

Conceito e fundamentos da autoridade horizontal de precedentes judiciais

Razões especiais e incerteza na superação de precedentes

TÚLIO JALES

Resumo: O artigo aborda dois problemas relacionados à discussão sobre a vinculação horizontal a precedentes judiciais. O primeiro, de natureza conceitual, discute sobre o tipo de autoridade a que as Cortes atribuem suas decisões anteriores. Pressupondo que elas requerem razões especiais para superar suas decisões, propõe-se que a autoridade horizontal de precedentes é bem descrita pelo conceito *autoridade não excludente*, ou seja, de uma autoridade que não depende diretamente das razões substantivas que a sustentam. O segundo problema, de natureza normativa, indaga sobre os fundamentos desse tipo de autoridade. Defende-se a hipótese de que a vinculação a precedentes se justifica na medida em que servem como padrões decisórios quando Cortes do presente não atingem determinados níveis de certeza sobre a correção de decisões anteriores. O argumento conclusivo proposto é o de que, quanto maior o nível de incerteza sobre a (in)correção da decisão anterior, maior deve ser a força vinculativa expressa pela autoridade do precedente.

Palavras-chave: autoridade horizontal de precedentes; superação de precedentes; razões não excludentes; incerteza no Direito.

Concept and normative grounds of the horizontal authority of judicial precedents: special reasons and uncertainty when overruling precedents

Abstract: This paper discusses two problems related to the horizontal authority of judicial precedents. The first discussion is conceptual one and questions what kind of legal authority courts attribute to their previous decisions. Assuming that courts require special reasons to overrule their previous decisions, the paper describes the horizontal authority of

Recebido em 1/2/22
Aprovado em 19/4/22

precedents resorting to the concept of non-exclusionary authority, that is, as an authority that does not depend directly on the substantive reasons that support it. The second discussion is a normative one and inquires what legal grounds support this type of non-exclusionary authority. Based on Stephen Perry's ideas, the paper argues that precedents horizontal authority is justified insofar it serves as decisional standards when courts do not reach certain levels of certainty about the correctness of its previous decisions. The conclusion is that the greater the level of uncertainty about the (in) correctness of the previous decision, the greater should be precedent's judicial authority.

Keywords: precedent's horizontal authority of precedents; overruling of precedents; non-exclusionary reasons; uncertainty in legal reasoning.

1 Introdução

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

É válido ter consciência dessas limitações. O presente artigo, no entanto, aponta como propostas normativas de cunho argumentativo podem atuar para racionalizar e controlar melhor situações em que Cortes do presente pretendem superar posições interpretativas estabelecidas por Cortes do passado por meio de um precedente judicial.

Segundo Postema (1997), as discussões sobre precedentes judiciais¹ operam em dois níveis: o primeiro fornece metodologias para a interpretação

¹ O artigo conceitua *precedentes* como decisões anteriores que funcionam como modelos argumentativos para decisões futuras (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 1-2).

e aplicação de decisões anteriores (*como precedentes vinculam?*), ao passo que o segundo elabora as justificativas subjacentes à vinculação às decisões passadas (*por que precedentes vinculam?*). Este artigo abarca discussões que inter-relacionam ambos os níveis, na medida em que analisa e descreve conceitualmente como opera a autoridade horizontal que precedentes exercem sobre o processo decisório de Cortes e propõe um argumento normativo que justifica a vinculação à tal autoridade.²

Com esse recorte, o trabalho parte de duas premissas. A primeira é a de que as discussões sobre a autoridade de precedentes e os problemas argumentativos relacionados a essa autoridade emergem principalmente quando precedentes são contestados. Ou seja, é preferível descrever e avaliar a força vinculativa da autoridade de um precedente quando o intérprete do presente discorda de seu conteúdo normativo e, mesmo assim, considera-o no processo de tomada de decisão. Caso precedentes só importassem quando com eles concordássemos, o que haveria seria apenas uma espécie de uso retórico do passado decisório (RODRIGUEZ, 2013). Discussões em que juízes e juízas expressamente analisam as razões para superar ou não precedentes constituem, assim, um *locus* privilegiado para compreender a autoridade exercida por decisões anteriores.

