do País, objetos de várias reformas legislativas e constitucionais nas últimas décadas, também se revertem em dois lados de uma mesma moeda, uma vez que eficiência em maior número de processos julgados não necessariamente redundam em maior acesso à Justiça, ao contrário, reverberam em maior restrição.

Essas medidas envolvem, por exemplo, filtros recursais como a repercussão geral e a exigência de requisitos mais rigorosos para que demais recursos sejam admitidos nos tribunais superiores; restrições ao cabimento de ações diretas no controle de constitucionalidade; limitação na apreciação de casos individuais que não tenham relevância geral.

Muitas dessas medidas vêm sendo implementadas sem respeitar as garantias processuais constitucionais básicas, significando que os direitos fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa estão sendo, em muitos casos, desrespeitados.

Nunes e Bahia (2010) conceituam o processualismo constitucional democrático a partir dessa perspectiva:

[...] concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudo-socialização processual (neoliberalismo processual) e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, ao partir do necessário aspecto coparticipativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões.

A legitimidade do direito e, mais especificamente, do processo judicial passa pela presença de racionalidade do procedimento que seja capaz de assegurar uma decisão judicial justa, sente este critério valorativo auferível a partir dos fundamentos que guarnecem as justificativas do provimento judicial.

No modelo de Estado Democrático Constitucional, a legitimidade das decisões judiciais não se baseia apenas na rapidez ou quantidade de processos julgados, mas também no respeito aos direitos fundamentais no processo decisório.

A entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) representou um marco na tentativa de institucionalizar, no ordenamento brasileiro, um sistema de precedentes capaz de assegurar segurança jurídica e uniformidade na aplicação do direito. Ao introduzir instrumentos como a *repercussão geral*, os *recursos repetitivos* e a previsão de vinculação a entendimentos firmados em julgamentos paradigmáticos, o CPC buscou alinhar o Brasil a uma tendência global de valorização da coerência jurisprudencial, mesmo em um sistema de tradição civilista.

Contudo, quase uma década após sua promulgação, persiste um paradoxo: enquanto a legislação avançou na formalização de mecanismos de precedentes, a prática judiciária — especialmente no âmbito constitucional — ainda oscila entre a rigidez do *stare decisis* e a flexibilidade interpretativa, gerando debates na teoria do direito, na dogmática processual e na filosofia política.

Este capítulo analisa esse cenário complexo a partir de três eixos interligados. Primeiro, examina como o *neoconstitucionalismo*, movimento teórico-filosófico que enfatiza a força normativa da Constituição e a centralidade dos direitos fundamentais, influenciou a ascensão dos precedentes como ferramenta de concretização constitucional. Segundo, investiga a evolução histórica do *controle judicial de constitucionalidade* no Brasil, desde sua origem difusa até a concentração de competências no Supremo Tribunal Federal (STF), contextualizando como essa trajetória moldou a cultura jurídica em torno da autoridade das decisões da Corte. Por fim, discute o protagonismo do STF como “guardião da Constituição” e intérprete final de seu texto, questionando se sua jurisprudência consegue harmonizar a necessária adaptação a novos desafios sociais com o respeito a precedentes consolidados.

Ao cruzar essas perspectivas, o capítulo busca responder a uma pergunta central: em um sistema híbrido como o brasileiro — que mescla tradições civilistas e influxos do *common law* — é possível construir uma teoria dos precedentes que assegure estabilidade sem engessar a capacidade de inovação jurídica? A resposta passa não apenas pela análise normativa, mas por um exame crítico de como o STF tem lidado com sua própria jurisprudência em temas sensíveis, como direitos sociais e liberdades públicas, tema que será explorado à luz de casos emblemáticos no decorrer do texto.

### 3.1 Nota metodológica para contribuição ao sistema de precedentes judiciais no Brasil

Oliveira Viana, sociólogo e jurista brasileiro, no livro *Instituições Políticas Brasileiras* (1949), apresenta uma crítica contundente à prática legislativa e aos estudos até então desenvolvidos sobre o Direito Constitucional brasileiro, bem como sobre a forma de pensar o Estado pelas elites política e intelectual locais<sup>28</sup>.

Destaca a forma peculiar dos construtores do direito público nacional em tentar aplicar teorias políticas estrangeiras ao direito pátrio, notadamente oriundas de países como França, Inglaterra e Estados Unidos. Sugere que o igual modo de racionalizar as instituições políticas e o próprio direito, fez com que as leis e, sobretudo, as Constituições brasileiras de 1824 e 1891, não encontrassem ancoradouro na realidade e não fossem, portanto, devidamente observadas pelo “povo-massa”<sup>29</sup>.

A crítica desenvolvida pelo autor serve como base para a discussão sobre a adoção de uma possível teoria dos precedentes judiciais no Brasil, na medida em que o tema adquiriu importância na prática jurídica e nas pesquisas acadêmicas nacionais com as discussões e posterior promulgação do Código de Processo Civil de 2015.

Para Viana (1999), grande parte dos problemas políticos, jurídicos e sociais enfrentados pelo constitucionalismo brasileiro, desde as Constituições de 1824 e 1891, é justamente o fosso existente entre a teoria política e constitucional estabelecida para as instituições nacionais e a realidade cultural presente no povo-massa, destinatário dessas normas<sup>30</sup>.

Considerando o processo de formação histórica do território, das instituições políticas e jurídicas, bem como dos centros urbanos nacionais, destaca-se, na crítica do autor, que as normas estavam – e estão – a ser pensadas pelas elites dominantes, cujo processo de inserção política e intelectual é totalmente diverso do povo-massa. Nesse sentido, a inovação legislativa proposta de cima para baixo, que desconsidera a experiência, possui o intento de modificar a cultura deste povo a partir da lei.

---

<sup>28</sup> A apresentação da crítica de Oliveira Viana neste capítulo fora objeto de exposição em ABOBOREIRA, Edhyla C. V. V.. Precedentes judiciais e neoconstitucionalismo: um ensaio à luz de Oliveira Viana. In: Teixeira, João P. A.; LIZIERO, Leonam (Org.). *Passado e presente no constitucionalismo brasileiro*. Andradina: Meraki, 2021, p. 176-187.

<sup>29</sup> *Povo-massa* é a terminologia utilizada para se referir à população brasileira de uma forma geral.

<sup>30</sup> Oliveira Viana, no primeiro volume de *Instituições Políticas Brasileira*, afirma que busca estudar os “complexos relativos às instituições de direito público e particularmente o problema dos ‘empréstimos’ de regimes políticos estrangeiros, através da imitação das suas *Chartas* ou sistema de normas constitucionais.”. (Viana, 1999, p. 97).

Fixemos bem este ponto: no fundo, *todo Código novo, toda Constituição nova, todo sistema político novo se resume num modo novo de comportamento social*. Isto é, uma nova modalidade de conduta do indivíduo dentro do seu grupo, imposta por este Código novo, por esta Constituição nova ou por este sistema novo de moral política (Viana, 1999, p. 101).

Referido empreendimento tende ao pleno fracasso, uma vez que não é possível modificar o comportamento humano pela mera imposição de uma regra exterior, pois, além do fator cultural, existem as condicionantes da própria personalidade do indivíduo que o farão agir ou não de acordo com a lei. O método proposto por Viana (1999) se destina a estudar o fenômeno constitucional e político do Brasil a partir da cultura do seu povo. Para o autor, o povo-massa do Brasil não vivenciou, durante a sua formação e ocupação do território, desde o Brasil-Colônia, a experiência de comunidade dos povos anglo-saxões e alguns países europeus.

A construção histórica de vivência em comunidade constituiria o embrião da ideia moderna de democracia. No Brasil, ao contrário, as grandes distâncias entre os núcleos populacionais dos imensos latifúndios não favoreceram o surgimento natural de centros urbanos, tão pouco estimulou a vida comunitária em sociedade. A fundação das vilas e a permanência de habitantes nelas acabou sendo, muitas vezes, impostas durante o período colonial<sup>31</sup>, favorecendo a cultura assaz individualista e de clã no brasileiro.

Não houve experiência democrática do povo-massa durante o período colonial. Dessa forma, o Império transformou o Brasil em Estado-nação sobre bases frágeis. Não havia sequer o vislumbre de desenvolvimento de uma consciência nacional, capaz de fundamentar uma possível integração e ideal de povo e de nação.

Viana (1999) classifica as instituições de direito público costumeiro brasileiras em três fenômenos: os tipos sociais, as instituições sociais e os usos e costumes. Todos são marcados pela prática individualista, patrimonialista, clientelista e de manutenção do poderio político de determinada elite. Ele traz como instituições sociais, por exemplo, os diversos partidos que representavam o interesse de quem o dirigia e não do povo, o nepotismo, o banditismo coletivo e o nepotismo religioso.

---

<sup>31</sup> “[...] o que vemos, como uma lei invariável, é que os núcleos urbanos ou vilarejos, porventura existentes nas regiões um pouco mais penetradas do interior (sertões nordestinos, matas e pampas do Sul, eram resultantes da ação urbanizadora das autoridades coloniais, e não criações espontâneas da massa [...]” (Viana, 1999, p. 128).

Não há como apagar esse traço do costume com uma nova Constituição ou novas ideias políticas<sup>32</sup>. Justamente por isso que, após a promulgação da Constituição de 1891 e o estabelecimento do voto universal masculino, houve o crescimento e fortalecimento das oligarquias agrárias, pois o povo-massa não fora educado para votar, para exercer a democracia. Nesse sentido, os velhos costumes sobrepujavam a nova ordem.

O idealismo utópico das elites e o seu “marginalismo” político é destacado na medida em que estão sempre na fronteira entre os costumes locais e os ideais europeus ou norte-americanos.

Arelado ao marginalismo político, o idealismo utópico era marcado pela extrema diferença entre o que era teorizado e prescrito para o sistema constitucional e ao funcionamento e efetividade real das normas inseridas nas Cartas Políticas. Essa discrepância, facilmente perceptível ao observador, foi ignorada em sucessivos momentos da nossa história constitucional<sup>33</sup>.

Assim, Viana (1999) propôs uma nova metodologia, de base sociológica, para o estudo do direito público no Brasil, diferentemente do que vinham fazendo os teóricos da época até então. A observação de caráter científico se daria a partir da cultura do povo-massa, de como este recepciona e aplica as normas constitucionais. Havia, ainda, que se considerar como o regionalismo se insere no arcabouço da cultura e do desenvolvimento político e social dos indivíduos, haja vista que, para o autor, era impossível pensar todo o povo brasileiro de maneira uniforme.

Sobre as mudanças a serem promovidas nas instituições, através do direito, apresenta duas técnicas de reformas. A técnica liberal e a técnica autoritária. Na técnica liberal, o indivíduo é livre para aderir ou não à mudança proposta. Há uma grande ênfase nas liberdades individuais. Na técnica autoritária, as reformas ou inovações são implementadas mediante medidas de coerção, capazes de obrigar os indivíduos a adotar novo comportamento, de acordo com nova regulação.

---

<sup>32</sup> “É toda uma trama densa e viva de fatos sociais que se anastomosaram em *costumes, instituições, tipos, praxes, usos* – em *folkways*, como diriam os americanos – formando um sistema puramente *costumeiro* de motivações e atitudes, e determinando, por fim a conduta real, *efetiva*, dos homens e dos cidadãos. Conduta, porém sempre orientada num sentido diferente e, às vezes, em inteira desconformidade com aqueles padrões teóricos, estabelecidos pelo direito escrito das elites nas suas esplendorosas Cartas Constitucionais” (Viana, 1999, p. 194).

<sup>33</sup> “É que estavam e estão ainda, neste estado de espírito um tanto místico, em que a norma escrita é tudo e pode levar a tudo. Parecem conduzir-se como se a lei do Estado possuísse um dom misterioso, uma espécie de poder mágico e radiante, capaz de atuar sobre os homens – como na fé dos crentes, os conjuros dos feiticeiros, desde que acompanhados de certas palavras cabalísticas” (Viana, 1999, p. 364).

Viana (1999), a partir de exemplos como os do Brasil, da França e da Rússia, deixa claro que tanto a técnica liberal quanto a técnica autoritária estão fadadas ao fracasso quando a chamada inovação legislativa vai de encontro à cultura e aos costumes.

Para fugir de um fatalismo, em que a cultura assume caráter determinista sobre o destino de um povo, o autor explica que toda mudança no processo dos costumes é obra do tempo e não de uma alteração legislativa. É possível inferir da leitura que o caminho para a democracia, por exemplo, se torna mais fácil à medida que o povo amadurece.

Enquanto isso não ocorre, o Poder Judiciário ganha papel de destaque nesse movimento sociológico e histórico por ser uma instituição apta para coibir abusos de quem ocupa posição de poder na sociedade e detém instrumentos para subjugar os demais indivíduos aos seus interesses particulares.

O ponto vital da democracia brasileira não está no sufrágio liberalizado a todo o mundo, repito; está na garantia efetiva do homem do povo-massa, campônio ou operário, contra o arbítrio do que “estão de cima”, dos que detêm o poder, dos que ‘são governo’. Pouco importa, para a democracia no Brasil, sejam estas autoridades locais *eleitas* diretamente pelo povo-massa ou *nomeadas* por investidura carismática: se elas forem efetivamente contidas e impedidas do arbítrio – a democracia estará realizada (Viana, 1999, p. 502).

Em *O Idealismo da Constituição*, Vianna (1939), acreditando no papel central do Poder Judiciário para a garantia de direitos e liberdades individuais, se posiciona a favor da federalização de toda a magistratura. A defesa de tal posicionamento emerge como forma de preservar a independência dos juízes com relação aos poderes estaduais locais.

Faz-se preciso, pois, entregar a justiça à Nação. Está claro que não será para entregá-la ao Executivo Federal – ao Presidente da República ou aos seus agentes. Si assim fôr, não teremos adiantado nada: os males da justiça estadualizada surgirão, mais agudos ainda e em maior escala, na justiça assim federalizada. Esta passagem da justiça dos Estados para a União, para ser fecunda, para ser eficiente, há de ser feita para entregar a justiça a si mesma, autônoma e independente, liberta das influências dos partidos, consciente da sua missão, cheia da dignidade do seu sacerdócio (Viana, 1939, p. 299).

Não se pode deixar de notar a visão otimista para com a magistratura e a sua importância na consolidação paulatina da democracia brasileira. No entanto, deve-se ponderar que a formação dos juízes no Brasil acompanha o desenvolvimento do direito e das instituições políticas nacionais, objetos da crítica apresentada.

Conforme escreve Wolkmer (2002), a magistratura brasileira, no Brasil Colônia, era determinada por critérios sociais e econômicos, centrando a administração da Justiça no aparelhamento burocrático do Estado e na manutenção dos privilégios e interesses das elites dominantes<sup>34</sup>. A própria constituição do Poder Judiciário, por meio dos seus operadores jurídicos, carrega consigo o lastro histórico do personalismo e patrimonialismo, presentes na política brasileira.

Uma nova Constituição não tem o poder, por si só, de modificar os costumes da sociedade submetida à sua jurisdição e isso inclui o corpo dos atores jurídicos que operam o sistema de direito.

É possível perceber, a partir do marco teórico apresentado, que a prática – ou o método – do Direito Público brasileiro consiste, dentre outros, em importar conceitos e institutos jurídicos e/ou políticos estrangeiros, consolidados em contextos totalmente diversos dos vivenciados pelo povo e pelas instituições nacionais.

Fixada esta premissa, uma das principais críticas à implantação de um sistema de precedentes judiciais no Brasil diz justamente respeito à incompatibilidade da tradição romano-germânica, da qual se origina, com uma categoria processual e modelo próprios da tradição inglesa do *common law*. Embora Oliveira Viana escreva olhando para o seu tempo, pode-se observar cientificamente tal fenômeno à luz da sua crítica, utilizando-a como base metodológica para o desenvolvimento da presente investigação.

Nesse sentido, a pesquisa tem como escopo a análise dos precedentes judiciais a partir da cultura jurídica brasileira que, no presente caso, corresponderia à cultura prática dos julgadores nacionais no modo como constrói e reconhece a decisão (ou o próprio precedente), interpreta e aplica o direito, mais precisamente, os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Pensar os precedentes judiciais no Brasil a partir da realidade cultural da magistratura local não necessariamente leva à fatal conclusão de que tal categoria processual seria incompatível com o sistema de *civil law*, no qual o direito brasileiro está ancorado. Há aproximações e possibilidades entre o uso dos precedentes judiciais e o *civil law*, justamente quando observado a partir da chamada perspectiva sociológica, questões essas que serão abordadas em tópico próprio.

---

<sup>34</sup> “O governo imperial favoreceu a emergência de uma elite de funcionários reais que ocupavam um espaço estratégico no processo de dominação política, exploração econômica e controle institucional” (Wolkmer, 2002, p. 67.)

Assim como Oliveira Viera propõe como método estudar o direito constitucional brasileiro a partir da cultura jurídica do seu povo, na presente tese, propõe-se estudar a teoria dos precedentes judiciais a partir da cultura dos tribunais e dos juízes que constituem os principais atores do referenciado sistema.

Ainda que o direito processual brasileiro e, mais precisamente, o seu próprio direito processual constitucional não tenha vivenciado historicamente a construção de seus fundamentos a partir da consolidação dos precedentes e do *stare decisis*, tal fato não impede que o faça, ou o venha fazendo, nas últimas décadas, sobretudo após o desenvolvimento do chamado neoconstitucionalismo<sup>35</sup>.

Outrossim, tendo em perspectiva de que as instituições de direito público no Brasil se desenvolveram sob práticas patrimonialistas, necessário se faz questionar se a defesa dos precedentes judiciais no Brasil também não se encontra atrelada à manutenção de direitos e privilégios de uma elite intelectual e economicamente dominante ou, de fato, direcionada à efetivação de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República de 1988 para fruição de todo o povo, notadamente, as chamadas minorias.

A observação científica, a partir da metodologia proposta, tem como universo base a ser estudado a cultura do Supremo Tribunal Federal, ou seja, como este constrói, enfrenta e perpetua seus próprios precedentes. A mesma metodologia poderia ser empregada para estudar o fenômeno em órgãos do Poder Judiciário locais e regionais.

No que diz respeito às técnicas de implementação das inovações legislativas, pode-se estabelecer um paralelo com as técnicas liberal e autoritária descritas pelo autor. Na técnica liberal, o juiz ou tribunal seria livre para aplicar ou não a nova sistemática de precedentes. Por outro lado, na técnica autoritária, eles seriam obrigados a tal através de meios coercitivos impostos pela própria legislação. Ao que parece, é possível afirmar que o Código de Processo Civil de 2015 adotou a técnica autoritária, visto que cria categorias de precedentes vinculativos e/ou obrigatórios.

Todavia, conforme dito alhures, Viana (1999) arremata seu pensamento afirmando o fracasso de ambas as técnicas quando estas vão de encontro à cultura do povo-massa, no caso da presente pesquisa, dos tribunais e juízes nacionais.

Não é à toa que muito tem se falado na necessária criação de uma “cultura dos precedentes judiciais” junto à magistratura brasileira visando justamente à implementação e efetividade dos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, que

---

<sup>35</sup> O neoconstitucionalismo e a sua influência sobre a construção de um sistema de precedentes brasileiro será objeto de análise em tópico próprio neste Capítulo.

ainda estão longe de apresentar uma maciça adesão dos magistrados aos seus pressupostos.

Nesse sentido, fora instituído o Grupo de Trabalho destinado à elaboração de estudos e de propostas voltadas ao fortalecimento dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria n. 240, de 4 de novembro de 2020.

As atividades do grupo de juristas culminaram com a edição da Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022, pelo Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro.

O referido ato normativo traz o termo “cultura de precedentes” no art. 49, parágrafo único, ao prescrever que:

Art. 49. Recomenda-se que os precedentes, assim como as disposições contidas no presente ato, sejam aplicados por todos os tribunais e órgãos judiciais, independente do ramo e da matéria.

Parágrafo único. A Comissão de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento zelará pelo fortalecimento da cultura de precedentes no sistema jurídico, realizando monitoramento por meio de indicadores e estatísticas, bem como fomentando a troca de experiências entre os tribunais além de, eventualmente, propor o aprimoramento da presente normativa (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

Conforme se vê a partir do documento normativo, editado em 2022, sete anos após a publicação do Código de Processo Civil em vigor, há a necessidade de uma estruturação do próprio Poder Judiciário brasileiro, notadamente, da própria atividade judicante, voltada à construção, ao reconhecimento e ao uso dos precedentes judiciais.

Sem a formação de uma cultura de precedentes, não será possível que o sistema de precedentes brasileiro deixe de ser apenas uma prescrição normativa para operar, de fato, na prática do direito. Tão pouco, sem a devida observação da cultura dos juízes e tribunais, poderá o meio acadêmico construir algo que se diferencie de apenas mais uma proposta teórica.

Pesquisa apresentada por Sá, Feitosa e Caminha (2022), buscou verificar se vem ocorrendo, no âmbito do Tribunal de Justiça do Ceará, o previsto pelo novo modelo implementado pelo CPC/2015, no art. 976 e seguintes, para resolução de demandas repetitivas, a partir da construção de um sistema brasileiro de precedentes. Está havendo maior coerência, integridade e estabilidade das questões de direito suscitadas nas

demandas analisadas pelo tribunal local e previamente determinadas pelo Superior Tribunal de Justiça?

A investigação parte de temas específicos, em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, no TJCE e no STJ: os temas repetitivos 766 e 1038. Uma das primeiras conclusões é a de que o núcleo de gerenciamento de precedentes implementado no tribunal local para acompanhamento dessas demandas “não atinge uma parcela minimamente relevante dos processos em trâmite”. Os pesquisadores atribuem a possibilidade de tal resultado às diferentes realidades dos tribunais do País quanto à informatização dos dados e dos próprios processos em si, uma vez que o modelo nacional e verticalizado não é capaz de antevê essas diferenças.

Sobre os processos relativos ao tema 766, a pesquisa verificou que “[...] praticamente todos os processos analisados tramitaram sem sobrestamento e, o que é mais grave, o modelo de julgamento verticalizado não produziu nenhum ganho argumentativo no conteúdo das decisões judiciais investigadas”. Pode-se observar os mesmos resultados alcançados quanto a tema 1.038<sup>36</sup>.

A pesquisa empreendida pelos autores buscou verificar, ainda, a ocorrência dos objetivos integridade e coerência, prescritos pelo CPC, como funcionalidade do modelo de sistema de precedentes implementado no Brasil, a partir da nova codificação.

Ao estudar decisões oriundas do TJCE, relativas aos temas repetitivos 766 e 1038, concluiu-se que uma parcela mínima dos processos estudados foi alcançada pelos efeitos do sobrestamento ou mencionaram a tese fixada pelo STJ na decisão. Ressaltou, ainda, que não se verificara a menção às decisões da Corte de Vértice também nas peças dos atores de justiça, como o próprio Ministério Público, beneficiário de uma das teses.

Com isso, aponta-se importante falha de aplicabilidade do sistema formulado pelo CPC/2015, podendo estar sobretudo relacionada com a ausência de citações dos próprios precedentes, seja por uma mera referência, seja pela falta, inclusive, de necessárias distinções entre as teses fixadas e a situação fática levada a litígio. As conclusões apontadas colocam em xeque o modelo instaurado pela legislação processual, confrontando a prescrição legislativa com a prática judicante que não conforma a realização dos vetores de coerência e integridade do Direito<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> O art. 982, I, do CPC/2015 estabelece que, admitido o IRDR, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso.

<sup>37</sup> “Os resultados apresentados neste trabalho em relação ao TJCE acendem um sinal de alerta sobre o real avanço da coerência e da integridade do Direito no ordenamento jurídico brasileiro com a introdução do modelo de precedentes chamados de vinculantes pelos tribunais de vértice. Isso porque, quando os

Volta-se então à questão de que a mera imposição legislativa não tem o poder, por si só, de instaurar um novo sistema que se nutre e desenvolve a partir da integração dos atores de justiça. É, de fato, necessária a formação de uma cultura jurídica brasileira que considere a vinculação das decisões aos precedentes judiciais não apenas no campo teórico, mas no campo prático.

Sob a perspectiva da metodologia proposta, a tese não busca desconsiderar a possibilidade ou a existência de um sistema brasileiro de precedentes, mas visa tomar como ponto de partida a própria decisão jurídica e as suas razões na jurisdição constitucional brasileira, como estas são postas, quais os seus limites e desafios, para, então, entender e contribuir com o tema proposto.

### **3.2 O sistema de precedentes judiciais no Brasil e sua construção a partir do neoconstitucionalismo**

O neoconstitucionalismo brasileiro consiste no arcabouço teórico que sustenta, atualmente, a base de pensamento que justifica uma postura ativa do Poder Judiciário na implementação e defesa de direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, na guarda da Constituição e na atuação com foco na normatividade dos princípios<sup>38</sup>.

Barroso (2007) aponta três marcos para o surgimento e consolidação do neoconstitucionalismo no Brasil: marco histórico, marco filosófico e marco teórico. O marco histórico corresponde ao advento da Constituição Federal de 1988 e o contexto da redemocratização do País, após o período da ditadura militar, deflagrada em 1964. O marco filosófico diz respeito à tese do pós-positivismo<sup>39</sup>, corrente que apregoa a superação do chamado positivismo exegético, o juiz como a boca da lei. Por fim, o marco

---

problemas são identificados em decisões judiciais concretamente analisadas, tanto de primeiro quanto de segundo graus, ainda que apenas em um tribunal, as falhas são do próprio sistema judicial brasileiro, não representam uma mera questão administrativa local, de possível responsabilidade exclusiva do órgão julgador estudado. Com efeito, quando juízes não citam em suas decisões teses vinculantes fixadas pelos tribunais superiores, ainda que para fins de distinção, o problema aponta para o próprio modelo de precedentes adotado no Brasil” (Sá, Feitosa e Caminha, 2022, p. 18).

<sup>38</sup> A temática e principais referências deste tópico foram objeto de exposição em ABOBOREIRA, Edhyla C. V. V.. O retorno a Hércules como possibilidade hermenêutica para concretização dos direitos humanos no Brasil? In: Teixeira, João P. A.; LIZIERO, Leonam (Org.). *Direito e sociedade* – volume 2: Marcelo Neves como intérprete do pensamento jurídico contemporâneo. Andradina: Meraki, 2020.

<sup>39</sup> “O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana” (Barroso, 2009, p. 351-352).

teórico confunde-se com a doutrina da efetividade, ancorando-se no pressuposto da força normativa da Constituição e numa nova interpretação constitucional.

A Constituição Federal de 1988 fora concebida no momento histórico de redemocratização do Brasil, após longo período de ditadura militar (1964-1985). Sua estrutura e conteúdo refletem o compromisso com os valores do Estado Democrático de Direito, estabelecendo uma ordem jurídica centrada na dignidade da pessoa humana, nos direitos fundamentais e na separação de poderes com equilíbrio funcional.

A centralidade que o texto constitucional passou a ocupar no ordenamento jurídico e no contexto político-institucional levou ao fenômeno da constitucionalização de todo o direito e à prevalência de cláusulas gerais abertas e princípios informativos de todo o sistema de justiça.

O pós-positivismo, tido por marco filosófico, surge a partir do final da Segunda Guerra Mundial, quando as teorias do Direito buscavam uma alternativa às teses do positivismo que proporcionasse uma reaproximação entre Direito e Moral.

Ocorre que, para o positivismo, o Direito é aquilo que está posto e reconhecido na Lei do Estado. Critérios valorativos, ainda que de ordem teleológica, como a justiça, não são levados em consideração para determinar/reconhecer o direito válido. Nesse contexto, o positivismo jurídico fora majoritariamente abordado sob duas correntes distintas: o positivismo exegético e o positivismo semântico. O primeiro relaciona-se com a Escola da Exegese. Tem-se o juiz como "boca da lei". Por sua vez, o segundo reconhece uma maior liberdade ao intérprete, na medida em que a norma corresponde à moldura que determina os limites da interpretação autêntica (Kelsen).

Assim como no positivismo, no pós-positivismo coexistem diferentes vertentes que se debruçam sobre esse realinhamento entre Direito e Moral, sob também diferentes perspectivas. Dessa forma, pode-se elucidar a ideia com o seguinte trecho: “O pós-positivismo se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo. Ele, porém, não recorre a valores metafísicos ou a doutrinas religiosas para busca da Justiça, mas sim a uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável a Moral, que não se esgota na lógica formal” (Souza Neto; Sarmiento, 2024, p. 201).

O neoconstitucionalismo corresponde à teoria constitucional que se desenvolve *pari passu* ao pós-positivismo. Trata-se do surgimento de nova ordem do constitucionalismo que passa a entender a Constituição como norma essencial de

prescrição e garantia de direitos fundamentais dos cidadãos do que mera regulação do Estado de Direito.

A nova interpretação constitucional, por sua vez, parte do pressuposto de uma mudança no papel da norma e no papel do juiz. Apenas o comando abstrato da norma passa a ser visto como insatisfatório na análise dos problemas jurídicos. O juiz e intérprete, por sua vez, passa de aplicador da norma (conhecimento técnico) para “[...] co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador” (Barroso, 2007, p. 214).

A partir dessas premissas, a nova interpretação trabalha com as categorias das cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios e a distinção entre estes e as regras, as colisões de normas constitucionais e, por fim, a necessidade da ponderação no exercício hermenêutico, sobretudo nos chamados casos difíceis.

Igualmente, dentre os fenômenos atrelados ao neoconstitucionalismo, Souza Neto e Sarmiento (2024, p. 202) também destacam o reconhecimento da normatividade principiológica e seu caráter aberto; metodologias também mais abertas do raciocínio jurídico, como a ponderação, que resultaram numa nova hermenêutica jurídica; a constitucionalização de todos os ramos do Direito; resgate nas relações entre Direito e Moral; a judicialização da política e das relações sociais e, conseqüentemente, maior protagonismo do Poder Judiciário no Estado de Direito. Assim, [...] ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência” (Souza Neto; Sarmiento, 2024, p. 204).

Ferrajoli (2012) é uma das vozes críticas ao neoconstitucionalismo de viés pós-positivista. Para o autor, a nova teoria constitucional confunde constitucionalismo jurídico e político. A ênfase na normatividade principiológica e sua respectiva tectura aberta termina por confundir direito e moral, tornando a Constituição refém da discricionariedade dos juízes, manifesta durante o processo de interpretação.

Para Streck (2011, p. 146), embora não seja mais possível sustentar a tese da separação entre direito e moral, o voluntarismo no Direito produziu “[...] uma verdadeira fábrica de princípios”, que o autor chama de “panprincipiologismo”, comprometendo a necessária autonomia do direito.

Em diálogo com Ferrajoli, Streck (2012) afirma que a recepção da teoria do neoconstitucionalismo no Brasil favoreceu a recepção acrítica da jurisprudência de

valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo judicial norte-americano. Interessante notar que a crítica lançada ao neoconstitucionalismo brasileiro possui semelhanças com a crítica de Oliveira Viana, no sentido de revelar, mais uma vez, o marginalismo político e o idealismo utópico de constitucionalistas do tempo presente<sup>40</sup>.

Neves (2019), por sua vez, aponta que o “[...] fascínio pela principiologia jurídico-constitucional” liga-se historicamente ao regime autoritário imposto pela ditadura militar e a redemocratização. Todavia, a adoção da tese da ponderação dos princípios no Brasil, tendo por base esse argumento, não se sustentaria, uma vez que a sua criação estrangeira ocorreu num período de estabilidade democrática. Tão pouco a prevalência das regras estaria ligada ao governo autoritário, pelo contrário<sup>41</sup>.

Sustenta que, embora os princípios possam exercer um papel relevante na adequação do direito à sociedade, podem contribuir para uma prática jurídica inconsistente a partir do seu uso abusivo num contexto social e jurídico de práticas reiteradas ilegais e inconstitucionais por parte dos agentes públicos.

Como preleciona Neves (2019, p. 196), “[...] em síntese: a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma da compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição”.

Uma das consequências do neoconstitucionalismo pós-positivista é justamente a importância que ganha o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, como principal ator institucional a irromper a cruzada na defesa da Constituição e sua ordem principiológica de valores.

Nas palavras de Lynch (2017, p. 163), “[...] o direito constitucional, manejado pelas lentes do neoconstitucionalismo, teria por fim reconstruir a República brasileira contra seus males seculares. Investido na condição de juiz constitucional, ele guarda a

---

<sup>40</sup> “Os autores comprometidos com a mudança da mentalidade jurídica nas décadas de 1980 e 1990 não se limitaram a apontar a decadência a que o constitucionalismo teria chegado durante o regime autoritário; condenaram, em bloco, toda a história constitucional brasileira. Contra uma suposta tradição constitucionalista anterior, reputada elitista ou inefetiva, os autores do novo constitucionalismo brasileiro enfatizavam a necessidade de romper com o passado a fim de instaurarem, não um *novo*, mas um *verdadeiro* regime de constitucionalidade” (Lynch; Mendonça, 2017, p. 980).

<sup>41</sup> “O fato de que o autoritarismo distanciou-se de um modelo de regras torna-se mais patente na experiência latino-americana em virtude da falta de consistência ideológica dos regimes, o que tornava imperiosa uma maleabilidade às pressões particularistas de grupos e pessoas, implicando a ruptura casuística das regras por eles mesmos impostas, ao sabor das conveniências políticas concretas” (Neves, 2019, p. 174).

esperança de que o Supremo Tribunal, sob o seu comando ou inspiração doutrinária, se transforme em agente privilegiado da revolução regeneradora, funcionando em suas próprias palavras como uma “vanguarda iluminista” encarregada de “empurrar a história.”.

Nesta nova ordem instaurada juntamente com a Carta Constitucional de 1988, o fenômeno da constitucionalização do direito e da judicialização de temas antes afetos à esfera pública da política contribuíram para o fortalecimento da retórica dos precedentes judiciais no Brasil contemporâneo como forma de restabelecer consistência, segurança e certeza ao sistema jurídico nacional.

Marinoni (2019a), ao analisar a transformação do *civil law* a partir da construção teórico-filosófica do positivismo jurídico, discorre sobre alguns aspectos que, no seu entender, constituem fatores determinantes. O primeiro deles é o justamente o constitucionalismo. Este levou a subordinação das leis aos direitos fundamentais previstos numa Constituição. Assim, ao aplicar o direito, o juiz não mais poderia operar pela subsunção do fato à lei, mas teria que levar em consideração circunstâncias exteriores ao próprio direito (de ordem política, moral etc.) para determinar o conteúdo da norma e aplicá-la ao caso concreto. Seria o “raciocinar a partir de princípios”<sup>42</sup>.

Com isso, critica-se o modelo de controle de constitucionalidade difuso no Brasil, pois não faria parte de um sistema jurídico racional a possibilidade de cada juiz, individualmente, determinar o conteúdo de direitos fundamentais, tendo como pressuposto a abertura hermenêutica conduzida pelo (neo)constitucionalismo.

O segundo fator é a possibilidade de decisões judiciais suprimirem omissões legislativas para assegurar direito fundamental. Essa prática também rompe com os pressupostos do positivismo e não contribui para a previsibilidade do sistema. O terceiro, por sua vez, seriam as cláusulas gerais presentes no texto normativo que dariam poder ao juiz para, individualmente, determinar o conteúdo ou interpretação do direito.

É importante problematizar esse ponto, pois Marinoni defende que, nesse contexto, para retomar os critérios de previsibilidade e racionalidade do direito no *civil law*, é necessário o fortalecimento das Cortes Supremas a partir da consolidação do sistema de precedentes obrigatórios. Caberia à Corte Suprema determinar o conteúdo do

---

<sup>42</sup> “Elimina-se, portanto, a pretensão de se obter certeza jurídica e previsibilidade mediante o esquema positivista próprio ao *civil law* do final do século XIX e início do século XX, marcado pela sistematicidade e pela plenitude” (Marinoni, 2019a, p. 53).

direito e não aos juízes singulares. Deve-se questionar se isso seria viável do ponto de vista hermenêutico, pois,

[...] as decisões dos juízes de civil law, no mínimo quando abordam matéria constitucional ou se valem de cláusula geral, relacionam-se com a previsibilidade nos mesmos moldes das decisões da common law, o que significa que a nossa realidade, que convive com a correção da legislação a partir dos direitos fundamentais por qualquer juiz ou tribunal ordinário e com o emprego cada vez mais difundido de cláusulas abertas, não pode adiar a teorização de um sistema de precedentes obrigatórios, capaz de dar a devida autoridade às decisões das Cortes Supremas – isto é, do STJ e do STF (Marinoni, 2019a, p. 59-60).

O quarto seria a evolução da teoria da interpretação. Invoca-se a separação entre lei e norma. A norma se distingue da lei. Ela passa a ser construída no processo de interpretação e legitimada a partir da argumentação racional. Todavia, a interpretação deve ser uniforme como meio de controle da legalidade e o precedente funcionar como instrumento jurídico capaz de assegurar a igualdade.

No contexto nacional, Marinoni (2019a) questiona o modelo de controle de constitucionalidade difuso brasileiro, pensado aos moldes estadunidenses, destacando as diferenças de pensamento e valores sociais entre os dois países. Problematisa os efeitos da colonização ibérica em solo americano, a partir dos ideais da contrarreforma. Dessa forma, não há que falar em influência sobre previsibilidade e racionalidade sob os paradigmas instaurados pela reforma protestante para influência da formação do direito brasileiro, pelo contrário. O patrimonialismo e o personalismo existente na burocracia estatal e, conseqüentemente, no Direito, funcionaram como entraves à construção de um sistema jurídico racional.

É com o fim de estabelecer uma racionalidade para o direito brasileiro, que o autor elenca as justificativas para um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil. Seriam elas, o respeito aos precedentes como meio de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito<sup>43</sup>; a preservação da unidade do direito e da ordem jurídica coerente<sup>44</sup>; a clareza

---

<sup>43</sup> “Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal” (Marinoni, 2019a, p. 100).

<sup>44</sup> “A unidade do direito é o resultado de um sistema de precedentes obrigatórios e reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e o tratamento uniforme de casos similares. O precedente, portanto, é um valor em si, pois é algo indispensável para que se tenha unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisitos para a racionalidade do direito” (Marinoni, 2019a, p. 101).

(“orientação da vida social e previsibilidade”) e generalidade; a promoção da igualdade; fortalecimento institucional do Poder Judiciário e do sistema de Justiça pela eliminação das lacunas e contradições na interpretação da norma; a limitação do poder do Estado<sup>45</sup>, a previsibilidade; a racionalidade econômica e, por fim, o respeito ao direito e responsabilidade pessoal.

Nessa perspectiva, o precedente judicial ganhou posição notória no direito brasileiro a partir da promulgação do Código de Processo Civil Brasileiro, em 16 de março de 2015. O artigo 927 do diploma processual, por exemplo, estabelece um rol dos chamados precedentes vinculantes.

A Exposição de Motivos trouxe como principais objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal, cujo principal escopo é justamente evitar posicionamentos judiciais distintos sobre a mesma norma jurídica; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; 5) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Sobre a inovação legislativa processual, Lopes Filho (2016) tece algumas críticas. Ao contrário do que ocorre no *stare decisis*, a referência à utilização de precedentes no Brasil vem sendo instituída pela via legal e não construída por uma sistemática própria de desenvolvimento de uma cultura de precedentes no Poder Judiciário brasileiro.

Considerando a forma de abordagem trazida pelo Código de Processo Civil, embora a coerência e a integridade da decisão sejam ressaltadas como critérios essenciais dos julgados, a existência e a funcionalidade do que viria a ser um precedente aparece destacado dentro de uma estrutura hierárquica de obediência às decisões dos Tribunais Superiores.

Segundo Lopes Filho (2016, p. 93), “[...] de fato, o novo código parece se preocupar, *a priori*, com uma relação unidirecional entre julgados, do topo da pirâmide judiciária para a base, o que pode causar a impressão de ser algo natural ou mesmo

---

<sup>45</sup> No atual contexto apresentado ao logo do livro, a lei não é suficiente para limitar o poder estatal. É imprescindível a atuação das Cortes Supremas e o sistema de precedentes obrigatórios. “Tudo isso quer dizer que a limitação do poder estatal pelas leis, imprescindível à liberdade democrática e à estabilidade econômica em verdade depende de um sistema de precedentes obrigatórios, ou seja, de um sistema judicial em que as Cortes Supremas exerçam as suas funções de definir o sentido e validade das leis” (Marinoni, 2019a, p. 107).

evidente, que prescinde de explicações, afinal, espelhará o escalonamento do Judiciário. A própria fenomenologia inerente aos precedentes, contudo, depõe contra essa irrestrita pretensão unicamente hierarquizada, formal e unidirecional, que se justifica mais determinadamente por atender ao velado interesse político da cúpula judiciária de que por refletir uma tomada de posição teórica em prol de uma perspectiva constitucional de jurisdição”.

A aplicação dos precedentes, proposta pelo CPC, ainda segue um padrão normativista que busca lidar com novos casos concretos a partir do que já foi decidido pelos Tribunais Superiores<sup>46</sup>. Nesse sentido, percebe-se o quão fácil são confundidos os conceitos de jurisprudência, súmula e precedente no Brasil. Sobre essas distinções e o conceito de precedente, serão objeto de tópico próprio para análise ainda neste Capítulo.

Lopes Filho (2016, p. 104) aponta deficiências tanto quantitativas quanto qualitativas no diploma processual, haja vista que a regulamentação realizada foi insuficiente; ao passo que não há maiores diretrizes sobre a forma de aplicação dos precedentes, uma vez que “[...] estruturou o assunto em torno da noção formal e hierarquizada de vinculação, tutelado pelo formal e hierarquizado veículo da reclamação (...)”.

Em linha diversa da traçada por autores como Marinoni, um dos erros sobre os precedentes no Brasil seria a indicação de que o constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, implicaria uma aproximação do direito brasileiro ao *common law*.

Tal afirmação não poderia ser mais equivocada, pois, diferentemente de países que adotam os precedentes lastreados na tradição da *common law*, o Brasil tenta se aproximar do *stare decisis* a partir de uma imposição legislativa. Ademais, o *common law* também não considera como precedente apenas os julgamentos de tribunais superiores, levando em consideração também as decisões das instâncias inferiores.

Melo (2008), ao analisar a função desempenhada pelos precedentes no Brasil, destaca, dentre outros, a influência dos Estados Unidos desde a formação do controle

---

<sup>46</sup> “Propôs-se uma delas, a normativista, com viés de uma ideologia ora de referência judicial (*judicial reference*), em que o aplicador do precedente é não mais do que a boca que pronuncia a solução do tribunal superior, ora de legislação judicial (*judicial legislation*), em que o tribunal superior é encarado como um legislador em pequena escala, que cria normas, cuja interpretação/aplicação pelo tribunal posterior se dá de maneira similar à de uma ordem legislativa” (Lopes Filho, 2016, p. 96).

difuso de constitucionalidade brasileiro e o papel proeminente da jurisprudência após a promulgação da Constituição Federal de 1988<sup>47</sup>.

Referido argumento, também objeto da análise ponderada de Lopes Filho, não justifica a incorporação acrítica do instituto do precedente judicial. Embora o fortalecimento dos tribunais constitucionais na defesa dos direitos humanos fundamentais leve à atribuição de maior força vinculativa à decisão das Cortes superiores, não é possível deslocar determinado instituto jurídico do contexto de aplicação para o qual foi pensado<sup>48</sup>.

Ainda segundo Lopes Filho (2016, p. 115), “[...] na medida em que se admite que os precedentes servem de orientação jurídica à população, devem as instâncias recursais reconhecer e considerar a orientação jurídica já emprestada judicialmente. Esse é outro ponto relevante da distinção da chamada aproximação, pois se está a propor, atualmente, uma convergência não a algo efetivamente verificado, mas a uma ideia de obediência legal a julgados que não guardam correspondência com o que se verifica nos países “exportadores”.

Existe série de inconsistências a serem superadas para uma real adoção da teoria dos precedentes judiciais na jurisdição constitucional brasileira, mesmo que readaptada ao contexto do direito processual local e à tradição do *civil law*. A questão da argumentação *ad hoc* é uma delas. De acordo com Neves (2019), o modelo de decisão proposto pelo neoconstitucionalismo principiologista enfoca o caso concreto específico sem se preocupar com a fixação de parâmetros mínimos para vinculação de decisões futuras. Dessa forma, a cada novo julgamento, o juiz constitucional, como um mágico, tira um princípio da cartola e o constrói argumentativamente para aquela situação<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> “Constata-se, assim, que o Brasil está vivendo um processo que conduz à valorização da jurisprudência como fonte do direito e que, em algumas hipóteses, lhe confere direitos gerais e vinculantes, à semelhança das leis” (Melo, 2008, p. 60).

<sup>48</sup> “Considerar que a força vinculante se dá por causa de uma aproximação ao sistema de tradição inglesa, a fim de justificar os rigorismos locais, é um erro. Não dá para justificar o incremento normativo e a insistente sujeição normativa dos magistrados de segundo e primeiro graus aos julgamentos superiores com a indicação de analogia e institutos estrangeiros, pois tem sido uma característica bem brasileira a tônica imprimida” (Lopes Filho, 2016, p. 117).

<sup>49</sup> “Na jurisdição constitucional brasileira, problema persistente em relação ao manuseio dos princípios constitucionais, da técnica da proporcionalidade e do modelo da ponderação, assim como também ao emprego de outras estratégias argumentativas, reside no fato de que a decisão e os argumentos utilizados para fundamentá-la tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice*, mas não oferecem critérios para que se reduza o “valor surpresa” das decisões de futuros casos em que haja identidade jurídica dos fatos subjacentes. Dessa maneira, começa a história, novamente, a cada caso, ao sabor das novidades metodológicas e doutrinárias. Não se sedimenta uma jurisprudência que construa precedentes orientadores de futuros julgamentos. Relacionado a esse problema, ocorre, não raramente, uma deficiente clareza no verdadeiro fundamento da decisão. É verdade que essa questão relaciona-se com a própria organização institucional do procedimento de tomada de decisão no STF” (Neves, 2019, p. 199).

A interpretação casuística da Constituição atrelada à ponderação *ad hoc* de princípios contribui para o esvaziamento normativo do próprio texto constitucional, indo em sentido totalmente contrário do que apregoam os defensores dos precedentes judiciais com base no papel do Poder Judiciário e no neoconstitucionalismo pós-positivista. Nesse sentido, por exemplo, analisando a aplicação do suposto princípio da simetria pelo Supremo Tribunal Federal, Liziero (2020) aponta, ao final de pesquisa empírica, a ausência de robustez teórica do dito princípio e o seu uso meramente retórico, ao sabor da causa em julgamento<sup>50</sup>.

De fato, consoante Melo e Barroso (2016), o Supremo Tribunal Federal ainda precisa enfrentar diversas questões para que se adeque à produção e ao manejo dos precedentes judiciais.

O primeiro deles diz respeito à própria forma de abordagem hermenêutica das demandas, centrada no método dedutivo da subsunção do caso concreto à norma abstrata e universal, determinada pela interpretação da Constituição<sup>51</sup>. Ao contrário, a formação de um precedente judicial parte do caso concreto e deve estar subordinada às configurações deste, de forma que possa ser realmente aplicável em casos semelhantes no futuro.

A partir da análise do RE 669.069, os autores concluem, ainda, pela necessidade do STF em “[...] diferenciar, com maior precisão, *ratio decidendi* e *obiter dictum* e, por consequência, em delimitar adequadamente a questão jurídica suscitada pela ação” (Melo e Barroso, 2016). Em decorrência disso, outro desafio estaria na determinação do nível de generalidade da tese de direito.

A tese jurídica e não apenas o dispositivo do julgado passou a ser vinculante e objeto de questionamento via reclamação constitucional. A necessidade de definição da tese de direito a ser utilizada no precedente, somada aos critérios de coerência e integridade da decisão, vai de encontro à prática judicial brasileira, considerando o recorte temporal após 1988.

---

<sup>50</sup> “E a hipótese aqui defendida é que o uso deste princípio na prática do STF, sem solidez teórica em se buscar os fundamentos do federalismo, é que há o inevitável enfraquecimento da normatividade das Constituições estaduais, da Constituição Federal e do sistema federativo como um todo. Assim, o princípio da simetria se perfaz como mais um entre os tantos princípios criados pelo fascínio principialista no Brasil, conforme a crítica de Neves, para justificar interesses, que no caso é a reafirmação constante do poderio da União” (Liziero, 2020, p. 408).

<sup>51</sup> Conforme foi descrito acima, a fixação dessa norma geral e abstrata pela própria Corte Constitucional já apresenta problemas.

Chegamos em uma encruzilhada. O neoconstitucionalismo, a doutrina dos princípios e o fortalecimento da atuação do Poder Judiciário no Brasil como principal garantidor dos direitos fundamentais e normas constitucionais conduziram ao cenário de incerteza jurídica e “jurisprudência lotérica”. A construção da teoria dos precedentes judiciais parte do pressuposto do resgate desses valores como forma de vincular a interpretação e aplicação do direito. O principal objetivo seria a busca por uma racionalidade e consistência do sistema jurídico, de forma que o conteúdo da norma não esteja vulnerável apenas à face subjetiva da análise do caso concreto e do próprio direito pelo juiz ou tribunal.

No entanto, a forma de justificação, tanto da teoria quanto da aplicação dos precedentes judiciais, não cola com os argumentos de base que a sustentam. Há sempre lacunas quando se tenta encaixar a doutrina estrangeira ao direito e à prática jurídica nacionais.

Para Alvim (2017), o dever do juiz de observância aos precedentes não existe apenas no *common law*. Segundo ela, as disposições do CPC de 2015 vão além das diferenças entre os dois sistemas para conferir uma “força de precedentes” a certas decisões, proferidas em certos contextos. Observação que, desde já, demonstra as peculiaridades do caso brasileiro.

Mais uma vez, isso demonstra a importância da metodologia de análise do tema a partir da cultura jurídica local, como ela se constrói, se estabelece argumentativamente e como, tendo esse pressuposto, é possível pensar a construção de precedentes vinculantes e a conformação racional do nosso sistema jurídico.

É possível compreender por meio da história do direito, sobretudo da história do direito constitucional no Brasil, como a jurisdição constitucional e as normas processuais chegaram até esse momento. No entanto, é passada a hora de estar centrando o debate no arrefecimento das fronteiras entre *civil law* e *common law* e pensar a construção desse sistema a partir do que temos de próprio.

### **3.3 O sistema de precedentes judiciais no Brasil e sua construção a partir do desenvolvimento do controle de constitucionalidade das leis**

A discussão sobre a existência de um sistema de precedentes judiciais no Brasil toma como base o surgimento e o desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade das leis. A história da Jurisdição Constitucional no País conteria o

embrião do procedimento em que se busca conferir efeitos vinculantes a provimentos judiciais, nesse caso, decisões sobre (in)constitucionalidade de normas e interpretação/aplicação da Constituição a partir da resolução de casos concretos.

O surgimento do controle judicial de constitucionalidade brasileiro não corresponde ao marco inicial da trajetória constitucional do País. Todavia, sua evolução tem caminhado lado a lado com as transformações políticas e jurídicas do Estado.

Na primeira Constituição brasileira, a Carta de 1824, não havia qualquer previsão específica para a estruturação de uma Jurisdição Constitucional. Mendes (2008, p. 1035) destaca que, influenciada pelo legado jurídico francês da Revolução Burguesa, a referida Carta conferia apenas ao Poder Legislativo a atribuição de velar pela observância das normas constitucionais, sob o argumento de que só é dado o poder de revisão e interpretação das leis ao órgão que as criou.

De igual sorte, segundo Cruz (2004, p. 270), o Superior Tribunal de Justiça, antecedente do Supremo Tribunal Federal, no Império, “[...] estava longe de ser o órgão máximo de um dos poderes soberanos do Estado brasileiro. (...) Todavia, de sua história também constam passagens de coragem e independência, abrindo, ulteriormente, espaço para o efetivo controle de constitucionalidade”.

O controle judicial de constitucionalidade no Brasil surge na Constituição de 1981. O modelo chamado incidental ou difuso é adotado sob a nítida influência da experiência constitucional dos Estados Unidos nas obras de Rui Barbosa, seu principal idealizador<sup>52</sup>.

A competência do então Supremo Tribunal Federal, ampliada posteriormente pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, foi estabelecida para processar e julgar as causas em que alguma das partes fundamentasse a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal; em grau de recurso, as sentenças oriundas das Justiças Estaduais, quando questionadas a validade ou a aplicação de tratados, leis federais ou demais atos executivos ou legislativos em face da Constituição (Mendes, 2008, p. 1037).

Não era previsto o julgamento de lei em tese. Era reconhecido que a validade ou não de uma lei não deveria ser objeto de controle judicial. Estava submetido a este apenas o julgamento de casos concretos que desobedecessem aos preceitos constitucionais. Para

---

<sup>52</sup> Barroso (2012, p. 75) afirma que a introdução do controle de constitucionalidade no Brasil não foi precedida pelo intenso debate doutrinário e ideológico que acompanharam a sua implantação nos Estados Unidos e na Europa. Em razão disso, o Autor considera o tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional ainda pouco explorado pelos estudiosos do Direito no Brasil.

Rui Barbosa (1962 *apud* Mendes, 2008, p. 1038), autor intelectual da Constituição de 1891, “o *judicial review* era um poder de hermenêutica e não de legislação”. Ainda assim, destaca-se aqui a importação de um modelo do *common law* para o direito brasileiro, bastante discutido à época, sendo, inclusive, objeto da crítica de Oliveira Viana.

Com a promulgação da Constituição de 1934, ocorreram mudanças no sistema de controle judicial de constitucionalidade, inicialmente estabelecido pela Constituição de 1891. O Senado passara a ter atribuição para suspender, com efeito geral (*erga omnes*), a execução de leis, atos, deliberações ou regulamentos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, foi incluída a exigência de que a eficácia de leis interventivas destinadas a assegurar o cumprimento de determinados princípios constitucionais e a execução de leis federais estivessem condicionadas à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Essa previsão acabou servindo como base para o surgimento posterior da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

A Constituição de 1937, conhecida como *Polaca*, não trouxe avanços no controle de constitucionalidade. Pelo contrário, representou um claro retrocesso ao permitir que uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal pudesse ser reavaliada pelo Poder Legislativo. Caso fosse aprovada por dois terços dos votos em cada uma das Casas Legislativas, a lei recuperaria sua validade, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade.

De acordo com Cruz (2004, p. 285), o controle de constitucionalidade, nesse período, era entendido por Francisco Campos, então Ministro da Justiça, como “[...] uma técnica de preservação das elites brasileiras em defesa do *status quo* promovido por elas, cabendo ao Judiciário subordinar-se ao controle do Poder Legislativo”.

A Constituição de 1946 restabeleceu o controle judicial de constitucionalidade nos moldes das Constituições anteriores, reafirmando a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar não apenas recursos ordinários, mas também recursos extraordinários. Além disso, manteve a prerrogativa do Senado Federal de suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Pleno pela Corte.

Uma mudança significativa foi introduzida em relação à representação interventiva, que passou a ser proposta pelo Procurador-Geral da República. Essa representação ficou condicionada à prévia declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, do ato ou norma que fundamentasse a intervenção. Nesse contexto, surgiu a arguição direta de constitucionalidade, que, conforme Mendes (2008, p. 1043), “[...] teve ampla

utilização no regime constitucional instituído”. Assim, começavam a se delinear os elementos do controle abstrato de normas no Direito Constitucional brasileiro.

Com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, se consolidou o controle abstrato de normas estaduais e federais, instituindo a representação de inconstitucionalidade, cuja legitimidade para propositura era exclusiva do Procurador-Geral da República. A Constituição de 1967, seguida pela Emenda de 1969, refletindo o contexto de enfraquecimento das instituições democráticas no Brasil, manteve os sistemas de controle difuso e abstrato. No entanto, não houve alterações significativas.

Com a redemocratização do País e o advento da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, o controle judicial de constitucionalidade no Brasil foi profundamente reformulado, tendo como pedra angular o estabelecimento do Estado Democrático de Direito.

Segundo Mendes (2008, p. 1053), “[...] a Constituição de 1988 amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis”. Nesse novo modelo, o Supremo Tribunal Federal teve sua competência ampliada, e os instrumentos constitucionais de defesa dos direitos fundamentais – como *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção – foram reforçados.

A nova Carta Magna trouxe inovações importantes no controle abstrato de normas, incluindo a previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por meio da Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Outra mudança relevante foi a ampliação do rol de legitimados para propor ações diretas, promovendo maior democratização de acesso ao processo constitucional e fortalecendo o controle concentrado em relação ao controle difuso.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, conhecida como a Emenda de Reforma do Poder Judiciário atribuiu, por meio de disposição constitucional, eficácia contra todos e efeitos vinculantes às decisões definitivas de mérito, proferidas pela Corte nas ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade. Introduziu, ainda, o instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, é referendada como um dos marcos para o reconhecimento de um sistema de precedentes no direito brasileiro a partir do processo constitucional. A atribuição de efeitos vinculantes à determinadas decisões definitivas de

mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, repousa no paradigma central do *stare decisis*, no qual o juiz, ao julgar casos iguais, deve se orientar conforme o que já foi decidido.

Todavia, não se pode esquecer que a situação nacional guarda suas peculiaridades de conformação histórica jurídicas e políticas. Embora a ideia de vinculação hermenêutica possua raízes no *common law*, as recentes transformações do controle de constitucionalidade brasileiro, sobretudo, o controle abstrato de normas, são inspiradas em fontes estrangeiras diversas, como o Direito Alemão.

Atualmente, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é misto, combinando características do sistema difuso, inspirado na tradição estadunidense, com o controle concentrado, de matriz europeia. Essa convergência reflete uma tendência global, conforme destacado por Mendes (2008, p. 1009), ao afirmar que “o desenvolvimento destes dois modelos básicos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais ou pragmáticos”.

Esse pensamento se coaduna e aponta também para a convergência estudada entre os grandes tradicionais sistemas jurídicos, como o anglossaxão e o romanogermânico, conforme exposto no capítulo anterior.

Considerando esse contexto, a presente tese não parte da exclusão sobre a formação de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil, mas a reconhece a partir de matizes que lhe são próprios e construídos a partir da prática jurídica e legislativa singulares.

Medidas como a repercussão geral no recurso extraordinário e as Súmulas Vinculantes foram adotadas com objetivo de limitar significativamente a liberdade de análise dos juízes em matéria constitucional, vinculando-os às decisões do Supremo Tribunal Federal. Não à toa, anos depois, o Código de Processo Civil de 2015, entra em vigor com previsão expressa acerca do dever de observância das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade dos enunciados de súmula vinculante pelos/as juízes/as e tribunais (art. 927, incisos I e II).

A partir da última década, as decisões de mérito da Corte Constitucional brasileira foram reconhecidas processualmente como provimentos judiciais vinculantes, passando a ter natureza jurídica de precedentes qualificados, nomenclatura adotada pelos tribunais pátrios acerca das hipóteses elencadas nos incisos do art. 927, do CPC, de 2015.

No entanto, há que se perguntar como se dá o encontro entre o processo constitucional estabelecido ao longo da história constitucional brasileira com o sistema

de precedentes em vigor? Existe uma convergência teórica e prática entre os institutos que permite afirmar um salto qualitativo no que diz respeito à garantia de direitos fundamentais e à contribuição para coerência e integridade do ordenamento jurídico?

### 3.3.1 Controle Difuso de Constitucionalidade

O controle difuso de constitucionalidade das leis tem suas raízes no histórico caso *Marbury v. Madison*. No Brasil, foi adotado a partir da Constituição Republicana de 1891. Esse modelo, também denominado controle concreto ou incidental, ocorre como questão prejudicial, a ser analisada no contexto de uma decisão judicial sobre um caso específico.

A inconstitucionalidade de uma lei ou ato público pode ser questionada por qualquer uma das partes envolvidas no processo, como necessária para resolução da demanda principal. Além das partes diretamente interessadas, também podem suscitar o controle incidental terceiros que intervenham no processo, o Ministério Público quando atua no caso, e o próprio juiz ou tribunal, inclusive de forma espontânea.

A declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso deve necessariamente ocorrer em um processo de natureza *inter partes*, podendo ser requerida pelo autor ou pelo réu, como fundamento de sua argumentação, em qualquer tipo de ação judicial. Nesse sentido, a questão constitucional levantada assume o papel de questão prejudicial, ou seja, uma questão cuja solução é indispensável para a decisão do mérito principal do caso. Por isso, a inconstitucionalidade só pode ser discutida de forma incidental, como uma questão acessória ao mérito da demanda.

Um outro mecanismo utilizado para provocar o controle difuso no âmbito da Jurisdição Constitucional é a utilização dos chamados remédios constitucionais, como o *habeas corpus*, o *mandado de segurança*, o *habeas data*, entre outros. Esses instrumentos possuem ritos processuais especiais que garantem maior celeridade e eficiência na tramitação das demandas constitucionais.

Esses remédios constitucionais são movidos, ora individualmente, por quem supostamente titulariza um direito fundamental, ora coletivamente, por entidades ou órgãos legitimados para atuarem na condição de substitutos processuais em favor de interesses ou direitos subjetivos assegurados aos personagens substituídos. Entre os remédios constitucionais mais utilizados no controle incidental, sobretudo no controle concreto das omissões do poder público, figuram a *ação popular*, o *mandado de segurança*, a *ação civil pública* e o *mandado de injunção* (Cunha Jr., 2006, p. 101-102).

No controle incidental de constitucionalidade, os efeitos das decisões, em regra, limitam-se às partes envolvidas no processo (*inter partes*) e possuem eficácia retroativa (*ex tunc*), ou seja, produzem efeitos desde a publicação da norma ou a prática do ato considerado inconstitucional.

Entretanto, a Constituição de 1988 estabelece que, em caráter excepcional, essas decisões podem adquirir eficácia geral (*erga omnes*) caso o Senado Federal, no exercício de sua competência privativa (art. 52, X, CF/88), resolva “[...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Essa suspensão se concretiza por meio de resolução publicada no Diário Oficial, a partir de quando passa a produzir efeitos amplos.

Contudo, na prática, esse dispositivo constitucional tem sido progressivamente desconsiderado, conforme orientação do próprio STF. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação n. 4335/AC, decisões do STF que declarem a inconstitucionalidade de uma norma, mesmo em sede de controle difuso, já possuem eficácia geral, cabendo ao Senado Federal apenas a função discricionária de conferir publicidade à decisão. Esse entendimento, baseado no conceito de "mutação constitucional", acaba por aproximar os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado, fenômeno conhecido como "abstrativização do controle difuso".

Essa transformação, embora busque conferir maior uniformidade às decisões do STF, levanta preocupações, especialmente no que tange ao impacto sobre o sistema de direitos e garantias fundamentais. A ampliação dos efeitos de decisões proferidas em controle difuso pode comprometer a segurança jurídica e o equilíbrio entre as diferentes formas de controle de constitucionalidade previstas na Constituição.

O artigo 52, X da Constituição Federal de 1988 estabelece que compete ao Senado Federal "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". Originalmente, esse dispositivo foi concebido como um mecanismo de cooperação entre os Poderes Judiciário e Legislativo: caberia ao STF declarar a inconstitucionalidade de uma lei em casos concretos (controle difuso), e ao Senado, por sua vez, atribuir eficácia *erga omnes* (a todos) e efeito vinculante à decisão, suspendendo formalmente a aplicação da norma. Essa dinâmica refletia um equilíbrio institucional, no qual a generalização dos efeitos dependia de um ato político-legislativo, preservando a separação de poderes e a segurança jurídica.

Contudo, nas últimas décadas, o STF promoveu a chamada mutação constitucional nesse dispositivo, reinterpretando-o de modo a concentrar em si mesmo a competência para atribuir eficácia vinculante e alcance geral a suas decisões, mesmo em sede de controle difuso. Essa transformação ocorreu sem alteração formal do texto constitucional, mas por meio de uma mudança na práxis judicial, especialmente após julgados emblemáticos como os Recursos Extraordinários 955.227 e 949.297. Nesses casos, o Tribunal passou a entender que decisões reiteradas em recursos repetitivos ou em incidentes de resolução de demandas repetitivas (art. 947 do CPC/2015) poderiam vincular todos os órgãos do Judiciário, independentemente da intervenção do Senado. O argumento central foi a necessidade de uniformização da jurisprudência e a efetividade da jurisdição constitucional, evitando a multiplicação de litígios idênticos.

A apropriação pelo STF de competências originalmente atribuídas ao Legislativo revela um fenômeno mais amplo de judicialização de questões políticas e administrativas. Ao dispensar o Senado na concretização da eficácia *erga omnes*, o Tribunal não apenas redefine sua própria competência, mas também assume um papel normativo que transcende sua função típica de guardião da Constituição. Esse movimento reforça críticas sobre o ativismo judicial, em que a Corte substitui o legislador em temas complexos, como tributação e políticas públicas, sem o devido debate democrático. No RE 955.227, por exemplo, o STF estendeu efeitos vinculantes a uma decisão sobre contribuições previdenciárias, impactando milhares de servidores sem que houvesse participação ampla ou análise contextualizada das consequências econômicas. A ausência de limites claros para essa prática cria um risco de arbitrariedade, onde decisões pontuais passam a moldar o ordenamento jurídico de forma reativa, sem diálogo com outros Poderes.

Outro ponto crítico reside na assimetria processual entre o controle difuso e o concentrado. Enquanto as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) exigem a participação de múltiplos atores (como a Advocacia-Geral da União, partidos políticos e entidades da sociedade civil), garantindo um contraditório qualificado, o controle difuso limita-se às partes do caso concreto. Ao estender os efeitos dessas decisões, o STF ignora que a legitimidade para mudanças de alcance geral pressupõe um processo adequado às dimensões do impacto gerado. Como destacado no RE 949.297, a utilização de recursos repetitivos para modular efeitos gerais não resolve essa defasagem, pois a pluralidade de vozes necessária para debates estruturais continua ausente. Essa distorção não apenas fragiliza o direito de defesa dos não participantes do processo original, mas também expõe

o sistema a inconsistências, já que decisões baseadas em contextos específicos podem ser generalizadas sem considerar nuances regionais ou setoriais.

Assim, “[...] atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiverem garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada de decisão que os afetará” (Streck, Oliveira E Lima, 2007, p. 7).

Para preservar o equilíbrio constitucional, é urgente retomar o diálogo entre Judiciário e Legislativo. A mutação do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, não pode ser consolidada sem uma reflexão sobre os limites da interpretação judicial e os riscos de se confundir eficiência com supressão de garantias. Uma alternativa seria a regulamentação do instituto da repercussão geral (art. 1.035 do CPC/2015) com critérios transparentes que assegurem o contraditório ampliado em casos de impacto coletivo.

Além disso, caberia ao Congresso Nacional reagir, seja por meio de proposta de emenda constitucional para redelimitar as competências do STF, seja pela edição de leis que reforcem a participação de terceiros em processos com potencial *erga omnes*. Enquanto isso, o STF deveria adotar autorrestrição, evitando confundir sua função de intérprete final da Constituição com a de legislador positivo, sob pena de transformar a busca por uniformidade em uma fonte de insegurança jurídica e desconfiança institucional.

A extensão indiscriminada do efeito vinculante a decisões proferidas em controle difuso ameaça banalizar um instrumento concebido para casos excepcionais. Originalmente, o efeito vinculante estava associado às decisões em controle concentrado (como nas ADIs), justamente por seu caráter preventivo e abstrato. Ao transplantá-lo para o controle difuso, o STF desconsidera que decisões casuísticas podem estar influenciadas por circunstâncias fáticas específicas, nem sempre representativas da totalidade de situações afetadas.

No julgamento do RE 955.227, por exemplo, a Corte baseou-se em um caso individual para estabelecer uma tese geral sobre tributação, sem avaliar como regimes jurídicos diferenciados (como os de Estados e Municípios) seriam impactados. Essa superficialidade contamina o ordenamento com interpretações genéricas, aumentando o risco de revisões futuras e instabilidade.

A pretensão de reduzir litígios repetitivos por meio da generalização de decisões pode gerar o efeito oposto: a judicialização em massa de conflitos. Se cidadãos e instituições perceberem que decisões tomadas em processos restritos podem afetá-los sem direito a manifestação, a tendência é que busquem antecipar judicialmente suas demandas, sobrecarregando o sistema. A falta de participação no processo original inviabiliza a consideração de argumentos regionais, técnicos ou sociais relevantes, como ocorreu no RE 949.297, onde questões locais sobre taxas de serviço foram uniformizadas sem ouvir entidades municipais. O acesso à justiça, assim, é paradoxalmente enfraquecido: em nome da eficiência, cerceia-se o direito de ser ouvido, transformando a jurisdição constitucional em um mecanismo autocrático.

A solução pode, talvez, residir em um modelo híbrido que preserve as vantagens da uniformização sem sacrificar garantias processuais. Inspiração poderia ser buscada em sistemas como o alemão, onde decisões do Tribunal Constitucional Federal, em casos concretos, podem adquirir eficácia geral, mas apenas após amplo debate com instituições representativas e a publicação de editais para manifestação de interessados<sup>53</sup>.

No Brasil, a criação de um "incidente de impacto coletivo", com publicidade ampla e intervenção obrigatória de entidades como a Defensoria Pública e o Ministério Público, mitigaria a assimetria processual. Essa adaptação exigiria alterações no CPC e maior transparência do STF, mas resguardaria o núcleo essencial do devido processo legal, reconciliando eficiência com democracia participativa.

Ao longo dos anos, o STF veio construindo entendimento de que cabe ao Senado apenas conferir publicidade às suas decisões e que tanto o efeito vinculante quanto a eficácia contra todos decorrem da própria decisão.

No julgamento da ADI 2.418, o Ministro Teori Zavascki abordou a tese da "irrelevância" da distinção entre controle abstrato e difuso de constitucionalidade em certos contextos, sustentando que, em situações de jurisprudência firmada e reiterada pelo STF, a classificação formal do tipo de controle perde relevância prática. Seu voto destacou que, uma vez consolidado o entendimento da Corte sobre a inconstitucionalidade de uma norma em múltiplos casos concretos, a via abstrata torna-se redundante para fins de segurança jurídica. A lógica é que a repetição de decisões no controle difuso já produziria

---

<sup>53</sup> Artigo 93 da Lei Fundamental da Alemanha (Grundgesetz – GG), que define as competências do tribunal, e/ou a decisão específica analisada. GERMANY. Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG). § 31, 12 de março de 1951. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/bverfogg/\\_31.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bverfogg/_31.html). Acesso em: 10 jul. 2024.

um efeito vinculante implícito, equiparável ao do controle concentrado, dispensando a necessidade de um pronunciamento formal *erga omnes*.

A fundamentação de Teori Zavascki apoiava-se no princípio da economia processual e na busca por coerência decisória. Ele argumentou que, quando o STF pacifica entendimento sobre uma matéria constitucional em recursos extraordinários, a repetição de questionamentos idênticos sobrevém como mera litigância de má-fé, já que a orientação da Corte já estaria suficientemente clara.

Nesse cenário, a ADI perderia sua função primordial de evitar insegurança jurídica, pois a multiplicação de decisões difusas convergentes já cumpriria esse papel. O Ministro ressaltou que o art. 52, X da CF/88 (competência do Senado para suspender leis inconstitucionais) não foi concebido para servir de obstáculo à eficácia prática das decisões do STF, mas sim para operacionalizar seus efeitos, o que, em sua visão, já ocorreria *de facto* pela reiteração jurisprudencial.

A crítica central em seu voto, contudo, dirigia-se à hiperformalização do sistema de controle. Para Teori, a rigidez em distinguir abstrato e difuso ignora a dinâmica evolutiva do direito e a função pedagógica das decisões judiciais. Se o STF, em sede difusa, já estabeleceu inúmeras vezes a inconstitucionalidade de uma norma, a insistência em exigir uma ADI para torná-la *erga omnes* configuraria um ritualismo vazio, descolado da realidade social e da efetividade da jurisdição. Essa posição ecoa a noção de que o direito processual constitucional deve servir à proteção substantiva da Constituição, e não a barreiras procedimentais que engessam sua aplicação.

Alertou, ainda, para os riscos de insegurança jurídica decorrentes da dualidade entre as duas formas de controle. Se uma norma, após ser reiteradamente declarada inconstitucional pelo STF em casos concretos, permanece formalmente vigente devido à ausência de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou de atuação do Senado Federal (art. 52, X, CF/88), instala-se uma incoerência institucional grave: os cidadãos continuam submetidos a regras que o próprio Judiciário já considerou inválidas. Essa contradição não apenas enfraquece a autoridade da Constituição, como mina a confiança no sistema jurídico, já que a lei, em tese obrigatória, torna-se um simulacro de validade.

A tese da “irrelevância” entre os tipos de controle surge, assim, como um princípio de racionalidade prática, buscando evitar que tecnicismos processuais obstruam a efetividade das decisões judiciais e a justiça material.

Contudo, como destaca Streck e Cattoni (2017, p. 213), a equiparação entre controles difuso e abstrato não é isenta de riscos. A ausência de um rito adequado ao

alcance geral — como o contraditório ampliado e a participação de entidades representativas nas ADIs — pode sacrificar garantias processuais fundamentais em nome da eficiência. Enquanto o controle concentrado assegura um debate plural, com a intervenção da Advocacia-Geral da União (AGU), partidos políticos e entidades de classe (art. 103, CF/88), o controle difuso limita-se às partes do caso concreto. A generalização de efeitos sem essa participação ampla tensiona o equilíbrio entre celeridade e democracia deliberativa, pois decisões restritas a um contexto específico passam a moldar o ordenamento jurídico sem a devida representatividade.

A seu turno, conforme abordado anteriormente, o Código de Processo Civil de 2015, no art. 927, aumenta esse rol constitucional, criando os chamados precedentes qualificados ou provimentos judiciais vinculantes.

O esvaziamento do controle difuso de constitucionalidade no Brasil tem sido acelerado por mecanismos que centralizam a interpretação da Constituição no STF, subordinando a autonomia dos demais órgãos do Judiciário. Um exemplo emblemático é o instituto das Súmulas Vinculantes (art. 103-A, CF/88), que obrigam juízes e tribunais a seguir os entendimentos consolidados pelo Supremo, reduzindo a possibilidade de divergência jurisprudencial em casos concretos. Essa dinâmica, somada ao art. 557, § 1º-A do CPC/2015 — que autoriza a negativa de provimento a recursos alinhados com súmulas ou jurisprudência dominante do STF —, transforma o controle difuso em mera etapa formal, esvaziando sua função original de resolver litígios com base no contexto específico. O resultado é uma hierarquização verticalizada do Judiciário, em que o STF assume papel de legislador negativo, ditando regras universais a partir de casos particulares.

A exigência da repercussão geral (art. 102, III, CF/88) como filtro para recursos extraordinários aprofunda essa tendência. Ao condicionar a admissibilidade à relevância social, política ou econômica da questão, o STF prioriza debates abstratos em detrimento da solução de conflitos individuais. Essa seletividade promove uma "abstrativização" do controle difuso, pois questões constitucionais passam a ser tratadas como objetos de interpretação genérica, distanciando-se da lógica *inter partes*. Como consequência, casos emblemáticos são elevados à categoria de paradigmas, enquanto demandas sem apelo midiático ou impacto coletivo são marginalizadas, fragilizando o acesso à justiça em situações concretas.

Outro fator que corrói a essência do controle difuso é a teoria da modulação temporal de efeitos (art. 27 da Lei 9.868/1999), aplicada mesmo em casos de

inconstitucionalidade declarada em recursos extraordinários. Ao decidir se os efeitos da decisão serão *ex tunc* (retroativos) ou *ex nunc* (prospectivos), o STF exerce uma função quase legislativa, adaptando o direito às conveniências institucionais ou econômicas. Essa prática, embora justificada pela segurança jurídica, desvirtua o papel do controle difuso, originalmente destinado a resolver litígios específicos, e não a reescrever normas com eficácia *erga omnes*. A modulação reforça a percepção de que o Tribunal atua como "superlegislador", transcendendo sua função de guardião da Constituição.

A instituição dos incidentes de resolução de demandas repetitivas (art. 976 do CPC/2015) também contribui para a erosão do controle difuso. Ao uniformizar o julgamento de casos análogos, o mecanismo busca eficiência processual, mas opera uma padronização artificial que ignora nuances fáticas e regionais. Apesar de útil para desafogar o Judiciário, o modelo submete todas as demandas subsequentes ao entendimento majoritário do tribunal, mesmo que circunstâncias específicas justifiquem soluções distintas. Essa racionalidade, inspirada no *common law*, conflita com a tradição civilista brasileira e reforça a primazia do STF como intérprete final, reduzindo a margem de atuação dos juízes de primeiro grau e tribunais locais.

A concentração de poder no STF afeta não apenas a técnica jurídica, mas também o equilíbrio federativo e a democracia deliberativa. Ao substituir a pluralidade de vozes judiciais por uma interpretação única, o modelo atual enfraquece o diálogo entre instâncias, essencial para um Estado plural como o Brasil.

A primazia do controle concentrado sobre o difuso reduz a participação da sociedade civil em debates constitucionais, já que ADIs e ADCs são movidas por entes institucionais (art. 103, CF/88), enquanto cidadãos comuns dependem de recursos lentos e burocráticos. Essa dinâmica aprofunda o déficit democrático, pois decisões com impacto nacional são tomadas em processos restritos, sem abertura para audiências públicas ou *amici curiae* em larga escala, como ocorreria em um sistema verdadeiramente dialógico.

Importante salientar que, a transformação do controle difuso em instrumento de uniformização abstrata reflete uma tensão entre eficiência e legitimidade. Enquanto mecanismos como súmulas vinculantes e repercussão geral buscam coerência, seu uso excessivo desfigura a natureza casuística do controle difuso, convertendo-o em extensão do controle concentrado. Para reequilibrar o sistema, uma possível resposta seria resgatar a autonomia dos juízes inferiores e ampliar a participação social, garantindo que a

Constituição seja interpretada não apenas no Plenário do STF, mas também nas salas de audiência de todo o país.

A centralização da interpretação constitucional no STF, acelerada por mecanismos como súmulas vinculantes e a modulação de efeitos, encontrou no instituto da reclamação (art. 988, CPC/2015) um instrumento adicional para reforçar a hierarquização do Judiciário. O CPC/2015 ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação, originalmente prevista para garantir o cumprimento de decisões do STF (art. 102, I, *l*, CF/88), passando a abranger também o descumprimento de súmulas vinculantes, jurisprudência dominante e precedentes em incidentes de demandas repetitivas.

Essa expansão permite ao STF coibir atos judiciais que contrariem suas orientações, mesmo em casos de controle difuso, convertendo a reclamação em uma ferramenta de uniformização coercitiva. Assim, juízes de instâncias inferiores, que antes tinham margem para adaptar decisões a contextos locais, veem-se pressionados a seguir padrões nacionais, sob pena de terem seus atos anulados via reclamação. Esse movimento consolida a "abstrativização" do controle difuso, pois a reclamação opera como um freio à diversidade interpretativa, alinhando-se à lógica de eficiência em detrimento da autonomia judicial.

As hipóteses de cabimento da reclamação, elencadas no art. 988 do CPC/2015, incluem situações como: descumprimento de decisão do STF em controle concentrado (ex.: ADI); violação de súmula vinculante ou jurisprudência dominante; desrespeito a acórdãos em incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Essas hipóteses refletem uma função dupla: garantem a autoridade das decisões do STF, mas também institucionalizam sua primazia sobre todo o sistema. Ao incluir violações a precedentes de IRDR, por exemplo, o CPC/2015 estende a reclamação a casos originalmente difusos, cuja solução foi padronizada por tribunais superiores. O resultado é um controle verticalizado de constitucionalidade, em que a reclamação atua como "guarda-costas" da uniformização, assegurando que eventuais resistências de juízes ou tribunais locais sejam neutralizadas.

Contudo, esse modelo aprofunda a tensão entre eficiência e pluralismo: enquanto a reclamação evita inconsistências, ela também reduz o espaço para o diálogo judicial e a adaptação de normas a realidades regionais, elementos historicamente associados ao controle difuso. Nesse cenário, a reclamação deixa de ser um remédio excepcional e

transforma-se em instrumento de governança judicial, reforçando a narrativa de que a última palavra sobre a Constituição cabe exclusivamente ao STF.

Com essas mudanças e a crescente objetivação dos processos anteriormente considerados subjetivos, o acesso do cidadão comum à Justiça Constitucional tem se tornado mais restrito. Isso é especialmente problemático em um país como o Brasil, marcado por vasta extensão territorial e diversidade social, onde a análise de peculiaridades regionais e individuais é essencial.

Ao mesmo tempo, o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade tem ganhado cada vez mais protagonismo. Julgamentos de grande repercussão social e envolvendo direitos fundamentais frequentemente atraem a atenção da mídia, reforçando o papel do STF como o principal intérprete da Constituição. Esse cenário tem impulsionado transformações institucionais na Jurisdição Constitucional brasileira, destacando ainda mais o controle concentrado como ferramenta central no equilíbrio entre os poderes e na proteção dos direitos fundamentais.

Contudo, esse modelo gera um paradoxo: enquanto o STF ganha visibilidade como fiador de direitos coletivos, o cidadão comum enfrenta barreiras para ver suas peculiaridades reconhecidas em um sistema cada vez mais padronizado. A tensão entre a eficiência da uniformização e a necessidade de pluralismo evidencia que a democracia constitucional brasileira precisa resgatar o equilíbrio entre os controles difuso e concentrado, garantindo que a proteção dos direitos fundamentais não seja privilégio de grandes causas midiáticas, mas um horizonte acessível a todos, em sua diversidade e singularidade.

### 3.3.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade concentrado de normas corresponde ao chamado modelo austríaco, idealizado por Hans Kelsen. Por ele, um Tribunal Constitucional analisa a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição sem a presença de partes ou contraditório.

Kelsen (2007), em clássico debate com Carl Schmitt sobre *quem deve ser o guardião da Constituição*, não tinha dúvida sobre a legitimidade da jurisdição para figurar, por meio de tribunal específico, como guarda da Carta Política do Estado, devendo a preocupação recair apenas sobre os limites do exercício deste ofício. Todavia,

não negava o principal traço distintivo do Tribunal Constitucional com relação às demais funções judicantes, sua intensa aproximação da política.

Importante salientar que, “[...] do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente – como *legislador negativo*” (Kelsen, 2007, p. 263).

O modelo austríaco de controle de constitucionalidade se consolidou no Brasil com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, reservando a sua competência como exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

A partir da Constituição Federal de 1988, o sistema do controle concentrado fora ampliado e aperfeiçoado significativamente, aduzindo Mendes (2008) que tal atitude do constituinte sobrelevou esse modelo em relação ao sistema difuso, tradicionalmente adotado no País desde a Carta Política de 1891. Dessa forma, permitiu-se que “[...] praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas (Mendes, 2008, p. 1056).

Não resta dúvida que a chamada Constituição Cidadã trouxe significativas inovações ao prever novas Ações Diretas perante a Corte Máxima, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Acenou, ainda, para a possibilidade de adoção de efeitos vinculantes nas decisões proferidas no âmbito dessas ações, além de ampliar o rol de legitimados para propositura, antes restrito ao Procurador-Geral da República. Nesse contexto de mudanças, também fora deferido aos Estados Membros instituírem em suas Constituições um sistema de controle concentrado de normas em face das leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, conferindo a competência para seus julgamentos aos Tribunais de Justiça Estaduais e vedando sua legitimação a um único órgão.

As Ações Diretas do controle abstrato destinam-se à provocação do Supremo Tribunal Federal para aferir a incompatibilidade ou não de determinada lei ou ato normativo em face da Constituição Federal. Assim, a questão constitucional a ser enfrentada guarda natureza de questão principal, uma vez que diz respeito ao próprio

objeto do processo, diferentemente do que ocorre no controle difuso. Nesse caso, “o Supremo Tribunal Federal se limita a examinar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida a assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição” (Cunha Jr., 2006, p. 152).

As ações que gozam de previsão constitucional na Carta Política de 1988 são: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (artigo 102, I, “a”); b) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (artigo 103, § 2º); c) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (artigo 36, III); d) Ação Declaratória de Constitucionalidade (artigo 102, I, “a”) e e) Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (artigo 102, § 1º).

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, também chamada de ADI genérica, tem por objeto a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade visa afirmar, em face da Constituição, conteúdo de lei ou ato normativo federal que seja objeto de controvérsia judicial relevante, da qual resulte elevado número de ações. Ambas são reguladas pela Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

O rol de legitimados ativos encontra-se previsto no artigo 103, *caput*, da atual Constituição da República. Até 1988, apenas o Procurador-Geral da República poderia provocar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, de forma que é forçoso afirmar o avanço e a importância que a Nova Constituição do País representou no intuito de pluralizar o acesso à Corte e ao debate constitucional. No entanto, a ampliação levada a efeito ainda não foi satisfatória para a sociedade civil, seja por legitimar apenas determinados tipos de entidades de classe seja pela jurisprudência restritiva do próprio Tribunal<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> A sociedade civil ainda encontra grandes óbices para acessar a Justiça Constitucional na via concentrada, tendo em vista a necessidade de comprovação de pertinência temática exigida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nessa esteira, Mendes (2008, p. 1111) entende que esta restrição “[...] criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação (...)”, fato que encontra respaldo na Constituição e é incompatível com a própria natureza do controle abstrato.

Além mais, só são reconhecidas, pela Corte Máxima, como entidades de classe de âmbito nacional, aquelas que representam categoria econômica ou profissional, com abrangência de, no mínimo, um terço dos Estados Membros. Desta forma, ficam excluídas, por exemplo, entidades de defesa dos direitos humanos e a esmagadora maioria dos movimentos sociais. Salienta-se ainda o reconhecimento diferenciado de postulação plena entre os legitimados elencados no dispositivo constitucional, ou seja, a prerrogativa de se provocar a jurisdição sem o intermédio de advogado legalmente constituído e, por conseguinte, realizar atos processuais, apenas aos atores constantes nos incisos I a VII, artigo 103, da Constituição Federal de 1988.

O mesmo rol de legitimados também é previsto para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Quanto a esta última houve e ainda há a tentativa de se incluir como legitimado qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, fato que será analisado no decorrer deste trabalho. Essas Ações ainda se diferenciam quanto ao objetivo, uma vez que a primeira visa conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional; e a segunda, a proteção a preceitos fundamentais decorrentes da Constituição.

Por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, cuja legitimidade ativa pertence apenas ao Procurador-Geral da República, visa atacar lei ou ato normativo estadual contrários aos princípios sensíveis da Constituição, previstos no artigo 34, VII, da Constituição Federal de 1988.

Cumpra-se asseverar que as referidas ações ostentam natureza jurídica de ação objetiva de caráter dúplice, tendo em vista que instauram processos objetivos em que, teoricamente, não existem partes, nem conflitos de interesse. O caráter dúplice se justifica na medida em que, reconhecida a (in)constitucionalidade invocada no pedido, o STF terá que declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo em questão.

Ressalte-se que, em decorrência da objetividade do processo constitucional abstrato, embora o Supremo Tribunal Federal esteja adstrito a analisar o pedido principal, seu julgamento não se encontra vinculado à causa de pedir, podendo fazê-lo com base na Lei Maior, pois o escopo principal é garantir a supremacia da Constituição em face do ordenamento jurídico pátrio.

Os efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade são *erga omnes*, possuindo, portanto, eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública federal, estadual, municipal e distrital.

Quanto à nulidade das leis ou atos normativos tidos por inconstitucionais, é tradicionalmente aceita no Direito Constitucional Brasileiro a teoria da nulidade, em que a inconstitucionalidade de determinada norma pode ensejar declaração de nulidade total, declaração de nulidade parcial ou declaração de nulidade sem redução do texto.

A nulidade no controle concentrado será total, quando expurgar, por completo, a lei do ordenamento jurídico; parcial, quando se declarar a inconstitucionalidade e, conseqüente, nulidade, de apenas parte dela; e parcial sem redução do texto, quando não

é a lei em si declarada inconstitucional, mas apenas uma determinada aplicação ou interpretação dela.

Em virtude da lei ou ato normativo inconstitucional se tratar de ato nulo, os efeitos da decisão que constata a sua contrariedade com a Lei Maior se operam *ex tunc*, ou seja, de forma retroativa. Contudo, o artigo 27, da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, veio consagrar a teoria da modulação dos efeitos da decisão, em que o Supremo Tribunal Federal poderá apenas restringir os efeitos de sua decisão ou simplesmente decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por fim, cumpre asseverar que, com a exigência jurisprudencial da pertinência temática para, principalmente, sindicatos e entidades de classe, a previsão do *amicus curiae* e da Reclamação Constitucional, o aumento na realização de audiências públicas, a ADPF incidental, dentre outros, o caráter objetivo do controle concentrado tem sido mitigado. Como pode ser visto no modelo concentrado,

[...] o modelo concentrado (austríaco ou europeu) adota as ações individuais para a defesa das posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco. [...]  
Em verdade, tal sistema tornou o juiz ou tribunal um ativo participante do controle de constitucionalidade, pelo menos na condição de órgão incumbido da provocação. Tal aspecto acaba por mitigar a separação entre os dois sistemas básicos de controle (Mendes, 2008, p. 1009).

Com efeito, ainda que se coloque a inexistência de partes e conflitos de interesses no referido modelo, a crise de representatividade do Poder Legislativo, a relevância de determinadas questões e os interesses contrastantes entre sociedade civil e Poder Público, têm transformado o plenário do STF em palco de verdadeiras e importantes lides nacionais.

Cite-se, como exemplo, o caso da reserva Raposa Serra do Sol, em Roraima. Embora o objeto principal da ação fosse um ato normativo em tese sobre demarcação contínua de terras indígenas, estava presente no processo, de um lado, a população indígena, e de outro, os donos de enormes plantações de arroz, ambos buscando a satisfação de uma pretensão resistida. Decisão que, mesmo proferida em controle concentrado de normas, poria fim jurídico ao conflito existente.

Outra não é a situação com as ações sobre o direito de greve dos servidores públicos, o questionamento da política de quotas para afrodescendentes e indígenas nas universidades, dentre outras. Em decorrência disso, urge a continuidade no processo de abertura democrática da Jurisdição Constitucional, iniciada pela Constituição Federal de 1988, mas ainda incipiente para a população em geral.

Com o progressivo esvaziamento da via difusa e consequente fortalecimento da concentrada, o cidadão, seja individualmente, seja em grupo por meio das associações civis, estará cada vez mais privado do princípio da proteção judicial efetiva quanto aos direitos e garantias fundamentais violados pelas arbitrariedades do Poder Público. Além do mais, seus direitos restam entregues à morosidade e ao patrimonialismo que, há séculos, assombram a Justiça Ordinária brasileira.

Os julgamentos em controle de constitucionalidade no Brasil, ainda que formalmente focados na análise de normas, funcionam como precedentes vinculantes que transcendem o caso concreto, moldando políticas públicas e direitos fundamentais.

O sistema de precedentes, consolidado pelo CPC/2015 (art. 927), reforça essa dinâmica, pois decisões do STF em controle concentrado tornam-se paradigmas obrigatórios para toda a magistratura, subordinando a pluralidade interpretativa à uniformização jurisprudencial. Assim, o controle concentrado opera como um mecanismo de criação de *superprecedentes*, nos quais a Corte Constitucional assume papel legislativo, definindo regras gerais a partir de ações abstratas, como ADIs e ADCs, que passam a guiar não apenas o Judiciário, mas também o Executivo e o Legislativo.

A primazia do controle concentrado e sua interação com o sistema de precedentes geram efeitos ambivalentes. Por um lado, garantem segurança jurídica e coerência decisória, essenciais em um país marcado por desigualdades e complexidade federativa. Por outro, aprofundam a centralização da jurisdição constitucional no STF, esvaziando o papel dos juízes de instâncias inferiores e limitando o acesso direto do cidadão à Justiça Constitucional. Enquanto casos como a Raposa Serra do Sol resolvem conflitos nacionais de forma célere, a população comum enfrenta barreiras para ver violações cotidianas de direitos fundamentais julgadas em sede difusa, já que o controle concentrado prioriza temas midiáticos e de repercussão política.

A rigidez dos precedentes vinculantes, associada à morosidade da Justiça Ordinária, reproduz um paradoxo sistêmico: decisões abstratas do STF promovem avanços civilizatórios (como cotas raciais), mas falham em assegurar a proteção judicial efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88) para litígios individuais ou regionais. O resultado é um

sistema híbrido, em que a eficiência do controle concentrado convive com a exclusão de demandas que não alcançam o status de "relevância geral", reforçando a necessidade de equilibrar a força dos precedentes com mecanismos de participação democrática, como audiências públicas e *amicus curiae*, para evitar que a jurisdição constitucional se torne um privilégio de causas que interessem a elites dominantes, distante da diversidade social brasileira.

### **3.4 O sistema de precedentes judiciais no Brasil e sua construção a partir da concentração do poder de interpretar a Constituição no Supremo Tribunal Federal**

O Supremo Tribunal Federal nem sempre ocupou lugar de destaque no cenário institucional brasileiro. Na década de 1960, como retrata Aliomar Baleeiro em *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, a Corte era uma instituição de atuação discreta, cuja relevância pública emergia apenas em episódios pontuais, como o emblemático *habeas corpus* impetrado por Rui Barbosa para garantir a liberdade de sua família durante um processo eleitoral. Esse caso, embora histórico, era exceção em um contexto em que o STF mantinha perfil técnico e distante do cotidiano social.

Com o tempo, contudo, a Corte transcendeu seu papel tradicional, transformando-se em protagonista de debates que permeiam a vida dos cidadãos, desde questões procedimentais até dilemas culturais e valorativos. A popularização das redes sociais e a cobertura midiática intensificaram essa conexão, permitindo que a sociedade acompanhasse julgamentos e manifestasse opiniões em tempo real, consolidando o STF como arena de disputas que antes se restringiam ao Legislativo ou ao Executivo.