A segunda premissa é a de que o lugar-comum nos estudos sobre a contestação da autoridade de precedentes é o argumento de que Cortes do presente (C2) necessitam empregar razões ou justificações especiais para superar

² O artigo enfocará a dimensão horizontal da autoridade dos precedentes na jurisdição constitucional, ou seja, a influência que as decisões anteriores de uma Corte constitucional exercem sobre a própria instituição. A dimensão vertical da autoridade dos precedentes, relacionada à forma como as decisões de instâncias superiores impactam o conteúdo e o processo decisório das instâncias inferiores, não é objeto do trabalho.

decisões de Cortes do passado (C1). Esse argumento denomina-se *tese das razões especiais*.³

Com essas premissas, o artigo formula dois problemas de pesquisa. O primeiro tem natureza conceitual e questiona sobre que espécie de autoridade jurídica fornece sustentação à tese das razões especiais. Ao tentar desvelar o fundamento jurídico por trás da tese das razões especiais, o objetivo é identificar o tipo de autoridade horizontal que precedentes de C1 exercem sobre C2. O método aqui é, pois, indutivo. Parte-se de uma categoria argumentativa correntemente mobilizada na prática de Cortes constitucionais – a *tese das razões especiais* – para tentar desvelar o conceito de autoridade que daria sustentação a essa tese.

Esse primeiro problema apresenta uma dimensão conceitual com fortes implicações práticas. Sem compreender conceitualmente a autoridade horizontal que os precedentes exercem, as Cortes acabam por não desenvolver critérios argumentativos racionais para avaliar quando e como suas decisões anteriores devem ser mantidas ou superadas. Esse cenário induz tais instituições a comportamentos contraditórios: ao mesmo tempo em que elas expressam estima em respeitar seus próprios precedentes, normalmente derrotam a autoridade de suas decisões anteriores mediante razões ou justificações não controláveis racionalmente (BURTON, 2014, p. 1.689).

O artigo tratará o primeiro problema em duas etapas. A primeira, realizada na seção 2, apresentará analiticamente a tese de razões especiais e demonstrará como tal tese se manifesta na Suprema Corte dos EUA (SC) e no Supremo Tribunal Federal (STF). A descrição da

³ Como será discutido na análise das Cortes constitucionais brasileira e norte-americana, ainda que haja um grau considerável de consenso em nível normativo sobre a exigência de “razões especiais” para superar precedentes, Cortes judiciais (brasileiras ou estrangeiras) não incorporam necessariamente tal exigência em suas práticas.

mobilização da tese das razões especiais pela SC e pelo STF é feita tanto com a reconstrução de casos nos quais tais Cortes discutem a superação de suas decisões anteriores quanto com o apoio de pesquisas e estudos que avaliam como lidam com seus próprios precedentes.

Na segunda etapa, a seção 3 descreverá três conceitos de autoridade de precedentes horizontais e identificará que apenas o conceito de *autoridade parcialmente independente do conteúdo* é capaz de descrever uma autoridade precedental conjugável com a tese das razões especiais. A hipótese é a de que a autoridade de precedentes não depende *apenas* da força de suas razões substantivas, mas também de razões institucionais de natureza não excludente.

Depois de as seções 2 e 3 desvelarem o conceito de autoridade jurídica que melhor descreve a vinculação horizontal exercida por precedentes, o segundo problema tratado pelo artigo questionará sobre que argumento normativo sustenta esse conceito de autoridade horizontal. Defender que a autoridade de precedentes não depende exclusivamente da força de suas razões substantivas não é algo óbvio e demanda bons argumentos para sustentar por que precedentes devem ser considerados como razões que valem independentemente da força de suas razões substantivas.

A hipótese defendida na seção 4 será a de que a autoridade horizontal de precedentes pode ser justificada na medida em que orienta agentes que lidam com situações de indeterminação jurídica – precedentes servem de guias diante de hipóteses em que há indeterminação em relação a como as Cortes devem interpretar o Direito. Assim, devem ser mantidos quando Cortes do presente não atinjam determinados níveis de certeza sobre a existência de equívoco na decisão anterior. É, em última análise, o reconhecimento da existência incontornável da incerteza sobre o conteúdo do Direito que justifica a autoridade horizontal de precedentes judiciais.

2 A tese das razões especiais

2.1 Conceito e definição

Corrente nas discussões sobre a superação de decisões anteriores e especialmente mobilizado no ambiente de Cortes constitucionais é o argumento de que precedentes judiciais estabelecidos por *C1* e contestados por *C2* podem ser superados apenas por esta mediante argumentação baseada em tipos específicos de razões ou justificações classificadas como *especiais*. Tal argumento é aqui denominado *tese das razões especiais*.⁴

Ao requerer de *C2* razões especiais para superar uma decisão de *C1*, a tese das razões especiais envia a decisão do presente em direção ao passado, restringindo a liberdade decisória de *C2* para modificar a posição jurídica anteriormente estabelecida por *C1*. A tese implica que decisões anteriores avaliadas como equivocadas⁵ pelas Cortes do presente podem ser mantidas: a identificação de qualquer equívoco no precedente não poderia justificar e legitimar a sua superação.