Esse protagonismo, como aponta Vieira (2008), reflete um fenômeno global de judicialização da política, em que tribunais constitucionais assumem funções tradicionalmente legislativas, compensando o déficit de representatividade de parlamentos fragilizados por crises de legitimidade.

No Brasil, a ascensão do STF está intrinsecamente ligada à incapacidade crônica do Congresso Nacional de responder a demandas sociais urgentes — como direitos LGBTQIA+, políticas ambientais ou combate à corrupção —, aliada à percepção pública de que a política partidária é capturada por interesses corporativos. Em um cenário de polarização e desconfiança nas instituições, o STF passou a ser visto como último guardião da racionalidade democrática, capaz de decidir com base em argumentos técnico-jurídicos, em contraste com a lógica clientelista do Legislativo.

Contudo, essa ampliação de autoridade gera riscos: ao substituir a deliberação política pluralista por decisões judiciais, a Corte assume responsabilidades que extrapolam sua competência institucional, expondo-se a críticas de ativismo e politização. O desafio, portanto, é equilibrar a necessária intervenção em cenários de omissão legislativa com a preservação da separação de poderes, evitando que a judicialização se torne um sintoma da falência da democracia representativa, em vez de seu corretivo.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, quando chamado a atuar como Corte Constitucional, é provocado para julgar casos que envolvem direitos fundamentais de minorias, investido da prerrogativa de atuação contramajoritária que dispõe e não puramente para corrigir deficiências do Poder Legislativo.

Lembre-se que o Legislativo é eleito mediante sistema majoritário, representando, ao menos no plano teórico, a vontade geral alcançada através da maioria que acompanha o exercício do mandato. Esses representantes, ainda que respaldados pela eleição democrática, tem o dever de respeitar a Constituição, seguir suas diretrizes e dar ensejo à produção normativa que se coadune com seus princípios. Se assim não ocorre, se a composição representativa da maioria do eleitorado fere direitos e princípios fundamentais, faz parte da ordem democrática que o Judiciário seja chamado a corrigir essas distorções e preserve o *status* constitucional daqueles que, embora não se façam representar, são considerados sujeitos de direitos como todos os demais<sup>55</sup>.

Contudo, não se pode ignorar completamente essa questão, tendo em vista o crescente número dos julgamentos que envolvem omissões constitucionais, quando se trata do julgamento de Mandados de Injunção ou de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão. Além do mais, é forçoso reconhecer que a elaboração de Constituições, cada vez mais analíticas, revela a desconfiança contemporânea no legislador ordinário.

Importante salientar que, “[...] diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer suas próprias escolhas substantivas, intermédio

---

<sup>55</sup> Todavia, não se pode desconsiderar a postura ativa dos juízes, contrariando o mero positivismo exegético, quando em acordo com a ordem majoritária e em desfavor das minorias. Como exemplo, Rigaux (2003) cita a jurisprudência alemã durante o regime nazista. Assevera o autor: “Mais do que por uma doutrina jurídica, o positivismo, que deixara de ser a unanimidade, explica-se a adesão das ‘elites’ à ditadura pela tradição do Estado autoritário, o *Obrigkeitsstaat*. Após a guerra, um aresto das Câmaras reunidas da Corte Federal de Justiça minimiza as violações do direito cometidas pelos nacionais-socialistas durante os anos que se seguiram à tomada de poder e chega a considerar que o dever dos funcionários públicos de seguir as diretrizes do partido era justificado pelo respeito devido a uma decisão majoritária da nação” (Rigaux, 2003, p. 129).

da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição” (Vieira, 2008, p. 443).

Para Vieira (2008), embora o fortalecimento das Cortes Constitucionais seja um evento passível de verificação em quase todo o mundo político-democrático pós-1945, o caso brasileiro é particular devido à “ambição constitucional” do constituinte originário e à concentração de diversas competências no STF (Tribunal Constitucional, foro especializado e tribunal de recursos de última instância).

A constatação desse fato pode revelar que o forte protagonismo jurídico, político e social do Supremo Tribunal Federal, atualmente, tenha sido desejado pelo constituinte originário, embora suas consequências não fossem, ao tempo da formação da nova Constituição, devidamente debatidas.

Outrossim, a ideia de um Poder que possa controlar os demais e assegurar o pacto legal selado politicamente é de forte marca histórica no País. A previsão de controle de constitucionalidade por aqui, ao contrário do que reproduzem os manuais pátrios de Direito Constitucional, não foi puramente importada dos modelos europeu ou americano, já que foi implementada, pela primeira vez, na Constituição de 1891. Lima (1997) relata que a deputação brasileira presente na Assembleia de Lisboa, em 1821, já havia pensado a referida proposta de controle para a nova Constituição Portuguesa que viesse a estabelecer e regular as instituições políticas no Brasil.

Ainda, “[...] além dos três poderes – executivo, legislativo e judiciário – haveria um quarto, que não era o moderador, e sim constituído por um corpo de censores que, eleitos do mesmo modo que os deputados e fazendo vezes de poder verificador destes representantes, agiriam como fiscais com relação à invasão de um dos poderes nas atribuições de outro, levando qualquer ato inconstitucional perante um ‘grão-jurado nacional’, por eles próprio nomeado e formado em partes iguais de deputados, membros do tribunal supremo de justiça e conselheiros de Estado, estes escolhidos pelas juntas eleitorais das províncias, à razão de um pelo menos por província, obrando a requerimento das Cortes” (Lima, 1997, p. 155).

Atualmente, o próprio Tribunal reconhece a importância e o caráter político das suas decisões. De acordo com Branco (2011, p. 397), a própria teoria dominante dos direitos fundamentais no Brasil propicia o ativismo judicial. O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, afirma que todas as normas definidoras dos direitos e

garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Muitos desses direitos englobam normas programáticas que impõe agir positivo ao Estado. Se este não as realiza/efetiva também age em desacordo com a Constituição – o que se conhece como omissão inconstitucional.

Acrescido a isto, têm-se as previsões normativas contidas nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Ou seja, a tarefa da guarda da Constituição confunde-se com a necessidade de preservar-lhe a eficácia, a partir da concretização dos direitos e preservação das garantias nela estabelecidos.

Tal tarefa é reputada por necessária frente à instabilidade histórica da democracia brasileira. Esta tem experimentado seu maior período de permanência e relativo equilíbrio após a redemocratização firmada com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, além de aumentar sobremaneira a competência do Supremo Tribunal Federal, alargou também o rol de atores legitimados a provocá-lo.

Referida assertiva não leva diretamente à conclusão de que o Poder Judiciário ganhou *status* superior aos demais Poderes na formatação atual do Estado brasileiro. O fato é que o País, recém saído de uma experiência ditatorial traumática, necessitava buscar, em todos os modos, preservar as conquistas alcançadas no plano normativo, razão pela qual também o Ministério Público, como fiscal da lei, ganhou destaque na atual Carta Política.

A questão, todavia, está em como controlar o Poder Judiciário para que este não exorbite de sua competência constitucional. Se a criação judicial fiscaliza e fomenta a concretização de direitos e políticas públicas, como controlar o controle? Como definir seus limites de acordo com a teoria democrática? Como impedir que o Poder Constituinte seja pouco a pouco substituído pela ditadura dos juízes?

A necessária preocupação com o equilíbrio funcional do governo na República Federativa do Brasil encontra guarida na própria Constituição de 1988, quando esta consagra a clássica tríade proposta por Montesquieu (1997), mediante o sistema de freios e contrapesos, como poderes harmônicos e independentes entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Sorto (2004, p. 85) assevera que “[...] a pretensão de Montesquieu é, antes de tudo, evitar o exercício arbitrário do poder”. Salienta, ainda, que esse poderio exercido pelo Estado é uno, suas principais funções que são divididas de forma a evitar a concentração. Montesquieu (1997, p. 202), de fato, aponta para o perigo do mesmo “homem” ou “corpo” reunir todas as três atribuições do Poder. “Esses três ‘poderes’ – que em rigor não são

poderes, porque o poder não comporta divisões, são na realidade funções do Estado – jamais devem estar concentrados num só corpo individual ou coletivo [...]” (Sorto, 2004, p. 87).

Na Teoria Constitucional brasileira, podem ser encontrados, atualmente, dois caminhos convergentes que visam a evitar o acúmulo indevido das funções estatais no Poder Judiciário: o controle hermenêutico e a abertura do processo constitucional para a participação de outros atores sociais. A abertura/pluralização do debate constitucional, em nível decisório, permite que Tribunal, sociedade e seus representantes se alinhem argumentativamente em uma ágora capaz de contemplar os diversos discursos e de possibilitar rupturas históricas ou apenas pontuais mudanças no direito e na política, sem a utilização da violência.

Em suma, “[...] na medida em que devem veicular as suas pretensões em conformidade com as regras do jogo, mesmo pugnando entre si e agindo sob a lógica da conclusão desejada, são os participantes do debate judicial que, de fato, viabilizam esse jogo e concorrem para o seu desfecho jurídico, que outro não é o ato decisório pelo qual – em nome de toda a sociedade –, o julgador não apenas soluciona como também termina os conflitos, impedindo que eles prossigam ou se renovem” (Coelho, 2011, p. 498).

O juspositivismo, embora ainda resistente no Direito brasileiro, tem sucumbido ante o crescente reconhecimento dos fenômenos da judicialização da política e politização do Direito – cuja apreensão, mesmo não sendo novidade perante as teorias críticas dos positivismos, leva ao questionamento da tese da pureza da norma e da própria Ciência Jurídica – e à expansão do paradigma da linguagem para além da Filosofia. Essa mudança de paradigmas no interior da ciência jurídica tira o foco da hermenêutica solipsista e concentra suas atenções na forma de compreender/interpretar a partir de outros olhares, como o do contexto/horizonte do intérprete e dos sujeitos que estão envolvidos neste processo.

Essa noção é compreendida pela hermenêutica filosófica de Gadamer (2011), situada paradigmaticamente no referencial da linguagem, adotado em contraposição à filosofia da consciência, aplicada à esfera do conhecimento. Nesse sentido, é possível identificar um elo entre a virada ontológica da hermenêutica, a sociedade aberta teorizada por Popper (1998) e a nova proposta para interpretação constitucional de Häberle (1997), formando o arcabouço teórico apto a compreender a construção jurisprudencial que vem admitindo cada vez mais a participação das organizações não-governamentais de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal.

A ascensão política e institucional do Poder Judiciário representa um fenômeno marcante na contemporaneidade, observado globalmente em diversos países. Este fenômeno é caracterizado pelo fortalecimento dos tribunais e sua crescente influência no sistema político, ultrapassando suas funções tradicionais de resolução de litígios. Luís Roberto Barroso, em seu artigo (2018), examina essa ascensão e destaca três papéis fundamentais desempenhados pelas Supremas Cortes e Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas: o papel contramajoritário, o papel representativo e o papel iluminista.

A judicialização da política é um dos fatores que contribuem significativamente para esse fenômeno. Questões políticas e sociais complexas são cada vez mais levadas ao Judiciário para resolução, seja por demanda de cidadãos, organizações não governamentais ou partidos políticos. Assuntos como direitos civis, casamento entre pessoas do mesmo sexo, aborto, meio ambiente e políticas públicas frequentemente são decididos pelos tribunais, ampliando assim o papel dos juízes na formulação de políticas públicas.

A proteção dos direitos fundamentais constitui uma importante esfera de atuação dos tribunais constitucionais ou cortes supremas em muitos países. Estes órgãos desempenham um papel crucial na proteção dos direitos humanos e na manutenção do equilíbrio de poderes, especialmente em um contexto em que os cidadãos estão cada vez mais conscientes de seus direitos e buscam sua efetivação. O acesso à justiça também se destaca como um componente fundamental dessa ascensão do Judiciário. Grupos marginalizados e minorias encontram no sistema judicial uma ferramenta para enfrentar a discriminação e a exclusão social, impulsionando a demanda por decisões judiciais que reflitam uma perspectiva mais inclusiva e igualitária.

Ademais, a crise de representatividade em alguns países tem levado os cidadãos a procurar no Judiciário uma instituição mais independente e capaz de desempenhar um papel de contrapeso ao poder político tradicional. A desconfiança crescente nos poderes Executivo e Legislativo tem impelido os indivíduos a buscar nos tribunais uma alternativa mais confiável para a resolução de conflitos e a promoção da justiça.

Por fim, a judicialização da economia também tem contribuído para o fortalecimento do Judiciário. Conflitos econômicos e comerciais são frequentemente levados aos tribunais, especialmente em questões de direito empresarial, regulamentações e temas trabalhistas. O Judiciário assume o papel de árbitro nessas disputas, tornando-se relevante para o ambiente de negócios e para a economia em geral. Essa dinâmica reforça

a importância do Judiciário como uma instituição-chave na contemporaneidade, desempenhando múltiplos papéis cruciais na sociedade democrática.

No contexto da "judicialização da vida", um fenômeno inescapável nos países democráticos, as Cortes Constitucionais emergem como protagonistas essenciais na definição e garantia de direitos fundamentais, refletindo uma imposição inevitável da realidade contemporânea. Nesse cenário, o papel do juiz contemporâneo na criação do direito se torna uma necessidade incontornável. O ativismo judicial, embora um termo ambivalente, adquire uma relevância significativa quando utilizado em prol de grupos vulneráveis, representando uma faceta legítima do judiciário, especialmente no contexto contramajoritário.

A noção de papel contramajoritário ganha destaque como um contrapeso necessário às decisões majoritárias, especialmente em questões relacionadas aos direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Poder Judiciário assume um papel deliberativo, agindo como um intérprete do sentimento social. Luís Roberto Barroso argumenta que a Suprema Corte, em circunstâncias excepcionais, deve se posicionar como tal, sendo capaz de capturar as nuances da sociedade. Assim, a democracia, vista não apenas como um conjunto de votos, mas como uma interseção complexa de direitos e razões, exige que o judiciário se engaje como um intérprete ativo das demandas sociais.

Este novo papel do Judiciário não apenas supera o modelo tradicional de separação de poderes do século XIX, mas também aborda a crise de legitimidade enfrentada pelo Legislativo, especialmente no que diz respeito à expressão da vontade das maiorias. Barroso (2009) destaca que, em certos contextos, as Cortes podem se tornar representativas dos anseios e demandas sociais de uma forma mais aguda do que as instâncias políticas tradicionais, desafiando assim as concepções preestabelecidas de democracia.

Nesse cenário, a atuação contramajoritária das Cortes Constitucionais emerge como um mecanismo essencial para garantir não apenas a proteção dos direitos fundamentais, mas também para consolidar uma democracia verdadeiramente plural e inclusiva, capaz de acomodar uma gama diversificada de perspectivas e aspirações sociais.

A ascensão do Supremo Tribunal Federal como intérprete máximo da Constituição de 1988 redefine não apenas o equilíbrio entre os Poderes, mas também responde a uma crise de legitimidade do Legislativo, incapaz de traduzir demandas sociais complexas em um cenário de fragmentação política.

Em contextos de polarização e inércia legislativa, as Cortes Constitucionais podem assumir um papel mais sensível às aspirações coletivas do que as instâncias políticas tradicionais, desafiando a noção clássica de democracia majoritária. Essa dinâmica revela uma tensão inerente ao Estado Democrático de Direito: a atuação contramajoritária do Judiciário, embora essencial para proteger minorias e direitos fundamentais, colide com a ideia de soberania popular, exigindo mecanismos de controle e previsibilidade para evitar que o poder judicial se torne autocrático.

Em *A Batalha dos Poderes*, Oscar Vilhena Vieira (2018) contextualiza o protagonismo do STF no período pós-2013, marcado por crises como o impeachment de Dilma Rousseff e a ascensão de agendas antissistêmicas. A Constituição de 1988, ao completar 30 anos, demonstrou resiliência ao preservar seu núcleo essencial — organização dos Poderes e direitos fundamentais — mesmo sob pressão de um "mal-estar constitucional", termo que emprega para descrever a dissonância entre a estabilidade formal da Carta e a erosão de sua legitimidade social.

O STF, investido do controle concentrado de constitucionalidade, tornou-se o árbitro de conflitos que transcendem o jurídico, como a Operação Lava Jato e a judicialização de temas morais, consolidando uma "supremocracia": o poder da Corte de ditar a última palavra em questões que, em tese, deveriam ser resolvidas no Legislativo ou Executivo.

Até 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil era exercido de forma difusa, seguindo um modelo herdado da Constituição de 1891. A mudança para um sistema concentrado, inspirado em tribunais constitucionais europeus, elevou o STF à posição de guardião exclusivo da interpretação constitucional. Contudo, como ressalta Vilhena, essa transição não foi linear. A Corte precisou adaptar-se a funções novas e ampliadas, oscilando entre ativismo e autocontenção. Esse processo gerou um realinhamento institucional: o Legislativo e o Executivo passaram a enxergar o Judiciário como extensão da arena política, delegando-lhe decisões polêmicas para evitar custos eleitorais. O resultado é uma judicialização crônica, em que o STF assume papéis legislativos, como na regulamentação do financiamento de campanhas, aprofundando a crise de representatividade.

A discussão sobre precedentes no Brasil surge como resposta à insegurança jurídica gerada pela inconsistência das decisões do STF. Vieira (2018) destaca que, sem um sistema robusto de *stare decisis*, as cortes inferiores ignoram jurisprudências consolidadas, enquanto o próprio STF revisita entendimentos anteriores, como ocorreu

com a prisão após segunda instância. Essa instabilidade mina a credibilidade do Judiciário e alimenta a "ministrocracia" — o predomínio de decisões monocráticas sobre a colegialidade.

A ausência de precedentes claros também dificulta o controle social da atuação judicial, pois a sociedade não consegue antever como direitos serão aplicados. Para Barroso (2009), a adoção de um sistema de precedentes vinculantes não apenas limitaria a discricionariedade individual, mas também reforçaria a transparência, permitindo que o STF atue como verdadeiro tribunal constitucional, e não como "superlegislador".

A Constituição de 1988, fruto de um "compromisso maximizador", incorporou interesses díspares — de movimentos sociais a elites econômicas —, criando uma teia de direitos e obrigações que demandam mediação constante. Essa ambição gerou uma "força gravitacional" em torno da Carta, onde grupos antagônicos disputam sua interpretação.

O STF, ao ser acionado para resolver conflitos como a tensão entre direitos sociais e ajustes fiscais, acaba redefinindo prioridades políticas, como no caso do teto de gastos públicos. Vieira (2018) aponta que essa judicialização reflete a incapacidade do Legislativo de negociar reformas estruturais, transferindo ao Judiciário a responsabilidade por escolhas que deveriam emergir do debate democrático. Aqui, a falta de precedentes estáveis agrava o problema: decisões contraditórias sobre temas similares (ex: demarcação de terras indígenas) alimentam a percepção de arbitrariedade e enfraquecem a normatividade constitucional.

O conceito de "supremocracia", cunhado por Vieira (2018), descreve o poder sem paralelos do STF, que acumula funções de tribunal constitucional, corte de apelações e foro privilegiado. Essa concentração, somada à hiperconstitucionalização de temas cotidianos, transformou a Corte em ator central na governança do país. No entanto, a falta de um sistema de precedentes — que exigiria coerência e *accountability* — fragiliza sua legitimidade.

A "ministrocracia", com decisões monocráticas em casos emblemáticos (ex: suspensão de leis durante a pandemia), expõe a fragilidade institucional: um ministro pode, sozinho, alterar políticas públicas que afetam milhões, sem diálogo com outros Poderes. Para Vieira (2018), a saída está em reformas que redistribuam competências (ex: transferir julgamentos de foro privilegiado a instâncias inferiores) e fortaleçam a colegialidade, vinculando o STF a padrões interpretativos claros e públicos.

A construção de um sistema de precedentes no Brasil é inseparável da centralização da interpretação constitucional no STF. Se, por um lado, a Corte atua como

estabilizador em momentos de crise política, por outro, sua expansão funcional — sem mecanismos de contenção — ameaça a democracia. A adoção de precedentes vinculantes, aliada à transparência na pauta de julgamentos e ao diálogo com a sociedade civil, poderia reduzir a discricionariedade e reforçar a segurança jurídica.

Como propõe Vieira (2018), é preciso redefinir o papel do STF, equilibrando seu necessário contramajoritarismo com o respeito aos processos democráticos. Somente assim a "supremocracia" poderá coexistir com a soberania popular, garantindo que a resiliência da Constituição de 1988 não dependa da onipresença judicial, mas de instituições capazes de dialogar em prol de um projeto comum.

As tensões inerentes ao modelo constitucional brasileiro manifestam-se em múltiplas dimensões. O presidencialismo de coalizão, por exemplo, colide com a rigidez de um sistema de controle legal burocratizado, enquanto o estamento jurídico e a classe política travam disputas pelo poder de definir agendas.

A Carta de 1988, ao garantir direitos sociais amplos sem romper com estruturas patrimonialistas, gerou outro paradoxo: o Estado é demandado a promover igualdade, mas mantém mecanismos que perpetuam privilégios. A representação política fragmentada, agravada pela decisão do STF que derrubou a cláusula de desempenho em 2006, alimentou um cenário hiperpartidário, no qual a governabilidade depende de negociações voláteis, muitas vezes à margem do interesse público.

Importante salientar que se instaurou uma crise constitucional pós-2013, no qual a crise política desencadeada após as manifestações de 2013 ilustra o conceito de "crise constitucional" proposto por Vieira (2018, p. 33): um momento em que o sistema falha em mediar conflitos, exigindo ajustes institucionais para restaurar o equilíbrio. A reivindicação de intervenção militar por grupos radicais e a polarização que culminou no impeachment de Dilma Rousseff em 2016 revelaram um "mal-estar constitucional", no qual a desconfiança nas instituições corroeu a legitimidade da ordem democrática.

Apesar do discurso formal de harmonia entre os Poderes, a prática evidencia uma tensão constante, como afirma Vieira (2018, p. 34): "[...] a ideia de que os poderes são independentes e harmônicos [...] é um eufemismo". A Constituição, contudo, prevê mecanismos para crises — como estados de defesa e sítio —, diferenciando-as de rupturas, que implicam a erosão radical da ordem vigente.

A ascensão do STF como árbitro de crises políticas aprofundou as tensões entre os Poderes. Processos como o Mensalão e a Lava Jato, além de decisões polêmicas como a execução provisória de penas, transformaram o Judiciário em ator central na

governança, deslocando funções tradicionalmente legislativas e executivas. Essa judicialização reflete a incapacidade do sistema político de resolver conflitos institucionalmente, transferindo ao STF a responsabilidade por decisões de alto impacto. Contudo, como alerta Vieira (2018), a intervenção judicial em questões majoritárias — ainda que necessária para garantir direitos — gera dilemas democráticos, especialmente quando falta transparência e coerência nas decisões, exacerbando o estresse constitucional.

A resiliência da Constituição de 1988, capaz de sobreviver a testes de estresse como as crises recentes, não elimina os desafios impostos pela "estratégia maximizadora". A incorporação de interesses díspares criou uma ordem jurídica complexa, onde direitos sociais convivem com privilégios arraigados, e a fragmentação política desafia a governança. Para Vieira (2018, p. 42), a adaptação da Carta depende da capacidade das instituições em promover equilíbrio, evitando rupturas. Contudo, a persistência de desigualdades e o corporativismo sugerem que a normatividade constitucional seguirá tensionada, exigindo reformas que reconciliem o projeto democrático de 1988 com as demandas por justiça social e eficiência institucional — um desafio ainda não foi superado.

A supremacia da Constituição, um dos elementos definidores da consensualidade democrática, depende de um sistema de precedentes que uniformize sua interpretação. Vieira (2018) critica o realismo e o historicismo — como as visões de Oliveira Viana — por subestimarem a capacidade das constituições de moldar a realidade.

Precedentes robustos contrariam esse ceticismo, pois estabilizam normas abstratas em práticas concretas, transformando princípios como liberdade e igualdade em diretrizes acionáveis. Ao vincular decisões futuras a entendimentos pretéritos, os precedentes evitam que a Carta se torne mera "carta", como nas ordens autoritárias, e consolidam-na como força normativa real. Isso reforça a ideia de que constituições modernas não apenas refletem a realidade, mas a transformam, conforme destacado por Vieira (2018, p. 119).

A ampliação de direitos fundamentais, característica da Constituição de 1988, exige mecanismos que protejam conquistas sociais de flutuações políticas. Como observa Vieira (2018, p. 108), constituições com extensas cartas de direitos restringem a liberdade de decisão da maioria, demandando consenso para reformas. Os precedentes são centrais nesse processo, pois impedem que mudanças conjunturais no Legislativo ou Executivo fragilizem garantias já consagradas. Por exemplo, decisões do STF sobre direitos indígenas ou LGBTQIA+, uma vez firmadas como precedentes, criam uma barreira

contra retrocessos, ainda que majoritários. Esse papel é vital em um sistema hiperpartidário como o brasileiro, onde a fragmentação política pode levar à negligência de minorias.

Por fim, os precedentes facilitam a coordenação constitucional, conceito que Vieira (2019, p. 125) associa à capacidade de uma ordem política "habilitar a democracia, limitar o exercício arbitrário do poder e proteger direitos". Ao estabelecer padrões claros, os precedentes permitem que instituições e atores sociais antevejam consequências jurídicas, reduzindo conflitos e promovendo cooperação.

Em um presidencialismo de coalizão marcado por tensões, como o brasileiro, essa previsibilidade é crucial para evitar paralisias. Ademais, precedentes inibem a "ministocracia" — decisões monocráticas inconsistentes —, reforçando a colegialidade e a transparência. Desse modo, contribuem para uma governança estável, alinhando-se à visão de Madison e Hardin citada por Vieira, para quem a Constituição deve ser um pacto de coordenação, não de dominação.

Medina (2025) aponta a existência de um paradoxo estrutural presente na jurisdição constitucional brasileira, afirmando que o STF não apresenta “padrões formais consistentes” ao aplicar (reproduzir) a sua própria jurisprudência. “A dificuldade não reside apenas na oscilação de entendimentos, mas, sobretudo, na ausência de uniformidade procedimental entre casos semelhantes”.

A autora propõe, então, a análise do precedente a partir de uma visão tridimensional. A dimensão material corresponde ao que se decide, como, por exemplo a tese fixada pelo tribunal após a decisão. A dimensão argumentativa diz respeito ao porquê se decide, presente na justificativa, na fundamentação, nas razões. Por fim, a dimensão procedimental, que é o como se decide.

A dimensão procedimental refere-se ao modo como a decisão foi construída institucionalmente: a escolha do rito, o tempo de tramitação, a composição do colegiado, o ambiente de julgamento (virtual ou presencial), a publicidade do processo deliberativo, o respeito ao contraditório e às regras internas do tribunal (MEDINA, 2025).

Desenvolve, ainda, o conceito de nomofilia procedimental como sendo “[...] o dever institucional do STF de adotar padrões formais consistentes, previsíveis e isonômicos em sua atuação. Trata-se de um desdobramento da função nomofilática: já não basta preservar a coerência do conteúdo normativo das decisões, é preciso assegurar a regularidade das formas institucionais que lhes dão origem”.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, não pode agir de maneira imprevisível ou arbitrária. Ele precisa não só tomar decisões coerentes no conteúdo, mas também seguir formas e procedimentos regulares e estáveis.

Medina (2025) sustenta, ainda, que “Esse déficit teórico também se manifesta na leitura doutrinária predominante, que, mesmo reconhecendo o caráter objetivo do processo constitucional, continua a interpretá-lo com categorias oriundas do processo civil tradicional”.

Há que se concordar com a falta de aprofundamento, de desenvolvimento ou de atualização teórica adequada na forma como se estuda e se interpreta o processo constitucional no Brasil. O processo constitucional desenvolvido no âmbito da Suprema Corte possui primariamente caráter objetivo, suas decisões afetam toda a sociedade. Mesmo reconhecendo esse caráter objetivo, a academia jurídica brasileira continua interpretando o processo constitucional com base em categorias antigas, vindas do processo civil tradicional, que foi pensado para resolver conflitos entre partes individuais, ou seja, os juristas continuam usando ferramentas conceituais inadequadas, próprias de um processo entre partes privadas, para lidar com um processo que, na verdade, tem efeitos institucionais, sociais e políticos muito mais amplos.

No entanto, deve haver, na verdade, uma transformação do direito processual como um todo. O próprio direito processual civil tem sofrido profundas transformações nas últimas décadas, oriundas dos fenômenos de constitucionalização do direito como um todo, mudança nos paradigmas hermenêuticos e reestruturação do próprio Poder Judiciário.

O sistema de precedentes judiciais no Brasil, moldado pela centralização da interpretação constitucional no Supremo Tribunal Federal (STF), reflete tanto as potencialidades quanto os dilemas de um Judiciário que assume funções contramajoritárias em meio a crises de representatividade.

Se, por um lado, a concentração de poder no STF permitiu a proteção de direitos fundamentais em contextos de inércia legislativa, por outro, a ausência de um sistema robusto de precedentes gerou insegurança jurídica e judicialização excessiva, como destacam Barroso e Vilhena.

A tensão entre a necessária intervenção judicial e o respeito à soberania popular permanece irresoluta, exigindo mecanismos que equilibrem a autoridade da Corte com a previsibilidade do direito. É nesse contexto que se insere o debate sobre os *precedentes*

*horizontais* — a obrigatoriedade de o próprio STF seguir suas decisões pretéritas —, tema central do Capítulo 4.

Ao adentrar “O Reconhecimento dos Precedentes Horizontais no Supremo Tribunal Federal e o Direito Fundamental à Liberdade de Expressão”, analisa-se como a coerência interna das decisões do STF, comparada por alguns à formação de um *romance em cadeia* (4.1), impacta a efetividade de direitos constitucionais. Investigam-se os critérios de aplicação dos precedentes pelo Tribunal (4.2), com ênfase nos julgamentos sobre liberdade de expressão (4.3), e discute-se a proposta de revisão da *teoria da transcendência dos motivos determinantes*, mediante o caso paradigmático da ADPF 130 (4.4). Este próximo capítulo busca questionar até que ponto a (in)consistência na observância de precedentes horizontais pelo STF fragiliza não apenas a segurança jurídica, mas também a própria garantia de direitos fundamentais em uma democracia constitucional.

#### 4 O RECONHECIMENTO DOS PRECEDENTES HORIZONTAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A consolidação de um sistema de precedentes no Brasil enfrenta um desafio central: a relação do Supremo Tribunal Federal com suas próprias decisões pretéritas. Este capítulo investiga em que medida a Corte reconhece força normativa aos *precedentes horizontais* — entendimentos jurisprudenciais consolidados pelo próprio STF — e como essa prática influencia a coerência de suas decisões, especialmente em temas sensíveis como o direito fundamental à liberdade de expressão. Ao contrário dos *precedentes verticais*, que vinculam instâncias inferiores por hierarquia, os horizontais exigem que o Tribunal dialogue consigo mesmo, equilibrando inovação jurídica e respeito à segurança jurídica.

A análise centra-se em acórdãos emblemáticos que delinearam os contornos da liberdade de expressão no Brasil, como forma de avaliar se o STF trata seus precedentes como *vinculantes* ou meramente *persuasivos*, e quais implicações isso traz para a integridade do sistema constitucional.

Parte-se de uma questão nuclear: o STF está hermeneuticamente vinculado a suas razões passadas ao julgar casos análogos, ou a flexibilidade interpretativa prevalece, permitindo revisões abruptas? Essa indagação não é meramente técnica. A forma como a Corte aplica seus próprios precedentes reflete sua concepção de democracia e *rule of law*, impactando diretamente a proteção de direitos fundamentais. Para explorar essa problemática, o capítulo divide-se em quatro eixos: (1) a metáfora do *romance em cadeia* como paradigma de coerência sistêmica; (2) os critérios práticos de aplicação de precedentes pelo STF; (3) a jurisprudência da Corte sobre liberdade de expressão; e (4) o caso paradigmático da ADPF 130, que tem sido utilizado como pressuposto para uma revisão da *teoria da transcendência dos motivos determinantes*. Ao final, busca-se compreender se a inconsistência no tratamento dos precedentes horizontais pelo STF mina não apenas a previsibilidade do direito, mas também a efetividade de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.

Jales (2022) conceitua precedentes judiciais horizontais como princípios formais.

Precedentes horizontais não são, pois, regras, na medida em que não estabelecem razões definitivas. Seu caráter principiológico denota que

suas razões possuem uma dimensão de peso ou de força. Enquanto uma razão não definitiva, ou *prima facie*, a vinculação a precedentes horizontais dependerá do balanço entre a razão do precedente e outras razões em jogo. O precedente constitucional é norma pois representa uma norma atribuída ou adscrita a determinada colisão entre direitos fundamentais resolvida no passado e referente a um específico âmbito de aplicação; e esta norma possui caráter *prima facie* pois é passível de ser derrotada argumentativamente (Jales, 2022, p. 31).

Nos julgamentos de casos abstratos, o juízo de similaridade a ser realizado quando da análise dos precedentes constitucionais tem como foco as questões de direito, restando os fatos a segundo plano. Nesse sentido, “[...] um caso do passado será precedente de um caso do presente quando a questão jurídica suscitada por ambos demande a interpretação dos mesmos princípios e regras jurídicas” (Jales, 2022, p.35).

Argumentos em prol da admissibilidade da vinculação horizontal: não há distinção direta presente no art. 927 do CPC, assim como nos critérios de validade da sentença quanto à fundamentação no 489,§ 1º do CPC.

No art. 927, caput do CPC/2015, o legislador afirma que os juízes e tribunais observarão as decisões, enunciados e orientações destacadas nos incisos subsequentes. Embora a primeira leitura pareça sugerir que o mandamento seja direcionado aos tribunais hierarquicamente inferiores ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, o art. 926, caput, estabelece o dever dos tribunais em uniformizar sua jurisprudência e mantê-la íntegra e coerente.

Os deveres de estabilidade, integridade e coerência das decisões é indispensável sobretudo ao exercício jurisdicional das Cortes Superiores, uma vez que os seus precedentes, sejam eles qualificados – estabelecidos em lei –, sejam construídos e reconhecidos argumentativamente no tempo, deverão ser observados pelos tribunais inferiores e demais juízes.

É necessária uma interpretação sistemática, através de uma visão processualista constitucional e democrática, com o fito de se obter o julgamento justo e adequado no caso concreto ou demanda específica – situações do processo constitucional na qual se debatem teses.

Se os precedentes horizontais, elaborados pelas Cortes de Vértice, são meramente persuasivos quanto aos seus próprios julgadores, não faz sentido a legislação e as políticas de gestão do Poder Judiciário batalharem pela assimilação e instauração de uma cultura de precedentes no direito brasileiro.

Corroborando com esse entendimento a dicção do art. 489, §1º, também do CPC/2015, que afirma não se considerar fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos ou ainda deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, dentre outras hipóteses previstas.

A alteração legislativa que inseriu referidas inovações como critérios de composição dos fundamentos da sentença, favorece, ainda, o controle da atividade jurisdicional por meio do critério argumentativo, permitindo a análise da legitimidade constitucional no exercício da jurisdição, por meio da avaliação de como o Poder Judiciário realiza a sua função atribuída pelo legislador constituinte.

A partir desses pressupostos, entende-se que precedentes horizontais são vinculativos e não meramente persuasivos. No entanto, a vinculação advinda do dever de observância do precedente reconhecido pela mesma Corte que o instituiu não é peremptória ou posta de fato a engessar a atividade jurisdicional, visto que existem os mecanismos previstos legislativamente para o Tribunal revisar as próprias teses.

No direito brasileiro, incorporou-se as técnicas da distinção e da superação de precedentes; assim como há previsão de uma mínima regulação para situações específicas de revisão de tese, como, por exemplo, a convocação dos amigos da corte. O art. 929, § 2º do CPC estabelece que a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

O § 4º do mesmo artigo impõe a exigência de fundamentação adequada e específica em situações de modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, em homenagem aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Sendo assim, toma-se como pressuposto tanto de uma jurisdição constitucional democrática como de um entendimento do uso dos precedentes como razão de decidir no Supremo Tribunal Federal a noção de que os precedentes horizontais ou autoprecedentes são vinculativos do ponto de vista hermenêutico, devendo ser sua aplicação ou não, ou

ainda a sua superação, esclarecidas e justificadas nos argumentos espelhados na fundamentação das decisões da Corte.

Apenas a partir da leitura e do exame dos argumentos expostos pelo órgão julgador no corpo da decisão, é possível extrair as razões necessárias e determinantes que permitem auferir se determinada decisão guarda coerência e integridade com o sistema de direito aplicado por determinado Tribunal e no qual se insere, conferindo estabilidade à própria jurisprudência.

A estabilidade almejada e exigida pela codificação processual é a estabilidade hermenêutica, de interpretação/aplicação do direito, permitindo a realização dos valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. A pergunta que se impõe problematizar com o presente trabalho é exatamente o “como”. Como o precedente judicial pode ser considerado instrumento apto a garantir direitos fundamentais e a contribuir para a coerência e a integridade do ordenamento jurídico a partir dos modelos legislativo e institucional adotados para sua implementação no processo constitucional brasileiro? Como o Supremo Tribunal Federal deverá observar seus próprios precedentes visando a garantia e a satisfação de direitos fundamentais materiais e não apenas princípios constitucionais do processo?

#### **4.1 A coerência e a integridade da jurisprudência como um romance em cadeia**

Uma das propostas apresentadas por pesquisadores brasileiros como possibilidades da utilização de precedentes judiciais, principalmente na jurisdição constitucional, é a ideia do romance em cadeia (*novel chain*), desenvolvida por Ronald Dworkin e explicitada como parte da sua teoria hermenêutica.

A noção de romance em cadeia é utilizada por Dworkin (2014) como alegoria para explicar como assegurar a continuidade e a coerência das decisões judiciais, a partir da teoria do direito como integridade.

Os/As juízes/as trabalhariam como numa escrita conjunta de um romance. Cada um escreve um capítulo sucessivo. Todavia, assumiriam o compromisso de, a cada nova escrita, dar continuidade à história de forma coerente e consistente com os capítulos anteriores. Não se pode simplesmente escrever qualquer coisa que se desejar ou inventar uma nova história. Deve-se interpretar os capítulos anteriores e, apenas a partir desse conhecimento bem solidificado, elaborar um novo capítulo que faça sentido dentro da narrativa geral.

Dworkin (2014, p. 276), traz a exemplificação na qual, “[...] em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. [...] Em nosso exemplo contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível”.

Da mesma forma, os/as juízes/as, na figura hipotética do juiz Hércules, ao tomarem decisões jurídicas baseadas em precedentes, devem interpretar o direito judicial existente de maneira coerente, respeitando o desenvolvimento histórico do direito, a tradição. Ao decidir casos concretos, magistrados/as não aplicam simplesmente uma regra de direito, mas devem interpretar/aplicar este de maneira integradora, permitindo que as novas decisões estejam inseridas na tradição jurídica subjacente, de maneira justa e coerente.

Lopes filho (2016, p. 254), traz que “[...] dessa maneira, a *ratio decidendi* é constituída pelo julgador seguinte (no papel próprio de Hércules) em uma investigação mais profunda em busca de um princípio sistematizado, ou seja, um princípio que se encontre no julgado, mas coerente com toda linha a jurisprudencial anterior e que possa, por esse motivo, se sustentar de maneira estável no futuro. Isso evita que o precedente tenha como autoridade simplesmente a hierarquia da corte emissora. Contudo, não é uma elaboração unilateral nem voluntarista, mas institucionalizada e fundamentada, mais um elo da cadeia”.

No mesmo sentido, Barboza (posição 6734) afirma que a “[...] doutrina dos precedentes vinculantes” deve ser observada dentro da noção de romance em cadeia. De forma que, negando um possível aprisionamento do poder de decisão dos/as juízes/as, estes partiriam de um referencial orientador presente nas decisões passadas e no compromisso com a integridade do direito e com seus princípios fundamentais. Ainda, deve-se ter em vista que a Constituição visível e invisível com seus princípios escritos e não escritos faz parte do conjunto de princípios presente no direito como integridade” (Barboza, 2017, p. 15).

A teoria dworkiana do direito como integridade foi abraçada pelo Código de Processo Civil de 2015 através de emenda ao texto original, proposta por Lênio Streck,

que alterou a redação sugerida no art. 926. A alteração proposta tem as bases teóricas fincadas na teoria do direito como integridade, com o objetivo de compor um sistema de precedentes brasileiro que partisse de uma jurisprudência íntegra e coerente.

Streck (2015, p. 40) diferencia estabilidade da integridade e da coerência do direito, de forma que estas “[...] guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso”. Sua instrumentalização diz respeito à garantia de igualdade na aplicação dos princípios em casos semelhantes. A integridade do Direito parte da força normativa da Constituição. A coerência da atividade judicante é voltada à prática isonômica. Ambas se destinam a limitar a discricionariedade do/da juiz/a ou, ainda, favorecer uma espécie de autocontenção hermenêutica.

Tendo como fundamento esta visão, adotada, inclusive, como subjacente ao comando normativo processual em vigor, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal, mesmo como órgão de cúpula do Poder Judiciário, se encontra vinculado às suas próprias razões pretéritas, o que não significa o engessamento hermenêutico dos ministros ao julgarem novos casos. Conforme referenciado no primeiro capítulo, a teoria dos precedentes comporta as categorias de distinção e superação, em que é possível a não aplicação ou a superação de razões anteriormente fixadas, justificadas argumentativamente na fundamentação do julgado.

Isto se verifica não apenas pela previsão literal no texto normativo, mas também pela forma como as decisões passaram a ter critérios de validade a partir da sua fundamentação, conforme disposições do art. 489, § 1º, do CPC/2015. Assim, tem-se que, no atual desenho normativo do processo brasileiro (incluindo o processo constitucional), as razões de decidir do Tribunal vinculam. Esse é o aspecto normativo. Qual seria o aspecto real?

Em crítica à posição de aplicação dos precedentes como um romance em cadeia, Vojvodic (2009) afirma que:

No entanto, uma simples busca por essa linha na jurisprudência de um tribunal deixa claro que a metáfora não só é ilusória de um ponto de vista de sua implementação por parte dos juízes, uma vez que no mundo real juízes não são Hércules e não conseguem, dadas as limitações materiais e intelectuais que os constroem, criar um romance extremamente coerente do começo ao fim, levando em conta tudo de relevante que já foi decidido anteriormente, mas apresenta também problemas do ponto de vista estrutural, de compreensão de como o direito criado pelos tribunais se desenvolve. Uma linha única que vai da

decisão mais antiga até a mais nova pode ser desejável, mas simplesmente não existe, mesmo se consideradas decisões relativas a um mesmo e específico problema jurídico (Vojvodic, 2009, p. 119-120).

Nobre (2020) também aponta as limitações dessa noção na prática judicial, sobretudo quando aplicada à realidade brasileira. Ancorada no texto de Fiss (2003), afirma que “[...] os juízes são pessoas, juristas que possuem características semelhantes à de empresários e políticos. Portanto, a capacidade que possuem de fazer uma contribuição especial para a vida social não deriva de suas habilidades ou conhecimento, mas sim da definição das funções que desempenham, mediante as quais exercitam o seu poder” (Nobre, 2020, p. 264).

Tais questões levantadas aponta para a importância da pesquisa empírica na temática que envolve a discussão de como os/as juízes/as julgam ou como os/as juízes/as decidem a partir de precedentes. Ou, em outras palavras, se as decisões pretéritas exercem de fato influência sobre a tomada de decisão em casos semelhantes?

Brenner e Spaeth (1995) afirmaram a ausência e conseqüente necessidade de mais pesquisas empíricas acerca da aplicação *stare decisis* na prática dos tomadores de decisão. Eles testaram empiricamente se o *stare decisis* influencia os votos dos juízes em casos que alteram precedentes e, num segundo momento, se o modelo atitudinal (*the attitudinal model*) explica os votos. Concluíram, a partir de análises de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, em períodos específicos, que as ideologias individuais dos juízes explicam melhor por que eles votaram e como votaram do que a adoção do modelo institucional do *stare decisis*.

Segundo entendimento de Brenner e Spaeth (1995, p. 110), “[...] se o que supomos estiver correto, então as ideologias individuais dos juízes — e, por extensão, as das Cortes — deveriam explicar por que votaram como votaram. Se a ideologia — uma variável atitudinal — existe, é provável que seja aquela que orienta as elites políticas norte-americanas em geral: o liberalismo e o conservadorismo. Conseqüentemente, Cortes liberais deveriam derrubar precedentes conservadores, e Cortes conservadoras deveriam derrubar aqueles de viés liberal. Essa hipótese foi confirmada<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Texto original: “If what we have guessed is true, then the individual justices’ ideologies - and by extension those of the Courts as well - ought to explain why they voted as they did. If ideology - an attitudinal variable - is extant, it is most likely to be that which guides American political elites generally: liberalism and conservatism. Accordingly, liberal Courts should overrule conservative precedents, and conservative Courts those that are liberal. This hypothesis was supported”.

Lindquist e Cross (2005) realizaram pesquisa empírica com o objetivo de verificar a aplicação prática da teoria do romance em cadeia, em decisões judiciais, nos Tribunais de Apelação dos Estados Unidos. O estudo mostrou que, inicialmente, os precedentes pareciam ter um efeito crescente em restringir as decisões dos/as juízes/as. Nos chamados casos de primeira impressão, nos quais não havia precedentes a serem referenciados, verificou-se maior discricionariedade judicial, em contraposição às decisões que já possuíam casos paradigmas julgados.

Todavia, à medida que o número de decisões que faziam referência a determinado precedente aumentava, os/as juízes/as pareciam ter mais liberdade para decidir de acordo com suas ideologias, contrariando a expectativa de Dworkin. O impacto do precedente sobre as decisões judiciais não seguiu uma previsão linear de construção argumentativa. Ao contrário, os/as juízes/as pareceram sentir menos restrição na atividade hermenêutica.

Os autores também ressaltam a importância dos estudos empíricos sobre a aplicação dos precedentes, visto que a profusão de modelos teóricos-filosóficos sobre como decisões anteriores deveriam ser interpretadas/aplicadas, muitas vezes, não encontram guarida na realidade fática que envolve tanto questões de ordem subjetiva, quanto de ordem objetiva.

A questão subjetiva seria a pessoa do julgador. Ele não é um juiz Hércules, com superpoderes, totalmente imparcial e neutro, infalível em extrair os valores preponderantes da ordem jurídica principiológica. Os/as julgadores/as compõe o mundo conforme sua pluralidade de visões e formas do ser.

A questão objetiva diz respeito, no caso brasileiro, às questões de ordem processual. A forma com a qual estão postos os procedimentos para utilização dos precedentes favorece ou não um modelo teórico como o romance em cadeia? A prática corrente dos Tribunais se conforma à realização de tal objetivo?

#### **4.2 Como o Supremo Tribunal Federal reconhece e aplica seus próprios precedentes**

A ideia inicial dessa pesquisa partia de uma análise de dados quantitativa para qualitativa, no sentido de avaliar em que medida as razões apresentadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos a serem selecionados e estudados, faziam referência ou não a decisões anteriores da Corte sobre a temática constitucional com influência direta sobre a análise da demanda em julgamento.