Razões especiais seriam, portanto, argumentos e justificativas que demonstram a presença de tipos de equívoco ou graus de erro específicos em decisões anteriores. Como se verá adiante, a tese expressa-se em formulações argumentativas como: “Para superar um precedente demanda-se uma argumentação que vá além da demonstração de que o precedente foi decidido de forma incorreta”⁶; “Não se pode superar um precedente

⁴Na prática da SC, esse argumento é denominado *special justification formulation* ou *strong grounds formulation*.

⁵Para os fins deste artigo, a categoria *decisão equivocada* deve ser compreendida em sentido amplo, abarcando desde decisões de *C1* avaliadas por *C2* como inadequadas, não ideais ou subótimas, mas permitidas pelas Constituições, até decisões anteriores consideradas frontalmente contrárias ao texto constitucional.

⁶“To reverse a decision, we demand a ‘special justification,’ over and above the belief ‘that the precedent was wrongly decided’” (UNITED STATES, 2020a, p. [12]).

argumentando apenas que ele é errado”⁷; “Para superar um precedente é necessário não apenas demonstrar que ele é equivocado, mas que ele constitui um equívoco grave ou significativo”⁸.

É possível predicar a *tese das razões especiais* como juridicamente conservadora, pois ela limita a mudança de posições jurídicas apenas por meio de determinados argumentos. Vista assim, ela nos permite compreender a superação de precedentes como um capítulo específico da tensão entre os valores da correção e da segurança na aplicação do Direito (ALEXANDER, 2011, p. 12).

Pode-se afirmar que a tese das razões especiais se sustenta no reconhecimento de que decisões anteriores são dotadas de uma autoridade *per se* a ser levada em consideração quando se quer alcançar uma decisão apropriada no presente. Diante da rediscussão de uma questão jurídica sobre a qual já decidiu, a pergunta que Cortes se fazem não é igual à feita quando decidem pela primeira vez sobre o mesmo conflito. A existência de uma decisão anterior relativa ao mesmo tema necessariamente irradia efeitos no panorama decisório, modificando a dinâmica argumentativa na discussão do presente.

Tomando como exemplo a discussão sobre a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância no Brasil, seguir a tese das razões especiais implica afirmar que não seria adequado que, ao julgar novamente o tema, o STF colocasse para si a questão da seguinte forma: a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é medida constitucional? Com a existência de decisões anteriores sobre o tema, camadas argumentativas são acrescentadas ao debate, sugerindo-se que o STF reconstrua a questão de maneira a refletir essa complexidade decisória: a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória continua a ser considerada inconstitucional, levando em consideração que a Corte *já decidiu* pela inconstitucionalidade dessa prática em decisão anterior?⁹

⁷“The doctrine of *stare decisis* protects the legitimate expectations of those who live under the law, and, as Alexander Hamilton observed, is one of the means by which exercise of ‘an arbitrary discretion in the courts’ is restrained, The Federalist No. 78 [...]. Who ignores it must give reasons, and reasons that go beyond mere demonstration that the overruled opinion was wrong (otherwise the doctrine would be no doctrine at all)” (UNITED STATES, 1995, p. 716).

⁸“It is inevitable that judges of good faith applying the *stare decisis* considerations will sometimes disagree about when to overrule an erroneous constitutional precedent, as the Court does in this case. To begin with, judges may disagree about whether a prior decision is wrong in the first place – and importantly, that disagreement is sometimes the real dispute when judges joust over *stare decisis*. But even when judges agree that a prior decision is wrong, they may disagree about whether the decision is so egregiously wrong as to justify an overruling” (UNITED STATES, 2020b, p. [43]).

⁹Levando em consideração que o tema da prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória já foi apreciado em mais de duas oportunidades pelo Plenário do STF, outra possibilidade seria incluir na questão que a Corte deve fazer a

Exigir razões especiais para superar uma decisão anterior parece ser o senso comum dos estudos sobre o *overruling*, mas pouco se elabora sobre o que essa exigência de fato significaria (FALLON JUNIOR, 2001, p. 572). O esforço de refinamento da tese das razões especiais pode ser complementado no exemplo de como Cortes constitucionais mobilizam esse conceito.

Serão apresentadas as realidades da SC e do STF. Com a menção a casos específicos não se quer afirmar que essas Cortes constitucionais sempre assumem a tese das razões especiais; o propósito é apenas demonstrar que existe o debate sobre esses temas e que a tese das razões especiais é, por vezes, normativamente acolhida pelas Cortes. Essa incursão decisória na vida prática da tese das razões especiais serve para demonstrar que o dilema por ela iluminado – se uma Corte constitucional deve ou não manter uma decisão anterior avaliada como errônea – não é apenas um paradoxo conceitual, mas uma real questão que tribunais formulam a si próprios no exercício da jurisdição constitucional.

A opção por ambas as Cortes constitucionais levou em consideração o acúmulo teórico proporcionado pela categoria do *stare decisis* encontrado na SC. Pressupondo que o debate histórico em torno de tal categoria seja capaz de fornecer um acervo maior de técnicas ou métodos para lidar com a autoridade horizontal de precedentes, é necessário lançar mão de uma lupa para verificar a prática de Cortes como a norte-americana e a inglesa. A análise do caso brasileiro busca demonstrar como, embora presente, ainda é tímida a noção de vinculação de decisões horizontais à autoridade.

2.2 A Suprema Corte dos EUA e a superação de precedentes

Não é difícil encontrar na literatura sobre *overruling* na SC a indicação de que a Corte só modifica suas posições anteriores com base numa justificação especial, não sendo suficiente um mero juízo de erro sobre a interpretação passada para que a decisão anterior seja superada pela Corte (LAWSON, 2007, p. 3; LEE, 1999, p. 649).

Condicionar o *overruling* à argumentação com razões especiais integra a visão clássica que predomina sobre o *stare decisis* na Corte desde o histórico voto do *justice* Brandeis em *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* (UNITED STATES, 1932), segundo o qual, na maior parte das matérias, é mais importante aplicar uma regra jurídica consolidada e estabelecida

si própria referência a essas variações sucessivas de posição: a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve continuar a ser considerada inconstitucional, levando em consideração que essa Corte já interpretou a medida como constitucional no passado mas atualmente defende que ela é ilegítima?

que buscar aplicar uma regra jurídica correta.¹⁰ No mesmo voto Brandeis afirma que, embora desejável, a doutrina do *stare decisis* é uma orientação flexível, não significando um comando inexorável para seguir precedentes. Conforme essa visão, a SC deveria sim permitir a superação de precedentes; mas, para isso, determinadas *justificações especiais* deveriam ser observadas.¹¹

Talvez não haja decisão mais exemplificativa da intenção de acolher a tese das razões especiais pela SC do que *Planned Parenthood v. Casey* (UNITED STATES, 1992). Como é enunciado logo no primeiro parágrafo da opinião da Corte, o pedido fundamental em *Casey* é o de superar a posição estabelecida em *Roe v. Wade* (UNITED STATES, 1973), na qual ficou definido que a Constituição dos EUA protege o direito de as mulheres interromperem a gravidez em seu estágio inicial.¹²

A decisão da maioria em *Casey* parte da premissa de que é necessário ir além de um juízo de erro sobre a decisão anterior, o que implica a aplicação de um teste pelo qual seria aferível se o precedente estabelecido em *Roe* deveria ou não ser derogado.¹³ A opinião da Corte expressamente submete *Roe* a esse teste, reanalisando o precedente nos seguintes aspectos: i) a regra ou princípio jurídico estabelecido por *Roe* demonstrou-se impraticável ou de difícil implementação prática?; ii) a regra ou princípio jurídico estabelecido por *Roe* cria expectativas jurídicas com alto custo de revisão, ou seja, as consequências da quebra das expectativas jurídicas ocasionadas pela superação do precedente é capaz de gerar iniquidade?; iii) os princípios ou regras jurídicas aplicados se desenvolveram a ponto de se poder caracterizar o princípio ou regra estabelecido por *Roe* como

¹⁰“MR. JUSTICE BRANDEIS, dissenting. Under the rule of *Gillespie v. Oklahoma*, vast private incomes are being given immunity from state and federal taxation. I agree with MR. JUSTICE STONE that that case was wrongly decided, and should now be frankly overruled. Merely to construe strictly its doctrine will not adequately protect the public revenues. Compare *Jaybird Mining Co. v. Weir*, 271 U. S. 609. *Stare decisis* is not, like the rule of *res judicata*, universal inexorable command. ‘The rule of *stare decisis*, though one tending to consistency and uniformity [...] of decision, is not inflexible. Whether it shall be followed or departed from is a question entirely within the discretion of the court, which is again called upon to consider a question once decided.’ *Hertz v. Woodman*, 218 U. S. 205, 218 U. S. 212. *Stare decisis* is usually the wise policy, because, in most matters, it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. Compare *National Bank v. Whitney*, 103 U. S. 99, 103 U. S. 102” (UNITED STATES, 1932).