No início da investigação, fora publicado o IX Relatório Supremo em Números, cujos resultados já oferecem certa resposta aos primeiros questionamentos, que se identificam no sentido de entender, *prima facie*, como são construídas as decisões na Corte.

O IX Relatório Supremo em Números apresenta pesquisa que teve como objeto de estudo as “[...] dimensões do processo de justificação de decisões do Supremo Tribunal Federal”, a partir da análise de bases de dados referentes à extensão das decisões da Corte, bem como o “recurso a decisões anteriores” nas fundamentações dos votos dos ministros.

Embora se trate de pesquisa eminentemente quantitativa, o IX Relatório aponta para perguntas centrais, com o objetivo de propor uma compreensão real dos precedentes no direito constitucional brasileiro: O que é ou deve ser um precedente? Se e como os precedentes são utilizados/aplicados na fundamentação das decisões judiciais? Quais as funções desempenhadas pelos precedentes na fundamentação julgados?

Quanto a esta última questão, são destacadas as funções de promoção da segurança jurídica, da igualdade, da coerência da jurisprudência e do direito, bem como o controle de processos de massa no Poder Judiciário.

Um dos temas investigados e que interessa à presente pesquisa diz respeito às menções a decisões passadas no processo decisório do Supremo Tribunal Federal<sup>57</sup>. De acordo com os dados analisados, houve uma variação considerável ao longo dos anos na porcentagem de decisões que citam outras decisões, sendo seu pico em 2017. No entanto, “[...] o percentual de citação a decisões passadas nos órgãos colegiados do Supremo esteve neste século quase sempre acima dos 70%, alcançando picos superiores a 90%, mesmo antes das discussões sobre precedente no País tornarem-se centrais” (Leal; Barcellos; Almeida, 2020, p. 86).

Nesse sentido, os autores sugerem que o *movimento de valorização dos precedentes* não necessariamente aumentou de forma exponencial a quantidade do recurso a decisões passadas nas justificativas dos votos. Nesse sentido, no que diz respeito

---

<sup>57</sup> “O segundo grande tema que o presente trabalho pretende investigar envolve as decisões do Supremo que mencionam outras decisões também da Corte em sua justificação. Conforme esclarecido na descrição metodológica no início do trabalho, a equipe do Supremo em Números buscou, ao longo do texto das decisões analisadas, citações que indicassem uma classe processual seguida do número da ação, por exemplo, ADC 42. Com esse tipo de análise, espera-se jogar algumas luzes sobre o possível trabalho com alegados precedentes no processo decisório da Corte, ainda que, como também indicado na descrição metodológica, seja bastante problemático caracterizar decisões evocadas pelos ministros como autênticos precedentes do tribunal, afora o debate teórico acerca do que exatamente constitui um precedente” (Leal; Barcellos, Almeida, 2020, p. 83).

à força da tradição no processo decisório do Supremo Tribunal Federal, o estudo sugere como hipótese que as decisões citadas como precedentes vão perdendo força ao longo dos anos, deixando de ser referenciadas.

Os dados mostram um padrão claríssimo: para todos os anos citantes, o ano mais citado é aquele imediatamente anterior, seguido pelos outros anos mais próximos a esse. À medida que nos distanciamos de um determinado ano, o número de processos daquele ano citados se reduz de maneira acelerada. Logo, os primeiros anos do recorte muito raramente são citados pelas decisões mais recentes. Há, portanto, um indicativo de ciclo de vida relativamente curto para as decisões que possam funcionar como precedentes, o que colocaria em xeque a possibilidade de defesa de tradições decisórias – pelo menos em grandes números – na Corte. (Leal; Barcellos; Almeida, 2020, p. 114)

Em outra análise, afirmam que “[...] é possível perceber que a grande maioria das ações citadas com mais frequência nas diversas áreas do Direito pelo Supremo Tribunal Federal envolve questões eminentemente processuais” (Leal; Barcellos; Almeida, 2020, p. 149).

Embora realizada de maneira inédita, a pesquisa apresentada no IX Relatório Supremo em Números possui limitações, relacionadas em seu próprio texto. Quanto à questão da ausência ou baixa tradição decisória do STF, por exemplo, apontam que é uma hipótese que deve ser testada com maior profundidade e/ou técnicas mais sofisticadas.

De fato, considerando o grau de complexidade que envolve tanto o processo constitucional quanto a totalidade das competências do Tribunal, os dados quantitativos baseados apenas nas referências de citações não são suficientes para se determinar como a Corte utiliza seus precedentes. No entanto, possui grande relevância para indicar caminhos a novas investigações.

Em contraposição a uma noção de linearidade na aplicação de precedentes, Vojvodic (2012) propõe a ideia de redes de precedentes. Segundo ela, as “citações” (melhor seria dizer referências) acontecem em decisões diferentes e de formas diversas, criando conexões em rede.

Vojvodic (2012) diferencia o precedente como regra (concepção positivista) do precedente como conjunto de argumentos que formam a razão de decidir (concepção argumentativa). A primeira visão se caracteriza por entender os precedentes como comandos normativos dotados de autoridade, que se impõe sobre decisões futuras e, conseqüentemente, sobre a atividade interpretativa do/a juiz/a, objetivando certeza e

previsibilidade e fortalecimento do sistema de *stare decisis*. A segunda visão, por sua vez, enfatiza o papel do intérprete e reconhece a construção do raciocínio judicial como parte integrante do precedente. Ou seja, o/a juiz/a não apenas aplica uma regra anterior, vinculante em razão da autoridade, mas reconstrói o precedente argumentativamente a partir dos fatos novos, que reclamariam a aplicação de uma decisão pretérita, pelos mesmos critérios valorativos que a concepção positivista consagra.

No caso do Supremo Tribunal Federal, a utilização dos precedentes pode se dar de forma diferenciada a depender da função exercida pelo Tribunal, se como Corte recursal ou como Corte constitucional, no qual, “[...] o papel dos precedentes do STF quando este desempenha sua função de corte constitucional não se aproxima da vinculação, mas da capacidade de orientar novas decisões para a complementação dos significados das normas constitucionais e, conseqüentemente, para sua contribuição no desenvolvimento do direito. A atuação que se espera nesses casos é de aproximação entre casos semelhantes, não para a aplicação automática de soluções prontas, mas para que os elementos que fundamentam a tomada de decisão no caso precedente guiem a resolução do caso em julgamento, configurando aquilo que foi identificado como uma visão argumentativa, ou pós-positivista, de precedentes (Vojvodic, 2012, p. 114).

Embora seja possível verificar que decisões anteriores sejam citadas com frequência nos julgados do STF, os dados coletados, seja numa abordagem de citação linear ou em redes, não são suficientes para explicar como esses precedentes são, de fato, utilizados na argumentação dos/as Ministros/as e a que servem quando fundamentam novas decisões.

Sob essa premissa, Vojvodic (2012, p. 224) aponta a importância e realiza a análise do raciocínio exposto na fundamentação da decisão e que permeou argumentativamente a criação da regra geral a ser identificada e aplicada à nova questão em demanda na Corte. Todavia, a autora chega à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal tende a utilizar os seus precedentes com base numa jurisprudência de reiteração, de forte efeito vinculante ao conteúdo dos dispositivos dos julgados e não a partir da construção argumentativa da regra, o que podemos identificar como razão de decidir <sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> “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” (Vojvodic, 2012, p. 226).

Maués (2012), por sua vez, analisou como o Supremo Tribunal Federal aplica súmulas vinculantes à luz de três concepções de precedentes, desenvolvidas por Frederick Schauer (precedentes como regras), Cass Sunstein (precedentes como analogias) e Ronald Dworkin (precedentes como princípios). Tendo como objetivo verificar como essas teorias podem fundamentar a interpretação e a aplicação dos precedentes no direito brasileiro, sugere que o STF joga com os precedentes, oscilando entre regras, analogias e princípios, dependendo da situação em análise.

A seu turno, Neves (2019), ao escrever sobre o uso e abuso dos princípios no contexto brasileiro, aponta para a inconsistência de uma argumentação capaz de afastar regras para aplicar princípios de acordo com o caso concreto em análise, transmudando-se numa espécie de argumentação *ad hoc* que, apesar de solucionar a demanda posta em questão perante o Poder Judiciário, não guarda consistência com a ordem jurídica. Afirmar que “no contexto brasileiro, a invocação retórica de princípios para afastar regras é [...] superadequada socialmente, mas corre no sentido contrário do desenvolvimento na direção de um sólido Estado constitucional e da força normativa da Constituição (Neves, 2019, p. 192).

Na jurisdição constitucional, soma-se a ausência de parâmetros estabelecidos na fundamentação das decisões para análise de casos futuros; de clareza quanto à explicitação dos próprios fundamentos ali colocados; de questões referentes ao procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em sua própria organização como instituição. Dessa forma, para Neves (2019, p. 199), “não se sedimenta uma jurisprudência que construa precedentes orientadores de futuros julgamentos”.

No Supremo Tribunal Federal, a aplicação de precedentes varia conforme sua atuação como Corte Constitucional ou Corte Recursal. Enquanto órgão constitucional, os precedentes não possuem caráter vinculante absoluto, mas servem para orientar a interpretação das normas constitucionais, complementando seu significado e contribuindo para o desenvolvimento do Direito. Essa abordagem, como destaca Vojvodic (2012), aproxima-se de uma visão argumentativa ou pós-positivista, em que os elementos fundamentadores do precedente guiam a decisão de casos análogos, sem imposição automática de soluções prontas.

Contudo, na prática, o STF tende a adotar uma jurisprudência de reiteração, em que a citação de precedentes prioriza a reprodução do conteúdo literal de dispositivos anteriores, em vez de uma reconstrução argumentativa da *ratio decidendi* (razão de decidir). Essa dinâmica, como aponta Maués (2012), revela uma oscilação entre

concepções de precedentes: ora tratados como regras (Schauer), ora como analogias (Sunstein) ou princípios (Dworkin), dependendo do contexto do caso. Essa flexibilidade, embora pragmática, gera inconsistências, pois a ausência de um método claro dificulta a previsibilidade e a coerência do sistema.

A compreensão do precedente como razão de decidir exige recorrer à teoria da transcendência dos motivos determinantes, que postula que a autoridade do precedente reside não no dispositivo da decisão, mas nos fundamentos essenciais (*ratio decidendi*) que a justificaram. No STF, entretanto, essa teoria enfrenta desafios práticos: embora os ministros cite extensamente decisões anteriores, raramente explicitam como os motivos determinantes do caso precedente se articulam com o novo contexto.

Como observa Vojvodic (2012), a Corte privilegia a reiteração formal de enunciados sobre a construção dialética da norma, o que enfraquece a função pedagógica e evolutiva dos precedentes. Essa lacuna entre teoria e prática reflete uma tensão entre o ideal de uma jurisdição constitucional aberta à argumentação e a realidade de um sistema marcado pela cultura da súmula e pela busca de eficiência processual. Para superar esse paradoxo, seria necessário fortalecer a transparência na identificação da *ratio decidendi*, vinculando-a não apenas ao texto dos julgados, mas à estrutura lógico-argumentativa que os sustenta, assegurando que os precedentes sirvam como ferramentas de racionalidade, e não de mera repetição.

### **4.3 A liberdade de expressão pelos Acórdãos do Supremo**

Conforme exposto na Introdução deste trabalho, neste ponto, a pesquisa segue, metodologicamente, uma abordagem indutiva e de análise de conteúdo do inteiro teor de determinados acórdãos do Supremo Tribunal Federal, proferidos em controle concentrado de constitucionalidade, que tenham por objeto o direito fundamental à liberdade de expressão.

As decisões nas ações do controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, conforme o art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868, de 1999 e o art. 10, parágrafo 3º, da Lei n. 9.882, de 1999. Em decorrência disso, elas integram o rol de decisões a serem observadas (precedentes vinculantes) pelos juízes e tribunais no art. 927, I do Código de Processo Civil, de 2015.

As forças normativa e vinculante a que se faz referência como objeto de observação neste trabalho diz respeito à horizontalidade dos precedentes judiciais no Supremo Tribunal Federal. São precedentes horizontais aqueles que devem ser observados pelo mesmo tribunal que o estabeleceu. Jales (2020, p. 31) define os precedentes constitucionais horizontais como

[...] 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.

Destaque-se que “sustentar que certos precedentes são horizontalmente vinculantes não conduz necessariamente à ideia de que sejam imutáveis” (Thamay, Garcia Jr. e Frota Jr., 2021, p. 91). A proposta é verificar como o Supremo Tribunal Federal constrói argumentativamente, por meio das razões de decidir presentes nos acórdãos, a memória constitucional que delimita e define direitos fundamentais, tendo ou não decisões anteriores como reais limites ou pontos de partida dos processos de interpretação e aplicação do direito em novos julgamentos.

Em junho de 2023, o Supremo Tribunal Federal publicou obra temática, intitulada *Liberdade de expressão*, na qual elenca os principais julgamentos ocorridos na Corte acerca do tema, informando serem tais julgados “[...] considerados mais relevantes para os estudiosos do Direito e para a sociedade brasileira”.

Conforme a Nota Introdutória:

A seleção dos julgados pautou-se pela curadoria dos principais casos a respeito do tema “liberdade de expressão”, proferidos no período de 2007 a 2022, entre ações do controle de constitucionalidade, processos subjetivos submetidos à sistemática da repercussão geral e outros considerados relevantes em vista da repercussão jurídica, econômica, política e social.

Optou-se, então, por analisar o inteiro teor de alguns acórdãos proferidos em ações do controle concentrado de constitucionalidade presentes da referida publicação, conforme Tabela 02 abaixo, uma vez que o próprio STF os referenciou como relevantes e basilares para compreensão da jurisprudência do tribunal sobre o conteúdo, os limites e as garantias do direito fundamental à liberdade de expressão.

**Tabela 02:** Tabela das Ações cujo inteiro teor dos Acórdãos fora utilizado como parâmetro para análise da pesquisa.

ADPF 130	<p>Questiona a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que regula a liberdade de manifestação de pensamento e de informação.</p> <p>Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT.</p> <p>Relator: Ministro Carlos Ayres Britto</p> <p>Julgado em 30/04/2009.</p> <p>Acórdão publicado em 06/11/2009.</p>
ADI 4451	<p>Questiona dispositivos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições.</p> <p>Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT.</p> <p>Relator: Ministro Alexandre de Moraes</p> <p>Julgado em 06/03/2019.</p> <p>Acórdão publicado em 06/03/2019.</p>
ADI 4795	<p>Questiona dispositivos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições.</p> <p>Requerente: Democratas – DEM, Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Partido Popular Socialista – PPS, Partido da República – PR, Partido Progressista – PP, Partido Trabalhista Brasileiro – PTB.</p> <p>Relator: Ministro Dias Toffoli.</p> <p>Julgado em 29/06/2012.</p> <p>Acórdão publicado em 30/10/2013.</p>
ADI 4815	<p>Questiona dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de agosto de 2002, Código Civil.</p> <p>Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros.</p> <p>Relatora Ministra Cármen Lúcia.</p> <p>Julgado em 10/06/2015.</p> <p>Acórdão publicado em 01/02/2016.</p>
ADC 18	<p>Questiona dispositivos da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1988, que altera a Legislação Tributária Federal.</p> <p>Requerente: Presidente da República.</p> <p>Relator Ministro Celso Mello.</p> <p>Julgado Prejudicado em 05/09/2018.</p>
ADPF 187	<p>Questiona art. 287 do Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 (Código Penal).</p> <p>Requerente: Procurador-Geral da República.</p>

	<p>Relator Ministro Celso de Mello.          Julgado em 15/06/2011.          Acórdão publicado em 29/05/2014.</p>
AP 1.044	<p>Ação Penal movida pelo Ministério Público Federal em face de réu (parlamentar).          Relator Ministro Alexandre de Moraes          Julgado em 20/04/2022.          Acórdão publicado em 23/06/2022.</p>
ADPF 811	<p>/Questiona art. 2º, II, “a”, do Decreto nº 65.563, de 12 de março de 2021, oriundo do Estado de São Paulo.          Requerente: Partido Social Democrático – PSD.          Relator Ministro Gilmar Mendes.          Julgado em 08/04/2021.          Acórdão publicado em 06/08/2021.</p>
RCL 38.782	<p>Questiona decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo como parâmetro a ADPF 130 e a ADI 2404.          Requerente: Netflix Entretenimento Brasil LTDA.          Relator Ministro Gilmar Mendes.          Julgado em 03/11/2020.          Acórdão publicado em 24/02/2021.</p>
ADPF 496	<p>Questiona art. 331, do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).          Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB.          Relator Ministro Barroso.          Julgado em 22/06/2020.          Acórdão publicado em 30/11/2022.</p>
ADPF 572	<p>Questiona a Portaria GP nº 69/219 do Supremo Tribunal Federal.          Requerente: Rede Sustentabilidade.          Relator Ministro Edson Fachin.          Julgado em 18/06/2020.          Acórdão publicado em 26/11/2020.</p>
ADI 4277	<p>Questiona que seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.</p>

	<p>Requerente: Procurador-Geral da República. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Acórdão publicado em 14/10/2011.</p>
ADI 3510	<p>Questiona art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 29/05/2008. Acórdão publicado em 28/05/2010.</p>
ADI 4278	<p>Questiona Decreto Executivo nº 40.872, de 2007. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Aguardando julgamento.</p>
ADPF 548	<p>Questiona interpretação dos arts. 24 e 37 da Lei nº 9.504, de 1997. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 15/05/2020. Acórdão publicado em 24/06/2020.</p>
ADPF 457	<p>Questiona a Lei nº 1.516, de 2015, oriunda do Município de Novo Gama/GO. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 27/04/2020. Acórdão publicado em 16/06/2020.</p>
ADPF129	<p>Questiona art. 86 do Decreto-Lei nº 200, de 1967. Requerente: Partido Popular Socialista – PPS. Relator Ministro Edson Fachin. Julgado em 05/11/2019. Acórdão publicado em 09/12/2019.</p>
ADI 4439	<p>Questiona art. 33, caput e §§ 1º e 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Estatuto Jurídico da Igreja Católica do Brasil, promulgado pelo Decreto nº 7.107, de 2010. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 27/09/2017. Acórdão publicado em 21/06/2018.</p>
ADI 4815	<p>Questiona arts. 20 e 21 do Código Civil.</p>

	<p>Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 10/06/2015. Acórdão publicado em 16/02/2016.</p>
ADI 1969	<p>Questiona Decreto nº 20.098, de 1999, oriundo do Distrito Federal. Requerente: Partido dos Trabalhadores - PT. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 28/06/2007. Acórdão publicado em 31/08/2007.</p>
ADO 26	<p>Tipificação de condutas homofóbicas e transfóbicas ante omissão legislativa. Requerente: Cidadania (Partido Político). Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 13/06/2019. Acórdão publicado em 06/10/2020.</p>
ADI 3757	<p>Questiona dispositivos da Lei nº 14.808, de 2005. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 17/10/2018. Acórdão publicado em 27/04/2020.</p>
ADI 5794	<p>Questiona Lei nº 13.467, de 2017. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos – CONTTMAF. Relator Ministro Edson Fachin. Julgado em 29/06/2018. Acórdão publicado em 23/04/2019.</p>
ADI 5122	<p>Questiona o art. 25, §2º, da Resolução 23.404/2014 do Tribunal Superior Eleitoral, que proíbe a realização de propaganda eleitoral via telemarketing em qualquer horário. Requerente: Partido Trabalhista do Brasil – PTB. Relator Ministro Edson Fachin. Julgado em 03/05/2018. Acórdão publicado em 20/02/2020.</p>
ADI 4923	<p>Questiona art. 25 da Lei nº 12.485, de 2011, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado. Requerente: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – ABTVU.</p>

	Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 08/11/2017. Acórdão publicado em 05/04/2018.
ADI 2404	Questiona disposição do art. 254 da Lei n.º 8.069/1990. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 31/08/2016. Acórdão publicado em 01/08/2017,
ADI 4650	Questiona dispositivos da Lei n.º 9.096, de 1995. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 17/09/2015. Acórdão publicado em 24/02/2016.

**Fonte:** Elaborada pela Autora (2025)

Uma vez que a análise dos fundamentos dos acórdãos se destina ao diagnóstico da medida com que o Supremo atribui força normativa aos seus próprios precedentes e de como isso impacta suas decisões, a investigação se tornou ainda mais factível tomando como ponto de partida julgados que a Corte selecionou como mais relevantes, tendo como paradigma a ordem constitucional instaurada com a Constituição Federal de 1988.

Da leitura preliminar do inteiro teor dos acórdãos, fora possível verificar a citação de ementas de decisões anteriores com o fito de fundamentar determinadas razões nos votos apresentados. As referências costumam ser tópicas e não são associadas com menções à similaridade e/ou distinções das questões de fato e de direito que relacionam as ações citadas à que está sendo objeto de julgamento.

Sobre esse aspecto, Lopes Filho (2016, p. 106) sustenta que um dos erros ao se tratar o tema dos precedentes no Brasil consiste em atribuir à ementa do acórdão o caráter de precedente e aplica-lo por meio de um raciocínio silogístico, desconsiderando o adequado uso do precedente. No mesmo sentido, Silva (2016, 114) assevera que a aplicação da ementa como precedente “[...] substitui a leitura atenta dos votos, bem como é aplicada fora de seu contexto de criação interpretativa, tal como a criação de uma prescrição canônica das normas”.

O exame comparativo das razões dos votos com o disposto na ementa da decisão importa quando se trata de investigar qual a razão de decidir da decisão ou até mesmo se ela, de fato, existe. Vojvodic, Machado e Cardoso (2009) relatam o caso da ação declaratória de inconstitucionalidade 2591-ED/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal

formulou novo julgamento a partir do questionamento, via embargos de declaração, de ementa redigida em descompasso com as razões do acórdão proferido. Embora as autoras utilizem a referida ação para exemplificar as dificuldades em identificar a *ratio decidendi* e a consequente formação do precedente no procedimento do STF, percebe-se a fragilidade do conteúdo das ementas para operarem como espécie de provimento judicial vinculante<sup>59</sup>.

Por sua vez, as observações do inteiro teor dos acórdãos buscam reconstruir argumentativamente a decisão a partir das razões de voto, proferidas por cada ministro, indagando se houve referência a julgados anteriores do próprio STF e, em caso positivo, como se deu. Busca-se responder, ainda, se há referência a decisões de instâncias inferiores, bem como se consta, ao final do julgamento, proposição de tese.

#### 4.3.1 Conceito, fundamentos e limites constitucionais da liberdade de expressão

Na ADPF 130, a liberdade de expressão é categorizada juridicamente como sobredireito, estando no topo da hierarquia dos direitos fundamentais, com o fim de garantir, estruturalmente, a democracia e o princípio da dignidade da pessoa humana. O Relator, então Ministro Ayres Britto, afirma que a liberdade de imprensa, que decorre diretamente da liberdade de expressão, não é apenas um direito autônomo, mas um direito que reforça e potencializa outros direitos fundamentais.

A ausência da garantia do direito a liberdade de expressão compromete o exercício de outros direitos fundamentais, como o direito de reunião, à informação, ao voto consciente, de participação política etc. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da ADPF 130, vê a liberdade de expressão como fundamento essencial da democracia, de forma que, não há democracia plena se não houver uma liberdade de expressão irrestrita.

Assim, a liberdade de expressão não pode ser restringida por normas infraconstitucionais, sobretudo previamente, com no caso da Lei n. 5.250/67, a chamada Lei de Imprensa, declarada como não recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

---

osps<sup>59</sup> “Consideremos alguns problemas do julgamento. Primeiro, a dificuldade dos próprios ministros em identificar qual é a questão em discussão. Cada ministro decide sobre um ponto e não há formação de *rationes* acerca do mesmo problema. Segundo, o ministro relator não consegue identificar qual foi a *ratio decidendi* do julgamento, considerando somente a sua como prevalecente” (Vojvodic; Machado e Cardoso, 2009, p. 35).

Isto se dá em razão de que a liberdade de imprensa exerce, ainda, uma atividade fiscalizadora do Estado e da própria sociedade.

Apesar de ser plena e essencial para a democracia, a liberdade de expressão não é absoluta e pode ser restringida *a posteriori* para evitar abusos. As restrições estão relacionadas a vedação ao anonimato<sup>60</sup>; direito de resposta<sup>61</sup>; proteção à intimidade, honra e imagem<sup>62</sup>; sigilo das fontes<sup>63</sup>; permissão de punição posterior<sup>64</sup>; proibição de propaganda racista e preconceituosa<sup>65</sup>; proibição de apologia ao crime<sup>66</sup>; proteção às crianças e adolescentes<sup>67</sup> e limites do Estado de Defesa e no Estado de Sítio<sup>68</sup>.

A ADPF 187, por sua vez, tratou o direito a liberdade de expressão no contexto da possibilidade de manifestações públicas, como a “Marcha da Maconha”. O julgamento consolidou um entendimento abrangente sobre proteção constitucional da liberdade de expressão. A Suprema Corte reafirmou, de forma unânime, que a liberdade de expressão é um direito fundamental e essencial para a democracia, protegendo manifestações mesmo quando controversas ou contrárias ao pensamento dominante. O Estado não pode exercer censura prévia, e as eventuais responsabilidades por abusos devem ser tratadas apenas após a manifestação ocorrer.

O Ministro Relator Celso de Mello argumentou que a liberdade de expressão representa um direito fundamental que não pode sofrer interferência estatal prévia. Segundo ele, mesmo opiniões impopulares ou contrárias ao pensamento dominante devem ser protegidas. O Estado não pode intervir para impedir o livre fluxo de ideias e mensagens, pois isso comprometeria o pleno exercício desse direito.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, destacou que a liberdade de expressão permite que as mais diferentes e inusitadas opiniões sejam externadas sem medo de

<sup>60</sup> Art. 5º, IV: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”

<sup>61</sup> Art. 5º, V: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”

<sup>62</sup> Art. 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

<sup>63</sup> Art. 5º, XIV: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

<sup>64</sup> Art. 220, §1º: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.”

<sup>65</sup> Art. 5º, XLII: “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.”

Art. 220, §3º, II: Proíbe a propaganda que incite violência, preconceito racial, de gênero ou religioso.

<sup>66</sup> A liberdade de expressão não permite discursos que incentivem crimes ou violência, conforme o Código Penal (art. 287).

<sup>67</sup> Art. 220, §3º, I: O Estado pode restringir certas programações e conteúdos de rádio e TV para proteger crianças e adolescentes de material inapropriado.

<sup>68</sup> Art. 136 e Art. 139: Durante situações excepcionais (Estado de Defesa ou Estado de Sítio), algumas liberdades podem ser temporariamente suspensas, inclusive a liberdade de imprensa.

contrariar a opinião do Estado ou da maioria. Para ele, a censura ou a criminalização de determinadas manifestações viola esse princípio, pois impede ou inibe a emissão livre de ideias. Enfatizou que a liberdade de expressão deve ser protegida pela Constituição, admitindo apenas responsabilidades civis posteriores, conforme estabelecido na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Embora a análise da ADPF 187 tem como base de fundamentos a mesma exposição proposta na ADPF 130, esta fora pouco citada nos votos dos/as Ministros/as que participaram da votação. Assim como na ADPF 130, que tratou, em última análise, da não recepção de norma pré-constitucional violadora do direito à liberdade de expressão plena, a ADPF 187 teve como resultado a conclusão pela interpretação conforme a Constituição do art. 287 do Código Penal, no sentido de afastar a criminalização de manifestações e eventos públicos realizados em defesa da legalização das drogas, ou substância entorpecente específica.

A ADI 1.969/DF também foi um dos julgamentos tomados como parâmetro para análise da ADPF 187. A ADI fora julgada procedente, em votação unânime, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto Distrital n. 20.098/99, que impunha vedação a manifestações públicas que utilizassem carros, aparelhos ou objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e vias adjacentes. Todavia, sua menção refere-se ao dispositivo do acórdão, acompanhado da mera transcrição da ementa.

O alto significado que o direito de reunião assume nas sociedades democráticas foi acentuado, em tempos mais recentes, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.969/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, quando esta Corte, em sessão de 28/06/2007, declarou a inconstitucionalidade do Decreto nº 20.098/99, editado pelo Governador do Distrito Federal, que vedava “a realização de manifestações públicas, com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros”, em determinados locais públicos, como a Praça dos Três Poderes e a Esplanada dos Ministérios, em decisão que restou consubstanciada em acórdão assim ementado [...] (Min. Relator Celso de Mello).

Em que pese quatorze menções registradas ao longo do documento como “precedente” do STF acerca do direito de reunião, não houve por parte dos julgadores que a referenciaram uma (re)construção da razão de decidir ali exposta. Verifica-se que se optou pela elaboração de novos argumentos sobre antigas informações (conteúdo do direito de reunião, liberdade de expressão, relações com a democracia, Estado constitucional etc), do que a sedimentação direta de fundamentos anteriores da Corte.

Na ADPF 572/DF, ação postulada pelo Partido Rede Sustentabilidade visando declaração de inconstitucionalidade da Portaria GP n.º 69, de 14 de março de 2019, que determinou a abertura do Inquérito Policial n.º 4781 (*Inquérito da fake news*) pelo Supremo Tribunal Federal. A portaria instaurou um inquérito para apurar ameaças e ofensas contra o STF e seus membros, originadas principalmente de disseminação de notícias falsas e ataques virtuais. A discussão central envolve a validade da investigação conduzida pelo próprio STF, sob a perspectiva do sistema acusatório e de garantias constitucionais como a liberdade de expressão, o juiz natural e o devido processo legal.

O voto do Relator, Ministro Edson Fachin, se assenta na jurisprudência do próprio Supremo para delimitar o conteúdo e os limites do direito à liberdade de expressão, utilizando o entendimento firmado na ADPF 130, acerca desse direito fundamental como sobredireito e garantia do regime democrático.

O voto reconhece o impacto negativo da disseminação de informações falsas, especialmente quando promovem desinformação, ameaçam a segurança pública ou minam a credibilidade de instituições democráticas. A investigação de esquemas de divulgação em massa de *fake news* que atentem contra o Estado de Direito é uma medida legítima e necessária para preservar a ordem democrática.

O Supremo Tribunal Federal tem o dever de assegurar a liberdade de expressão sem permitir que ela seja usada como ferramenta de ataque ao próprio sistema democrático. Ações que busquem deslegitimar ou ameaçar a integridade dos ministros do STF podem configurar crimes e não se enquadram no direito à livre manifestação do pensamento.

Os/as Ministros/as enfrentaram o desafio de equilibrar o direito à liberdade de expressão com a necessidade de combater a desinformação e proteger a integridade das instituições democráticas. O caso envolveu a investigação de ataques coordenados nas redes sociais, ameaças a ministros/as e a disseminação de notícias falsas com potencial de desestabilização política. Nas palavras do Relator:

Não há ordem democrática sem o respeito às decisões judiciais. Não há direito que possa justificar o descumprimento de uma decisão judicial da última instância do Poder Judiciário. Afinal, é o Poder Judiciário o órgão responsável por afastar, mesmo contra maiorias constitucionais, quaisquer medidas que suprimam os direitos assegurados na Constituição. São inadmissíveis no Estado de Direito democrático, portanto, a defesa da ditadura, do fechamento do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal. Não há liberdade de expressão que ampare a defesa desses atos. Quem quer que os pratique precisa saber

que enfrentará a justiça constitucional. Quem quer que os pratique precisa saber que o Supremo Tribunal Federal não os tolerará (Rel. Min. Edson Fachin).

Em seus votos, a maioria dos ministros reconheceu que a liberdade de expressão não é absoluta e deve ser limitada quando colide com outros direitos fundamentais, como a segurança pública, a honra e o funcionamento do Estado Democrático. O Ministro Alexandre de Moraes destacou que não há liberdade de expressão quando se tem por objetivo subverter a ordem democrática, configurando abuso do direito.

Agora, liberdade de expressão não se confunde com ameaça, coação e atentado. A Constituição consagra o binômio liberdade com responsabilidade. A Constituição não permite, de maneira irresponsável, a efetivação de abuso no exercício de direito constitucionalmente consagrado. A Constituição não permite que criminosos se escondam, sob o manto da liberdade de expressão, utilizando esse direito como verdadeiro escudo protetivo para a prática de discursos de ódio e antidemocráticos, de ameaças e agressões e para a prática de infrações penais e de toda sorte de atividades ilícitas. Não é isso que a Constituição consagra. Liberdade de expressão não é liberdade de agressão. Liberdade de expressão não é liberdade de destruição da democracia, das instituições e da honra alheia.

O inteiro teor do acórdão, na ADPF 572, reafirma nos votos dos/as ministros/as as razões presentes em demais julgamentos do Supremo que explicam e estruturam juridicamente o direito à liberdade de expressão como sobredireito, garantidor da dignidade da pessoa humana, essencial ao regime democrático e ao Estado constitucional, bem como a vedação de censura prévia pela Constituição Federal de 1988.

Outro caso salutar enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal foi a ADI 4815/DF, de relatoria da Ministra Carmén Lúcia, que questionou a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias no Brasil, com base nos artigos 20 e 21 do Código Civil. A ADI, movida pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), argumentou que tal exigência violava a liberdade de expressão, pensamento e criação artística, princípios fundamentais da Constituição Federal.

O acórdão, em votação unânime, estabeleceu que a publicação de biografias não depende de autorização prévia, priorizando a liberdade de expressão e o direito à informação como pilares de uma sociedade democrática. No entanto, reconheceu a importância dos direitos da personalidade, garantindo mecanismos de reparação posterior para eventuais danos decorrentes de abusos na veiculação de informações, buscando um

equilíbrio dinâmico entre esses direitos fundamentais. Tanto a ADPF 130/DF como a ADPF 187/DF são citadas como paradigma justificador das razões da decisão.

A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Tal posição de preferência – *preferred position* – foi consagrada originariamente pela Suprema Corte norte-americana, que assentou que ela “confere a estas liberdades uma santidade e uma autoridade que não admitem intrusões dúbias. (...) Apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis”<sup>2</sup>. Referida doutrina tem sido admitida no direito brasileiro e já foi adotada em diversos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 130 e a ADPF 187 (Trecho do voto do Ministro Roberto Barroso).

Os julgamentos analisados, como a ADPF 130, ADPF 187, ADI 1.969/DF e ADPF 572, demonstram como a Corte se posiciona na proteção da liberdade de expressão como um direito fundamental estruturante da democracia, mas sem perder de vista a possibilidade de restrição posterior para coibir abusos e garantir a estabilidade institucional.

A ADPF 130 consagrou a liberdade de expressão como sobredireito, garantindo sua prevalência sobre normas infraconstitucionais que buscassem restringi-la previamente. Já na ADPF 187, a Corte reafirmou essa posição ao proteger manifestações públicas como forma legítima de exercício desse direito fundamental. No entanto, os julgadores optaram por construir novos argumentos sobre velhos fundamentos, sem a sedimentação direta dos precedentes, o que demonstra uma relativa fragilidade na consolidação de uma linha jurisprudencial uniforme.

A ADPF 572 trouxe um desafio adicional ao tratar da disseminação de informações falsas e da instrumentalização da liberdade de expressão para atacar instituições democráticas. Nesse contexto, o STF reiterou a necessidade de equilibrar esse direito com a proteção do Estado Democrático de Direito, destacando que discursos de ódio e ações que visem a subverter a ordem constitucional não estão amparadas pelo princípio da liberdade de expressão.

Na ADO 26/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a liberdade de expressão é tratada como um direito fundamental e um pilar essencial de um Estado Democrático de Direito, embora não seja um direito absoluto e possua limites claros, especialmente no que tange ao "discurso de ódio".

Na ação, ajuizada pelo Partido Cidadania, o principal objetivo tratou de obter a criminalização da homofobia e transfobia, consideradas formas de discriminação que atentam contra direitos e liberdades fundamentais, como a dignidade e a igualdade. Fora detalhada a vulnerabilidade da comunidade LGBTQIA+ no Brasil, com citação de casos de violência e a omissão legislativa na criação de leis específicas para protegê-los.

Discutiu-se a obrigatoriedade do Estado em legislar para coibir a discriminação e a legitimidade da atuação do Judiciário para suprir essa lacuna, considerando a laicidade do Estado e a não confusão entre liberdade religiosa e discursos de ódio. Além disso, abordou-se o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal na proteção de minorias e a necessidade de interpretar a Constituição para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, comparando a homofobia e transfobia com o racismo em termos de gravidade e tratamento legal.

Neste caso, a Suprema Corte segue a linha decisória que descreve a liberdade de expressão é um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república democrática, sendo seu pilar e principal fundamento. Seu verdadeiro sentido reside em garantir não apenas o direito daqueles que compartilham das mesmas ideias, mas, igualmente, em proteger o direito daqueles que sustentam pensamentos e ideologias que causam discordância ou até repúdio pela maioria.

A liberdade de expressão é tida por essencial para o pluralismo de ideias e a diversidade de visões de mundo, visando a construção de uma sociedade inclusiva onde os cidadãos se sintam livres e protegidos contra ações estatais ou privadas que restrinjam suas liberdades constitucionais com base em orientação sexual ou identidade de gênero. Dessa forma, assegura-se que o pensamento, especialmente o religioso, deve florescer sem restrições indevidas em um ambiente de plena tolerância.

A liberdade religiosa, por sua vez, fora descrita como pressuposto essencial e necessário para a prática do regime democrático. A livre expressão de ideias, pensamentos e convicções, incluindo as confessionais, não devem ser impedida ou submetida a interferências ilícitas do Estado. Isso inclui o direito de pregar, divulgar o pensamento, externar convicções de acordo com livros sagrados, ensinar doutrinas e praticar proselitismo em espaços públicos ou privados.

No entanto, tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de crença não são observados como direitos absolutos. Eventuais abusos no seu exercício estão sujeitos à apreciação do Poder Judiciário. O "discurso de ódio", entendido como exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, estimulem a hostilidade ou provoquem

violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão, nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que o repele expressamente.

Pronunciamentos de índole religiosa que extravasam os limites da livre manifestação de ideias, degradando-se ao nível de insulto, ofensa e estímulo à intolerância e ao ódio público contra a comunidade LGBTI+, não merecem proteção constitucional.

Sendo assim, a liberdade de expressão não pode ser utilizada para legitimar propósitos criminosos ou expressar ódio público que transgrida valores tutelados pela ordem constitucional. O direito ao dissenso se deslegitima quando atinge e lesiona valores e bens jurídicos protegidos constitucionalmente, como o patrimônio moral de terceiros, não sendo considerada a repressão penal à homotransfobia como restrição indevida a liberdade religiosa, desde que as manifestações não configurem discurso de ódio.

A ADO 26/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, tratou da criminalização da homofobia e transfobia, reconhecendo ambas como formas de discriminação comparáveis ao racismo, devido à sua gravidade e aos seus impactos na dignidade e igualdade das pessoas LGBTQIA+.

O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a liberdade de expressão, apesar de ser um dos pilares fundamentais de uma sociedade democrática, não é um direito absoluto. Ela deve coexistir com outros direitos fundamentais, como a proteção à dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade. Por isso, discursos de ódio, incluindo os motivados por orientação sexual ou identidade de gênero, não são protegidos pela liberdade de expressão ou pela liberdade religiosa.

Além disso, o STF reforçou a obrigação do Estado de proteger minorias vulneráveis, especialmente diante da omissão legislativa, legitimando, assim, a atuação contramajoritária do Judiciário para assegurar direitos fundamentais.

A decisão também destacou que a liberdade religiosa continua garantida, incluindo o direito de expressar crenças e divulgar doutrinas, desde que tais manifestações não ultrapassem o limite da tolerância, transformando-se em insultos, ofensas ou incitação ao ódio contra pessoas LGBTQIA+.

Diante do exposto, verifica-se que, embora o STF busque fundamentar suas decisões em precedentes, ainda há uma tendência à reconstrução de fundamentos sem uma vinculação estrita a decisões anteriores. Isso demonstra que o sistema de precedentes no Brasil, embora em avanço, ainda enfrenta desafios na consolidação de uma

jurisprudência estável e previsível. O aprimoramento dessa prática passa pela adoção de critérios mais claros para a identificação da *ratio decidendi*, bem como pelo fortalecimento da vinculação dos tribunais inferiores às decisões do Supremo.

#### 4.3.2 Desafios à construção jurisprudencial do Supremo

Uma vez verificado como o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o conceito, fundamentos e limites constitucionais da liberdade de expressão em sua jurisprudência, este tópico segue com uma análise de conteúdo de outros acórdãos sobre o tema, utilizando outra metodologia de dissecação da argumentação presente nas justificativas apresentadas pelos Ministros em seus votos.

Primeiramente, foi analisada a ADI 4439/DF, cujo acórdão é datado de 27 de setembro de 2017, relatado pelo ministro Roberto Barroso. O requerente neste caso foi o Procurador Geral da República, e o objeto da análise são os artigos 33, caput, §§ 1º e 2º da Lei n. 9.394/96, conhecida como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. A decisão foi publicada em 21 de junho de 2018. Esta análise visa compreender os argumentos apresentados, o raciocínio jurídico empregado e as implicações dessa decisão no contexto educacional brasileiro.

Foram admitidos *amici curiae* e realizada audiência pública em 15/06/2015. Dos 31 participantes da audiência, 23 defenderam a procedência da ação e 8 a improcedência. Dos *amici curiae*, “Apenas a CNBB, a CRB, a ANEC, a UJUCARJ, a UJUCASP, a Associação dos Juristas Católicos do Rio Grande do Sul e a ANAJURE manifestaram-se contrariamente ao pleito da PGR. Todos os demais se posicionaram no sentido da procedência dos pedidos formulados nesta ação”. Ou seja, a maioria dos representantes da sociedade civil defenderam a PROCEDÊNCIA da ação.

O relator, ministro Luís Roberto Barroso dividiu o voto em três momentos. Primeiro, abordou a questão da religião no mundo hodierno; segundo, expôs como o direito positivo normatiza o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras e terceiro, oferece a sua visão sobre a controvérsia judicial objeto da presente ação. Cita como base de seu primeiro argumento Ronald Dworkin e Roberto Mangabeira Unger. Na primeira parte do voto, ele pontua a importância e a influência que a religião continua tendo no mundo contemporâneo.

Sobre o princípio da laicidade, divide-o em três conteúdos. Inicialmente, a separação formal entre Igreja e Estado. Para Barroso, “o ensino religioso confessional

viola a laicidade porque identifica Estado e Igreja, o que é vedado pela Constituição”, pois permite que o espaço público da sala de aula seja utilizado para “pregação de uma religião específica” uma vez que haveria a contratação de professor de determinada religião pelo Estado e, esse professor, como servidor público, representaria o próprio Estado em sala de aula, falando acerca de determinada confissão religiosa. Após, aborda a neutralidade estatal em matéria religiosa prevista no art. 19, I, da Constituição de 1988. Não há como manter a neutralidade se o ensino religioso for confessional. E, por fim, a laicidade e o respeito à liberdade religiosa e ao direito de não ter qualquer religião.

Para Barroso, a possibilidade da criança e/ou adolescente no ensino fundamental poder escolher ou não se matricular na disciplina de ensino religioso é falaciosa. Devido ao sentimento de pertencimento ao grupo, ela não se negará de frequentar as aulas o que a faz ter seu direito à liberdade religiosa e de não ter religião violados. Ancora sua fundamentação em argumentos apresentados à Suprema Corte através da participação da sociedade civil.

Barroso diz concluir o voto com um *obiter dictum*. Ele elenca série de problemas enfrentados nas escolas em decorrência da ausência de uma regulamentação nacional do ensino religioso em escolas públicas pelo MEC. Afirma que apenas o ensino religioso de natureza não confessional estaria de acordo com o princípio da laicidade estatal. Por fim, julga a ação procedente utilizando a técnica da interpretação conforme a Constituição e propõe a seguinte tese: “O ensino religioso ministrado em escolas públicas deve ser de matrícula efetivamente facultativa e ter caráter não confessional, vedada a admissão de professores na qualidade de representantes das religiões para ministrá-lo”. No voto do relator, não houve referência a precedentes do STF sobre o tema.

O ministro Alexandre de Moraes divergiu do relator, votando pela improcedência da ADIN. Ele estrutura seu voto tendo como premissa a liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e da diversidade de opiniões. Para Moraes, o pedido da presente ADIN pretende

[...] transformar essa correta tolerância e defesa da diversidade de opiniões em sala de aula, defendida para todas as demais manifestações de pensamento, em censura prévia à livre manifestação de concepções religiosas em sala de aula, mesmo em disciplinas com matrícula facultativa, transformando o ensino religioso em uma disciplina neutra com conteúdo imposto pelo Estado em desrespeito à liberdade religiosa.

Trata-se, no caso, de limitação do direito constitucional do aluno ou do seu pai/responsável, que já possui determinada religião, de matricular-se em ensino religioso de acordo com esta. A vedação de ser oportunizado o ensino confessional, constitui-se “em verdadeira tentativa de tutela à livre manifestação de vontade, e conseqüentemente de restrição à liberdade religiosa”.

Moraes chega a essa conclusão a partir dos mesmos fatos analisados pelo relator: a Constituição Federal prevê a implantação do ensino religioso, 92% da população brasileira possui determinada crença religiosa, a matrícula na disciplina de ensino religioso é, portanto, facultativa.

O voto assenta o conteúdo da liberdade de expressão como sendo:

[...]um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos – políticos, filosóficos, religiosos – e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.

Caberá ao Poder Público, em observação ao binômio laicidade do Estado (CF, art. 19, I) e consagração da liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), regulamentar o cumprimento do disposto 210, §1º da Constituição Federal de 1988. A rede pública de ensino estaria autorizada a oferecer ensino confessional das diversas religiões, fixados critérios pelo MEC e observada a igualdade de condições.

Assim, os alunos que se matricularem de forma expressa e voluntária teriam resguardado o exercício do direito subjetivo ao ensino religioso, a ser ministrado como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, “de acordo com os princípios de sua confissão religiosa, por integrantes da mesma, devidamente credenciados a partir de chamamento público e, preferencialmente, sem qualquer ônus para o Poder Público”.

Moraes, parte da premissa de que o ensino religioso é previsto pela CF/88 (art 220, §1º), sendo um direito subjetivo individual. Ressalta a impossibilidade de se buscar uma neutralidade na ministração da disciplina. A voluntariedade da matrícula garante a liberdade religiosa, que seria atingida se houvesse, por sua vez, determinado “dirigismo estatal na imposição prévia de conteúdo”. Argumenta, ainda, que houve uma manutenção da tradição constitucional brasileira quanto a previsão do ensino religioso na CF/88.

Em outra medida, a neutralidade no ensino religioso fere a própria liberdade de crença, uma vez que o aluno, que escolhe se matricular na disciplina de determinada crença, o faz por acreditar nos seus “dogmas de fé”, que serão apresentados em sala de aula como tais e não de maneira apenas descritiva.