¹¹É claro que há, na doutrina norte-americana, quem defenda ser desnecessário engajar-se em razões especiais para superar decisões anteriores; por todos: ver Nelson (2001, p. 7).

¹²“Liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt. Yet 19 years after our holding that the Constitution protects a woman’s right to terminate her pregnancy in its early stages, [...] that definition of liberty is still questioned. Joining the respondents as *amicus curiae*, the United States, as it has done in five other cases in the last decade, again asks us to overrule *Roe*” (UNITED STATES, 1992).

¹³“Rather, when this Court reexamines a prior holding, its judgment is customarily informed by a series of prudential and pragmatic considerations designed to test the consistency of *overruling* a prior decision with the ideal of the rule of law, and to gauge the respective costs of reaffirming and *overruling* a prior case” (UNITED STATES, 1992, grifos nossos).

reminiscência de uma doutrina jurídica já superada?; iv) os fatos sociais relacionados ao caso se modificaram a ponto de tornar a decisão injustificável ou inaplicável?

As quatro etapas do teste são produtos de uma gradual evolução da Corte na construção de uma doutrina do *stare decisis*. A importância de *Casey* é justificada por ter sido a primeira oportunidade em que se observa a SC sistematizar e aprofundar analiticamente, em única decisão, critérios que haviam sido aplicados isoladamente em decisões prévias que lidaram com a possibilidade de *overruling*.¹⁴ A opinião majoritária deixa clara a intenção de aplicar o teste a *Roe*, racionalizando a decisão e mitigando a análise subjetiva que os membros da Corte teriam quanto a sua correção.¹⁵

Na opinião da Corte, há a preocupação em distinguir *Casey* – que acabaria por manter a posição estabelecida em *Roe* – de *overrulings* socialmente relevantes na história do próprio Tribunal, como o caso *Lochner* (UNITED STATES, 1905), que veio a ser superado por *West Coast Hotel Co.* (UNITED STATES, 1937); e o *Plessy* (UNITED STATES, 1896), superado por *Brown* (UNITED STATES, 1954). A opinião da Corte relê tais decisões sob os critérios de superação construídos em *Casey*, demonstrando como os mesmos critérios que conduziram à superação naquelas hipóteses não estariam presentes para derrogar a posição jurídica de *Roe*.

A superação de *Lochner* por *West Coast Hotel Co.* é avaliada como correta, pois as premissas factuais assumidas pela decisão anterior provaram-se falsas com o correr dos anos, o que implicava a necessidade de a Corte revisar sua interpretação.¹⁶ Aplicando retroativamente a doutrina do *overruling* cristalizada em *Casey* para analisar o caso de *Lochner*, a Corte afirma que o último critério previsto no teste atuará no caso: os fatos sociais relacionados à decisão se modificaram de tal forma que tornaram a posição estabelecida anteriormente insustentável.

No caso de *Brown*, a razão para o *overruling* de *Plessy* também seria a Corte interpretar equivocadamente uma premissa factual. Na decisão

¹⁴ Os critérios já eram mencionados em conjunto, embora de maneira mais superficial em decisões anteriores à *Casey*, como em *Payne v. Tennessee* (UNITED STATES, 1991).

¹⁵ “Within the bounds of normal *stare decisis* analysis, then, and subject to the considerations on which it customarily turns, the stronger argument is for affirming *Roe*’s central holding, with whatever degree of personal reluctance any of us may have, not for *overruling* it” (UNITED STATES, 1992, grifo nosso).

¹⁶ Sob o argumento da liberdade contratual da 14^a Emenda, em *Lochner* interpretara-se como inconstitucional uma lei do estado de Nova Iorque que impunha a empregadores a obrigação de respeitar o limite de carga horária de 10 horas diárias e 60 horas semanais a padeiros. Em 1937, quando *West Coast Hotel Co.* a fez visitar questão jurídica semelhante, a SC entendeu que sua interpretação sobre liberdade contratual estabelecida em *Lochner* se teria provado equivocada por haver-se baseado em premissas factuais que se revelaram falsas.

do final do século XIX, a compreensão exposta pela Corte foi a de que o tratamento diferenciado entre “pessoas brancas” e “pessoas de cor” não implicava, por si só, estigmatização ou inferiorização de pessoas negras. Para a Corte de *Brown* (1954), essa premissa mostrou-se falsa, pois estaria comprovada a relação direta entre a segregação e a grande desigualdade entre os serviços públicos prestados a pessoas brancas e a pessoas negras.