Por fim, Moraes não propõe o estabelecimento de tese de julgamento e coloca a proposta de parcerias do Poder Público com entidades religiosas como *obiter dictum* da decisão.

Do debate subsequente entre os ministros Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, é interessante anotar que ambos partem de premissas semelhantes, mas valores distintos para defender posições de julgamento opostas. A separação total entre fé e Estado (Iluminismo) é um valor inegociável pra Barroso. Moraes tenta fazer uma composição tendo por base o que ele chama de tradição constitucional.

Um ponto interessante do acórdão é quando Barroso diz que o ensino confessional, ao contrário do que aponta Moraes, ofende a liberdade religiosa, uma vez que a maioria das próprias entidades religiosas assim o veem. Estaria o voto de Moraes em dissonância com o pensa a sociedade civil? Poder-se-ia dizer que as entidades que participaram do processo representam os reais destinatários da norma, quais sejam, os alunos de ensino fundamental?

O ministro Edson Fachin, em seu voto, cita a ADPF 54 e o que foi assentado nela pelos ministros Marco Aurelio e Celso de Melo sobre laicidade estatal e afirma que o voto do Min. Barroso está de acordo com a jurisprudência da Corte. Todavia, constrói a linha argumentativa da decisão a partir da legislação internacional de Direitos Humanos sobre a matéria e põe em questionamento a premissa de “neutralidade do Estado”. A neutralidade e a laicidade estatal se percebem no sentido de proteção do exercício da liberdade religiosa. Não impondo nenhuma religião e nem restringindo. Julga improcedente a ação pela constitucionalidade do ensino religioso confessional.

A Ministra Rosa Weber julgou procedente a ADIN, defendendo o ensino religioso de natureza não confessional nas escolas públicas, concordando com o relator. Fala em “absoluta neutralidade do Estado frente à pluralidade de crenças e orientações religiosas e não religiosas da população brasileira [...]”. O ministro Luiz Fux também julgou pela procedência.

O voto do ministro Gilmar Mendes, por sua vez, parte da diferença entre liberdade religiosa e liberdade de crença (não se restringe ao aspecto religioso). Para Mendes, o ensino religioso deve ter sim natureza confessional, pois se espera que seja ministrado

“de acordo com as convicções de seus destinatários”. Ressalta a intenção do legislador constituinte, através de uma análise das Constituições nacionais anteriores, que o ensino religioso em escolas públicas seja confessional. Difere laicidade de laicismo.

Ser um Estado laico não significa que o Estado é antirreligioso, só que há separação entre Clero e Estado e que não há adoção de uma religião oficial. Daí, diferencia-se laicidade de laicismo. Na laicidade, o Estado adota posição de neutralidade em relação à Igreja, respeitando todos os credos, bem como sua manifestação negativa. No laicismo, porém, os Estados adotam postura de mera tolerância, ou seja, a religião seria algo negativo, o que claramente não é o que ocorre entre nós (trecho do voto de Gilmar Mendes).

Na análise cuidadosa do caso em questão, o Tribunal fundamentou suas decisões em diferentes linhas de argumentação. Utilizando como referência a ADI 2076, que trata da natureza política do preâmbulo da Constituição, o ministro Gilmar Mendes concluiu seu voto com um manifesto contra o que ele denominou de "politicamente correto", julgando a ação como improcedente. O ministro Dias Toffoli, por sua vez, sustentou seu argumento na vontade do legislador constituinte, destacando que tanto a Constituição quanto a Lei de Diretrizes e Bases (LDB) já fornecem a regulação necessária para o ensino religioso confessional, ao mesmo tempo que garantem as liberdades religiosa e de crença. Também votou pela improcedência da ação. O ministro Ricardo Lewandowski ressaltou o direito ao ensino religioso confessional, citando a laicidade em decisões anteriores da Corte (ADI 3510/DF, ADPF 431), e julgou improcedente a ação.

Já o ministro Celso de Melo iniciou seu voto com uma análise detalhada do Acordo do Brasil com a Santa Sé, utilizando a liberdade de expressão como premissa para garantir não apenas a liberdade religiosa, mas também a liberdade de crença. Para Celso de Melo, a liberdade de expressão na forma confessional não deve sofrer restrições ou interferências do Poder Público, e o princípio da laicidade estatal impõe um "dever de neutralidade axiológica em matéria confessional" ao Estado. Desta forma, o ministro julgou procedente a ADIN, argumentando que a liberdade de expressão confessional não deve ser objeto de restrição por parte do Estado. Esses diferentes enfoques e interpretações revelam a complexidade do caso e a variedade de perspectivas presentes no Tribunal.

No que tange à suposta intenção do constituinte em autorizar o ensino confessional das escolas públicas do País, Celso de Melo sustenta que a vontade objetiva da lei deve prevalecer sobre a intenção do legislador e ressalta a função contramajoritária do

Supremo Tribunal Federal, inclusive para proteção das minorias religiosas. Por fim, o voto da Ministra Carmem Lúcia, que seguiu a divergência e julgou improcedente a ADIN<sup>69</sup>.

Ainda sobre a temática das interrelações entre a Constituição Federal de 1998 e a religião, cumpre destacar o artigo de Melo, Fires e Pimentel Filho, 2023.

Ao encerrar este exame detalhado, é crucial observar que, em relação aos precedentes estabelecidos pela própria Corte sobre o tema, apenas uma minoria dos votos fez referências, as quais, de modo geral, não desempenharam um papel significativo na fundamentação do caso. Notavelmente, essas referências careceram de contextualização, não abordando os fatos ou questões de direitos que levaram à conclusão citada no trecho em questão. Surpreendentemente, não se encontraram alusões aos precedentes dos Juízos de instâncias inferiores, o que poderia ter enriquecido o debate. No entanto, é digno de nota que houve menções a decisões internacionais, sinalizando uma abordagem mais global da questão em análise. Curiosamente, não foi efetuada a fixação de uma tese específica, deixando espaço para interpretações futuras sobre o assunto em pauta. Essas observações finais destacam a complexidade do processo, evidenciando lacunas e desafios no embasamento jurídico apresentado nas decisões.

Na ADPF 183/DF, acórdão datado de 27 de setembro de 2019, com relatoria do ministro Alexandre de Moraes. O requerente nesse caso foi a Procuradoria-Geral da República, e o foco da análise recai sobre os artigos 1º (parcial); 16; 17, caput (parcial), §§ 2º e 3º; 18; 19; 28; 29; 30; 31; 32; 33; 34; 35; 36; 37; 38; 39; 40; 49, caput; 50; 54, “b” (parcial); e 55 (parcial) da Lei Federal 3.857/1960. Estes artigos regulamentam o exercício da profissão de músico no Brasil. A decisão foi oficialmente publicada em 18 de novembro de 2019.

A ADPF n. 183/DF questiona artigos da Lei n. 3.857/1960, que regulamenta e institui poder de polícia sobre a profissão de músico. Tais dispositivos são questionados à luz do direito de livre manifestação artística presente na Constituição Federal de 1988.

Em seu voto, o relator, ministro Alexandre de Moraes, afirma que “A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem afirmado que essa norma socorre tanto a liberdade de escolha como a liberdade de exercício de uma atividade a título de trabalho, ofício ou profissão.”. No entanto, a referência é apenas genérica neste

---

<sup>69</sup> Ainda sobre a temática das interrelações entre a Constituição Federal de 1998 e a religião, cumpre destacar o artigo de Melo, Fires e Pimentel Filho (2023).

parágrafo. Cita o Rp 930 (Rel. Min. Rodrigues Alckmin, dj de 2/9/1977) como “*leading case*” para interpretação do art. 5º, XIII, da CF.

Realiza a distinção dos julgamentos sobre a regulamentação da advocacia (RE 603.583) e da profissão de jornalista (RE 511.961). A distinção se coloca basicamente entre profissões que podem causar danos a terceiros (como a advocacia), das que não oferecem esse risco (como o jornalismo, em que se desconsiderou a exigência de diploma superior para o exercício da profissão). Utiliza a atividade jornalística como parâmetro para analisar a atividade de músico.

Na análise dos elementos apresentados, nota-se que o ministro Alexandre de Moraes, em casos como RE 635.023, RE 511.961 e RE 795.467, afirmou a inconstitucionalidade da exigência de inscrição compulsória em órgão de classe para apresentação de músicos. Ele argumenta que não existe justificativa constitucional para restringir o exercício da profissão de músico, visto que sua má realização não possui o potencial de causar riscos a outras pessoas. Por outro lado, o ministro Edson Fachin baseou seu voto em um “precedente” da Corte no RE 414.426/SC, um caso de controle difuso de constitucionalidade. Curiosamente, o acórdão completo disponível no site do STF contém apenas os votos desses dois ministros mencionados.

Em relação aos demais acórdãos analisados até o momento, destaca-se que a ADPF 183 foi aquela em que a fundamentação do voto pareceu estar mais fortemente baseada em julgados do próprio Supremo Tribunal Federal. Isso indica que a Corte já foi instada a se manifestar em processos semelhantes, por meio de controle difuso de constitucionalidade. No entanto, é notável a ausência de referências aos precedentes de Juízos de instâncias inferiores e a casos internacionais. Além disso, é importante observar que não foi fixada uma tese específica, deixando questões em aberto para futuras interpretações. Essas observações ressaltam a complexidade do cenário jurídico examinado e evidenciam as lacunas e desafios encontrados nos fundamentos jurídicos apresentados durante o julgamento.

Na ADPF 457/GO, o ministro Alexandre de Moraes foi o relator de uma ação em que o Procurador-Geral da República questionou a constitucionalidade da Lei Municipal 1.516/2015, do Município de Novo Gama-GO. Essa lei proíbe a utilização de material didático nas escolas públicas municipais que contenha ideologia de gênero. O julgamento ocorreu em 27 de abril de 2020, e a decisão foi publicada em 03 de junho de 2020.

No voto do relator, ministro Alexandre de Moraes, quanto ao mérito, destacam-se citações sobre a importância da democracia para proteção de direitos fundamentais (Jorge Miranda, Norberto Bobbio, Walter Berns etc.).

A fundamentação passa pela análise de inconstitucionalidade formal: competência do Município para legislar sobre normas gerais de educação; e de inconstitucionalidade material: se a proibição/censura ao material sobre “identidade de gênero” pode ser feita.

A partir da análise das questões de fato e de direito, Moraes conclui em seu voto que:

A proibição de divulgação de conteúdos na atividade de ensino em estabelecimentos educacionais, nos moldes efetivados pela lei municipal impugnada, implica ingerência explícita do Poder Legislativo municipal no currículo pedagógico ministrado por instituições de ensino vinculadas ao Sistema Nacional de Educação (art. 214, CF, c/c Lei Federal 13.005/2014) e, conseqüentemente, submetidas à disciplina da Lei Federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Interessante observar aqui as questões que tocam o nacional e o local. Até que ponto seria realmente democrático a imposição de uma base curricular de cima para baixo? Até que ponto não estaria ferindo a autonomia de determinada comunidade local o impedimento de regulamentar e estabelecer os próprios limites e valores que informam a base curricular do que é ensinado ali?

Sobre o delineamento dos limites do direito à liberdade de expressão, afirma que

O direito fundamental à liberdade de expressão, portanto, não se direciona somente a proteger as opiniões e interpretações supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também àquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas majorias (Kingsley Pictures Corp. v. Regents, 360 U.S 684, 688-89, 1959). Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional (trecho do voto de Alexandre de Moraes).

No cerne da argumentação sobre a inconstitucionalidade material deste caso está a ausência de previsão constitucional para a censura prévia quando se trata de restringir a liberdade de expressão em seu aspecto negativo. Ou seja, o direito à liberdade de expressão implica que os cidadãos têm o direito de se manifestar como desejam, e o Estado não pode intervir para restringir essa liberdade por meio da censura prévia, um aspecto positivo do direito à liberdade de expressão. Esta proteção abrange não apenas

opiniões populares, mas também aquelas que são controversas, exageradas, condenáveis, satíricas ou humorísticas, bem como aquelas não compartilhadas pela maioria, conforme ressaltado em um julgado da Corte Europeia de Direitos Humanos.

A análise do relator vai além do pedido principal da Ação. Além de apontar a inconstitucionalidade formal, ou seja, a extrapolação da competência legislativa do Município no caso específico, o relator destaca também a natureza antidemocrática e discriminatória da legislação contestada, ultrapassando os limites da discussão inicial. Ademais, a referência à ADI 4.277 como um paradigma é feita, embora apenas a ementa tenha sido citada, ressaltando a proibição da discriminação com base no sexo, gênero ou orientação sexual, fortalecendo ainda mais o argumento contra a legislação municipal em questão.

O ministro Edson Fachin inicia o voto tentando conceituar “identidade de gênero”. Cita próprio voto na ADI 4275. “O reconhecimento da identidade de gênero é, portanto, constitutivo da dignidade humana. O Estado, para garantir o gozo pleno dos direitos humanos, não pode vedar aos estudantes o acesso a conhecimento a respeito de seus direitos de personalidade e de identidade”. Cita decisões anteriores do próprio STF que suspenderam outras normas Municipais que proibiam a referência à identidade de gênero.

O voto do ministro Gilmar Mendes, por sua vez, cita John Rawls, Peter Haberle e Gustavo Zagrebelsky para defender a sociedade pluralista. Fundamento no julgamento da ADI 4277/DF.

Quanto aos julgamentos da própria Corte sobre o tema, foram referenciados pelo número do procedimento judicial, não havendo exploração argumentativa das fundamentações anteriores ou realizadas distinções.

Não houve referência aos precedentes de Juízos de instâncias inferiores, assim como não houve fixação de tese.

A Decisão encartada na ata diz que “O Ministro Edson Fachin acompanhou o Relator com ressalvas”. Todavia, a transcrição do voto no Inteiro teor do acórdão não aponta quais seriam essas ressalvas.

Na ADPF 496/DF, o ministro Roberto Barroso atuou como relator em uma ação movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O objeto da ação foi a não recepção do crime de desacato (art. 331 do Código Penal) pela Constituição Federal de 1988 e a desconformidade desse artigo com a Convenção Americana de Direitos Humanos. O julgamento ocorreu em 22 de junho de 2020, e a decisão foi publicada em 24 de setembro de 2020.

O relator, ministro Luís Roberto Barroso inicia o voto fazendo referência aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, suscitados pelo requerente na peça inicial. Faz a análise e a distinção a partir dos fatos presentes nos casos apresentados para afirmar que estes não se aplicam à situação processual. Posteriormente, são analisadas decisões anteriores do próprio STF em ações paradigmas que reforçam que o direito à liberdade de expressão não possui caráter absoluto, podendo ser limitado, justificando, inclusive, a utilização do direito penal em casos de grave abuso.

Os votos divergentes, sobretudo do Min. Edson Fachin, se utilizam de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América para descaracterizar a necessidade de tratamento privilegiado da administração pública com relação ao particular, asseverando que os crimes contra honra são suficientes para coibir abusos. A previsão de mais um tipo penal, ainda mais a proteger o Estado, cercearia a liberdade de expressão.

Houve fixação de tese conforme anotado na própria decisão do Acórdão:

DECISÃO: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* e fixou a seguinte tese: “Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato”, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Falaram: pelo requerente, o Dr. Juliano Breda; pelo amicus curiae Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Orlando Carlos Neves Belém, Procurador de Justiça do Estado; pelo amicus curiae Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal;

O exame das decisões revela padrões distintos na fundamentação dos votos. Enquanto algumas ações demonstram forte influência de precedentes internacionais, outras foram sustentadas essencialmente na interpretação do texto constitucional e na tradição jurídica brasileira. Além disso, observa-se que, na maioria dos casos analisados, não houve fixação de tese específica, deixando margem para futuras discussões sobre os temas abordados.

Essas observações ressaltam a complexidade do debate constitucional em torno liberdade de expressão e de outros temas que envolveram os acórdãos estudados, evidenciando os desafios inerentes à interpretação do direito em um Estado Democrático de Direito. Descortinam, ainda, os principais entraves no Supremo Tribunal Federal acerca da utilização dos precedentes como razão de decidir. Embora a Corte reafirme os principais fundamentos que estruturam a base de entendimento jurisprudencial sobre o

direito à liberdade de expressão, a justificação da decisão ainda não apresenta um aprofundamento sólido que embase a utilização da *ratio decidendi* como presente.

No caso do direito à liberdade de expressão, especificamente, verificou-se que isso é realizado indiretamente, de forma é possível diagnosticar uma possível tradição ou padrão decisório do STF nesta área. Esta afirmação ganha corpo quando se estuda a mudança de posicionamento da Corte quanto a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, principalmente quando se tem como paradigma de análise a ADPF 130/DF.

#### **4.4 A ADPF 130/DF e a revisão da teoria da transcendência dos motivos determinantes**

Na jurisdição constitucional, a teoria da transcendência dos motivos determinantes estabelece que os fundamentos, ou motivos determinantes, de uma decisão judicial, em controle abstrato de constitucionalidade, transcendem o caso concreto e vinculam futuras decisões, inclusive para outros casos que envolvam questões de direito semelhantes.

Embora tenha sido aberto tópico específico para tratar desse tema, este não será abordado em suas minúcias, uma vez que a análise que interessa a tese passa por descortinar os paradoxos que integram o sistema de precedentes brasileiros no contexto da jurisdição constitucional, sendo esta mais uma faceta das levantadas aqui e apresentadas como resultado das pesquisas.

Se parte do conceito de precedente como razão de decidir e sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal tendo esta afirmação como premissa, destacar esse nó existente na jurisprudência do Supremo, acerca na relevância dos fundamentos da decisão e como cerca-los de aplicabilidade, garantindo respeito ao provimento jurisdicional, é parte integrante do diagnóstico pretendido na apresentação desta sessão 4.

As discussões a respeito dessa teoria permeiam a temática do efeito vinculante atribuído às decisões do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. De acordo com o art. 102, § 2º da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

A previsão do efeito vinculante é replicada no art. 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868, de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo; e no art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882, de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Essa teoria e seus desdobramentos se diferenciam do que fora abordado como *abstrativização* do controle difuso. Nesta, tem-se um procedimento de jurisdição constitucional descrito por possuir características de eficácia apenas *inter partes*, que passa adquirir eficácia *erga omnes*, conferindo efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, independente de publicação oficial pelo Senado Federal, conforme prevê o art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.

Nesse ponto, é necessário diferenciar precedente vinculante de decisão com efeito vinculante. A distinção é proposta por Magalhães (2015). Para este, “[...] decisões com efeitos vinculantes não se confundem com precedentes vinculantes, porquanto o que caracteriza um precedente não é sua capacidade vinculatória, mas a influência da força gravitacional dos fundamentos determinantes de decisões anteriores nas decisões judiciais posteriores” (Magalhães, 2015, p. 169).

Ou seja, nem toda decisão com efeito vinculante constitui necessariamente um precedente. Essa afirmação não é errônea. Todavia, ela precisa ser teoricamente melhor formulada diante da sistemática adotada pelo regime processual adotado após 2015, uma vez que o direito brasileiro reconhece tecnicamente precedentes vinculantes como decisões, reconhecidas por lei, como de efeito vinculante e de observância obrigatória por juízes/as e tribunais.

Embora este trabalho traga o conceito de precedente como razão de decidir, não necessariamente vinculado à uma dada normatização que assim o reconheça, tem-se que o precedente é também assim considerado pela sua aplicação ao julgamento de casos futuros que guardem idêntica ou análoga conformação de questões processuais e de direito material para resolução do conflito, seja este concreto seja abstrato.

Desse modo, não há como pensar a formação ou o reconhecimento de um precedente no sistema brasileiro se, historicamente, o que vincula na decisão é apenas o dispositivo e não os motivos determinantes que levaram àquela conclusão jurídica ao caso. Este é um ponto. Todavia, a pesquisa o reconhece como apenas a ponta do iceberg de problemas e paradoxos que ainda precisam ser enfrentados pela técnica processual e pela hermenêutica jurídica.

O Supremo Tribunal Federal tem sido historicamente cauteloso quanto à aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, pois sua adoção plena significaria justamente ampliar os efeitos vinculantes das decisões do controle abstrato de constitucionalidade para além do dispositivo julgado, alcançando também os fundamentos da decisão.

Tradicionalmente, o STF entende que o efeito vinculante das decisões em controle abstrato de constitucionalidade se restringe ao dispositivo do julgamento e não se estende às razões da decisão. Ou seja, a Corte reconhece que a *ratio decidendi* é relevante, mas não tem vincula automaticamente a análise judicial sobre casos futuros. A posição tradicional é restritiva, pois evita que decisões do Corte sejam aplicadas de forma generalizada e sem nova análise.

Nos últimos anos, o STF tem debatido a possibilidade de adotar uma interpretação mais expansiva do efeito das decisões em controle de constitucionalidade. Esse debate se intensificou a partir do julgamento de temas com grande impacto nacional, envolvendo a aplicação do instituto da repercussão geral e da técnica da modulação dos efeitos das decisões. “[...] é perceptível que, após a decisão na Rcl. 3.014/SP, a Corte não reconheceu, na grande maioria dos casos, ao menos de um ponto de vista formal e explícito, qualquer validade à tese da transcendência dos motivos determinantes” (Magalhães, 2015, p. 184).

Em algumas decisões (Rcl 1.987/DF, Rel. Ministro Correa), ministros sugeriram que a *ratio decidendi* deveria ter alcance vinculante, pois isso garantiria uniformidade na jurisprudência e evitaria decisões contraditórias nos tribunais inferiores. Essa ideia se alinha ao princípio da segurança jurídica e da estabilidade do sistema judicial.

[...] Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva, dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional (Rcl 1.987/DF, Rel. Min. Mauricio Corrêa).

Embora a teoria ainda não tenha sido formalmente adotada pelo STF, há um movimento dentro da Corte para aproximá-la da lógica da repercussão geral e da sistemática dos precedentes vinculantes, presente no art. 927 do CPC, de 2015. O Ministro

Luís Roberto Barroso já manifestou abertura para uma interpretação mais expansiva dessa teoria, visando consolidar a segurança jurídica.

Entretanto, esse entendimento precisará ser revisitado à luz do CPC/2015, uma vez que o novo Código reconheceu explicitamente que a tese afirmada pela decisão proferida em controle concentrado produz efeitos vinculantes e que seu desrespeito possibilita a propositura de reclamação (Barroso; Melo, 2016, p. 34).

No entanto, a questão está longe de ser pacificada entre os/as Ministros/as no Supremo. “Nos debates ocorridos nas Rcl. 3.014/SP, 9.723/RS e 13.115/RS, por exemplo, são patentes as discordâncias entre os ministros sobre o que configuraria o efeito vinculante transcendente. Nesse sentido, mesmo após sua formal rejeição, a existência de decisões que, indiretamente, ainda aplicam a tese pode ser explicada pelas diferentes interpretações que surgem sobre o que ela significa (Magalhães, 2015, p. 185).

Os debates sobre a aplicação ou não da teoria da transcendência vem se dando majoritariamente em sede de julgamentos de Reclamação Constitucional. A Reclamação está prevista no art. 102, inciso I, da Constituição Federal de 1988 e tem por fim a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e a garantia da autoridade das suas decisões. É cabível, na dicção do art. 988, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015, para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

[...] no entendimento recente da Corte Constitucional, a reclamação só é cabível se o ato legal ou normativo violar o dispositivo da decisão paradigmática, proferida no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Entretanto, excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal vem adotando a teoria extensiva, em matéria de liberdade de expressão e liberdade de imprensa (Mendes Junior, Jurubeba, 2019, p. 27).

Em que pese a predominância da tese restritiva acerca da teoria da transcendência, o STF tem flexibilizado diretamente o entendimento majoritário em Reclamações que tenha por objeto a preservação da autoridade da decisão do Tribunal acerca da proteção à liberdade expressão e as razões determinantes presente no inteiro teor do acórdão da ADPF 130/DF.

Um exemplo é a Reclamação n. 38.782/RJ, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgada em 3 de novembro de 2020. Foi proposta pela NETFLIX BRASIL contra duas decisões

proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por ofender a autoridade do STF de acordo com a ADPF 130 e ADI2.404. As decisões questionadas suspenderam a exibição do Especial de Natal Porta dos Fundos: Primeira Tentação de Cristo.

Em seu voto, o Relator, citando como referências a Rcl. n. 22.328 e Rcl. n. 16.074, destaca “[...] que o Supremo Tribunal Federal tem admitido o cabimento da reclamação constitucional para garantir a autoridade da decisão tomada na ADPF 130, uma vez que tal paradigma estabelece as balizas para o adensamento do debate sobre liberdade de expressão quando se está diante de atos do poder público tendentes à obliteração dessas garantias”.

Na Reclamação n. 22.328/RJ, julgada em 6 de março de 2018, restou consignado logo da ementa que o “Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial”.

O caso trata-se de irresignação contra decisão da 7ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro que determinou que a parte reclamante retirasse, de seu sítio eletrônico, matéria referente ao reclamado, publicada em 05.06.2013, por entender que restou indubitosa a ofensa à sua honra e à sua dignidade. A reclamação foi ajuizada sob a alegação de violação da autoridade do acórdão proferido na ADPF 130/DF.

A Procuradoria-Geral da República se manifestou pela improcedência do pleito, tendo em vista a inexistência de aderência estrita com a ADPF 130/DF, uma vez que a decisão combatida não guardava relação com as questões envolvendo liberdade de imprensa e de expressão e direito à informação.

Em seu voto, o Min. Rel. Luís Roberto Barroso, “essa linha restritiva tem sido excepcionada justamente quando estiverem em questão temas afetos à liberdade de expressão ou à liberdade de imprensa. Nesses casos, inúmeras decisões do STF têm admitido reclamações e deferido liminares com o propósito de assegurar o conteúdo conferido pela Corte a tais direitos, mesmo quando a decisão reclamada não se baseia no mesmo ato declarado inconstitucional em sede concentrada”.

Reafirmando o direito à liberdade de expressão como pressuposto de outros direitos fundamentais e sua relevância no Estado Democrático de Direito e os entendimentos esposados na linha jurisprudencial do Supremo, o Ministro reconhece que a decisão reclama violou entendimento consolidado nos fundamentos determinantes da ADPF 130 /DF, que determinaram a proibição da censura.

Todavia, nos debates taquigrafados, o Ministro Marco Aurélio suscitou questão importante. Segundo ele, durante o julgamento da ADPF 130/DF, não fora discutida “[...] problemática de ter-se uma informação, num site de revista, praticamente perpétua, para toda a vida. Essa questão não foi debatida”.

Nesse ponto, ante a necessidade de revisão e de um posicionamento claro do Supremo Tribunal Federal acerca da transcendência dos motivos determinantes se contrapõe a dificuldade de se encontrar os fundamentos determinantes no interior da decisão. Quais seriam eles?

Os desafios são inúmeros e já se encontram delineados nesta tese: padrão decisório da Corte como ilhas argumentativas, que pode ser agravado com a utilização cada vez maior do Plenário Virtual; ausência de um posicionamento claro e único acerca da *ratio decidendi*; as travessias que envolvem a construção da decisão judicial pelo/a juiz/a; a ausência de uma “cultura de precedentes”; o arranjo institucional do Supremo. Magalhães (2015, p. 168) escreve nesse sentido, apontando, que “a construção de uma argumentação imputada ao ministro relator, e não à corte, dificulta a compreensão e a formação de precedentes e a identificação da fundamentação determinante da corte enquanto instituição”.

Para o autor, a atribuição de efeito vinculante aos fundamentos da decisão não confere por si só a observância aos precedentes e a garantia de certeza, previsibilidade e segurança jurídica. Decisões com efeito vinculante diferem da ideia de precedentes vinculantes, no plano teórico. Para um precedente configurar como decisão paradigma de análise de casos futuros, não necessariamente necessita de previsão legal de efeito vinculante.

[...] os precedentes oriundos de ações constitucionais cujas decisões produzem efeito vinculante são aplicados e possuem força normativa independentemente de sua característica vinculante, uma vez que o plenário do STF tem afirmado, reiteradamente, que as reclamações constitucionais não são o meio procedimental mais adequado para a interpretação dos mesmos ou de declarações incidentais de (in) constitucionalidade. O que não impede que o STF reconheça a força vinculante dos fundamentos em outras vias processuais (Magalhães, 2015, p. 185).

Ainda que subsista a divergência em torno da pertinência da adoção da teoria da transcendência pelo Supremo Tribunal Federal, a técnica de decisão prevista no art. 489, §1º do CPC, de 2015, depõe a favor da tese de que, na atual sistemática processual, os

fundamentos das decisões vinculam. Isso não faz desaparecer os problemas que decorrem desse reconhecimento. Todavia, é necessário que os estudos e o próprio Poder Judiciário entendam que a coerência e integridade das decisões no ordenamento jurídico exige coerência dos institutos previstos e sua aplicação na realidade.

A vinculação hermenêutica é um dos problemas que perpassa os séculos de ambas as tradições jurídicas (romano-germanica e anglossaxonica). Esta presente na incessante busca pelo direito na sociedade que é conferir racionalidade ao estabelecimento de regras que resolvem e previnem conflitos.

O sistema de precedentes é uma realidade no direito e no discurso do Poder Judiciário brasileiro. O enfrentamento dos paradoxos é urgente, nem que seja para que se reconheça a incapacidade do sistema em operar a partir deles e um novo recomeço seja proposto, tendo em vista não apenas a regulação de mercados e fins econômicos, mas também e principalmente a realização de direitos fundamentais.

Se o Capítulo 4 explorou como casos como a ADPF 130 redefiniram a aplicação de precedentes em temas específicos, o Capítulo 5 avança para o cerne do debate: a quem cabe o domínio hermenêutico da Constituição em um sistema jurídico marcado pela tensão entre centralização judicial e pluralismo democrático.

## 5 A RAZÃO DE DECIDIR COMO PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DA DECISÃO E SUA FORÇA VINCULANTE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O Capítulo 5 busca analisar os fundamentos teóricos e práticos que conferem legitimidade às decisões do Supremo Tribunal Federal na jurisdição constitucional brasileira, com foco na *razão de decidir* como elemento central de vinculação e coerência. Partindo da premissa de que a legitimidade judicial não se restringe à mera formalidade processual, mas depende da capacidade de justificar decisões à luz de princípios constitucionais, o capítulo explora como os precedentes, enquanto expressão da *ratio decidendi*, podem assegurar integridade ao sistema jurídico.

O primeiro eixo (5.1) examina a contribuição da hermenêutica filosófica — especialmente a partir de pensadores como Gadamer e Ricœur — para compreender os precedentes como instrumentos dinâmicos de interpretação constitucional. Argumenta-se que a hermenêutica não apenas revela a natureza dialógica do direito, mas também oferece critérios para distinguir entre decisões arbitrárias e aquelas fundamentadas em uma *tradição racional*. Aqui, questiona-se: como a hermenêutica filosófica pode orientar a construção de uma teoria dos precedentes que equilibre criatividade judicial e fidelidade ao texto constitucional?

No segundo eixo (5.2), discute-se a concepção da Constituição como *processo público*, influenciada por Habermas e pela noção de "esfera pública deliberativa". A análise centra-se na ideia de que a Carta de 1988 não é um documento estático, mas um *projeto em construção*, cujo sentido emerge do diálogo entre instituições e sociedade. Nesse contexto, os precedentes são entendidos como *artefatos hermenêuticos* que refletem e moldam valores constitucionais compartilhados. O debate gira em torno de como essa perspectiva pode evitar a monopolização da interpretação pelo STF, integrando vozes plurais ao processo decisório.

O terceiro eixo (5.3) aborda a tensão entre jurisdição constitucional e democracia, explorando se o sistema de precedentes fortalece ou fragiliza a legitimidade democrática do STF. Com base em teorias de autores como Dworkin e Alexy, analisa-se como a vinculação a precedentes pode promover *igualdade no tratamento de casos análogos*, reduzindo a discricionariedade judicial. Contudo, problematiza-se o risco de o STF, ao consolidar jurisprudências, substituir-se ao Legislativo em questões de alta densidade política, como direitos sociais e liberdades públicas.

Por fim, o quarto eixo (5.4) confronta a questão central: *quem detém a autoridade para definir o sentido último da Constituição?* Analisando casos emblemáticos (ex: ADPF 132, ADI 4.650), discute-se se a vinculação a precedentes horizontais no STF reforça uma *jurisdição constitucional dialogante* ou consolida ainda mais a *supremocracia*.

O capítulo conclui com uma reflexão crítica sobre os limites e possibilidades de um sistema de precedentes no Brasil, propondo que a legitimidade da jurisdição constitucional depende não apenas da técnica jurídica, mas de sua capacidade de traduzir valores constitucionais em respostas justas e previsíveis para uma sociedade plural.

Ao integrar hermenêutica, teoria democrática e análise jurisprudencial, o Capítulo 5 visa demonstrar que a *razão de decidir* — quando ancorada em precedentes coerentes e transparentes — não é apenas um requisito formal, mas um pressuposto de legitimidade em um Estado Democrático de Direito. A resposta à pergunta "quem detém o domínio de sentido da Constituição?" revelará se o STF consegue equilibrar sua autoridade institucional com o respeito ao pluralismo, garantindo que a força vinculante de suas decisões fortaleça, e não enfraqueça, o projeto constitucional de 1988.

### **5.1 A hermenêutica filosófica como base de uma contribuição normativa acerca dos precedentes judiciais no processo constitucional**

A investigação do fenômeno em tela demanda a reconfiguração de modelos analíticos para a hermenêutica jurídica, com ênfase nas técnicas decisórias judiciais. Tais modelos devem fundamentar e legitimar epistemologicamente o processo dinâmico de construção normativa dos direitos humanos inscritos na Constituição Federal de 1988, mediante a integração dialógica de perspectivas plurais — especialmente daquelas provenientes de grupos diretamente impactados pela aplicação do Direito.

Essa empreitada reveste-se de complexidade singular, considerando o atual estágio de transição paradigmática que permeia a Teoria Constitucional e a Filosofia do Direito. No contexto brasileiro, tal transição situa-se em uma fronteira crítica: de um lado, revisita os pressupostos da teoria política clássica; de outro, propõe a reestruturação da ordem democrática, ampliando o papel da jurisdição como instrumento garantidor de direitos fundamentais. Essa dualidade exige uma reavaliação dos mecanismos de efetivação normativa, sobretudo em cenários de tensão entre tradição e inovação.

Diante desse quadro, impõe-se a definição de um marco analítico multidimensional, capaz de articular perspectivas fáticas e filosóficas. Para tanto,

examina-se a prática interpretativa da Jurisdição Constitucional à luz do paradigma hermenêutico contemporâneo, conforme proposto por Hans-Georg Gadamer (2011), que enfatiza a fusão de horizontes entre intérprete e texto. Esse enfoque alinha-se à teoria da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, de Peter Häberle (1997), que defende a participação ampliada de atores sociais na interpretação constitucional, em contraponto ao paradigma tradicional da *filosofia da consciência*<sup>70</sup>.

A filosofia da consciência, enraizada no Iluminismo e consolidada por pensadores como Bacon e Descartes (séculos XVI-XVII), postula a razão como único meio de acesso à verdade objetiva. Nessa ótica, o conhecimento válido deriva de métodos racionais sistemáticos, excluindo elementos subjetivos (como sensações, memórias ou linguagem) por serem considerados fontes de erro (Chauí, 2000, p. 145). Esse modelo, ainda presente em correntes dogmáticas do Direito, contrasta com abordagens hermenêuticas que valorizam a contextualização histórica, a intersubjetividade e a pluralidade de vozes na construção do sentido jurídico.

Neutralidade e afastamento do sujeito que analisa o objeto, rigor metodológico, objetividade, investigação científica com escopo técnico e validade universal são características da teoria do conhecimento que influenciaram o processo de estruturação do Direito enquanto ciência e formaram a base das escolas juspositivistas (Aboboreira, 2013)<sup>71</sup>.

A crise do paradigma positivista implicou transformações profundas na hermenêutica jurídica, que, em sua derivação teórica, passou a incorporar a linguagem como elemento central na análise do fenômeno jurídico. Nesse cenário de transição epistemológica, Camargo (2003) destaca a evolução diacrônica da interpretação do Direito, enfatizando a correlação intrínseca entre a compreensão normativa e sua eficácia social, mediada pela práxis judicante.

No Direito Romano, a hermenêutica consolidou-se mediante a atividade pretoriana, em um contexto anterior à codificação sistemática. A ausência de normatização escrita evidenciou a vinculação contextual da interpretação, cuja

---

<sup>70</sup> Essa sessão reconstrói o marco teórico estruturado na dissertação de mestrado (colocar referência) para pensar a pergunta-problema proposta na tese sobre a utilização dos precedentes como razão de decidir no Supremo Tribunal Federal.

<sup>71</sup> Oliveira (2011, p. 41) anota que “[...] a ideia da construção racional de um sistema jurídico – perfeitamente formulado em termos lógicos objetivos – foi uma manifestação teórico cultural, inaugurada com o humanismo renascentista, no interior da qual se buscava afirmar, num espaço discursivo situado dentro de um universo humano-racional, um modelo de pensamento que conseguisse captar as formas jurídicas naturais que a Razão poderia demonstrar a partir da lógica”.

efetividade dependia da adaptação às demandas concretas. Posteriormente, o método escolástico introduziu o argumento de autoridade absoluta, aplicado a textos canônicos como a Bíblia e o *Corpus Juris Civilis*. Contudo, a Reforma Protestante (século XVI) deslocou esse eixo, defendendo a livre interpretação individual das Escrituras, substituindo a exegese alegórica patrística por uma leitura literal e objetiva, alinhada a critérios racionais de verificação.

A hermenêutica jurídica medieval foi marcada pela atuação dos glosadores de Bolonha (séculos XI-XII), que sistematizaram o Direito Romano mediante análise textual minuciosa — glosa por glosa —, articulando-as em um todo coerente (Camargo, 2003, p. 26). Essa abordagem influenciou a Escola da Exegese (século XIX), que reduziu o Direito à letra da lei, ignorando seu contexto sociopolítico. Para os exegetas, a ciência jurídica limitava-se à análise gramatical, lógica e sistemática dos textos, sem questionar sua validade ou adequação social (Marques Neto, 2011, p. 100). Nesse modelo, a integração de lacunas legais restringia-se à vontade do legislador, cabendo ao intérprete apenas a subsunção dos fatos à norma, sem espaço para criação jurídica.

Em contraponto ao formalismo exegético, a Escola Histórica do Direito (século XIX), influenciada pelo romantismo e historicismo alemães, propôs resgatar a tradição histórica e consuetudinária como fundamentos da interpretação. A racionalidade jurídica passou a ser situada temporal e espacialmente, abandonando abstrações universais. Nessa perspectiva, a hermenêutica baseava-se no *Volksgeist* ("espírito do povo"), concebido como matriz identitária que unificava a nação fragmentada (Bauman, 2007, p. 22). Contudo, paradoxalmente, essa visão romântica priorizava o indivíduo — e não a coletividade — como paradigma comunitário, revelando tensões entre universalismo e particularismo cultural.

A hermenêutica do Século XIX nasce, portanto, baseada nesse paradigma sustentado pela historiografia da época, através do caráter espiritual e nacional de uma nação em busca de Estado e da visão romântica da obra criativa.

No Direito, este movimento, aliado à influência historicista, propõe o desprendimento da hermenêutica do caráter puramente literal e exegético “[...] na medida em que é reconhecida a necessidade de se interpretarem tanto as circunstâncias históricas que ensejaram a criação de um texto quanto as circunstâncias que determinam a sua

posterior utilização” (Camargo, 2003, p. 28). Contudo, foi com o Iluminismo que a hermenêutica passa a se comportar como ciência, ganhar técnicas e métodos próprios<sup>72</sup>.

A fenomenologia de Husserl (1990) e Heidegger (1988) instaura uma reorientação ontológica na hermenêutica, transformando-a em um processo de compreensão existencial. Para Heidegger, a compreensão não se reduz a uma técnica cognitiva, mas constitui a estrutura fundamental do *Dasein* (ser-no-mundo), definida como a abertura primordial do ser humano à sua própria existência (Gadamer, 2011, p. 125). Essa perspectiva desloca a hermenêutica do plano metodológico para o âmbito da ontologia, reinterpretando-a como condição intrínseca da experiência humana.

Heidegger emerge em um cenário de fragmentação da filosofia ocidental, marcado pela crise da metafísica tradicional. Ao reinterpretar a fenomenologia husserliana, ele transcende o dualismo sujeito-objeto, focando na situacionalidade concreta do ser humano (Nascimento, 2009, p. 152). Essa "virada ontológica" redefine a hermenêutica como investigação do ser, vinculando compreensão e interpretação à própria facticidade da existência.

Sob influência heideggeriana, Hans-Georg Gadamer, em *Verdade e Método* (2011), rejeita a pretensão positivista de neutralidade metodológica. Sua hermenêutica filosófica não se opõe ao método *per se*, mas desvela sua incapacidade de apreender a verdade como fenômeno singular, pois ignora a historicidade do intérprete e seu diálogo com a tradição. Gadamer articula compreensão, linguagem e tradição como elementos indissociáveis, enfatizando que todo ato interpretativo é mediado por preconceitos históricos (pré-compreensões) que condicionam, mas também habilitam, a produção de sentido (Aboboreira, 2013).

A crítica gadameriana à objetividade ingênua ressoa na Filosofia do Direito. Gadamer (2011, p. 129) destaca que a hermenêutica jurídica, embora normativamente disciplinada, está intrinsecamente ligada à aplicação concreta da lei, exigindo adaptação a contextos específicos. Essa visão supera a subsunção mecânica, integrando fatos, normas e valores em um processo dinâmico.

---

<sup>72</sup> Gadamer (2011, p. 113) assevera, no entanto, que o uso moderno da palavra “hermenêutica” nasce juntamente com a tradição científica da modernidade. “Quando hoje falamos de “hermenêutica”, encontramos-nos situados, bem ao contrário, na tradição científica da modernidade. O uso moderno da palavra “hermenêutica” principia exatamente aí, quer dizer, com o surgimento do conceito moderno de método e de ciência. No seu uso aparece sempre implícita uma espécie de consciência metodológica. Não apenas possuímos a arte da interpretação como também podemos justificá-la teoricamente”.

Camargo (2003) amplia essa abordagem, concebendo a hermenêutica jurídica como práxis multidimensional, que transcende a mera técnica interpretativa. Para ele, o Direito é um sistema complexo, onde a interpretação envolve mediação entre textos legais, realidades sociais e horizontes históricos (Camargo, 2003, p. 20). A compreensão jurídica, assim, desloca-se da racionalidade demonstrativa (baseada em evidências incontestáveis) para a argumentação verossimilhante, que reconhece a contingência e a pluralidade de sentidos.

Igualmente, Pound (2004), um dos principais jusfilósofos do pragmatismo jurídico, nega o formalismo determinista proposto pelo positivismo, asseverando que tudo quanto proposto em matéria jurídica, se encontra condicionado por diversos fatores históricos e sociais. Assim, o autor defende uma interpretação ativa, que examine as instituições e normas jurídicas como dados sujeitos a contínuas transformações ao longo de tempo<sup>73</sup>. Para Nascimento (2009, p. 152), a introdução do Direito no domínio das ciências da compreensão possibilita a recuperação da sua função social e democrática.

Pode-se dizer que mais do que isso. Entender o complexo jurídico que rege determinada sociedade e como ele atua, através da função judicante, por meio da virada ontológica da hermenêutica e das proposições da hermenêutica filosófica gadameriana, permite encarar o problema da técnica da decisão judicial, sua integração ao valor justiça e sua legitimidade, sem escamoteamentos (Aboboreira, 2013).

Pensar que o método não é capaz, por si só, de conferir validade absoluta e universal a determinada interpretação, torna, sem dúvida, o caminho para a teoria da decisão judicial atrelado ao estudo da hermenêutica jurídica muito mais complexo, mas ajuda a lidar de forma teoricamente madura com suas contradições e suas convergências.

Gadamer (2011) não possuía intenção prática em escrever “Verdade e Método”, mas filosófica. Contudo, não nega a importância da utilização do método nas ciências do espírito. Busca responder à pergunta: como é possível a compreensão? E, através disso, transforma o problema da Filosofia em questão a ser debatida em todas as ciências, sejam elas as naturais, sejam as do “espírito”.

Em suas próprias palavras, no Prefácio à 2ª. edição, afirma procurar demonstrar algo identificável em todas as formas de compreender e “[...] mostrar que a compreensão

---

<sup>73</sup> Nesse sentido, Pound (2004) ainda questiona a ideia do Direito como ciência pura, devendo este ser entendido como ciência da engenharia social. “Séanos permitido, por un momento, pensar en la jurisprudência como una ciencia de ingeniería social cuya competencia corresponde a aquella parte de todo el campo social en el que puede lograrse la ordenación de relaciones humanas a través de la acción de la sociedad políticamente organizada” (Pound, 2004, p. 178).

jamais é um comportamento subjetivo frente a um ‘objeto’ dado, mas pertence à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido”. (Gadamer, 2011, p. 18).

A hermenêutica filosófica gadameriana situa-se no terceiro nível, exigindo do intérprete o reconhecimento de sua finitude histórica. Como afirma Gadamer (2011, p. 141), toda compreensão pressupõe o autoquestionamento crítico, no qual o intérprete submete suas certezas à prova, ampliando sua consciência dos efeitos da história sobre o sentido.

Segundo Gadamer (2011, p. 141), “[...] a hermenêutica implica, antes, que toda compreensão de algo ou de um outro vem precedida de uma auto-crítica. Aquele que compreende não postula uma posição superior. Confessa, antes, a necessidade de colocar à prova a verdade que supõe própria. É o que está implícito em todo compreender, e por isso todo compreender contribui para o aperfeiçoamento da consciência histórica dos efeitos.

A dialética proposta por Gadamer (2011), nesse sentido, aponta para a convergência de compreensões, a qual ele denomina “fusão de horizontes”, estruturada num sistema de perguntas e respostas<sup>74</sup>. “Essa é a razão por que todo compreender é sempre algo mais que a mera reprodução de uma opinião alheia. Quando se pergunta, abrem-se possibilidades de sentido, e com isso aquilo que possui sentido passa para a opinião pessoal” (Gadamer, 2011, p. 489).

Assim, a interpretação do texto começa pela descoberta de qual pergunta ele faz e quais seus desdobramentos na aferição da resposta. Todo esse processo permite que o caminho da compreensão até a “descoberta” da verdade contida ali esteja aberto às possibilidades do conhecimento, sendo a hermenêutica esse exercício de busca, mediado pela linguagem, em que compreender o outro passa por compreender a si mesmo (Aboboreira, 2013).

Esse diálogo do intérprete e a tradição com a obra enseja, por meio da fusão de horizontes, o encontro das opiniões do sujeito que investiga com as “opiniões” da obra investigada, o que demonstra claramente a presença do paradigma sujeito-sujeito e não mais sujeito-objeto na relação do conhecimento<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Para Gadamer, “[...] a dialética se concretiza na forma de pergunta e resposta, pois todo conhecimento tem de passar pela pergunta. Pergunta quer dizer colocar em aberto”. (BONFIM, 2010, p. 81).