Lidos dessa forma, *West Coast Co.* e *Brown* representavam a aplicação de princípios constitucionais a fatos que passaram a ser cognoscíveis apenas depois de a decisão anterior ter sido tomada ou a fatos que passaram a ser compreendidos ou interpretados de forma diferente com o passar do tempo entre a decisão que se superava e a nova decisão. A contestação das premissas factuais adotadas por *Roe* não seria possível em *Casey* (UNITED STATES, 1992, tradução nossa):

Porque os casos que temos diante de nós não apresentam tal ocasião, a mesma resposta não pode ser atribuída. Porque nem os fundamentos factuais da posição central de *Roe* nem a nossa compreensão desta questão mudaram (e porque nenhuma outra indicação de que o precedente se enfraqueceu foi apresentada), a Corte não poderia fingir estar reexaminando o precedente com qualquer justificativa além de uma disposição doutrinária atual para decidir de forma diferente da Corte de 1973. Superar o precedente anterior por qualquer outra razão que não esta seria contrário à posição repetida em nossos casos de que um *overruling* deve se assentar em alguma razão especial além da crença de que um caso anterior foi erroneamente decidido.¹⁷

Os critérios sistematizados no teste realizado em *Casey* foram-se consolidando em decisões posteriores e conformando a substância do que a exigência de *justificação especial* significa para a SC (UNITED STATES, 2000). Em *Kimble v. Marvel Enterprises Inc.* (UNITED STATES, 2015), a Corte indicou que a doutrina do *stare decisis* desenvolvida em *Casey* influencia de maneira significativa a dinâmica decisória, na medida em que sustenta a manutenção de decisões incorretas. A afirmação reforça a compreensão de que o fato de uma decisão ser consistente com um precedente não é indício de que essa decisão esteja, de fato, subordinando-se à autoridade do precedente. Para que precedentes horizontais tenham autoridade de fato, a decisão anterior deve operar como uma razão *per*

¹⁷No original: “Because the cases before us present no such occasion it could be seen as no such response. Because neither the factual underpinnings of *Roe*’s central holding nor our understanding of it has changed (and because no other indication of weakened precedent has been shown), the Court could not pretend to be reexamining the prior law with any justification beyond a present doctrinal disposition to come out differently from the Court of 1973. To overrule prior law for no other reason than that would run counter to the view repeated in our cases, that a decision to overrule should rest on some special reason over and above the belief that a prior case was wrongly decided”.

se para a tomada de decisão. Isso é mais visível nos casos em que Cortes posteriores divergem da posição de decisões anteriores e, ainda assim, consideram a manutenção de tais posições.¹⁸

Como dito anteriormente, a identificação desses critérios não significa afirmar que eles são usualmente – ou mesmo corretamente – utilizados em todas as decisões nas quais a SC discute a possibilidade de superar precedentes. Há, em verdade, estudos que desconstroem a existência de uma doutrina para a superação de precedentes consolidada nos moldes da desenhada em *Casey* (SEGAL; SPAETH, 1996, p. 983; FOWLER; JEON, 2008, p. 20; WAHLBECK, 1997, p. 792; SPRIGGS II; HANSFORD, 2001, p. 1.097). Com base na análise de estudos empíricos, Schauer (2007) argumenta que o constrangimento exercido por precedentes não é fator relevante para descrever a atividade judicante da SC – o *stare decisis* é uma doutrina muito mais preconizada, anunciada ou pregada do que propriamente seguida.

Sumarizando diversos estudos empíricos, Brenner e Spaeth (2006) vinculam que, muito embora a Corte preencha suas decisões com afirmações de que está a seguir interpretações passadas, ou mesmo que *justices* afirmem estarem limitados por precedentes, o fato é que raramente precedentes são determinantes para prever o curso de ação das julgadoras ou da Corte constitucional. Juízes e juízas seriam mais efetivos em anunciar a vinculação a precedentes do que em de fato se subordinarem a essa vinculação. Nesse contexto, decisões que seguem a lógica de *Casey* são classificadas como exceções.

A inconsistência com a qual a SC aplica seus testes para racionalizar a superação de precedentes é criticada não só pela academia mas

também pelos próprios membros do Tribunal. Em *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, por exemplo, a Corte superou um precedente da década de 1970, *Abood v. Detroit Board of Education* (UNITED STATES, 1977), que considerava constitucional a obrigatoriedade de funcionários públicos pagarem taxas sindicais. Em seu voto divergente em *Janus*, a *justice* Elena Kagan expressou que a Corte estava superando *Abood* sem aplicar o teste usualmente mobilizado, fazendo-o simplesmente por não concordar com a posição anterior (UNITED STATES, 2018). Na análise de Greenhouse (2019), que apontou *Janus* como o caso mais emblemático que a SC decidiu em 2018, a forma como *Abood* foi superado permite afirmar que nenhum precedente está a salvo. A crítica de Greenhouse traz implícito o argumento de que *Abood* deveria ser mantido porque seria direito da comunidade não ter certas posições jurídicas superadas a não ser sob determinadas circunstâncias.