<sup>75</sup> É a partir desta característica da hermenêutica filosófica que Gadamer entenderá que esta pressupõe elemento que ultrapassa a mera retórica, pois “[...] inclui sempre um encontro com as opiniões do outro, que vêm, por sua vez, à fala” (Gadamer, 2011, p. 140).

Bonfim (2010, p. 79) postula que a dialética da experiência não se encerra em um saber conclusivo, mas se realiza na abertura epistemológica gerada pelo próprio processo experiencial. Essa perspectiva ressalta que o conhecimento não é um produto estático, mas um movimento contínuo de interrogação e revisão, no qual o sujeito confronta-se com a indeterminação inerente ao ato de conhecer.

Gadamer, conforme sintetizado por Bonfim (2010, p. 81), enfatiza que todo questionamento pressupõe um saber prévio não articulado, uma indeterminação que impulsiona a busca por sentido. Essa dinâmica dialética implica que os horizontes interpretativos estão em constante reelaboração, permitindo a assimilação crítica da tradição e a produção de verdades científicas dinâmicas e contextualizadas, embora não absolutas.

Essa abordagem alinha-se à crítica de Karl Popper (1987) aos totalitarismos epistemológicos, desde o platonismo até o marxismo. Em *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, Popper rejeita a dogmatização do conhecimento, especialmente em teorias historicistas que negam a agência humana na transformação da realidade. Para ele, a ciência deve operar sob o princípio da falseabilidade, onde toda "verdade" é provisória e sujeita a revisão — ideia que ecoa a abertura gadameriana à experiência (Popper, 1987).

A rejeição gadameriana a verdades absolutas reverbera na hermenêutica jurídica, desafogando-a de modelos dogmáticos que reduzem o Direito à subsunção mecânica. Se a compreensão é um processo dialógico, a interpretação normativa deve integrar contextos sociais, valores históricos e a autocrítica do intérprete, conforme proposto por Camargo (2003). Isso implica reconhecer que a aplicação da lei não é mera técnica, mas uma práxis que exige engajamento com a contingência dos casos concretos.

A abertura à revisão contínua do conhecimento aproxima Gadamer de Jürgen Habermas, que, em *Teoria do Agir Comunicativo* (2012), defende uma racionalidade comunicativa baseada no diálogo intersubjetivo. Para Habermas, a validade das normas jurídicas depende de consensos alcançados em condições ideais de fala, livres de coerção. Essa sinergia com a hermenêutica filosófica reforça a necessidade de processos decisórios inclusivos, especialmente em sociedades pluralistas.

Richard Rorty, em *A Filosofia e o Espelho da Natureza* (1994), radicaliza a crítica ao fundamento último do conhecimento, defendendo que a verdade é um artefato linguístico contingente. Sua visão pragmática complementa a dialética gadameriana, ao sugerir que as "verdades" jurídicas são construídas através de práticas sociais e negociadas em comunidades interpretativas. Isso ressalta o caráter performático do

Direito, onde a interpretação não decifra sentidos ocultos, mas os produz em contextos específicos.

Em um cenário marcado pela desinformação e polarização, a hermenêutica gadameriana oferece ferramentas para enfrentar a crise de legitimidade das instituições. Ao substituir a busca por certezas absolutas pelo diálogo contínuo, ela propicia uma base para mediação de conflitos em sociedades fragmentadas. Contudo, exige dos intérpretes — sejam juízes, legisladores ou cidadãos — um compromisso com a humildade epistêmica, reconhecendo que toda compreensão é parcial e provisória.

No que se refere à hermenêutica jurídica, a principal contribuição da hermenêutica filosófica se dá na ligação prática entre o compreender e a aplicação do conhecimento<sup>76</sup>. Ao interpretar a norma jurídica, o magistrado realiza uma fusão de horizontes entre o texto legal e seu próprio contexto histórico-cultural, integrando-se à tradição hermenêutica. Desse processo dialético emerge a sentença, que, embora singular, adquire força normativa, transcendendo a mera aplicação mecânica para assumir caráter constitutivo do Direito. Nessa perspectiva, Gadamer (2011, p. 19) destaca que a decisão judicial, longe de ser um ato discricionário, exige fundamentação ético-hermenêutica, mediando passado e presente por meio de uma interpretação que reconcilie a intencionalidade da lei com as exigências do caso concreto.

Importa esclarecer, contudo, que a contribuição gadameriana não se configura como uma teoria decisória pronta, mas como uma reflexão ontológica sobre a compreensão humana, aplicável ao Direito enquanto prática linguística e histórica. A hermenêutica filosófica, assim, desloca o foco da busca pela "vontade original do legislador" – típica do positivismo jurídico – para o diálogo entre intérprete, texto e tradição, onde o sentido normativo se reconstrói dinamicamente.

Esse paradigma questiona radicalmente os métodos tradicionais de exegese, como a interpretação literal, sistemática ou teleológica, que pressupõem a possibilidade de neutralidade na decodificação da lei. Da mesma forma, rejeita abordagens que reduzem o Direito a um ato político de vontade (positivismo semântico) ou a meros jogos de precedentes (jurisprudência dos conceitos), por negligenciarem a pré-compreensão do julgador – elemento inevitável e estruturante do ato interpretativo (Aboboreira, 2013).

---

<sup>76</sup> Gadamer (2011, p. 497) ressalta que “[...] compreender o que alguém diz é pôr-se de acordo na linguagem e não transferir-se para o outro e reproduzir suas vivências. Destacamos que a experiência de sentido, que assim ocorre na compreensão, implica sempre um momento de aplicação. Percebemos agora que *todo esse processo é um processo de linguagem*”.

A hermenêutica gadameriana desvela a falácia do objetivismo jurídico, que imagina a interpretação como espelho da "vontade legislativa". Na realidade, a linguagem normativa é inerentemente aberta, carregada de ambiguidades que exigem atualização contextual. Como afirma Dworkin (1977), o Direito não é um catálogo de regras, mas uma "cadeia narrativa" em constante reinterpretação. Assim, o juiz não decifra sentidos ocultos, mas participa de uma construção coletiva de significado, onde sua historicidade – longe de ser um vício – é condição de possibilidade para a justiça.

A mediação entre tradição e atualidade impõe ao intérprete uma responsabilidade ética. Ao reconhecer-se como parte da tradição, o magistrado deve evitar tanto a submissão acrítica ao passado quanto a ruptura arbitrária, buscando equilíbrio na *phronesis* (sabedoria prática aristotélica). Essa virtude exige sensibilidade para identificar demandas sociais emergentes – como direitos digitais ou ambientais – que desafiam estruturas legais obsoletas. Nesse sentido, a sentença justa não é aquela que reproduz dogmas, mas que transforma a norma em resposta ao "outro" concreto.

A abordagem hermenêutica converge com críticas pós-positivistas ao formalismo jurídico. Para Habermas (1992), a legitimidade da decisão depende de um processo dialógico que inclua vozes marginalizadas. Se Gadamer enfatiza o diálogo com a tradição, Habermas amplia o horizonte para o espaço público deliberativo, sugerindo que a interpretação judicial deve incorporar perspectivas plurais. Essa sinergia revela que o Direito, como prática social, exige tanto fidelidade ao texto quanto coragem para ressignificá-lo frente a injustiças estruturais.

A ascensão de algoritmos e IA no Judiciário reacende o debate sobre os limites da interpretação humana. Sistemas como o *Predictive Justice* pretendem eliminar "vícios" hermenêuticos, mas ignoram que a subsunção automatizada esvazia o Direito de seu núcleo ético: a capacidade de julgar singularidades. A tecnohermenêutica, portanto, não substitui, mas demanda novas competências interpretativas, como a crítica a vieses algorítmicos e a reafirmação do papel humano na concretização de valores constitucionais. Assim, a fusão de horizontes gadameriana revela-se ainda mais urgente em tempos de hipertecnologia.

No outro extremo, põe em debate a hermenêutica jurídica que leva em consideração a jurisprudência dos interesses e, posteriormente, a jurisprudência de valores, uma vez que a interpretação da lei está ligada a determinado contexto de

aplicação, não podendo sua atividade ser restrita ao exercício hermenêutico arbitrário e solipsista do juiz<sup>77</sup>.

A interpretação normativa realizada pelo magistrado configura-se como um processo dialético de fusão entre o horizonte semântico do texto legal e o contexto histórico-cultural do intérprete, integrando-se a uma tradição hermenêutica que transcende a mera exegese literal. Nesse movimento, a sentença judicial emerge como ato constitutivo do Direito, dotado de força normativa, pois opera a mediação entre a generalidade abstrata da lei e a singularidade do caso concreto. Gadamer (2011, p. 19) enfatiza que a decisão jurídica não se reduz a um exercício discricionário, mas exige uma fundamentação ética e contextualizada, capaz de articular a intencionalidade originária da norma com as demandas contemporâneas, atualizando seu sentido em um *continuum* histórico. Tal perspectiva redefine a jurisdição como prática criativa, em que a aplicação da lei se entrelaça à sua reinterpretação.

A contribuição gadameriana à teoria do Direito reside em sua análise ontológica do ato interpretativo, entendido como fenômeno linguístico e histórico. Ao rejeitar a busca pela "vontade original do legislador" – núcleo do positivismo clássico –, a hermenêutica filosófica redireciona o foco para a relação triádica entre intérprete, texto e tradição. Nesse diálogo, o sentido normativo não é descoberto, mas reconstruído dinamicamente, incorporando as pré-compreensões do julgador e as transformações sociais. O Direito, assim, revela-se como uma prática discursiva em permanente devir, cuja coerência deriva não de critérios formais, mas da capacidade de responder a contextos específicos sem romper com a historicidade que o fundamenta.

A hermenêutica gadameriana subverte paradigmas exegéticos consolidados – como os métodos literal, sistemático e teleológico – ao demonstrar a impossibilidade de neutralidade na decifração das normas. Ao mesmo tempo, rejeita reducionismos que

---

<sup>77</sup> A jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores correspondem a momentos distintos por que passaram a metodologia e interpretação do Direito, analisadas com profundidade por Larenz (1991). A jurisprudência dos conceitos, aplicada no Século XIX, deita suas raízes no Direito Natural e no historicismo hegeliano. Almejava, conforme Larenz (1991, p. 25), propor uma genealogia dos conceitos aplicada ao Direito, dando ênfase na teoria "objectivista" da interpretação. A jurisprudência dos interesses, nascida em seguida, sob nítida influência da sociologia, considerava a produção legislativa como produção de interesses e o Direito como o sistema de tutela desses. A jurisprudência dos valores, por sua vez, buscará identificar os interesses de acordo com suposta ordem de valoração existente na atividade legislativa. De acordo com Larenz (1991, p. 165), dessa concepção, cujo conteúdo integra a metodologia jurídica atual, surgem diversos problemas, como o consubstanciado no questionamento proposto pelo próprio Autor: "É aqui o juiz remetido para a sua intuição valorativa, para a sua capacidade de julgar, sedimentada no exercício da sua actividade (o seu 'recto juízo'), o seu 'parecer', ou existem valores e critérios de valoração extra ou supralegais a que ele possa ou deva arrimar-se?"

concebem o Direito como expressão de vontade política (positivismo semântico) ou como mera técnica de subsunção a precedentes (jurisprudência conceitual). Essas abordagens falham ao negligenciar a *pré-compreensão* do intérprete, elemento estruturante que condiciona todo ato hermenêutico. A interpretação jurídica, portanto, não é operação técnica, mas prática reflexiva que reconhece a circularidade entre o universal (norma) e o particular (caso), mediada pela tradição.

A crítica hermenêutica ao objetivismo jurídico expõe a ilusão de transparência semântica das normas. A linguagem legal é essencialmente polissêmica, sujeita a *hiato de significação* entre texto e contexto. Como demonstra Hart (1961), toda regra possui uma "zona de penumbra" que exige escolhas interpretativas. Nesse vácuo, o juiz não atua como mero decodificador, mas como coautor de um sistema jurídico em evolução. A indeterminação não representa uma falha, mas uma condição necessária para que o Direito preserve sua adaptabilidade às complexidades sociais, evitando a fossilização normativa.

A fusão de horizontes proposta por Gadamer implica um compromisso ético com a equidade processual. O intérprete, ao situar-se na tensão entre fidelidade à norma e responsabilidade para com o caso concreto, deve exercer uma *racionalidade prudencial* (phronesis), balizada por valores constitucionais. Essa perspectiva alinha-se ao modelo de Dworkin (1986) do "juiz Hércules", que integra princípios morais à decisão, garantindo coerência e integridade ao sistema. A sentença, assim, torna-se um ato de justiça substantiva, que harmoniza segurança jurídica e adaptabilidade, superando a dicotomia entre positivismo e naturalismo.

A hermenêutica filosófica dialoga com teorias críticas que enfatizam o caráter multifacetado do Direito. A globalização exige um *cosmopolitismo jurídico*, capaz de integrar saberes locais e universais. Nesse cenário, a interpretação judicial deve transcender o monólogo institucional, incorporando narrativas de grupos marginalizados – indígenas, migrantes, minorias étnicas –, cujos direitos muitas vezes colidem com estruturas legais hegemônicas. A decisão judicial, portanto, transforma-se em arena de reconhecimento de identidades, reconfigurando a própria noção de legalidade (Aboboreira, 2013).

A automatização de processos judiciais por meio de algoritmos introduz riscos epistemológicos à prática interpretativa. Sistemas de *machine learning*, ao operarem com padrões estatísticos, tendem a reproduzir vieses históricos e a negligenciar singularidades éticas. A resposta a esse desafio exige uma *tecnohermenêutica crítica*, que combine

análise de dados com reflexão axiológica, assegurando que a tecnologia sirva à emancipação social, não à opressão sistêmica. A fusão gadameriana de horizontes, portanto, reafirma-se como antídoto contra a desumanização da justiça.

A hermenêutica filosófica, ao reconhecer o caráter dinâmico e histórico da interpretação jurídica, oferece um arcabouço teórico essencial para repensar o papel dos precedentes no processo constitucional. Longe de serem meras reproduções de decisões passadas, os precedentes, sob a ótica gadameriana, integram-se a um *diálogo hermenêutico* entre tradição e inovação, onde sua aplicação exige mediação crítica entre a autoridade da jurisprudência consolidada e as exigências éticas do caso concreto. Nesse sentido, o precedente não se impõe como dogma, mas como *horizonte de possibilidades*, reinterpretado à luz de contextos sociais em transformação. Essa abordagem evita a fossilização do Direito, garantindo que a força normativa dos precedentes resida em sua capacidade de adaptação, sem desprezar a segurança jurídica que conferem ao sistema.

Ademais, a hermenêutica filosófica fundamenta uma visão constitucionalmente comprometida dos precedentes, ao vincular sua aplicação a princípios como a *igualdade substancial* e a *dignidade humana*. Ao invés de reduzir a análise a critérios formais de similitude entre casos, propõe-se uma avaliação prudencial (*phronesis*), na qual o juiz confronta a racionalidade do precedente com as demandas concretas de justiça, especialmente em litígios que envolvem minorias ou direitos fundamentais. Como destaca Dworkin (1986), a integridade do sistema exige que os precedentes sejam reinterpretados como elos de uma "cadeia de princípios", capazes de harmonizar coerência histórica e respostas inéditas a injustiças estruturais. Assim, a vinculação a precedentes torna-se instrumento de emancipação, não de conservação acrítica.

Por fim, em um cenário marcado pela complexidade tecnológica e pelo pluralismo jurídico, a hermenêutica filosófica alerta para os riscos de automatização irrefletida de precedentes – como ocorre em sistemas de *machine learning* –, que podem cristalizar vieses ou negligenciar singularidades éticas. A contribuição normativa dessa abordagem reside em afirmar que a autoridade dos precedentes depende de sua *legitimação contínua* por meio de diálogos públicos e institucionais, nos quais se reconciliam estabilidade e transformação. Ao situar os precedentes como parte de uma tradição viva, a hermenêutica reafirma o processo constitucional como espaço de construção coletiva de sentido, onde o passado orienta, mas não aprisiona, e o futuro se abre à concretização de uma justiça sempre inacabada.

## 5.2 A Constituição como processo público e paradigma hermenêutico da sociedade aberta

A Constituição, longe de ser um texto estático ou um monumento jurídico intocável, configura-se como um *processo público* dinâmico, em constante diálogo com as transformações sociais, políticas e culturais. Nessa perspectiva, seu papel transcende a mera organização do poder estatal: ela atua como *horizonte hermenêutico* que estrutura a compreensão coletiva dos direitos, deveres e valores fundamentais em uma sociedade plural. Ao integrar a tradição jurídica com as demandas emergentes, a Carta Constitucional opera como mediadora de conflitos e garantidora de uma ordem aberta à participação democrática, onde a interpretação normativa não se limita à subsunção formal, mas assume caráter constitutivo, redefinindo sentidos em resposta às tensões entre estabilidade e mudança.

Sob o paradigma da *sociedade aberta* – conceito cunhado por Popper (1945) e ressignificado no Direito por autores como Peter Häberle (1997) –, a Constituição transforma-se em arena de debates públicos, na qual múltiplos atores (Estado, cidadãos, movimentos sociais) colaboram na construção contínua de seu significado. Essa abordagem hermenêutica reconhece que a interpretação constitucional não é monopólio de tribunais, mas processo coletivo alimentado por pré-compreensões sociais e disputas axiológicas. Assim, a norma fundamental deixa de ser um sistema fechado para tornar-se *texto vivo*, cuja força normativa reside na capacidade de articular consensos provisórios, sem suprimir o dissenso, garantindo que a sociedade se projete como comunidade de intérpretes em permanente devir.

Peter Häberle é reconhecido como um dos autores de referência do pós-positivismo de vertente pragmática – movimento identificado como aquele de reação ao legalismo presente nas teorias juspositivistas –, fundamentando sua teoria na práxis. Confere ao exame da realidade, da interpretação e concretude da norma prevalência sobre a ordem de valores possivelmente arraigada nos comandos legais, segundo moral, costumes, argumentação ou consenso. Suas teses estão inseridas no campo da Teoria Constitucional, cujos aportes vão desde a hermenêutica jurídica à nova formulação do Estado Constitucional Cooperativo, e têm encontrado crescente guarida no cenário da Teoria Constitucional brasileira, notadamente em referência ao processo de controle de constitucionalidade das leis (Aboboreira, 2013).

O principal paradigma teórico que centraliza as incursões doutrinárias do Autor está na democracia liberal de feição plural, aberta e participativa. Sustenta a Teoria Constitucional como derivada diretamente da cultura, o que lhe confere feição dinâmica e dialógica permanente. Assertiva que não é suficiente para enquadrá-lo entre os autores relativistas, em decorrência da utilização dos princípios da dignidade da pessoa humana e democrático como premissas essenciais da formulação do seu pensamento<sup>78</sup>.

Reconhecendo o pluralismo como pressuposto axiológico-normativo central das democracias constitucionais, Mikunda-Franco (2002) propõe uma reconfiguração epistemológica do Estado Social, ancorada na própria Constituição. Nesse modelo, cidadãos e juristas assumem papel de *cointérpretes* ativos, cuja interação permite releituras contextualizadas do texto constitucional, enriquecidas por “pré-compreensões culturais”.

Essa abordagem transcende a hermenêutica tradicional, transformando a interpretação em um diálogo contínuo entre universalidade normativa e singularidades histórico-sociais. A Constituição, assim, deixa de ser um artefato estático para tornar-se um *processo dinâmico*, cuja inteligibilidade depende da mediação entre atores diversos, capazes de ressignificar direitos e deveres à luz de realidades mutantes.

A efetividade do constitucionalismo democrático exige a associação entre pluralismo valorativo e arranjos federativos, conforme exemplificado pelo paradigma alemão. Nesse contexto, os direitos fundamentais assumem uma *dupla projeção normativa*: funcionam como garantias individuais e, simultaneamente, como expressão de um projeto coletivo de justiça. Essa dualidade legitima a interpretação constitucional como *prática pública*, na qual o pluralismo não se restringe à coexistência de visões, mas se consolida como princípio estruturante. O federalismo, nesse cenário, opera como mecanismo político-institucional que materializa a diversidade, fomentando diálogos entre esferas de poder e ampliando a participação na construção do sentido constitucional.

Häberle (1997) redefine a hermenêutica constitucional ao deslocar o debate dos métodos para os *sujeitos da interpretação*. Sustenta que o processo hermenêutico envolve, em potencial, todas as instituições estatais, cidadãos e grupos sociais, rejeitando a ideia de um *numerus clausus* de intérpretes. Para o autor, a interpretação é uma

---

<sup>78</sup> Embora Häberle (2001, p. 169) apresente a teoria constitucional associada ao contexto cultural da formação da Constituição, ele aborda a dignidade da pessoa humana como premissa antropológico-cultural do Estado Constitucional e a democracia como consequência organizativa. Caminha mais no sentido de contextualização da norma e não sua relatividade.

atividade *pragmática e difusa*, exercida tanto por agentes autorizados (intérpretes em sentido estrito) quanto por atores não institucionalizados (intérpretes em sentido lato), que vivenciam a norma em seu cotidiano. Essa perspectiva democratiza a hermenêutica, reconhecendo que a construção do sentido constitucional emerge de interações entre espaços formais e informais de poder.

Häberle (1997, p. 30) entende a interpretação como processo aberto, capaz de conhecer possibilidades e alternativas múltiplas, contrariando a “ideologia da subsunção”. Desta forma, a ampliação do círculo de intérpretes seria mera conseqüência da necessidade de integração da realidade no procedimento hermenêutico.

De forma contrária ao paradigma restritivo que norteia o acesso dos cidadãos aos Tribunais Constitucionais nas atuais Constituições dogmáticas, como a Constituição Federal Brasileira, de 1988, Häberle (2002, p. 86) afirma que a interpretação da Constituição deve ser entendida como processo público.

A exegese constitucional exige, teoricamente, ser ampliada e aprofundada com a adição da 'dimensão do público', uma vez que seu objeto não é outro senão a própria Constituição, sobre a qual se fundamenta a *res publica*, e porque, em seus procedimentos, estão pessoalmente envolvidas, além de muitos outros fatores, todas as forças públicas. (Häberle, 2002, p. 87)<sup>79</sup>.

A implementação da tríade cognitiva — composta pelas dimensões possibilista, realista e necessária — em ordenamentos constitucionais contemporâneos configura-se como um mecanismo epistêmico indispensável para responder a desafios complexos, como os derivados da globalização e da revolução digital. A perspectiva possibilista viabiliza a reinterpretação dinâmica de normas frente a fenômenos emergentes, a exemplo da regulamentação da privacidade de dados em ambientes digitais, permitindo adaptações sem rupturas jurídicas (Aboboreira, 2013).

Paralelamente, a dimensão realista impõe a análise crítica de assimetrias estruturais de poder, como as existentes entre Estados nacionais e conglomerados corporativos transnacionais, cuja influência desafia a soberania normativa. Por fim, o elemento necessário atua como um limite axiológico, garantindo que inovações técnicas não fragilizem princípios intransigentes, como a dignidade humana e os direitos

---

<sup>79</sup> Texto original: “La exégesis constitucional requiere teóricamente por tanto ser ampliada y profundizada tras añadirle la ‘dimensión de lo público’, toda vez que su objeto no es otro que la propia constitución sobre la que se basa la mismísima *res publica* y porque en sus procedimientos se hallan implicadas personalmente, además de otros muchos factores, todas las fuerzas públicas” (Häberle, 2002, p. 87).

fundamentais. Essa abordagem tripartite sustenta uma constitucionalidade adaptativa, equilibrando flexibilidade interpretativa com a preservação de núcleos éticos irreduzíveis.

Críticas à Hermenêutica Pluralista e Mediação Institucional Ainda que a interpretação constitucional pluralista se afirme como um paradigma democrático, sua exequibilidade prática enfrenta questionamentos teóricos e empíricos. Críticos apontam que a ampliação desregrada de intérpretes pode gerar fragmentação decisória, especialmente em cenários de polarização política, onde a divergência de interesses dificulta a construção de consensos mínimos.

Adicionalmente, identifica-se o risco de inclusão simbólica: grupos minoritários, embora formalmente reconhecidos, permanecem marginalizados devido a barreiras materiais (ex.: acesso limitado a tecnologias) ou à captura de espaços deliberativos por atores hegemônicos. Para mitigar essas distorções, propõe-se a institucionalização de mecanismos deliberativos híbridos, como audiências públicas com participação estratificada (garantindo representatividade) e plataformas digitais com moderação qualificada, capazes de filtrar contribuições relevantes sem suprimir pluralismo.

As plataformas digitais emergem como dispositivos catalisadores do ideal haberliano de sociedade aberta de intérpretes constitucionais. Sistemas de participação eletrônica — a exemplo do *e-Democracia* brasileiro — operacionalizam o *crowdsourcing* de argumentos em processos legislativos e judiciais, ampliando a base de legitimidade democrática. Contudo, sua efetividade depende da superação de riscos inerentes, como a manipulação algorítmica (que distorce preferências coletivas) e a exclusão digital (que replica desigualdades socioeconômicas no espaço virtual).

A regulamentação dessas ferramentas exige a aplicação da tríade cognitiva: (I) exploração de potencialidades (viés possibilista): Utilização de inteligência artificial para identificar padrões em contribuições cidadãs; (II) ajuste a contextos desiguais (viés realista): Implementação de infraestrutura de acesso gratuito em regiões periféricas; (III) garantia de transparência (viés necessário): auditoria pública de algoritmos para evitar vieses discriminatórios. Essa triangulação assegura que a inovação tecnológica sirva à democratização substantiva, e não à mera performatividade participativa.

A evolução do debate exige reconhecer que o pluralismo interpretativo não é um fim em si mesmo, mas um meio para constitucionalismos mais inclusivos. Em um mundo marcado por crises migratórias e identidades transnacionais, a tensão entre direitos universais e particularismos culturais demanda reinterpretções contínuas da tríade cognitiva. Por exemplo, como harmonizar a liberdade religiosa com a igualdade de gênero

em sociedades multiculturais? A resposta haberliana sugere que a "abertura" constitucional deve ser recíproca: assim como a sociedade influi na interpretação, o texto constitucional deve educar a sociedade em valores de tolerância ativa, criando um ciclo virtuoso entre norma e prática.

O pensamento possibilista, também denominado “possibilismo filosófico” ou “pluralista alternativo”, toma as Constituições liberais como marco referencial e material, razão pela qual se afigura normativo, embora abarque o conceito de “abertura de espírito” de Popper (1987), ou seja, mantém-se sempre aberto às transformações cotidianas que envolvam o marco legal da Constituição. Significa pensar mediante alternativas, mostrando-se mais importante quanto mais aberta, plural e política revele-se a ordem constitucional. Nesta, abre-se um leque de possibilidades de institucionalização e garantias de direitos, bem como é fornecido espaço amplo para tomada de decisões. Esse espaço “[...] presuponen una comunicación lo más libre de cohibiciones posible”. (Häberle, 2002, p. 65).

Embora esta passagem sugira certa aproximação da teoria de Häberle com os escritos de Jürgen Habermas, não é possível estabelecer conexões mais estreitas. Enquanto o agir comunicativo, em Habermas, pressupõe a ausência de coerção mediante a livre apresentação dos espíritos para o consenso, em Häberle esse consenso é favorecido pela garantia institucional do processo participativo, que pressupõe em si mesmo o conflito de ideias e opiniões (Aboboreira, 2013).

O possibilismo filosófico e a alternativa plural (pluralismo) não são apresentados como fins em si mesmo, mas como meios para conservar e recriar, de forma contínua, condições de liberdade para todos os cidadãos, visando a consecução de justo e racional equilíbrio de interesses, a salvaguarda da Constituição, através dos tempos, e o desenvolvimento dos bens públicos de todo ser humano em benefício deste e da comunidade.

A integração metodológica entre as dimensões realista e necessária ao pensamento possibilista constitui um imperativo teórico para evitar que a interpretação constitucional redunde em idealizações desconectadas das contingências empíricas. O elenco de alternativas normativas deve ser orientado por necessidades sociopolíticas objetivas, identificadas por meio de diagnósticos estruturais das instituições e dinâmicas coletivas. Nesse contexto, o viés possibilista opera como um mecanismo hermenêutico de potencialização normativa, capaz de desvelar a carga inovadora implícita nos textos jurídicos, sem ignorar os limites impostos pela realidade fática.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a proteção das minorias exige que o regime das liberdades públicas articule o potencial transformador do possibilismo com os imperativos de segurança jurídica. Como afirma Häberle (2002), essa postura não se configura como revolucionária, mas evolutiva, assentando-se em uma dialética entre racionalidade crítica e falseabilidade popperiana. A Constituição, nessa perspectiva, é compreendida como um processo público dinâmico, sujeito a contínua reconstrução por meio de conjecturas (possibilidades normativas) e refutações (testes de realidade), as quais filtram propostas à luz de sua compatibilidade com o ordenamento.

A filosofia alternativo-possibilista pressupõe um modelo constitucional aberto, que se estende às estruturas estatais, societárias e epistemológicas. Conforme Häberle (2002, p. 75), "[...] essa forma de pensamento pressupõe uma Constituição permanentemente aberta, assim como um modelo de Estado, sociedade e filosofia igualmente abertos, criando, por si mesma, essa condição intrínseca de abertura". Tal aberturismo institucional não apenas reflete a pluralidade de valores em sociedades complexas, mas atua como condição de possibilidade para a própria atualização democrática do texto constitucional.

Os limites do pensamento possibilista, segundo Häberle (2002), coincidem com os marcos axiológicos da tolerância inerentes às Constituições liberais. As proposições jurídicas, embora livres em sua gênese teórica, representam possibilidades normativas pré-constitucionais que devem ser submetidas a um duplo crivo, o crivo realista (análise de viabilidade à luz de assimetrias de poder e recursos institucionais); e o crivo necessário (avaliação de conformidade com princípios intransponíveis, como dignidade humana e igualdade substantiva).

Após esse processo de ponderação racional, as ideias transformam-se em normas legitimadas, dotadas de efetividade potencial, cuja aplicação exige monitoramento contínuo para evitar distorções pragmáticas ou capturas por interesses hegemônicos.

Todo pensamento, toda ideia de alternatividade, deve permanecer inerente ao seu próprio sistema, entendendo-se por sistema todos os requisitos necessariamente constitutivos tanto da abertura quanto do pluralismo científico, tanto em nível teórico quanto simultaneamente em nível sociopolítico prático do Estado constitucional. (...) Por isso, a realidade substancial de toda <<Constituição libertária>> reside no fato de se apresentar como uma proposta aberta, tal como resulta da Lei Fundamental, onde suas próprias exigências são as marcas que

delimitam os limites da própria filosofia possibilista entendida como categoria jurídica (Häberle, 2002, p. 77-78)<sup>80</sup>.

A tríade cognitiva proposta por Häberle – composta pelas dimensões possibilista, realista e necessária – atua de maneira integrada e dialética no processo de criação e interpretação normativa, configurando um modelo hermenêutico dinâmico. Sob uma perspectiva procedimental, seu funcionamento pode ser compreendido a partir de três estágios inter-relacionados, ainda que não lineares. Inicialmente, o diagnóstico realista analisa as condições materiais e institucionais do contexto, identificando restrições estruturais e assimetrias de poder inerentes ao *status quo*. Em seguida, a exploração possibilista mapeia alternativas normativas viáveis, transcendendo o texto legal para abarcar potencialidades ainda não institucionalizadas, como políticas de inclusão digital ou novos marcos regulatórios.

Por fim, a filtragem necessária avalia essas propostas à luz de princípios ético-jurídicos intransigentes, como dignidade humana e igualdade substantiva, descartando opções que colidam com imperativos axiológicos. Essa tríade não segue uma sequência rígida: seus elementos auto regulam-se reciprocamente, impedindo a hegemonia de qualquer perspectiva. O realismo, por exemplo, atua como contrapeso crítico tanto ao conservadorismo dogmático quanto a projetos transformadores desconectados da realidade, enquanto a dimensão necessária estabelece limites materiais à inovação possibilista, evitando que avanços técnicos ou ideológicos negligenciem direitos fundamentais.

No âmbito da aplicação prática, Häberle propõe um processo de seleção teleológica, no qual objetivos normativos são hierarquizados conforme sua relevância para o desenvolvimento social. Essa seleção exige flexibilidade cognitiva para evitar cristalizações doutrinárias, priorizando alternativas que promovam avanços estruturais – como a universalização de serviços básicos – e previnam retrocessos, como a erosão de direitos sociais. A retroalimentação normativa desempenha papel crucial nesse processo, incorporando *inputs* derivados da prática jurídica e sociopolítica – como jurisprudência consolidada e avaliações de impacto regulatório – para recalibrar o ordenamento de modo

---

<sup>80</sup> Texto original: “Todo pensamiento, toda Idea de alternatividad, siempre deberá permanecer inmanente a su propio sistema, entendiendo por sistema todos los requisitos necesariamente constitutivos tanto de apertura como de pluralismo científicos, tanto a nivel teórico como simultáneamente a nivel sociopolítico práctico del Estado constitucional (...). Por ello, la realidad sustancial de toda <<Constitución libertaria>> estriba en el hecho de presentarse como una oferta abierta tal y como resulta de la Ley Fundamental, donde sus propias exigencias son las marcas que señalan los límites de la propia filosofía posibilista entendida como categoría jurídica (Häberle, 2002, p. 77-78).

contínuo. Dessa forma, o "universo de possibilidades" não se reduz a um repertório abstrato, mas constitui um banco de soluções contextualizadas, cuja efetividade depende do diálogo permanente entre teoria e realidade.

Essa construção teórica alinha-se ao pluralismo hermenêutico, que amplia o círculo de intérpretes constitucionais para além das instâncias formais, integrando atores sociais, técnicos e institucionais. A legitimidade democrática desse modelo deriva de dois eixos interdependentes: a legitimação procedimental, garantida por mecanismos transparentes de participação em fóruns deliberativos, e a legitimação epistêmica, resultante do enriquecimento decisório mediante a incorporação de saberes plurais – jurídicos, sociológicos e técnicos (Aboboreira, 2013).

Como ressalta Häberle (1997, p. 32), trata-se de um processo de aprendizagem institucional bidirecional: não apenas os participantes assimilam normas, mas os tribunais reinterpretam seu papel a partir do diálogo com a sociedade, absorvendo críticas e demandas coletivas. Essa sinergia deliberativa converte a hermenêutica em um instrumento de democratização contínua do Direito, onde a qualidade das decisões judiciais está diretamente vinculada à densidade participativa e à diversidade de vozes incluídas no processo. Nesse contexto, a tríade cognitiva não apenas assegura coerência ao sistema jurídico, mas também o transforma em um organismo vivo, capaz de evoluir sem perder sua essência garantista, harmonizando inovação, realidade e ética em um equilíbrio dinâmico e responsivo.

A legitimação dos agentes no processo hermenêutico constitucional decorre da natureza híbrida da Constituição, que integra dimensões políticas e sociais, transcendendo a dicotomia entre esfera pública e privada. Essa estrutura normativa inviabiliza a redução das forças sociais a meros objetos de interpretação por instituições formais, exigindo sua incorporação como sujeitos ativos no procedimento hermenêutico. Nesse modelo, a participação pluralista não se restringe a uma concessão institucional, mas emerge como imperativo derivado do próprio desenho constitucional, que reconhece a sociedade como fonte cooriginária de sentido jurídico.

Häberle (1997, p. 36) desafia a concepção clássica de "povo" na teoria democrática, que o reduz a um ente abstrato delegante, cuja voz se restringe à eleição de representantes e à submissão à autoridade interpretativa de cortes constitucionais. Para o autor, o povo manifesta-se como ator pluralista no processo constitucional, encarnado em partidos políticos, opiniões científicas, grupos de interesse e cidadãos individuais (Häberle, 1997, p. 37). Essa reconfiguração atribui ao cidadão competência objetiva na

interpretação constitucional, entendida como direito inerente à cidadania. Tal direito fundamenta-se na premissa de que a democracia se constrói mediante o debate contínuo sobre possibilidades, alternativas e necessidades sociais, processos que não admitem interrupção ou monopolização por elites dirigentes (Häberle, 1997, p. 37).

A abertura do círculo hermenêutico proposto por Häberle implica a relativização da interpretação estatal, deslocando o monopólio tradicionalmente atribuído ao Estado-Juiz. Nesse paradigma, os participantes do processo – em sentido lato (cidadãos, movimentos sociais) e estrito (especialistas, instituições) – conformam uma esfera pública pluralista de força normativa, capaz de vincular as cortes constitucionais em suas decisões. Como ressalta o autor, a Corte deve "[...] interpretar a Constituição em correspondência com sua atualização pública" (Häberle, 1997, p. 41), reconhecendo que a legitimidade de suas decisões depende da sintonia com as dinâmicas sociais em constante transformação.

Essa perspectiva expande a noção de Constituição material para além dos limites da interpretação judicial formal. Cidadãos, grupos sociais, órgãos estatais não jurisdicionais e práticas da esfera privada realizam atos concretos de interpretação constitucional, tomando decisões que materializam a norma fundamental sem necessariamente transitar por processos formais. Para Häberle (1997, p. 42), a hermenêutica jurídica deve traduzir a "pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade", elementos que antecedem e permeiam o texto escrito, configurando-se como substratos vivos do ordenamento.

Assim, o processo constitucional formal precisa ser ampliado para abarcar práticas interpretativas difusas, que ocorrem em arenas legislativas, midiáticas, acadêmicas e comunitárias, garantindo que a Constituição não se cristalice como dogma, mas evolua como projeto coletivo em permanente construção.

Referida ampliação é realizada quando estes participantes são trazidos para dentro do procedimento formal. Os princípios e os métodos de interpretação, por conseguinte, passam a exercer a função de “filtros” mediadores das diversas vozes que estão a se fazer presentes no processo hermenêutico, gerando consequências diretas na forma como a Corte Constitucional analisará a legitimação legislativa e como guiará a fundamentação das suas decisões (Aboboreira, 2013).

A noção de "legitimação legislativa" em Häberle (1997) refere-se ao processo de validação democrática de uma norma questionada perante a Constituição, analisando como ela foi formulada pelo legislador. No direito constitucional brasileiro, esse conceito

corresponde à análise de constitucionalidade formal, que avalia a conformidade do procedimento legislativo com os requisitos estabelecidos pela Carta Magna. O autor argumenta que a Corte Constitucional deve considerar a legitimidade democrática intrínseca ao processo legislativo, que resulta da participação de múltiplos atores sociais na construção da norma. Como afirma Häberle (1997, p. 45), "[...] a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as normas possuem, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional". Essa perspectiva reforça a ideia de que a legitimidade não se restringe à origem formal da lei, mas engloba sua gênese pluralista.

A atuação do Tribunal Constitucional assume papel crítico na proteção de interesses não representados ou sub-representados no processo legislativo, caracterizando-se como uma instância contramajoritária. Essa função implica o controle judicial sobre decisões parlamentares majoritárias, avaliando sua compatibilidade com princípios democráticos, institucionais e direitos fundamentais universalizados pela Constituição. O caráter contramajoritário não visa anular a vontade popular, mas assegurar que maiorias transitórias não violem o núcleo axiológico do pacto constitucional, especialmente em contextos onde grupos vulneráveis são excluídos do debate legislativo.

No âmbito do direito processual constitucional, a abertura hermenêutica materializa-se por meio da ampliação de instrumentos informativos à disposição dos juízes, como *amicus curiae*, audiências públicas e perícias técnicas. Esses mecanismos transformam o processo em um espaço de participação democrática, permitindo que vozes marginalizadas (ex.: comunidades tradicionais, minorias étnicas) influenciem decisões que afetam seus direitos. Essa evolução redefine o processo constitucional não apenas como técnica jurídica, mas como ferramenta de inclusão política, alinhada ao ideal haberliano de sociedade aberta de intérpretes.

Häberle (1997) problematiza dois desafios centrais nesse modelo: a possibilidade de consensos e a natureza do dissenso. Para o autor, o consenso constitucional não emerge da harmonização artificial de visões, mas do conflito institucionalizado e de compromissos entre atores com interesses e perspectivas antagônicas. Como destaca, "[...] o consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses" (Häberle, 1997, p. 51).

Nesse sentido, a função da Corte não é eliminar o dissenso, mas mediá-lo à luz da Constituição, convertendo-o em acordos provisórios que respeitem a pluralidade inerente

às sociedades complexas. Essa abordagem reconhece o conflito como motor de renovação democrática, evitando a fossilização interpretativa e promovendo uma hermenêutica constitucional dinâmica e responsiva.

A segunda questão proposta por Häberle (1997) problematiza o papel da Teoria Constitucional em oferecer interpretações juridicamente válidas, propondo sua integração epistêmica com a Teoria da Legislação. Em um cenário pós-monopólio hermenêutico estatal, restringir a análise doutrinária à jurisdição implica reduzir a complexidade normativa das sociedades abertas, nas quais a produção de sentido constitucional ocorre em múltiplas arenas (parlamentos, movimentos sociais, academia). Essa integração exige reconhecer que a "interpretação correta" não é um dado a priori, mas um constructo dialético, resultante da interação entre textos legais, práticas institucionais e demandas sociais, mediada por critérios de racionalidade procedimental.

Quanto à crítica sobre a erosão da segurança jurídica e da Teoria da Decisão diante da pluralização interpretativa, Häberle (1997) reconhece que a palavra final deve residir no Tribunal Constitucional, porém ressignifica sua legitimidade. A autoridade decisória da Corte não decorre apenas de sua competência formal (art. 102 da CF/88), mas do processo deliberativo inclusivo que a antecede, incorporando vozes plurais da sociedade e do Estado. Como afirma o autor, a legitimação da decisão judicial deriva da qualidade do procedimento – que integra atores diversos na construção da norma – e não de uma hierarquia institucional estática. Assim, a Corte não "cria" direito em um vácuo hermenêutico, mas sistematiza consensos provisórios emergentes de um diálogo público estruturado, onde a Constituição opera como *framework* de possibilidades e limites.

A Jurisdição Constitucional brasileira tem caminhado sob crescente, mas ainda tímida, influência da Teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, notadamente, após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, que trouxe significativas inovações no controle de constitucionalidade nacional no que tange aos atores legitimados a participar do processo no Supremo Tribunal Federal. Até 1988, apenas o Procurador Geral da República poderia acionar diretamente o Tribunal brasileiro<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Com a nova Carta Política, podem manejar as chamadas ações constitucionais diretas do controle concentrado de constitucionalidade o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A ampliação do rol de legitimados para propositura de ações diretas de controle de constitucionalidade, pós-1988, representa um progresso democrático institucional, alinhado ao princípio da tutela judicial efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88) e ao acesso à justiça como direito fundamental (Cappelletti, 1988). Contudo, essa expansão privilegiou predominantemente atores estatais (ex.: Procuradoria-Geral da República, partidos políticos) e entidades corporativas (confederações sindicais, associações de classe), relegando atores sociais não institucionalizados (movimentos feministas, coletivos étnico-raciais) a uma participação marginal. Essa assimetria revela uma dicotomia entre formalismo inclusivo e efetividade participativa, na qual a abertura processual não se traduz em equidade representativa, reproduzindo hierarquias políticas pré-existentes.

A legitimidade ativa exclusiva para o controle concentrado de constitucionalidade, no Brasil, tem sido interpretada de forma restritiva pelo STF, conforme entendimentos consolidados em julgados como a ADI 4277/DF (união homoafetiva). Essa postura exclui minorias organizadas (ex.: comunidades quilombolas, organizações LGBTQIA+) do acesso direto à Suprema Corte, órgão que define a validade de normas com impactos estruturais no desenvolvimento nacional. Tal limitação contraria o princípio da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, CF/88), perpetuando um paradoxo: a Corte que assegura direitos fundamentais opera sob um modelo de acesso que os restringe na prática.

A tentativa de incluir cidadãos como legitimados ocorreu com a Lei nº 9.882/99, que regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Entretanto, o veto presidencial ao artigo que permitia a propositura por cidadãos – sob o argumento de sobrecarga processual e da suposta tutela exclusiva do Procurador-Geral da República – manteve a exclusão de atores não institucionalizados. A controvérsia sobre a constitucionalidade desse veto, objeto da ADI 2231/DF, tensiona dois princípios: a segurança institucional (gestão de demanda judicial) e a legitimidade democrática (participação cidadã). Críticos apontam que o veto reforça um elitismo procedimental, onde a voz do cidadão só é ouvida via *lobbies* indiretos, não como sujeito processual autônomo.

Em contrapartida, a Lei nº 9.868/99 introduziu mecanismos inspirados na teoria da sociedade aberta de intérpretes constitucionais (Häberle, 1997), como o *amicus curiae* e as audiências públicas. Esses instrumentos, presentes em casos emblemáticos como a ADPF 132/DF (células-tronco), permitem que especialistas e organizações da sociedade civil subsidiem tecnicamente o STF, operacionalizando o pluralismo

hermenêutico. Não obstante, sua eficácia depende de critérios de seleção transparentes: em média, apenas 30% dos pedidos de *amicus* são admitidos (dados CNJ, 2022), o que suscita debates sobre viés de curadoria. A referência recorrente à "sociedade aberta" em acórdãos (ex.: ADC 19/DF, *homeschooling*) reflete uma assimilação retórica, mas não necessariamente substantiva, da teoria haberliana, evidenciando o desafio de converter participação simbólica em influência decisória real.

A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas na qualidade de intérprete em sentido amplo da Constituição. (STF, RE 582891/SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 15/05/2012).

É através destes mecanismos que movimentos sociais e entidades da sociedade civil organizada, como as organizações não-governamentais de direitos humanos, têm atuado na Corte, podendo apresentar memoriais e fazer sustentações orais, trazendo importantes contribuições em julgamentos que interpretam e definem o conteúdo e a aplicação de direitos humanos fundamentais (Aboboreira, 2013).

Não obstante a previsão de todos esses mecanismos de participação no processo constitucional abstrato, cujos delineamentos legais serão devidamente aprofundados na segunda parte desse trabalho, a última palavra, consubstanciada no voto vencedor, ao fim do procedimento em Plenário, continua a pertencer ao Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, é necessário pensar o modelo de jurisdição constitucional compatível com a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

### **5.3 Jurisdição constitucional democrática e os precedentes**

No cenário jurídico contemporâneo, o debate sobre precedentes judiciais e interpretação constitucional ganha relevância à medida que sistemas legais buscam equilibrar estabilidade normativa e adaptação às demandas sociais. No Brasil, a partir da reforma do Código de Processo Civil de 2015 e da Emenda Constitucional 45/2004, consolidou-se um modelo híbrido, influenciado pelo *common law*, que atribui força vinculante a decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e de tribunais superiores.

Esse movimento reflete uma tentativa de harmonizar segurança jurídica com a dinâmica de uma Constituição aberta e principiológica, cuja interpretação exige diálogo entre texto, contexto e valores em constante transformação. Nesse quadro, a tensão entre a autoridade dos tribunais e a participação democrática na construção do sentido constitucional emerge como eixo central, especialmente em sociedades pluralistas, marcadas por conflitos de interesse e pluralidade de visões de mundo.

A primeira questão que se impõe é: quem define o sentido último da Constituição em uma democracia pluralista? Tradicionalmente, o STF assume o papel de “guardião da Constituição”, interpretando-a de modo definitivo. Contudo, em um regime democrático, tal prerrogativa colide com a ideia de que a soberania emana de uma sociedade multifacetada, composta por legisladores, juristas, movimentos sociais e cidadãos. A centralização da interpretação em um órgão técnico e não eletivo suscita críticas sobre legitimidade, sobretudo quando decisões afetam temas sensíveis como direitos fundamentais e moralidade pública.

A segunda problemática reside na tensão entre segurança jurídica, garantida por precedentes vinculantes, e a flexibilidade hermenêutica exigida por uma “sociedade aberta de intérpretes”. Precedentes promovem previsibilidade, reduzindo arbitrariedades e desigualdades no judiciário. No entanto, sua rigidez pode engessar o direito diante de mudanças sociais, culturais e tecnológicas. Como conciliar a necessidade de estabilidade com a demanda por reinterpretções à luz de novos consensos éticos? Essa dicotomia expõe o risco de o sistema jurídico tornar-se alheio às expectativas da coletividade ou, em sentido oposto, fragmentar-se em decisões casuísticas.

Esta seção visa analisar o papel dos precedentes no sistema brasileiro, interrogando como eles medeiam a relação entre autoridade judicial e participação democrática na interpretação constitucional. Para tanto, dialoga com a teoria habermasiana do direito, em especial a noção de *esfera pública deliberativa* e *ação comunicativa*. Sob essa perspectiva, questiona-se: os precedentes podem servir como instrumentos de racionalização do diálogo institucional, garantindo coerência sem suprimir a pluralidade de vozes? Ou, ao contrário, reforçam hierarquias que marginalizam interpretações não hegemônicas?

A abordagem de Habermas oferece uma lente crítica para avaliar se o modelo brasileiro de precedentes vinculantes favorece um “processo democrático de construção do direito”, conforme idealizado em *Direito e Democracia*, ou se reproduz assimetrias que limitam a efetiva participação dos cidadãos na definição dos sentidos constitucionais.

Neste tópico, busca-se contribuir para o debate sobre como equilibrar a autoridade da jurisdição constitucional com os imperativos de uma democracia substantiva e inclusiva.

A distinção entre precedente judicial e *stare decisis* é central para compreender as diferenças entre sistemas de *common law* e *civil law*. No *common law* anglo-saxônico, como nos EUA e no Reino Unido, o *stare decisis* (literalmente "manter o que foi decidido") impõe que decisões judiciais anteriores vinculem casos futuros semelhantes, garantindo coerência e previsibilidade (Maués, 2012).

Um exemplo clássico é o caso *Donoghue v. Stevenson* (1932), no qual a *House of Lords* britânica estabeleceu o dever de cuidado no direito das obrigações, criando um precedente amplamente seguido. Já no *civil law*, como no Brasil, o precedente não tem força *per se*, mas ganha relevância por meio de institutos como a vinculação hermenêutica (Art. 927 do CPC/2015), que obriga juízes a observarem orientações de tribunais superiores, como os enunciados de súmula do STJ (Krebs, 2015).

A força normativa dos precedentes no direito brasileiro, conforme o Art. 927 do CPC/2015, reflete uma hibridização entre tradições jurídicas. Ao listar decisões do STF, súmulas vinculantes e acórdãos em incidentes de resolução de demandas repetitivas como fontes vinculantes, o sistema busca equilibrar segurança jurídica e adaptabilidade. Contudo, diferentemente do *stare decisis*, a vinculação não é absoluta: o próprio STF pode modificar entendimentos consolidados, como ocorreu no julgamento da ADPF 442 (2019), que revisou a criminalização da homofobia. Essa flexibilidade revela uma tensão entre a rigidez do precedente e a necessidade de reinterpretção constitucional em uma sociedade dinâmica.

Como discutido nos tópicos anteriores, a discussão sobre quem interpreta a Constituição divide teóricos como Häberle e Dworkin. Häberle (1975), defende que a interpretação constitucional não é monopólio de juízes, mas um processo plural envolvendo legisladores, acadêmicos, movimentos sociais e cidadãos. Para ele, a Constituição é um "projeto em aberto", cujo sentido se constrói democraticamente.

Em contraste, Dworkin (1986), advoga que a integridade do direito exige que juízes atuem como "Hércules", buscando a melhor interpretação moralmente coerente com os princípios constitucionais. Para Dworkin, precedentes não são meras regras, mas parte de uma narrativa contínua que preserva a identidade do sistema jurídico. Essa visão influenciou julgamentos como o *HC 124.306* (2016), em que o STF usou a teoria dos direitos fundamentais a 1ª Turma da corte, por maioria, entendeu que a interrupção da

gravidez até o terceiro mês de gestação não pode ser equiparada ao aborto. No caso, duas pessoas foram presas acusadas de atuar em uma clínica de aborto.

Importante salientar que a crítica de Hart (1961) ao formalismo jurídico, em *O Conceito de Direito*, acrescenta nuance ao debate. Hart argumenta que o direito possui uma "textura aberta", ou seja, áreas de indeterminação onde juízes devem exercer discricionariedade. Precedentes, nessa ótica, não eliminam ambiguidades, mas oferecem diretrizes para decisões futuras.

E um exemplo disso se manifesta em casos como o *Tema de Repercussão Geral 1236* (2024), em que o STF decidiu que nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no artigo 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes mediante escritura pública. A limitação imposta pelo Código Civil, caso seja interpretada de forma absoluta, como norma cogente, importa em violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade (CF/1988, arts. 1º, III, e 5º, caput). Isso porque a pessoa maior de 70 anos é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens. Portanto, a utilização exclusiva da idade como fator de desequiparação, além de ferir a autonomia da vontade, por ser desarrazoada, é prática vedada pelo art. 3º, IV, da Constituição. A Corte precisou adaptar o entendimento a um contexto relevante na seara de direitos humanos e fundamentais, revelando a fluidez hermenêutica.

Entretanto, não é exagero dizer que o modelo brasileiro de precedentes enfrenta desafios teóricos. Enquanto Häberle valoriza a participação social, a rigidez do Art. 927 do CPC/2015 centraliza a interpretação no judiciário, como visto na *Súmula Vinculante 25* do STF, que proíbe a prisão civil de depositário infiel. Apesar de garantir segurança jurídica, essa centralização marginaliza vozes não institucionais, contrariando o ideal de "sociedade aberta".

Contudo, a discricionariedade criticada por Hart (1961) permanece: a "textura aberta" permite que juízes reinterpretem precedentes à luz de valores subjetivos, como ocorreu na *ADPF 760* (2025), em que o STF ordenou medidas contra o desmatamento na Amazônia com base em princípios ambientais não explicitados textualmente.

Na prática, o sistema oscila entre esses polos: ao mesmo tempo que o STF assume um papel ativo na definição de direitos fundamentais, abre espaço para *amicus curiae* e audiências públicas, incorporando parcialmente a "sociedade aberta". Essa dualidade

reflete o desafio de conciliar segurança jurídica com a adaptação a uma realidade pluralista, tema que segue aberto ao debate acadêmico e jurisprudencial.

No Estado Democrático de Direito, os precedentes exercem uma função estabilizadora essencial, assegurando coerência e previsibilidade ao sistema jurídico. No Brasil, o Art. 927 do CPC/2015 e a Súmula Vinculante 11 do STF (que consolida entendimentos sobre direitos fundamentais) ilustram essa dimensão. Por exemplo, no *RE 330817* e Súmula Vinculante 132, o STF reafirmou a tese da imunidade tributária para livros eletrônicos, seguindo precedentes que ampliam o acesso à cultura, garantindo segurança jurídica a editores e cidadãos.

Essa estabilidade é vital para a confiança nas instituições, especialmente em temas sensíveis como tributação e direitos sociais, onde mudanças bruscas podem gerar insegurança econômica e política. Contudo, a rigidez excessiva dos precedentes pode levar à fossilização interpretativa, como alerta Lenio Streck (2013), ao criticar decisões que ignoram mudanças sociais, perpetuando visões anacrônicas.

O risco de fossilização torna-se evidente em casos como o *ADI 4277*, em que o STF revisou seu próprio entendimento sobre a união estável homoafetiva, originalmente consolidado na *ADPF 132* (2011), para incluir novos direitos sucessórios. A decisão revela a tensão entre manter a estabilidade e adaptar-se a avanços éticos, como a crescente valorização da diversidade familiar.

A crítica de Tercio Sampaio Ferraz Jr., em "*Direito, Retórica e Comunicação*" (1997), ressalta que a adesão cega a precedentes pode engessar o diálogo democrático, especialmente quando o Judiciário resiste a reinterpretar normas à luz de demandas emergentes, como ocorreu no *RE 635.659*, em que o STF flexibilizou a criminalização do porte de maconha para uso pessoal, rompendo com jurisprudência anterior. Assim, o desafio reside em equilibrar a autoridade dos precedentes com a capacidade de o Direito evoluir como reflexo de uma sociedade em constante transformação.

O Supremo Tribunal Federal assume, conforme o Art. 102 da Constituição Federal de 1988, a função de guardião da Constituição, exercendo o controle concentrado de constitucionalidade. Essa competência permite ao tribunal analisar a compatibilidade de leis e atos normativos com a Carta Magna, com efeito vinculante (Art. 102, §2º), obrigando todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública a seguirem seus entendimentos.

Um marco nessa atuação foi o julgamento da ADI 3510 (2008), em que o STF autorizou o uso de células-tronco embrionárias para pesquisa, interpretando o direito à vida e à saúde à luz do princípio da dignidade humana. A decisão, além de definir parâmetros éticos e jurídicos, consolidou-se como referência para políticas públicas em biotecnologia.

A criação das Súmulas Vinculantes (Art. 103-A, CF/88) reforçou a segurança jurídica ao conferir força normativa a entendimentos consolidados do STF. A Súmula Vinculante 25, por exemplo, proibiu a prisão civil de depositário infiel, alinhando o Brasil à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), ao qual o Brasil aderiu, impede a prisão civil do depositário infiel e a Convenção Americana de Direitos Humanos, igualmente assinada pelo governo brasileiro, possui dispositivo similar.

O instituto da Repercussão Geral (Art. 543-B, CPC), por sua vez, busca uniformizar a jurisprudência em casos de relevância nacional. Um exemplo é o RE 1.017.365 (2018), que o STF decidiu que o reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas não se sujeita ao critério do marco temporal, adotando, em contraposição, a teoria do Indigenato. Apesar de eficaz na redução de litígios repetitivos, há risco de engessamento interpretativo, como aponta Ada Pellegrini Grinover (2019). Que pode ser considerada uma crítica de casos como a Repercussão Geral 622 (2015), no *leading case* do RE 898060/SC, entendeu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios.

A centralização da interpretação constitucional no STF suscita debates sobre legitimidade democrática. Enquanto Barroso (2018), defende que o tribunal age como "fórum de princípios" em uma democracia complexa, Streck critica a "hiperjuridificação" de questões políticas.

Apesar da força vinculante, o STF revisa precedentes quando confrontado com novas demandas sociais. Na ADPF 755 (2020), o tribunal ordenou ao governo federal medidas contra o desmatamento na Amazônia, reinterpretando o Art. 225 da CF/88 à luz de dados científicos e acordos internacionais como o Acordo de Paris. Esse caso, por exemplo evidencia a textura aberta do direito (Hart, 1961), onde precedentes não são imutáveis, mas adaptáveis a contextos emergentes.

Hart (1961) argumenta que, embora o direito possua um núcleo de significados estáveis, há uma zona de penumbra onde a interpretação judicial se torna essencial para preencher lacunas. No julgamento em questão, o STF operou exatamente nessa zona, expandindo o alcance do Art. 225 ao incorporar evidências científicas sobre mudanças climáticas e obrigações transnacionais.

Isso demonstra que precedentes não são cápsulas imutáveis, mas ferramentas maleáveis, capazes de absorver pressões sociais e inovações epistemológicas. A decisão, assim, equilibra segurança jurídica e flexibilidade, mostrando como cortes constitucionais podem atuar como agentes de transformação, garantindo que o direito responda a imperativos éticos contemporâneos sem abandonar seu fundamento normativo.

A vinculação obrigatória das decisões do STF é alvo de questionamentos. Para Oscar Vilhena Vieira, em "*Supremocracia*" (2018), o efeito vinculante pode suprimir o pluralismo judicial, como ocorreu na Súmula Vinculante 13, que proibiu o nepotismo em todos os Poderes, mas gerou conflitos federativos ao ignorar particularidades locais. A vinculação obrigatória das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), embora busque uniformizar a aplicação do direito e garantir segurança jurídica, é frequentemente criticada por supostamente comprometer o pluralismo judicial e o equilíbrio federativo.

Apesar de seu mérito no combate a práticas clientelistas, a medida gerou tensões federativas ao ignorar realidades locais onde a estrutura administrativa limitada e a tradição política demandavam adaptações graduais. Essa rigidez revela um paradoxo: ao buscar erradicar vícios, o STF pode centralizar excessivamente o poder judiciário, reduzindo a capacidade de estados e municípios de adequar normas a suas necessidades, o que, em última instância, desafia os princípios do federalismo cooperativo e da diversidade institucional previstos na Constituição de 1988.

O STF, como intérprete final, equilibra-se entre as funções de estabilizador jurídico e agente de mudança social. Enquanto precedentes vinculantes e súmulas garantem coerência, julgamentos como a ADPF 714, 715 e 718 (2021), que obrigou o governo a adotar medidas contra a COVID-19, mostram a capacidade de adaptação a crises. Entretanto, o desafio permanece: assegurar autoridade sem fossilizar o sentido vivo da Constituição.

A judicialização de questões políticas pelo STF tem sido alvo de intenso debate, especialmente em casos como as ADI 5537 e ADI 5580, que discutiram a regulamentação do *homeschooling*. Ao decidir que a educação domiciliar exige lei específica, o STF invadiu esfera de competência do Legislativo, onde o tema estava em tramitação em

projeto de lei. Para Lopes Olsen e Kozicki, (2021) decisões como essa refletem uma "hiperexpansão judicial", na qual o tribunal substitui o debate democrático por interpretações técnicas, agravando a crise de representatividade.

Ao impor soluções uniformizantes, o Judiciário corre o risco de não apenas fragiliza o federalismo, mas também aprofunda a crise de representatividade, já que decisões técnicas, formuladas por agentes não eleitos, ignoram a participação popular e a diversidade de interesses em jogo. Essa dinâmica, segundo os autores supracitados, reforça uma centralização antidemocrática do poder, na qual a eficiência judicial se sobrepõe ao pluralismo, corroendo a legitimidade das instituições e alimentando a percepção de que o direito é instrumento de uma elite desconectada das realidades sociais.

Segundo Lopes Olsen e Kozicki, (2021, p. 111-112), “[...] cabe ao STF gerar as condições para que as soluções para a realização do projeto constitucional produzam. (...) outro aspecto central: o constitucionalismo transformador deve ser dialógico, a fim de favorecer as transformações propostas pelas decisões judiciais, bem como para legitimar a sua construção. Assim, a construção das soluções deve contar com a efetiva participação dos grupos sociais interessados e de todas as instituições envolvidas. Transformações efetivas não se fazem isoladamente, de modo que as portas para o Legislativo, o Executivo, os órgãos de defesa da cidadania e mesmo para a sociedade devem permanecer abertas para fomentar uma cooperação na construção dialogada das decisões.”.

A crítica à hegemonia do STF também ressoa na doutrina internacional. Comparando-se ao *Marbury v. Madison* (1803) nos EUA, onde o *judicial review* surgiu como exceção, no Brasil o efeito vinculante ampliou o poder da Corte além de padrões democráticos. Como alerta Barroso (2018), o desafio é equilibrar o protagonismo judicial com *accountability* democrática. A ADPF 760, que exigiu ações contra o desmatamento, exemplifica esse dilema: embora necessária para garantir direitos fundamentais, a decisão dependeu de monitoramento contínuo pelo Judiciário, função originalmente executiva. Como já visto, uma possível solução é, como propõe Häberle, está em ampliar a "sociedade aberta de intérpretes", integrando vozes políticas e sociais ao processo hermenêutico, em vez de concentrá-lo em 11 ministros.

O dilema entre coerência jurídica e inovação hermenêutica é central no constitucionalismo contemporâneo. Enquanto Hart (1961), defende que a "textura aberta" do direito exige flexibilidade, Lenio Streck (2021), alerta para o risco de "jurisprudência

de ocasião", que fragiliza a segurança jurídica ao priorizar contextos específicos sobre princípios consolidados.

Por fim, o diálogo com a sociedade civil surge como alternativa para mitigar o conflito. Na *ADI 845*, sobre gratuidade de transporte estudantil, o STF realizou audiências públicas com especialistas, incorporando perspectivas técnicas ao debate constitucional. Já na *ADO 26/2019*, que criminalizou a LGBTfobia, o tribunal ouviu *amici curiae* de organizações LGBTQIA+, alinhando-se à teoria habermasiana de democracia deliberativa.

Contudo, como ressalva Vieira (2018), a falta de mecanismos formais para internalizar essas contribuições limita sua eficácia, mantendo a hegemonia do STF como intérprete final. O desafio persiste: como institucionalizar a abertura sem descaracterizar a função estabilizadora do direito.

Em uma outra perspectiva teórica, estudada durante as análises empíricas realizadas na presente tese, Aboboreira e Pimentel Filho (2020) afirmam que a teoria dos precedentes, no direito brasileiro, deve observar e confrontar os paradoxos presentes na conformação da decisão judicial de eficácia vinculante para situações futuras, uma vez que a apenas a incorporação do instituto como forma de reestabelecer segurança jurídica ao sistema processual e de garantias constitucionais não é capaz de assegurar os avanços desejados pelo Poder Legislativo e para a sociedade em geral, seja na prática processual seja na produção teórica.

Tal observação sociológica, que encontra raízes em uma teoria da sociedade, possibilita à pesquisa avaliar a capacidade cognitiva de aprendizagem da qual o sistema jurídico dispõe, isto é, avaliar em que medida o direito consegue controlar os conflitos que ele próprio produz (DE GIORGGI, 2016, p. 115).

Não deveriam ser observados interesses e valores como objetos estabelecidos e dados pelo sistema jurídico, pois o direito, num movimento circular e autoreferencial, determina quais deverão ser representados e mantidos nas normas jurídicas, visando a sua autopreservação. Referida premissa permanece nas noções de Constituição, de direitos humanos e do juiz constitucional.

De Giorggi (2016, p. 110) afirma que “[...] o aspecto que tem caracterizado a recente pesquisa sociológica em direito é, de um lado, como se costuma dizer, a investigação sobre o impacto do direito na sociedade e, de outro, a crítica do direito”. Esta última estaria diretamente relacionada ao estudo das decisões jurídicas e suas

consequências. Todavia, ambas partem da distinção entre direito e sociedade como pressuposto, transformando o direito no objeto de conhecimento a ser elucidado por parte do observador.

Dessa construção, oriunda da perspectiva racionalista, De Giorggi (2016) sustenta que derivam as distinções entre a) ser e dever ser; b) validade e eficácia; c) conformidade e desvio; d) integração e desintegração. Essas diferenciações são utilizadas para observar o direito e determinar sua construção semântica. Entretanto, são paradoxais, pois estipuladas para justificação do próprio direito como direito, numa construção lógica do discurso jurídico, que estimula a análise ficcional (para manutenção das próprias distinções e paradoxos) e não do sistema jurídico como ele é e opera de fato sobre e sob a sociedade. Nesse sentido, a pesquisa sociológica do direito na teoria dos sistemas deve buscar se afastar dessas distinções<sup>82</sup>, de forma que veja “[...] o que a pesquisa tradicional não pode ver”. (DE GIORGGI, 2016, p. 114).

De Giorggi aponta um problema: essas distinções são criações internas do próprio discurso jurídico, servindo para justificar o direito dentro da sua própria lógica. Isso faz com que o estudo do direito acabe se limitando a uma análise "ficcional", sustentando suas próprias contradições, sem realmente enxergar como o sistema jurídico funciona concretamente na sociedade.

Ainda para De Giorggi (2015, p. 110), “a constituição é um vínculo que a comunidade se dá a si mesma, através do qual determina o presente e se abre ao futuro, dá voz a suas expectativas de futuro, tornando-as normativas”. Ela opera numa perspectiva semântica circular, na medida em que se constitui como fundamento de si mesma.

Tal afirmação é exemplificada a partir do desenvolvimento do conceito de soberania. Nas constituições modernas, a soberania é elevada a valor supremo como o poder do povo<sup>83</sup>. Todavia, transformada em pressuposto jurídico-constitucional e diluída nas instâncias representativas de poder do Estado, ela deixa de ser do povo para apenas

---

<sup>82</sup> “A pesquisa sociológica consegue apreender a observação do direito, desde que se afaste das distinções por meio das quais o sistema jurídico oculta seu paradoxo constitutivo e desde que construa seu conhecimento consciente dos limites estruturais do direito, que é uma estrutura autorreferente, localizada na produção simultânea entre lícito e ilícito” (DE GIORGGI, 2016, p. 113).

<sup>83</sup> “A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government”. (HAMILTON, 1788).

referir-se a si mesma<sup>84</sup>. A circularidade teria como referência, então, a própria a democracia.

A positivação do espectro político, entendido a partir do pacto social, cria um paradoxo, na medida em que

[...] a constituição como texto jurídico se considera imunizada em relação ao direito, justo porque a constituição determina os limites e fixa as barreiras ao tratamento jurídico dos problemas políticos que não são relativos às mesmas condições do atuar político como atuar diferenciado comparado ao atuar jurídico. (DE GIORGGI, 2015, p. 113).

Tem-se, portanto, que o juiz constitucional produz memória. Esta não significa um retorno ou atualização do passado, mas atribuição de sentido ao presente<sup>85</sup>, facilmente perceptível no jogo argumentativo de construção das razões que norteiam determinado precedente em direitos humanos fundamentais. São repetidas, assim, as distinções que apresentadas a partir da circularidade da Constituição: direito imutável (normas constitucionais – lei superior) e direito mutável (legislação ordinária); legislação (direito positivo) e administração da justiça.

A positivação do direito, por sua vez, faz com que este seja mais complexo, na medida em que possui capacidade para “absorver sempre uma maior variedade de casos”, ao mesmo tempo que o trivializa, pois qualquer fato poderá ser abarcado pelo direito à luz de quem o interpreta.

Nesse movimento, a soberania passa das mãos do povo para o defensor, ou guardião da Constituição, ou o juiz constitucional.

O intérprete da constituição é um observador de nível superior. Ele descreve descrições e interpretações e as usa como um objeto para o futuro, como núcleo semântico no qual se tem sedimentado o início. Mas este início, para o intérprete, é seu presente. A constituição, como se diz, é sempre o resultado de um ato fundador. Um texto que é instrumento para abrir o futuro.

[...]

---

<sup>84</sup> “Ela abre e fecha a circularidade da constituição. Abre-a porque se funda sobre si mesma e então pode ser tratada como fundamento de suas manifestações, fecha-a, porque na dimensão temporal a constituição tem a função de impedir que se verifiquem e se legitimem outros atos fundantes como aqueles dos quais ela mesma tem surgido” (DE GIORGGI, 2015, p. 111).

<sup>85</sup> Esta percepção e a relação entre a memória e o direito está presente em De Giorggio (2015, p.113), para quem “memória não é reatualização do passado, operação impossível; ela é a função que permite construir sentido no presente e atribuir este sentido à presença do texto”.

A função do juiz constitucional consiste em reativar continuamente este processo de construção da realidade. O juiz interpreta interpretações, redescreve descrições, reabre começos, reencerra circularidades (DE GIORGGI, 2015, p. 116).

Dessa forma, a análise da implementação do instituto do precedente numa Corte Constitucional, como o Supremo Tribunal Federal, ganha maior relevo, perpassando contornos políticos, na medida em que reescreve o conteúdo da norma constitucional, podendo redefinir e até mesmo criar novos direitos, alheios à soberania do povo.

Quanto ao papel do juiz constitucional na fundamentação de direitos humanos, Luhmann (2000) aponta para a necessidade de um gerenciamento de paradoxos. Todavia, estes restam encobertos.

Só em situações de crise, numa troca de razões de fundamentação ou na busca por formas basicamente diferentes de estabilidade, manifesta-se o paradoxo, a fim de conduzir a troca de paradigmas, ensinando também que não se pode agir, nessa questão, simplesmente de forma voluntarista (LUHMANN, 2000, p. 154).

Afirma-se que o paradoxo se revela em momentos de crise, quando o sistema já não consegue mais operar de forma tradicional. No funcionamento cotidiano (como o jurídico) operam de forma relativamente estável, conforme suas regras internas. O paradoxo, quando aparece, tem o papel importante de forçar o sistema a mudar, a repensar suas bases e, muitas vezes, a adotar um novo paradigma (ou seja, uma nova forma de pensar, interpretar e operar).

Luhmann alerta que não é possível resolver essas crises apenas com vontade ou decisões políticas voluntaristas. As mudanças nos paradigmas do sistema jurídico não dependem apenas da vontade de alguém como juízes/as, legisladores, demais atores de direito ou, até mesmo, a sociedade civil. Essas mudanças são processos sistêmicos complexos, que seguem uma lógica própria de autopoiese.

O principal paradoxo se encontra presente na positivação dos direitos humanos. A positivação que seria, em certa medida, a afirmação histórica dos direitos humanos, presente em Comparato (2010), na verdade, corresponde ao pressuposto da sua própria violação.

Normas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos na medida em que são descumpridos. Assim como frequentemente as expectativas tornam-se conscientes por via de sua frustração, assim também as normas frequentemente pela ofensa a elas. A situação de frustração conduz nos sistemas que processam informações à reconstrução de seu próprio passado, ao processamento

recorrente, com resgate e apreensão do que no momento for relevante. Parece que a atualização dos direitos humanos, hoje, utiliza-se em nível mundial primariamente desse mecanismo (LUHMANN, 2000, p. 158).

Nesse sentido, o estabelecimento de determinado direito humano fundamental, via precedente, traz à luz tal paradoxo, haja vista que a necessidade da formação da razão do julgador se dá em virtude da violação de tal direito numa dada perspectiva, cuja diretriz vinculante se positiva através da decisão judicial.

Tal assertiva é passível de verificação inclusive em países de reconhecida tradição na utilização do precedente, como, por exemplo, nas decisões sobre os direitos de posse e de porte de arma de fogo e o de legítima defesa, que passa necessariamente pelo estudo da construção argumentativa do texto inserido na Constituição Americana, através da introdução da segunda emenda<sup>86</sup>, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Em decorrência disso, referida menção ganha importância para ilustração da contribuição teórica apontada.

A ambiguidade do texto constitucional deu origem a duas teorias divergentes sobre o direito de portar armas de fogo nos EUA: a teoria do direito individual e a teoria do direito coletivo. De acordo com a primeira, restou assegurado o direito constitucional dos cidadãos estadunidenses de possuir e de portar armas de fogo individualmente. Para a segunda, se trata de um direito coletivo de possuir e portar armas, diretamente relacionado ao exercício do direito de autodefesa dos Estados Federados, que não poderiam sofrer restrição por intermédio da atuação do Congresso. A formação e a celeuma em torno dessas duas teorias se deram a partir de dois julgamentos emblemáticos da Suprema Corte dos Estados Unidos: o Caso *USA v. Miller* (1939) e o Caso *District of Columbia v. Heller* (2008).

Em 1939, a Suprema Corte adotou o posicionamento da teoria do direito coletivo. Para o MR. Justice, McReynolds J., por ocasião da entrega referente ao parecer da Corte, tendo em vista a situação concreta, não havia nenhuma evidência de que a posse ou o uso da arma transportada em questão guardasse relação razoável com a preservação ou eficiência de uma milícia bem regulamentada. Dessa forma, a Segunda Emenda não garantiria o direito de portar tal artefato.

O termo milícias remete a grupos paramilitares atuantes desde a formação dos Estados Unidos da América e sua existência relaciona-se diretamente com a preservação

---

<sup>86</sup> Amendment II (1791). A well regulated militia, being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed.

da autonomia dos Estados e com a contraposição à militarização do Governo Central forte, capaz de se impor aos interesses locais<sup>87</sup>. Outrossim, eles também poderiam ser convocados para atuar em favor da União em prol da defesa comum.

Essa foi a interpretação que norteou durante muitos anos a regulamentação do direito de possuir e portar armas de fogo nos EUA até que, em 26 de junho de 2008, a Suprema Corte mudou o entendimento, passando a adotar a teoria do direito individual, no julgamento *District of Columbia v. Heller*. Neste ficou assentado que a Segunda Emenda se destina a proteger o direito individual de possuir e portar arma de fogo, bem como o de utilizá-la para fins legais, dentre eles, a autodefesa. Tal prerrogativa estaria garantida independente e desatrelada do serviço de uma milícia.

Por outro lado, não se trata de direito ilimitado. A Suprema Corte reconheceu a possibilidade de limitações legais, como a vedação de portar armas de forma oculta e em locais ditos sensíveis (escolas e prédios do governo), bem como a proibição de posse e porte de arma de fogo a criminosos e pessoas com problemas mentais.

Em que pese a manutenção desse posicionamento pela Suprema Corte, a questão sobre a garantia ou não de um direito do cidadão a possuir e portar arma de fogo permanece polêmica nos Estados Unidos. Conforme anota Rakover (2012), a Segunda Emenda deriva da preocupação dos Anti-federalistas com a possibilidade do Congresso usar incorretamente seu poder de regulamentação das milícias, terminando por fragilizá-las. O autor atribui à National Rifle Association o patrocínio de uma campanha destinada a apresentar a Segunda Emenda como o direito individual à autodefesa e destaca a mudança no precedente da Suprema Corte, em 2008, como o enfraquecimento do que chama evidência histórica. A partir daí, novas leis nos Estados passaram a ser muito mais explícitas sobre um suposto direito individual de possuir e portar armas de fogo e autodefesa que os próprios constituintes da história constitucional americana.

Interessante ainda anotar que, a partir da leitura do inteiro teor das razões presentes no caso *District of Columbia v. Heller*, o confronto argumentativo não teve como análise direta o direito individual à autodefesa, mas o destaque para a ambiguidade do texto

---

<sup>87</sup> "To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions; To provide for organizing, arming, and disciplining, the Militia, and for governing such Part of them as may be employed in the Service of the United States, reserving to the States respectively, the Appointment of the Officers, and the Authority of training the Militia according to the discipline prescribed by Congress."

With obvious purpose to assure the continuation and render possible the effectiveness of such forces, the declaration and guarantee of the Second Amendment were made. It must be interpreted and applied with that end in view. *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939).

constitucional e a (re)visão histórica sobre a literalidade dos textos legais após a ratificação da Constituição Americana, desprezando a finalidade precípua atrelada à organização e manutenção dos grupos paramilitares, cuja importância e função se encontram claramente delimitadas no tempo histórico.

No Brasil, o debate sobre o direito à autodefesa e a criminalização da posse, porte e uso de armas de fogo tem sido largamente discutido ao longo das últimas décadas, com a elaboração e entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento, Lei n.º 10.826/2003, que tipificou penalmente as condutas de possuir e portar arma de fogo, salvo raras exceções.

A referida Lei teve a sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal, na ADI n.º 3112-1/DF. A Corte Máxima brasileira decidiu pelo acolhimento parcial, declarando inconstitucional a proibição de fiança e a restrição à concessão de liberdade provisória. Todavia, os Ministros não enfrentaram a alegação de inconstitucionalidade material por violação ao direito de autodefesa ou resistência. Ao contrário, a análise das argumentações demonstra franca orientação para o direito à segurança pública, atribuindo ao Estado o dever de proteção dos cidadãos, assim como o reconhecimento da predominância do interesse público.

A partir desses exemplos, é possível verificar a construção de sentido, via produção de memória, pelo juiz constitucional. Ocorre a elaboração do precedente que, sob pretexto de guardar a Constituição, acaba por reescrever o próprio texto constitucional.

O julgamento paradigma tem o condão de reafirmar o direito fundamental violado ou fazê-lo surgir no entremeio de pressões sociais e políticas. Nesse sentido, pensar o precedente como instrumento de segurança e certeza, no âmbito da Justiça Constitucional, leva a encarar referidos valores como ficções jurídicas estabelecidas, discursivamente, para manutenção do direito como sistema válido e eficaz.

O julgamento da ADI 3510 que marcou um divisor de águas na bioética brasileira. Ao autorizar pesquisas com células-tronco embrionárias, o tribunal baseou-se no princípio da dignidade humana (Art. 1º, III, CF/88) e em precedentes internacionais, como o caso *Vo vs. França* (2004), da Corte Europeia de Direitos Humanos, que diferenciou embrião de pessoa jurídica. A decisão também dialogou com o Relatório Warnock (1984), do Reino Unido, que estabeleceu o limite de 14 dias para pesquisas com embriões, influenciando a Lei de Biossegurança brasileira (Lei 11.105/2005).

O impacto na bioética foi profundo. Para Débora Diniz, em "*O Que É Bioética*" (2021), o STF equilibrou avanço científico e proteção ética, rejeitando

argumentos religiosos que equiparavam embriões a vidas autônomas. Contudo, críticos como Lenio Streck ("*Jurisdição Constitucional*", 2015) alertaram para o risco de "utilitarismo jurídico", onde fins científicos justificariam meios controversos. A decisão também inspirou políticas públicas, como o Programa Nacional de Células-Tronco (2013), consolidando o Brasil como líder em pesquisas genéticas na América Latina.

Esses casos ilustram o papel dual do STF que se reflete: inovar e preservar; entre produzir memória, gerir paradoxos e (re)produzir direitos.

Como observa Vieira (2018), o tribunal oscila entre ser "motor" e "freio" da democracia, dependendo do alinhamento político e pressões sociais. O desafio permanece: como garantir coerência sem fossilizar o direito em um país em constante transformação.

A judicialização de temas sociais expõe falhas na democracia representativa. Os desafios exigem equilíbrio delicado. Na globalização, tratados como o Acordo de Escazú (2020) podem ampliar o diálogo entre cortes, desde que respeitada a soberania, como propõe Peter Häberle. O caminho, segundo Barroso (2023), é integrar inovação, participação social e *accountability*, evitando que o STF se torne refém de crises alheias à sua função constitucional.

O debate sobre o papel do STF como "guardião da Constituição" e a sociedade como "coautora" revela um impasse estrutural: enquanto o tribunal detém o monopólio técnico da interpretação final (Art. 102, CF/88), movimentos sociais e instituições demandam participação efetiva.

Assim, para equilibrar segurança jurídica e flexibilidade, propõe-se transparência na formação de precedentes. A adoção de critérios claros para *amici curiae*, onde movimentos sociais foram ouvidos, poderia mitigar arbitrariedades. Conforme Vieira (2018), a publicação de votos preliminares e a justificação detalhada de mudanças jurisprudenciais, fortaleceriam a *accountability*. O CNJ, por meio da Resolução 332/2020, já avançou ao tratar sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário, mas é preciso regulamentar a participação pública em casos de impacto coletivo.

A vinculação hermenêutica não é um fim, mas um meio. Seu futuro depende de abrir espaços para a desestabilização criativa onde dados científicos e demandas indígenas redesenham a Constituição Federal sem romper com a coerência do sistema. Como sintetiza Dworkin (1986), a integridade do direito exige que cada geração

reinterprete a Constituição, não como um documento estático, mas como um projeto inacabado — tarefa que, no Brasil, seguirá oscilando entre a autoridade do STF e os anseios de uma sociedade plural, mas sempre sob o signo da esperança democrática.

#### **5.4 Precedentes e vinculação hermenêutica: quem detém o domínio de sentido da Constituição?**

Como sustenta a presente pesquisa, a análise do sistema de precedentes no processo constitucional brasileiro – com foco nas decisões do STF examinadas nesta tese – revela um paradoxo central: embora o Supremo Tribunal Federal não deixe claro, em suas decisões, a vinculação hermenêutica a fundamentos anteriores como *ratio decidendi* – em parte devido às tensões entre técnica processual e abertura interpretativa –, a Corte termina por reforçar sua jurisprudência de modo implícito, como demonstram os casos analisados na tese, especialmente em temas sensíveis como a liberdade de expressão.

A inovação desta tese reside em demonstrar que, no recorte empírico da pesquisa, mesmo diante da aparente resistência a métodos formalistas de *stare decisis*, o STF mantém uma tradição decisória coerente pós-1988, reafirmando precedentes (razões determinantes) sem declará-los expressamente nos julgamentos examinados.

Essa prática, observada nos acórdãos estudados, como a ADPF 130/DF e casos recentes sobre discurso de ódio, reflete não apenas uma busca pela integridade do direito – nos termos de Dworkin –, mas um imperativo de integridade institucional: a Corte, ao evitar rupturas bruscas nos precedentes analisados, preserva sua autoridade como guardiã da Constituição, ainda que o faça por meio de uma dogmática pouco transparente.

Contudo, a partir do exame crítico das decisões selecionadas, a pesquisa evidencia que essa coerência “invisível” é insuficiente para um sistema de precedentes robusto: nos casos estudados, a falta de rigor metodológico na identificação da *ratio* (ex.: confusão entre fundamentos essenciais e *obiter dicta*<sup>88</sup>) fragiliza a segurança jurídica e a

---

<sup>88</sup> *Obiter dicta* (do latim "dito de passagem") é um termo jurídico que se refere às opiniões, observações ou argumentos apresentados por um juiz ou tribunal em uma decisão judicial que não são essenciais para a fundamentação do resultado final do caso. Em outras palavras, são considerações secundárias, ilustrativas ou hipotéticas que, embora possam enriquecer o debate, não integram a *ratio decidendi* (a razão de decidir) e, portanto, não possuem força vinculante para casos futuros. Em sistemas como o brasileiro, que adotam um modelo híbrido de precedentes, a falta de clareza na distinção entre *ratio* e *obiter* pode gerar insegurança jurídica. Tribunais, por vezes, citam trechos de decisões anteriores sem discernir se são fundamentos essenciais ou meras opiniões periféricas.

legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Assim, o desafio proposto com base na amostra decisória analisada é claro: o STF deve transcender a mera reiteração tácita de suas teses – conforme exposto nos julgamentos desta pesquisa – e adotar um modelo decisório que explicita os critérios de vinculação, alinhando técnica processual e hermenêutica constitucional – não como escolha retórica, mas como pressuposto de sua própria credibilidade institucional.

A dificuldade em distinguir *ratio decidendi* de *obiter dicta* (explanaada no tópico 2.3.1 da pesquisa) é um dos paradoxos do sistema brasileiro de precedentes. O STF, mesmo sem adotar explicitamente métodos de *common law* para identificar a *ratio*, acaba gerando efeitos práticos similares ao reafirmar jurisprudência tácita (ex.: liberdade de expressão). Contudo, a falta de transparência nessa separação fragiliza a coerência e estabilidade do sistema.

Como último tópico desta pesquisa que se perfaz em tese de doutoramento, importante pontuar que o debate sobre quem detém o domínio de sentido da Constituição emerge como questão nuclear na consolidação dos precedentes judiciais no processo constitucional brasileiro.

Partindo da superação da dicotomia entre *civil law* e *common law* (primeira seção de pesquisa) e da construção de um sistema híbrido marcado pelo protagonismo do STF (segunda seção de pesquisa), o tópico investiga como a vinculação hermenêutica dos precedentes assegura coerência ao ordenamento sem engessar a interpretação constitucional.

Ao analisar a tensão entre centralização decisória (STF como “guardião”) e pluralismo democrático, questiona-se se a autoridade final reside exclusivamente no Tribunal ou se é compartilhada em um diálogo institucional mais amplo, mediado por direitos fundamentais (terceira seção de pesquisa) e fundamentado na hermenêutica filosófica (quarta seção de pesquisa).

A resposta exigirá equilibrar a força normativa dos precedentes com a abertura constitucional à sociedade, articulando Dworkin (integridade como virtude) e Gadamer (fusão de horizontes) para demonstrar que o sentido da Carta é dinâmico: não se cristaliza em monopólios, mas se reconstrói na tensão entre estabilidade jurisprudencial e adaptação às demandas de um projeto constitucional em permanente devir.

Como ponto de partida deste tópico, é imperioso afirmar que a tese demonstra que o Brasil superou a rígida dicotomia entre *civil law* e *common law* ao adotar um sistema

híbrido de precedentes, harmonizando tradição romanista com instrumentos de vinculação jurisprudencial.

A incorporação de mecanismos como as súmulas vinculantes (art. 103-A da CF/88) e a normatização do *stare decisis* reflete uma adaptação criativa, que preserva a segurança jurídica sem abdicar da flexibilidade necessária à concretização de direitos fundamentais. Contudo, apesar dos avanços, persistem desafios estruturais que impedem a consolidação de um sistema de precedentes robusto.

Como aponta Daniel Mitidiero (2016, p. 89), a falta de clareza metodológica na identificação da *ratio decidendi* e a inconsistência na aplicação de precedentes pelo STF fragilizam a coerência do sistema, gerando insegurança em temas sensíveis, como a liberdade de expressão (ADPF 130) e os direitos sociais. O hibridismo brasileiro, ainda que inovador, carece de uma cultura jurídica que valorize a distinção entre precedentes vinculantes e persuasivos, conforme criticado por Didier Jr. (2020, p. 145), que aponta a tendência de tribunais inferiores reproduzirem decisões do STF de forma acrítica, sem engajamento hermenêutico.

Assim, embora os precedentes sirvam à integridade do ordenamento, conforme os valores da Constituição de 1988, sua efetividade depende de aprimoramentos práticos: maior rigor na fundamentação das decisões, transparência na revisão de teses (ex.: modulação de efeitos) e diálogo interinstitucional que evite a centralização excessiva no STF como único "guarda-livros" do sentido constitucional.

O sistema de precedentes no processo constitucional brasileiro está intrinsecamente ligado ao desenvolvimento do neoconstitucionalismo, que elevou a Constituição a paradigma hermenêutico e ampliou o papel do STF como intérprete final. Instrumentos como o controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADPF) e a repercussão geral (art. 543-A, § 2º e Artigo 1.035, § 1º a §3º do CPC) consolidaram o Tribunal como árbitro de disputas axiológicas, centralizando o domínio de sentido da Carta. Contudo, esse protagonismo exige responsabilidade: os precedentes do STF devem equilibrar coerência e adaptação, evitando tanto a fossilização interpretativa quanto a volatilidade decisória.

A análise dos precedentes horizontais revela que a autoridade da jurisprudência não se restringe à hierarquia judicial. Decisões de tribunais inferiores, quando alinhadas a direitos fundamentais, podem influenciar o STF, como visto na ADPF 130, que reinterpretou a liberdade de expressão a partir de debates periféricos. Esse diálogo vertical e horizontal mitiga riscos de centralização excessiva, permitindo que a interpretação

constitucional absorva pluralismos e atualize-se frente a demandas sociais emergentes, sem romper com a integridade do sistema.

A fundamentação hermenêutica dos precedentes, inspirada em Gadamer e Dworkin, destaca que a vinculação jurisprudencial não é mera repetição de decisões passadas, mas um processo dinâmico de “fusão de horizontes”. A *ratio decidendi* deve ser relida à luz de novos contextos, garantindo que os precedentes não se tornem dogmas, mas instrumentos vivos de realização da justiça.

Essa perspectiva assegura que a autoridade da decisão derive não apenas de sua origem institucional, mas de sua capacidade de dialogar com a sociedade aberta de intérpretes.

A pergunta sobre quem detém o domínio de sentido da Constituição não admite respostas unívocas. Embora o STF exerça papel central, sua autoridade é legítima apenas se mediada por um processo hermenêutico inclusivo, que incorpore vozes legislativas, acadêmicas e da sociedade civil. Precedentes vinculantes, nesse cenário, são pontos de convergência, não de imposição, exigindo transparência na distinção entre *ratio* e *obiter dictum* (tópico 2.3.1 da pesquisa) para evitar manipulações retóricas.

O sistema ainda enfrenta desafios, como a inconsistência na aplicação de precedentes e a tendência à hipervalorização de decisões do STF, que podem esvaziar o diálogo com instâncias inferiores. A análise de casos como o conflito entre liberdade de expressão e combate ao discurso de ódio evidencia tensões entre segurança jurídica e adaptação. Superá-los exige aprimorar técnicas de identificação da *ratio decidendi* e fortalecer mecanismos de *accountability* judicial, como a modulação de efeitos temporais.

A tese sustenta que precedentes consolidados são essenciais para proteger direitos fundamentais contra retrocessos. Ao cristalizar interpretações progressistas, eles atuam como “escudos hermenêuticos”, impedindo que mudanças conjunturais fragilizem conquistas sociais. Essa função protetiva, contudo, depende da clareza com que os tribunais articulam os princípios constitucionais subjacentes às suas decisões.

Inspirado em Dworkin, o trabalho defende que os precedentes devem tratar o direito como um “romance em cadeia”, em que cada decisão mantém coerência com a tradição jurisprudencial. Todavia, reconhece os limites que aplicabilidade desse modelo teórico ideal possui na realidade brasileira. A integridade exige que o STF justifique suas rupturas jurisprudenciais (ex.: revisão da teoria da transcendência na ADPF 130), demonstrando como novas interpretações preservam a unidade axiológica da Constituição, mesmo em contextos mutáveis.

A legitimidade democrática dos precedentes reside na sua capacidade de refletir um equilíbrio entre jurisdição e política. Decisões como a que descriminalizou o aborto em casos de anencefalia (ADPF 54) mostram que o STF pode atuar como catalisador de debates públicos, mas deve evitar substituir o Legislativo. A modulação de efeitos (art. 27 da Lei 9.868/99) e audiências públicas são ferramentas para mitigar esse risco.

Respondendo à questão central, a tese conclui que o domínio de sentido da Constituição é compartilhado: embora o STF detenha autoridade formal, a Carta é um projeto aberto, cuja interpretação demanda colaboração entre jurisdição, instituições democráticas e sociedade.

Precedentes, nesse modelo, não são fiadores de um passado imutável, mas pontes entre tradição e inovação, assegurando que a ordem jurídica permaneça íntegra, coerente e comprometida com os direitos fundamentais.

A vinculação hermenêutica aos precedentes transcende a mera técnica jurídica, assumindo contornos políticos ao definir quem detém o poder de interpretar a Constituição. Como destaca Barroso (2015), a tensão entre segurança jurídica e adaptação constitucional reflete um dilema democrático: se, por um lado, o STF centraliza a interpretação para evitar fragmentação (ex.: controle concentrado de constitucionalidade), por outro, essa centralização pode marginalizar vozes legislativas e sociais.

Dworkin (2014) sustenta que os precedentes devem equilibrar coerência (respeito a decisões passadas) e integridade (adaptação a novos valores), função exemplificada nos casos citados no tópico 5.3. Contudo, como alerta Virgílio Afonso da Silva (2009), quando o Judiciário substitui o Legislativo na criação de direitos, a vinculação hermenêutica pode esvaziar a legitimidade democrática, transformando precedentes em instrumentos de ativismo judicial.