2.3 O Supremo Tribunal Federal e seu tímido acolhimento da tese das razões especiais

Reconhecer que o acervo decisório do STF pode exercer força normativa para o próprio Tribunal e para os demais órgãos do Judiciário há muito deixou de ser uma questão altamente controversa no plano descritivo. É cada vez mais difícil opor-se ao fato de que não só o STF mas todo o Judiciário produzem normas jurídicas ao desempenharem sua atividade de interpretação e aplicação do Direito. O eixo de discussões mais proveitoso deve voltar-se, portanto, para a forma como esse Direito judicial¹⁹ é construído, atentando-se para os desafios e possíveis disfuncionali-

¹⁸ “*Stare decisis* has consequence only to the extent it sustains incorrect decisions; correct judgments have no need for that principle to prop them up” (UNITED STATES, 2015).

¹⁹ A categoria *Direito judicial* será utilizada como gênero amplo, no qual se incluem diversos produtos normativos derivados da atuação do Judiciário: precedentes, súmulas, súmulas vinculantes e decisões judiciais.

dades de um sistema no qual a legislação entre Cortes e parlamentos é vista como premissa.²⁰

No que diz respeito à tese das razões especiais, a intenção aqui é demonstrar que o STF também possui em seu acervo casos nos quais *justificações especiais* para o *overruling* são requisitadas. Assim como indicado na análise dos casos da SC, a identificação desses casos não permite afirmar que o reconhecimento da autoridade do passado decisório é constante na Corte, indicando apenas que, em determinados momentos, ela se reconheceu diante do dilema entre manter uma decisão que compreende como equivocada ou superá-la.

Exemplo de mobilização de uma conceituação forte da autoridade horizontal de precedentes pelo STF ocorreu na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 378, julgada em 2015, na qual se avaliou a compatibilidade entre a Constituição e o rito de *impeachment* estabelecido pela Lei nº 1.079/1950 (BRASIL, 2015). Um dos principais argumentos utilizados no voto vencedor do ministro Luís Roberto Barroso foi o de que sua decisão seguia a mesma interpretação concretizada pelo STF no julgamento do rito do *impeachment* de Fernando Collor de Mello (BRASIL, 1992). Aqui parece ficar clara a intenção da Corte de reconhecer o que o ministro Luiz Fux denominou *presunção de legitimidade da jurisprudência* em debate oral de outra ação julgada no Tribunal (BRASIL, 2011).

O respeito à tese do Mandado de Segurança (MS) nº 21.564 chega ao ápice no momento em

²⁰ Reconhecer que Cortes, assim como parlamentos, constroem o Direito não implica afirmar que o material normativo oriundo dos dois Poderes seja idêntico ou que tenham a mesma natureza. As condições para a elaboração de normas jurídicas por Cortes e parlamentos são diferentes, estando os diferentes Poderes subordinados a diferentes ônus e deveres quando criam o Direito. A premissa da legislação aponta ser a atividade decisória do Judiciário apenas parte da tarefa de construção das normas jurídicas, e não um exercício que reclama uma normatividade pré-estabelecida.

que o acórdão prefere seguir o entendimento anteriormente esposado mesmo reconhecendo que ele não realiza a melhor exegese da Constituição. Na discussão sobre o papel da Câmara e do Senado no procedimento de recebimento da denúncia e posterior afastamento da denunciada, o argumento da vinculação à decisão passada foi essencial para decidir que a presidenta da República só deveria ser afastada após um duplo juízo de admissibilidade, realizado tanto pela Câmara quanto pelo Senado, e não após um único juízo de admissibilidade da denúncia na Câmara, como uma leitura inicial da Constituição²¹ poderia indicar e como defenderam em seus votos os ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Para Barroso (BRASIL, 2015), a interpretação adotada pelos três ministros também seria a mais adequada, mas o argumento da proteção da segurança e da igualdade resguardados pela autoridade do precedente foi aqui forte o suficiente para garantir a preservação de uma interpretação compreendida como equivocada.