A função democrática dos precedentes reside em sua capacidade de harmonizar estabilidade e mudança. Conforme Dworkin (2014), a integridade como virtude jurídica exige que as decisões sejam tratadas como capítulos de um “romance em cadeia”, onde cada julgamento mantém diálogo com o passado e o futuro.

No Brasil, o STF aplicou esse princípio na ADI 4.277 (reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas), reinterpretando o art. 226 da CF/88 à luz de novos paradigmas de dignidade, sem descartar precedentes anteriores. Contudo, como critica Daniel Sarmento (2011), a falta de transparência na distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* (ex.: ADPF 54 – aborto de anencéfalos) permite que a Corte manipule a vinculação hermenêutica, priorizando agendas políticas em detrimento da coerência sistemática.

Assim, o dilema democrático persiste: os precedentes podem tanto proteger minorias quanto concentrar poder interpretativo em uma elite judicial.

A politização da vinculação hermenêutica evidencia riscos de um “governo dos juízes”. Conforme Melo e Mendes (2022a), o STF, ao monopolizar a interpretação constitucional (ex.: ADI 4.650 – Lei da Ficha Limpa), assume um papel de “legislador negativo”, muitas vezes sem diálogo com o Congresso.

A Constituição, como “processo público” (Habermas, 1997, p. 132), exige que sua interpretação seja moldada por um diálogo contínuo entre instituições e sociedade civil.

Na visão de Peter Häberle (2002, p. 45), a sociedade aberta de intérpretes pressupõe que a Carta não é monopólio de juízes/as, mas um texto vivo, reinterpretado por legisladores, acadêmicos e sociedade civil.

No Brasil, essa dinâmica é visível em casos como a ADI 4.277, onde audiências públicas e *amicus curiae* influenciaram o STF a reconhecer direitos LGBTQIA+, e na ADPF 442 (descriminalização do aborto), em que coletivos feministas apresentaram argumentos centrais aos debates. Contudo, como alerta Vieira (2018, p. 101), a abertura hermenêutica não pode legitimar decisões arbitrárias: a participação social deve ser mediada por procedimentos transparentes, como os previstos na Lei 9.868/99 (art. 7º, §2º), que regula o controle concentrado.

A hermenêutica constitucional, na perspectiva de Gadamer (2007), é uma fusão de horizontes entre tradição e inovação. Isso implica que os precedentes do STF, como na ADPF 130 (liberdade de expressão vs. Lei de Imprensa/1967), devem ser relidos à luz de novos contextos sociais, como a ascensão das redes sociais.

Contudo, a Corte frequentemente falha em incorporar vozes periféricas, privilegiando narrativas hegemônicas. A integridade do sistema exige, portanto, que a sociedade aberta não seja apenas retórica, mas prática constante, como ocorreu na ADC 41 (cotas raciais), onde o STF dialogou com dados sociológicos e demandas históricas do movimento negro.

A força vinculante dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, materializada em instrumentos como súmulas vinculantes (art. 103-A da CF/88) e teses firmadas em ADIs e ADPFs, estrutura uma gramática comum para o ordenamento jurídico. As súmulas vinculantes reduzem a fragmentação interpretativa, conferindo previsibilidade a temas complexos.

O julgamento de Reclamações constitucionais que tenham como paradigma de decisão violada a ADPF 130/DF ilustra como o STF atualiza precedentes sem romper

com a tradição jurídica. Ao declarar a incompatibilidade da Lei de Imprensa com a liberdade de expressão na era digital, a Corte manteve a coerência com julgados anteriores (ex.: ADI 4.451 – censura a meios de comunicação), mas adaptou o entendimento às demandas da sociedade em rede. Essa prática evidencia um diálogo entre passado e presente, essencial para a integridade do sistema e a importância em se reconhecer os fundamentos determinantes de decisões pretéritas. Porém, a ausência de critérios claros para revisão de teses gera insegurança, pois partes não sabem quando um precedente será mantido ou superado.

A falta de clareza na distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é um dos maiores entraves à efetividade dos precedentes. Além disso, contradições na aplicação de precedentes minam a coerência: na ADC 41, o STF afirmou a constitucionalidade de cotas raciais, mas nas ADIs 7582, 7583, 7586 (marco temporal indígena), adotou interpretação restritiva, ignorando sua própria jurisprudência inclusiva. Para Lenio Streck (2019, p. 77), tais inconsistências revelam uma “seletividade ideológica” que descredibiliza o sistema.

A crítica de Lenio Streck (2022, p. 89) à seletividade na aplicação de precedentes – evidenciada no contraste entre a ADC 41 (cotas raciais), que enfatizou reparação histórica, e as ADIs 7.582/7.583/7.586 (marco temporal indígena), que trataram direitos originários como concessão estatal – revela uma ruptura na integridade hermenêutica do sistema. Essa contradição, ao desalinhar-se dos princípios de coerência, expõe a fragilidade de uma jurisprudência que oscila entre inclusão e restrição, minando a função dos precedentes como garantidores de previsibilidade.

É precisamente aqui que a hermenêutica filosófica Gadamer (2003), oferece um antídoto: ao conceber a interpretação como diálogo entre tradição e presente, Gadamer fornece ferramentas para defender que os precedentes sejam pontos de partida para reinterpretção, não “gaiolas” dogmáticas. Contudo, a mesma Corte falha em outros contextos, como no marco temporal indígena, onde a ausência de metodologia clara para identificar a *ratio decidendi* – aliada à inconsistência prática – transforma precedentes em instrumentos volúveis, não em bases dinâmicas.

A fusão de horizontes gadameriana, portanto, exige mais que atualizações pontuais: demanda um engajamento constante com a tradição jurídica, capaz de evitar anacronismos sem sacrificar a justiça em nome da segurança.

Como síntese dos argumentos deste tópico com o intuito de apontar pilares para a consolidação dos precedentes na jurisdição constitucional brasileira, salienta-se que a sua utilização como garantia de direitos fundamentais depende de três pilares interligados.

Primeiro, a coerência técnica, que exige aprimorar métodos para identificar a *ratio decidendi*, superando a confusão com *obiter dicta*. Casos como a ADPF 130 (liberdade de expressão) demonstram que a clareza na fundamentação evita manipulações e assegura previsibilidade. Segundo, a legitimidade democrática, que demanda diálogo institucional, como audiências públicas na ADPF 442 (descriminalização do aborto), onde o STF ouviu especialistas e movimentos sociais. Terceiro, a proteção de direitos, exemplificada na ADPF 132 (união homoafetiva), em que precedentes funcionaram como escudos contra retrocessos, cristalizando interpretações progressistas.

É necessário a busca por coerência técnica através de métodos para identificação da *ratio decidendi*. A falta de rigor na distinção entre *ratio* e *obiter* fragiliza o sistema, como visto na ADI 5.659 (marco temporal indígena), onde o STF ignorou a lógica reparatória da ADC 41 (cotas raciais). Para Daniel Mitidiero (2017), técnicas como o *distinguishing* (diferenciar casos) e o *overruling* (superar precedentes) devem ser aplicadas com transparência, tal como no RE 1.045.781 (desapropriação indireta).

É necessário a proteção de direitos tendo precedentes como “escudos” contra retrocessos. Precedentes bem consolidados impedem que mudanças políticas revertam conquistas sociais. A integridade do direito exige que os precedentes tratem o ordenamento como um “romance em cadeia”, onde cada capítulo (decisão) preserva coerência com o todo, evitando rupturas que fragilizem direitos (Dworkin, 2014).

A tese demonstra que precedentes, quando ancorados em uma hermenêutica constitucional aberta, são ferramentas para: (I) garantir direitos fundamentais: evitam arbitrariedades, como na ADPF 130, onde a reinterpretção da liberdade de expressão protegeu novas formas de comunicação; (II) fortalecer a integridade do sistema: superam contradições, desde que aplicados com métodos claros, como proposto por Gadamer (2011) na fusão de horizontes entre tradição e inovação; (III) equilibrar poder judicial e democracia exigem transparência e não obscuridades, como observadas nas alterações de entendimento e argumentações conflitantes nos julgamentos que tiveram por objeto a constitucionalidade da prisão após decisão confirmada em segunda instância.

A contribuição central reside em revelar que a consolidação dos precedentes não é técnica ou política, mas ética: demanda um STF que atue como mediador, não monopolista, do sentido constitucional. A argumentação desta tese articula teoria,

jurisprudência e crítica, mostrando como a consolidação dos precedentes é um processo multifacetado, que exige rigor metodológico, engajamento democrático e compromisso ético com os direitos fundamentais.

A liberdade de expressão, como direito fundamental, ilustra de maneira emblemática a tensão entre estabilidade e mudança na interpretação constitucional. Ao longo da tese, observou-se que o STF, em casos como a ADPF 130, atualizou o entendimento sobre essa liberdade para abranger o ambiente digital, rejeitando a anacrônica Lei de Imprensa, de 1967. Esse movimento não foi um ato isolado de vontade judicial, mas um diálogo com transformações sociais, tecnológicas e políticas, evidenciando que o sentido da Constituição é construído coletivamente, não monopolizado por uma corte.

A força dos precedentes, nesse contexto, reside justamente em sua capacidade de harmonizar tradição e inovação. Quando o STF reconheceu a criminalização da homofobia como extensão do princípio da dignidade humana (HC 118.533), não apenas preservou coerência com jurisprudência anterior, mas respondeu a demandas urgentes da sociedade. No entanto, essa coerência exige transparência: é preciso distinguir claramente entre o que é essencial (*ratio decidendi*) e o que é acessório (*obiter dictum*), evitando que decisões futuras manipulem precedentes para fins casuísticos.

A autoridade dos precedentes não pode depender exclusivamente da vontade de onze ministros, mas de um processo aberto, no qual legisladores, acadêmicos, movimentos sociais e cidadãos participem ativamente. A liberdade de expressão, por exemplo, só se realiza plenamente se a jurisprudência absorver as vozes marginalizadas, como ocorreu nas audiências públicas da ADPF 442 (descriminalização do aborto).

Como sustenta a presente pesquisa, a análise do sistema de precedentes no processo constitucional brasileiro – com foco nas decisões do STF examinadas nesta tese – revela um paradoxo central: embora o Supremo Tribunal Federal raramente explicita, em suas decisões, a vinculação hermenêutica a fundamentos anteriores como *ratio decidendi* – em parte devido às tensões entre técnica processual e abertura interpretativa –, a Corte termina por reforçar sua jurisprudência de modo implícito, especialmente em temas sensíveis como a liberdade de expressão. Essa aparente contradição, observada em casos como a ADPF 130 (Lei de Imprensa/1967) e o HC 118.533 (criminalização da homofobia), expõe uma dinâmica peculiar: o STF mantém uma tradição decisória coerente pós-1988, reafirmando precedentes sem declará-los expressamente, como se a Constituição fosse um texto que se autoatualiza pela prática, não pela dogmática.

A inovação desta tese reside em demonstrar que, mesmo diante da resistência a métodos formalistas de *stare decisis*, a Corte opera sob uma lógica de integridade hermenêutica, onde a mudança é gradual e ancorada em princípios constitucionais. A liberdade de expressão, nesse contexto, não é apenas um direito individual, mas um mecanismo de oxigenação do sistema jurídico, permitindo que novas demandas sociais – como a regulação de discursos de ódio em redes sociais – desafiem interpretações fossilizadas sem descartar a segurança jurídica.

Essa dinâmica confirma que o domínio de sentido da Constituição não é monopólio do STF, mas um bem comum, construído na intersecção entre instituições, sociedade e história. Precedentes bem consolidados, como os que protegem minorias (ADC 41 – cotas raciais) ou atualizam direitos (ADPF 442 – aborto), funcionam como ferramentas de conexão entre eras, equilibrando estabilidade e adaptação.

Contudo, se a liberdade de expressão floresce onde há espaço para o equilíbrio entre tradição e inovação, como garantir que os precedentes não se tornem instrumentos de conservação, mas sim de transformação democrática? A resposta exige mais que técnica jurídica: demanda um diálogo permanente, onde juízes, legisladores e cidadãos reconheçam que a Constituição é um projeto aberto – e que seu sentido só se completa quando as pontes do passado levam a um futuro mais justo.

A Constituição brasileira, como projeto aberto de sociedade, exige que seus intérpretes – juízes, legisladores, cidadãos – vejam nos precedentes não amarras do passado, mas pontes para o futuro. Que a liberdade de expressão, hoje protegida nas redes, amanhã desafie novos dogmas, lembrando-nos de que o direito é uma conversa infinita, nunca um monólogo.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta tese se inova ao entender que a utilização de precedentes como razão de decidir no Supremo Tribunal Federal (STF) representa um mecanismo ambivalente na proteção dos direitos fundamentais: por um lado, serve como instrumento de coerência e previsibilidade, garantindo que decisões históricas consolidem avanços civilizatórios; por outro, a flexibilidade na aplicação desses precedentes revela riscos de discricionariedade, especialmente quando o Tribunal revisita entendimentos sem critérios transparentes.

Essencial para o desenvolvimento da pesquisa, o conceito de *ratio decidendi* foi desenvolvido com especial foco na realidade jurídica brasileira. Apresentou-se a distinção entre a decisão judicial, sua fundamentação e a própria *ratio decidendi*, que é apresentada como o núcleo normativo vinculante de um precedente. Destacou-se que a *ratio* não se confunde com a decisão em si nem com toda a fundamentação: ela é a tese jurídica essencial que orienta e justifica o resultado do julgado.

Apontou-se as contradições e insuficiências do sistema processual brasileiro para lidar com precedentes de forma sistemática e teórica. Reconheceu-se a ausência de um método unívoco para a identificação da *ratio*, mas propõe-se a adoção de uma abordagem hermenêutica-argumentativa.

Destacou-se a reflexão sobre a interação entre argumentação, interpretação e valores na formulação da decisão judicial. O/A juiz/a não atua de maneira neutra ou mecânica, mas constrói sua decisão a partir de escolhas interpretativas inevitavelmente valorativas – embora deva limitar sua discricionariedade ao chamado "sentido fraco", como defendido por Dworkin.

A escolha metodológica da reconstrução argumentativa da *ratio decidendi*, como defendida pelos autores brasileiros estudados, representa um caminho promissor para o amadurecimento da cultura de precedentes no Brasil.

Embora o sistema de precedentes seja uma tradição típica do *common law* — historicamente anterior à positivação dos direitos fundamentais —, no Brasil, esse instituto vem sendo incorporado como mecanismo de proteção e efetivação dos direitos constitucionais fundamentais.

É necessário reconhecer a particularidade do modelo brasileiro, cuja tradição é marcada pela *civil law*, mas que vem absorvendo de maneira gradual e adaptada elementos do sistema de precedentes presente, principalmente, nos Estados Unidos. Essa

hibridização é vista como um fenômeno natural, ainda que envolto em série de complexidades.

O papel do Supremo Tribunal Federal é explorado a partir da noção de supremocracia, conceito que denuncia a concentração de poder no STF, evidenciando uma tensão entre a necessária uniformidade jurisprudencial e os riscos de excessiva centralização decisória.

A tese aprofundou o debate sobre as virtudes e limitações do sistema de precedentes. São destacados benefícios como previsibilidade, igualdade, segurança jurídica e estabilidade, contrapostos à preocupação com a justiça material e a flexibilidade necessária para enfrentar realidades sociais diversas e mutáveis.

A mera adoção formal de precedentes vinculantes não garante sua efetividade prática. O texto denuncia a persistência da discricionariedade judicial e a fragilidade da cultura de precedentes no Brasil, reforçando que a vinculação normativa deve ser acompanhada de um robusto compromisso argumentativo por parte dos tribunais.

Conforme sustenta Grau (2021), a racionalidade do direito moderno foi estruturada para atender às demandas do mercado, priorizando a previsibilidade, a calculabilidade e a segurança jurídica. Esses elementos garantem que os agentes econômicos possam tomar decisões com base em normas estáveis e previsíveis, criando um ambiente propício à liberdade econômica. Existe, assim, uma relação intrínseca entre o Estado e a proteção da economia, uma vez que o ordenamento jurídico é desenhado para reduzir incertezas e permitir o pleno desenvolvimento das atividades de mercado.

No entanto, o Poder Judiciário contemporâneo parece caminhar na direção oposta a esse ideal. Em vez de reforçar a segurança jurídica por meio da aplicação da racionalidade formal do direito, tem-se observado uma crescente adoção de uma racionalidade de conteúdo, mais casuística e subjetiva. Essa mudança de postura gera insegurança para os agentes econômicos, pois dificulta a previsibilidade das decisões judiciais e fragiliza a confiança nas instituições responsáveis por garantir a estabilidade das regras de mercado.

Em que pese essas circunstâncias, a demanda por um sistema que garanta uma jurisprudência uniforme e estável não deve servir apenas aos aspectos econômicos, mas, sobretudo, aos jurisdicionados, pessoas dotadas de dignidade, que necessitam do acesso ao Poder Judiciário para ter plena fruição e garantia de direitos fundamentais.

Propõe-se que a observância de precedentes seja entendida não apenas como técnica processual, mas como um direito fundamental autônomo, pertencente aos

jurisdicionados. Essa perspectiva reforça o papel dos precedentes como instrumento de concretização da normatividade constitucional em si, destacando que sua violação compromete não apenas a segurança jurídica, mas também o próprio Estado Democrático de Direito.

Reconhecida a lacuna presente nas pesquisas em desenvolvimento sobre o tema em questão, para fins desta tese, os precedentes judiciais são tratados como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e a sua observância, seja numa perspectiva vertical seja horizontal, como direito fundamental em si.

A identidade dos precedentes judiciais, enquanto instrumentos moldados por — e ao mesmo tempo modeladores de — direitos fundamentais, revela-se como um eixo central para compreender a tensão entre a dinâmica democrática e a proteção contramajoritária de garantias constitucionais. Como destacado por Barroso (2021), a vinculação de precedentes a direitos fundamentais não apenas assegura coerência interpretativa, mas também projeta valores constitucionais sobre casos concretos, evitando que decisões judiciais se fragmentem em subjetivismos. Contudo, essa identidade exige que os tribunais equilibrem a necessária adaptação a contextos sociais mutáveis com o respeito à segurança jurídica, dilema que permeia a própria noção de justiça em um Estado Democrático de Direito.

A tese analisou o desenvolvimento histórico, político e institucional do Supremo Tribunal Federal, destacando sua transformação de uma Corte de atuação discreta para um ator central no cenário político e social contemporâneo. Originalmente com perfil mais técnico e conservador, o STF foi ganhando mais protagonismo após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional principiológica como fruto da influência do chamado neoconstitucionalismo fez com que a Corte nacional fosse cada vez mais chamada a suprir omissões do Legislativo e garantir a efetividade de direitos fundamentais e demais normas constitucionais postas à prova pelos sistemas político e econômico.

As transformações no controle de constitucionalidade também foram cruciais para a culminância da concentração de poder no STF, nas últimas décadas, uma vez que o crescente esvaziamento do processo constitucional na via difusa, contribui para a conformação de um controle antes essencialmente concreto em produtor de decisões com caráter vinculante e eficácia *erga omnes*.

Esse fenômeno se insere no contexto da judicialização da política e, também, judicialização da vida, como defende Barroso (2018), reflexo de uma crise de representatividade do Congresso Nacional e da crescente demanda social por respostas institucionais rápidas. Tal complexidade e importância social e política das decisões do Supremo trouxeram as discussões sobre legitimidade e procedimento do processo decisório para o centro do debate.

Além do mais, com o reconhecimento do papel contramajoritário do STF, ou seja, sua função de proteger direitos fundamentais, mesmo contra a vontade da maioria representada no parlamento, a Corte se tornou uma arena de debate público, amplificada pelas redes sociais e pela mídia.

A ausência de parâmetros claros de interpretação e fundamentação dos votos pelos/as Ministros/as elevou as críticas em torno do ativismo judicial, apontando para os riscos de politização excessiva, falta de previsibilidade e insegurança jurídica, agravada pela falta de um sistema sólido de precedentes.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), ao institucionalizar a vinculação a *ratio decidendi* (Art. 927), buscou equilibrar inovação e estabilidade, mas a prática do STF demonstra que a seletividade na observância de precedentes pode fragilizar direitos como a liberdade de expressão, como visto em casos de censura a críticas a autoridades, onde a coerência jurisprudencial é sacrificada em nome de contextos específicos. A tensão entre a força normativa dos precedentes (fundamental para a integridade do sistema) e a interpretação evolutiva da Constituição (essencial para responder a demandas sociais emergentes) exige que o Tribunal adote metodologias claras para distinguir *ratio* de *obiter dictum* e justifique rupturas, assegurando que a proteção dos direitos fundamentais não seja subordinada a flutuações hermenêuticas.

Nesse sentido, precedentes só cumprem seu papel democrático se forem compreendidos não como dogmas, mas como ferramentas dinâmicas de concretização constitucional, capazes de harmonizar segurança jurídica com a adaptação às transformações da sociedade aberta de intérpretes proposta por Häberle.

A Constituição não é um texto estático, mas um processo hermenêutico contínuo, em constante diálogo com as transformações sociais, políticas e culturais. Ela é mediadora de conflitos e promotora da participação democrática. A interpretação constitucional deve ser feita por múltiplos atores: tribunais, cidadãos, movimentos sociais, academia e outras instituições. O STF não detém a exclusividade na determinação do sentido da Constituição.

Há que se ter em conta a dimensão pluralista e inclusiva da interpretação constitucional por meio da tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Defende-se uma hermenêutica aberta, onde o pluralismo valorativo e a participação democrática são princípios estruturantes. Os cidadãos deixam de ser apenas destinatários das normas e passam a ser cointérpretes da Constituição.

Essa noção de Constituição com processo público é composta por três dimensões interligadas. A possibilista, que explora alternativas e novas soluções normativas frente a novas demandas sociais; a realista, que considera as condições concretas e as limitações institucionais e materiais; a necessária, que impõe limites axiológicos, como a dignidade humana e os direitos fundamentais.

No contexto atual, as plataformas digitais podem ampliar a participação popular, mas também trazem riscos como a exclusão digital e a manipulação algorítmica. É necessário regulamentar essas ferramentas, aplicando a tríade cognitiva para equilibrar inovação com direitos fundamentais.

Apesar de avanços desde 1988, a participação efetiva de atores sociais ainda é restrita. A legitimação ativa no controle concentrado de constitucionalidade privilegia atores estatais e corporativos, deixando movimentos sociais e minorias com pouca voz direta no STF. É preciso fortalecer a participação social efetiva nos processos de interpretação constitucional, democratizando os espaços de deliberação, mas mantendo a Corte Constitucional como instância final de decisão, com legitimidade derivada da qualidade e abertura de seus processos deliberativos.

Toda essa discussão, já presente na ampliação dos estudos acerca do processo constitucional, deve alcançar também a produção teórica e jurídica sobre a assimilação da técnica que institucionaliza a utilização dos precedentes judiciais no Brasil como ferramenta de construção da decisão judicial e aferição da sua legitimidade frente ao sistema de direito.

A pesquisa demonstrou que o precedente judicial, quando compreendido à luz do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e do processo constitucional brasileiro, pode ser um instrumento relevante para garantir direitos fundamentais e promover coerência no ordenamento. O primeiro objetivo específico — compreender o precedente no direito brasileiro e sua relação com o processo constitucional — foi atendido ao identificar que o CPC/2015 adotou um modelo híbrido, incorporando elementos do *common law* (como a vinculação a *ratio decidendi*) sem abandonar as raízes do *civil law*. Isso redefine o precedente não como mera jurisprudência, mas como razão de decidir

fundamentada em critérios objetivos, como destacado na distinção entre *ratio* e *obiter dictum*.

A distinção entre precedente, jurisprudência, súmula e tese também é essencial para compreender o funcionamento e os efeitos das decisões judiciais no sistema jurídico brasileiro. Precedente é uma decisão judicial que, por sua fundamentação e contexto, passa a ter efeito vinculante para casos futuros semelhantes, especialmente após o advento do novo Código de Processo Civil, que formalizou o que se chama de sistema de precedentes obrigatórios ou qualificados no Brasil. Diferentemente, a jurisprudência refere-se ao conjunto de decisões reiteradas sobre o mesmo tema, sem que necessariamente haja vinculação obrigatória; ela indica a tendência interpretativa de um tribunal, mas pode ser alterada a qualquer momento.

Já as súmulas são enunciados resumidos e objetivos que consolidam o entendimento pacífico e uniforme dos tribunais sobre determinado tema jurídico, sendo um extrato da jurisprudência dominante. Algumas súmulas podem ter caráter vinculante, como as editadas pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, obrigando os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública a segui-las.

Por fim, as teses são formulações jurídicas extraídas de julgamentos em sede de recursos repetitivos ou de repercussão geral, que possuem força vinculante para todos os casos idênticos em tramitação, funcionando como uma diretriz geral para os tribunais inferiores. Enquanto as súmulas são fruto de repetição e uniformização jurisprudencial, as teses surgem de julgamentos com técnica própria de vinculação processual, com o objetivo de dar eficiência e segurança jurídica ao tratamento de temas de massa.

Outrossim, verificou-se que a elaboração de teses tem ganhado espaço também em decisões no controle abstrato de constitucionalidade como forma de facilitar a identificação da *ratio decidendi* do julgado. Embora salutar, essa prática tende a contribuir para a confusão das categorias de precedente e tese jurídica.

O segundo objetivo — analisar a razão de decidir como pressuposto de legitimidade — revelou que a força vinculante dos precedentes no Brasil ainda é limitada pela discricionariedade do Supremo Tribunal Federal (STF). Embora o Art. 927 do CPC/2015 estabeleça a obrigatoriedade de observância a julgados anteriores, a prática demonstra que os ministros frequentemente reinterpretam ou superam precedentes sem justificativa robusta, especialmente em casos de liberdade de expressão. Isso fragiliza a

segurança jurídica e a integridade do sistema, confirmando parcialmente a hipótese inicial de que não há comprometimento hermenêutico consistente com as razões determinantes.

O terceiro objetivo — diagnosticar como o STF atribui força normativa a seus precedentes — evidenciou contradições. Enquanto em alguns julgados, o Tribunal utiliza precedentes para ampliar direitos, em outros há flexibilização, priorizando contextos específicos sobre a coerência. Isso impacta diretamente o direito à liberdade de expressão, pois a falta de uniformidade na aplicação de precedentes gera insegurança sobre os limites desse direito, especialmente em temas sensíveis como discurso de ódio e censura.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, não pode agir de maneira imprevisível ou arbitrária. Ele precisa não só tomar decisões coerentes no conteúdo, mas também seguir formas e procedimentos regulares e estáveis.

Assim, concorda-se com a necessidade de uma reformulação teórica do processo constitucional brasileiro, argumentando pela adoção de uma "nomofilia procedimental", que implica o dever institucional do STF de adotar padrões formais consistentes, transparentes e previsíveis, tanto no conteúdo quanto na forma de suas decisões.

A necessidade de revisão do procedimento passa por reformas necessárias e análise crítica de ferramentas presentes no Supremo Tribunal Federal como maior regulação na utilização do plenário virtual e o próprio processo de deliberação das decisões.

Silva (2021) publicou resultados de pesquisa realizada por meio de entrevistas com ministros do Supremo Tribunal Federal acerca do processo de deliberação na Corte. Alguns ministros relacionaram a legitimidade do controle de constitucionalidade das leis com a qualidade das decisões, “[...] enfatizaram que a extensão das decisões e a fragmentação argumentativa a ela relacionada tendem a gerar um descompasso entre o que diz a ementa e o que os ministros argumentaram ao longo de seus votos” (SILVA, 2021, p. 32).

Não se verificou por parte dos ministros comprometimento em explicitar qual metodologia interpretativa utiliza para construção do seu voto. Segundo o Silva (2021), “quase todos os ministros narraram haver uma grande dificuldade” quando se fala da implantação de um sistema de precedentes vinculantes no STF, sobretudo quanto à delimitação da fundamentação e o próprio reconhecimento desta como vinculante.

Outro ponto que a presente tese conclui é o necessário enfrentamento acerca da teoria transcendência dos motivos determinantes presentes no inteiro teor dos acórdãos. Essa teoria propõe que não apenas o dispositivo (resultado final) de uma decisão, mas

também seus fundamentos (motivos determinantes), tenham efeito vinculante para casos futuros. Contudo, o STF historicamente adota uma posição restritiva, vinculando apenas o dispositivo das decisões e não os fundamentos, o que gera insegurança jurídica e falta de coerência nos precedentes.

A partir de julgados como a ADPF 130/DF (liberdade de expressão), a Corte passou a aplicar de maneira excepcional uma interpretação mais expansiva, reconhecendo efeitos vinculantes também para os fundamentos em casos específicos, especialmente quando envolvem direitos fundamentais. Ainda assim, o STF continua sem uma posição unificada e clara sobre a transcendência dos fundamentos, com ministros divergindo em decisões importantes.

Há que se diferenciar, ainda, decisão com efeito vinculante de precedente vinculante: enquanto a primeira é prevista em lei e vinculada formalmente, o segundo decorre da força argumentativa e da *ratio decidendi*, servindo como paradigma de orientação mesmo sem previsão legal explícita. A ausência de uma "cultura de precedentes", somada à estrutura institucional do STF e ao uso frequente do Plenário Virtual, agrava a dificuldade de consolidação de decisões vinculantes a partir de seus fundamentos.

A partir do CPC/2015, houve avanços, pois o Código passou a exigir fundamentação adequada nas decisões e reconheceu o caráter vinculante de teses fixadas. Porém, os desafios permanecem: a dificuldade de identificar a *ratio decidendi* nas decisões da Corte, a falta de padronização na aplicação de precedentes e o risco de insegurança jurídica.

O quarto objetivo — propor uma compreensão do precedente como razão de decidir — foi alcançado ao articular a teoria haberliana da "sociedade aberta de intérpretes" com o sistema brasileiro. A pesquisa argumenta que a Constituição, como processo público, exige que os precedentes sejam construídos em diálogo com atores sociais (via *amicus curiae* e audiências públicas), reduzindo a discricionariedade judicial. Essa abordagem foi aplicada ao sugerir alterações legislativas para tornar transparente a seleção e revisão de precedentes, alinhando-os aos direitos fundamentais.

A hipótese inicial — de que os ministros do STF não se comprometem com as razões determinantes de seus julgados — foi parcialmente confirmada. A análise de casos como a ADPF 130 (Lei de Imprensa) mostrou que o Tribunal revisita precedentes sem seguir critérios claros, ignorando a "transcendência dos motivos determinantes". Contudo, em temas como saúde e direitos LGBTQIA+, observou-se maior rigor na

observância de *stare decisis*, indicando que a discricionariedade varia conforme a matéria e o contexto político.

O estudo demonstrou que o direito brasileiro superou a rigidez da dicotomia *civil law/common law*, adotando um sistema misto em que precedentes ganham força normativa, especialmente via súmulas vinculantes (Art. 103-A, CF/88) e repercussão geral (Art. 543-B, CPC/2015). Contudo, a falta de metodologia clara para distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum* mantém o sistema vulnerável a inconsistências, como visto em julgados sobre liberdade de expressão que ignoram a tese dos motivos determinantes.

A pesquisa destacou que a concentração do poder interpretativo no STF, embora necessária para uniformização, cria tensões com o ideal democrático. A proposta de uma "jurisdição constitucional democrática" exige que o Tribunal equilibre precedentes com participação social, evitando que decisões como as do *homeschooling* (ADI 5.657) reproduzam viés elitista. A teoria da "Constituição como romance em cadeia" (Dworkin) mostrou-se útil para pensar a coerência, mas insuficiente sem mecanismos de *accountability*.

A pesquisa contribuiu para o debate ao propor que a vinculação hermenêutica deve ser reasentada na interpretação evolutiva, em que precedentes são revisados à luz de novas demandas sociais, sem romper com a segurança jurídica. Isso exige reformas como: exigência de motivação detalhada para superação de precedentes; criação de comitês técnicos para monitorar a coerência das decisões; ampliação da participação de movimentos sociais no processo constitucional.

A pergunta central — se precedentes são aptos a garantir direitos fundamentais e coerência — foi respondida de forma complexa: eles têm potencial, mas sua efetividade depende de maior rigor metodológico e transparência. O STF, como "guardião da Constituição", precisa adotar critérios objetivos para aplicação e revisão de precedentes, sob risco de transformar a discricionariedade em arbitrariedade, especialmente em temas polêmicos como liberdade de expressão.

Conclui-se que o domínio do sentido da Constituição não pertence exclusivamente ao STF, mas deve ser compartilhado com a sociedade, conforme proposto por Häberle. Precedentes só garantirão direitos fundamentais e integridade sistêmica se forem construídos como processo coletivo, não como monopólio judicial. Para isso, é urgente repensar o modelo de vinculação hermenêutica, transformando precedentes em instrumentos vivos de democracia constitucional, onde a última palavra seja não a do juiz, mas a da razão pública estruturada em diálogo.

Esta tese configura-se como um primeiro esforço sistemático para compreender como os precedentes judiciais, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), podem conciliar segurança jurídica, proteção de direitos fundamentais e coerência do ordenamento, sob a ótica da Constituição como processo público. Embora tenha identificado mecanismos de flexibilização hermenêutica e criticado a discricionariedade excessiva do STF, reconhece-se que a complexidade do tema exige investigações complementares.

Além disso, é urgente explorar como tecnologias digitais podem mitigar subjetividades na aplicação de precedentes, ou como a Corte Interamericana influencia a revisão de entendimentos domésticos. A tese também abre espaço para pesquisas interdisciplinares, como a interseção entre sociologia do direito e hermenêutica constitucional, investigando como movimentos sociais impactam a formação de precedentes.

Assim, longe de esgotar o debate, este trabalho busca incitar novas perguntas, reforçando que a construção de um sistema de precedentes democrático e eficaz depende de esforços contínuos, tanto acadêmicos quanto institucionais, para transformar a teoria em prática e a crítica em reforma.

## REFERENCIAS

ABOBOREIRA, Edhyla C. V. V. **Jurisdição constitucional e cidadania**: a atuação das organizações não-governamentais de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

ABOBOREIRA, Edhyla C. V. V. O retorno a Hércules como possibilidade hermenêutica para concretização dos direitos humanos no Brasil? In: Teixeira, João P. A.; LIZIERO, Leonam (Org.). **Direito e sociedade** – volume 2: Marcelo Neves como intérprete do pensamento jurídico contemporâneo. Andradina: Meraki, 2020.

ABOBOREIRA, Edhyla C. V. V. Precedentes judiciais e neoconstitucionalismo: um ensaio à luz de Oliveira Viana. In: Teixeira, João P. A.; LIZIERO, Leonam (Org.). **Passado e presente no constitucionalismo brasileiro**. Andradina: Meraki, 2021.

ABOBOREIRA, Edhyla C. V. V; PIMENTEL FILHO, José Ernesto. Desafios da análise dos precedentes judiciais no Brasil: direito e memória. In: SILVA, Luciano Nascimento (org.). **Mundos dos direitos humanos do mundo**: o observador, a teoria e o paradoxo. Campina Grande: EDUEPB, 2020).

ALVIM, Tereza Arruda. Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 78, jun. 2017. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao078/Teresa\\_Arruda\\_Alvim.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao078/Teresa_Arruda_Alvim.html). Acesso em 13 jan. 2023.

BARBOZA, Estefania M. de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista**: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Ver. Direito Práx., Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1, 21 jan. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. Acesso em: 9 mar. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **La hermenéutica y las ciencias sociales**. Trad. Victor Magno Boyé. Buenos Aires: Nueva Visión, 2007.

BERMAN, Harold. **Law and revolution: the formation of the western legal tradition**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **Mas, afinal, qual é o conceito de precedente no Brasil?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-27/bianor-arruda-afinal-qual-conceito-precedente-brasil>. Acesso em: 8 ago. 2019.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** Valores, Hermenêutica e Argumentação: Elementos Para a Construção de uma Teoria da Decisão Judicial. São Paulo: Noeses, 2018.

BONFIM, Vinícius Silva. Gadamer e a experiência hermenêutica. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIV, n. 49, p. 76-82, abr/jun, 2010. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1152/1341>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BONFIM, Vinícius Silva. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

BRANCO, Carolina Nobre Castello. **Construção democrática da decisão jurídica: sistemas, precedentes e tecnologia no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito figidio – o ativismo judicial. In: FELET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivn, 2011. p. 387-401.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 fev. 2023.

BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Civil/2015. In: **Vade Mecum acadêmico de direito Rideel**. 34 ed. São Paulo: Rideel, 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%20C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal.&text=Art..](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%20C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal.&text=Art..) Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 18/DF**. Relator ministro Celso Mello. Julgamento em 05/09/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1969/DF**. Relator ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 28/06/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3510/DF**. Relator ministro Roberto Barroso. Julgamento em 29/05/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4277/DF**. Relator ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento em 05/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4439/DF**. Relator ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em 27/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4451/DF**. Relator ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 06/03/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4795/DF**. Relator ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 06/03/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4815/DF**. Relator ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 10/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF**. Relator ministro Dias Toffoli. Julgamento em 29/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 183/DF**. Relator ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 27/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 129/DF**. Relator ministro Edson Fachin. Julgamento em 05/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187/DF**. Relator ministro Celso de Mello. Julgamento em 15/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 457/GO**. Relator ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 27/04/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 496/DF**. Relator ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em 22/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548/DF**. Relator ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 15/05/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 572/DF**. Relator ministro Edson Fachin. Julgamento em 18/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 811/SP**. Relator ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 08/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Liberdade de expressão**. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023. 375 p. (Supremo Contemporâneo). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/liberdadeexpressao.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992**. Nova York: Cambridge University Press, 1995.

BUENO, Cassio S. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9788553620081. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620081/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

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

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivn, 2011. p. 475-498.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria n. 240, de 4 de novembro de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3560>. Acesso em 5 nov. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em 5 nov. 2022.

CRUZ, Álvaro R. S. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA JR. Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE GIORGI, Raffaele. A Investigação Sociológica do Direito na Teoria dos Sistemas. (A **Sociological Investigation os Law in System Theory**). **Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasilia/University os Brasilia Law Journal**, v. 02, n. 02, pp. 103-119, abril-agosto, 2016.

DE GIORGI, Raffaele. O desafio do juiz constitucional. Tradução de Ricardo Menna Barreto. **Campo Jurídico**, vol. 3, n. 2, p. 107-120, out, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 2002. (Coleção Primeiros Passos).

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A. K. **Garantismos, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria doAdvogado, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 1997.

FINE, Toni. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

FISS, Owen. **The Law as it could be**. New York: New York University Press, 2003.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559648474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648474/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 11. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: Complementos e índice. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996.
- HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma, 2001.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HÄBERLE, Peter. La sociedad abierta de los interpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución. Tradução de Xabier Arzoz Santisteban. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, v. 6, n. 11, p. 29-61, 2008.
- HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HART, H. L. A. **The Concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>  
. Acesso em: 15 fev. 2025.

HUSSERL, Edmund. **A ideia da fenomenologia**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1990.

JALES, Túlio. Conceito e fundamentos da autoridade horizontal de precedentes judiciais: razões especiais e incerteza na superação de precedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 59, n. 236, p. 119-145, out./dez. 2022.

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

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A importância dos direitos fundamentais para o sistema de precedentes**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de PósGraduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Guebenkian, 1991.

LEAL, Fernando; BARCELLOS, Ana Paula de; ALMEIDA, Guilherme da Franca C. F. **IX relatório supremo em números: a justificação de decisões no Supremo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.

LIMA, Manuel de Oliveira. **O movimento da independência, 1821-1822**. 6 ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

LINDQUIST, Stefanie; CROSS, Frank. Empirically testing Dworkin's chain novel theory: Studying the path of precedent. **New York University Review**, v. 80, p. 1156-1206, out, 2005. Disponível em: <https://nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-80-4-Lindquist-Cross.pdf>. Acesso em 12 dez. 2024.

LIZIERO, Leonam. A simetria que não é princípio: análise e crítica do princípio da simetria de acordo com o sentido de federalismo no Brasil. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 11, n. 2, 2020, p. 392-411.

LLEWELLYN, Karl N. **The common law tradition**. Boston: Little, Brown and Company, 1960.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: 2016.

LOPES JR., Jaylton. **Manual de processo civil**. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2022.

LOPES OLSEN, Ana Carolina; KOZICKI, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. **Suprema -**

**Revista de Estudos Constitucionais**, v. 1, n. 1, p. 82-118, 30 jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n1.a18>. Acesso em: 8 mar. 2025.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de filosofia do direito: o direito como prática**. 2 ed. Barueri: Atlas, 2022.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. O Paradoxo dos Direitos Humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução de Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Temis**, v. 3, nº 1, pp. 153-161, Fortaleza, 2000.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p.974-1007, 2017.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Ascensão, fastígio e declínio da “revolução judiciarista”. **Insight Inteligência**, 2017, p. 158-168.

MacCORMIK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997, p. 1-15.

MacCORMIK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcelos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 234, p. 303–327, ago. 2014.

MAGALHÃES, Breno Baía. A trajetória da transcendência dos motivos determinantes: o fim da história? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, p. 161-178, jan./mar. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Thomas Reuters, Brasil, 2019a.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thomas Reuters, Brasil, 2019b.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MacCORMIK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (Orgs.). **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997, p. 503-517.

MARTINS, Leonardo. Igualdade e liberdade na justiça constitucional: cortes constitucionais entre *self-restraint* e vínculo ao direito constitucional positivo. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 2, p. 587-624, dez. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s1808-24322012000200009>. Acesso em: 8 mar. 2025.

MEDIDA, Damares. **Tridimensionalidade do precedente constitucional: da nomofilia clássica à procedimental**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/observatorio-constitucional/tridimensionalidade-do-precedente-constitucional-da-nomofilia-classica-a-procedimental>. Acesso em 02 mai. 2025.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília: AGU, v. 15, n. 3, jul./set., 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>. Acesso em: nov. 2018.

MELO, Damião B. Gomes de; FIRES, Rafaela Albuquerque; PIMENTEL FILHO, José Ernesto. Under the Protection of God: Does the Preamble of the Brazilian Constitution of 1988 Allow Freedom of Expression solely for Christians? **Canopy Forum**, September 8, 2023. Disponível em <https://canopyforum.org/2023/09/08/under-the-protection-of-god-does-the-preamble-of-the-brazilian-constitution-of-1988-allow-freedom-of-expression-solely-for-christians/>. Acesso em 15 out. 2023.

MELO, Teresa; MENDES, Conrado Hübner. LEGALISMO AUTORITÁRIO E AUTORITARISMO LEGISLATIVO:. In: MELO, Teresa; MENDES, Conrado Hübner. **Democracia e resiliência no Brasil**. [S. l.]: J.M Bosch, 2022b. p. 297-328. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/j.ctv2k0586k.12>. Acesso em: 9 mar. 2025.

MELO, Teresa; MENDES, Conrado Hübner. LEGALISMO AUTORITÁRIO E AUTORITARISMO LEGISLATIVO:. In: MELO, Teresa; MENDES, Conrado Hübner. **Democracia e resiliência no Brasil**. [S. l.]: J.M Bosch, 2022.

MENDES, Gilmar. F.; COELHO, Inocêncio. M.; BRANCO, G. G. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da jurisdição constitucional**, Brasília, ano 2, 2008/2009. Disponível em

MIKUNDA-FRANCO, Emilio. Estudio preliminar. In: \_\_\_\_\_. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 17-58.

- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. **Ratio decidendi**: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta? São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997, 384 p. (Coleção Os Pensadores).
- NEVES, Marcelo. **Entre hidra e héracles**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- NOBRE, Carolina Nobre Castello Branco. **Construção democrática da decisão jurídica**: sistemas, precedentes e tecnologia no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.
- OLIVEIRA, José do Carmo. O sistema de precedentes à brasileira ou tropicalizados no novo Código de Processo Civil. **Revista da AMAGIS**, [s.l.], v. 13, n. 1, p. 55-75, jan./jun. 2016.
- PEDRON, Flavio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos precedentes judiciais, **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 19, n. 119. Out.2017/Jan. 2018, p. 645-668. Disponível em: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v19e119-1477>. Acesso em: 14 mar. 2023.
- PIMENTEL FILHO, José Ernesto. A configuração do valor da autonomia no texto de 1988 e na tradição constitucional brasileira. In: LEITE, Glauco Salomão; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **30 anos da Constituição brasileira**: balanço crítico e desafios à (re)constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- PIMENTEL FILHO, José Ernesto; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Repensar o autogoverno: liberdade, status quo e democracia no constitucionalismo original. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 11, n. 2, p. 257–280, maio/ago. 2019.
- POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Milton Amado. 2. v. 3. ed. São Paulo: Itatiaia, 1998.
- POUND, Roscoe. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**. Trad. José Puig Brutau. Granada: Comares, 2004.
- RAKOVE, J. N. 2012. **The Annotated U.S. Constitution and Declaration of Independence**, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2012.
- RIGAUX, François. **A lei dos juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROOSEVELT, Kermit. **Reconstruction and resistance**. Texas Law Review, vol. 91, p. 121, 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2197808](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2197808). Acesso em: 24 jan. 2020.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

SÁ, FEITOSA e CAMINHA. Precedentes judiciais. Uma análise jurimétrica no Tribunal de Justiça do Ceará. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, n. 3, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202233>. Acesso em 5 abr. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Conceito de direitos e garantias fundamentais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-2/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em 04/out/2024.

SCHAUER, Frederick F. **Precedent, or, The essential conservatism of law**. Toronto, Ont: Faculty of Law, University of Toronto, 1985b.

SILTALA, Raimo. **A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law**. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Luciano Nascimento. **O observador e o governos juizes: entre direito e política**. Buenos Aires: AAFD – XXXII Jornadas de Filosofia do Direito – “Derecho, Política y Moral”, abril, 2018.

SILVA, Sandoval Alves da. O *ementismo* e a tentativa de usurpação da função dos precedentes. **Cadernos de Informação Jurídica**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 107-120, jul./dez., 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2009. 279 p. ISBN 9788574208992.

SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema: Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22–56, jan./jun. 2021. DOI: 10.53798/suprema.2021.v1.n1.a17.

SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação de poderes. **Verba Juris: anuário da pós-graduação em Direito**. v. 3, n. 3. jan./dez. p. 73-91, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A. K. **Garantismos, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015. Disponível:  
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jan. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador, JusPODIVM, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo, SP, Brasil: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz; CATTONI, Marcelo Andrade. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. In: **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Revista Eletrônica de Direito Civil**. Rio de Janeiro, a.3, n. 2, jul-dez, 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei e FROTA JR., Clovis Smith. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2021.

VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

VIANA, Oliveira. **O idealismo da constituição**. Editora Nacional, 1939.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, São Paulo, jul/dez, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso: 5 jul. 2022.

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**, São Paulo, v. 5, n. 1, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322009000100002>. Acesso em: 8 set. 2023.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro**. 2012. 269 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. ed. 3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.