Outro caso em que o STF discutiu limites à possibilidade de superar decisões anteriores foi no Recurso Extraordinário (RE) nº 655.265, em que se debateu sobre qual deveria ser o termo final para a contagem do tempo de atividade jurídica que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) requer, em seu art. 93, I, para a posse no cargo de juiz (BRASIL, 2016). Posição anterior do Tribunal, cristalizada na ADI nº 3.460, definia ser a data da posse o termo final, ao passo que o RE manejado pretendia que o STF estabelecesse a data da inscrição definitiva no concurso como prazo constitucionalmente adequado. No julgamento do RE, o Tribunal ou

²¹ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles” (BRASIL, [2022]).

seus ministros não expressam que a decisão anterior é equivocada, mas há o interesse do relator do caso em desenhar critérios que autorizariam ou não a superação de precedentes.

No voto do ministro Fachin, que terminou por conduzi-lo à relatoria do acórdão da decisão, fica expresso que a nova interpretação pretendida pelo recorrente não poderia ser alcançada por duas razões diferentes: “Com todas as vênias ao percuciente voto do i. Relator, não visualizo afronta à Constituição nessa interpretação, tampouco houve inovações – fáticas ou jurídicas – a indicar a superação daquela interpretação ou a sua oportunidade neste momento” (BRASIL, 2016, p. 43).

Para Fachin, caso um precedente não seja fruto de evidente equívoco de interpretação constitucional, o teste para aferir se ele mereceria ou não ser superado seria composto de duas etapas: verificação da consistência sistêmica do precedente e verificação da incongruência social do precedente. Esses dois critérios demonstrariam a existência ou não de desgaste da decisão anterior (BRASIL, 2016).

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

O voto de Fachin estabelece uma gradação entre os níveis de incorreção com que se pode avaliar uma decisão passada. Numa primeira

categoria estariam precedentes manifestamente equivocados. Nesses casos, a decisão não concede qualquer presunção em favor da manutenção da interpretação anterior. Numa segunda categoria, no entanto, os equívocos não são manifestos, mas produtos do que Fachin denomina *desgaste da autoridade do precedente*. Para verificar se tais situações de desgaste podem ou não ocasionar uma superação, Fachin apresenta seus critérios da inconsistência sistêmica e incongruência social.

Os mesmos critérios aparecem no voto do ministro Luiz Fux no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752 (cujo paciente era o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva), no qual se questionava a constitucionalidade da possibilidade de prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado da condenação penal (BRASIL, 2018). O argumento da congruência social é particularmente aprofundado por Fux para argumentar que a manutenção da possibilidade de prisão após julgamento de segunda instância seria adequada, pois colocaria em melhor sintonia a posição do Tribunal e a suposta *posição da opinião pública* sobre o tema.

Nesse mesmo julgamento, outro voto que pretende balizar a possibilidade de superar posições anteriores é o da ministra Rosa Weber, que menciona alguns fatores que seriam insuficientes para conduzir a Corte a uma legítima modificação de jurisprudência: mudança de composição do órgão, argumentos pragmáticos ou conjunturais. Não há, contudo, maior aprofundamento sobre tais critérios ou mesmo a aplicação deles ao caso em análise. Weber menciona ainda que mudanças de jurisprudência não devem ocorrer de maneira brusca, necessitando de justificação expressa. A ministra também descreve ocasiões quando a mudança estaria autorizada: alterações fáticas significativas e mutações dos significados das regras jurídicas (BRASIL, 2018). Não se consegue concluir pelo voto se são taxativas

ou não as hipóteses elencadas para chancelar as condutas possíveis ao Tribunal: mantê-las ou superá-las.

É importante esclarecer que esse tipo de autoridade que o STF parece querer atribuir aos seus julgamentos anteriores não é um efeito concedido formalmente pelo ordenamento. Há, pois, uma distinção entre o que normalmente se denomina *precedentes formalmente vinculantes* – detentores de uma autoridade *de jure* – e precedentes dotados de autoridade *de facto* (BARRETT, 2013).

Vojvodic (2012, p. 84) alcança conclusão semelhante ao analisar precedentes no STF. Como premissa de suas análises, ela diferencia conceitualmente dois fenômenos: a potencial autoridade que pode ser reconhecida pelo sistema jurisdicional a uma decisão e o efeito vinculante que a legislação concede expressamente a certas decisões. A relação entre as duas categorias – autoridade das decisões e efeito vinculante – é algo construído pela doutrina e pela jurisprudência: não há um comando legal que necessariamente as correlacione. Vojvodic ressalta que não se deve utilizar o critério da vinculação por mandamento legislativo para se analisar a autoridade do precedente; não há necessidade de reconhecimento pelo legislador de que uma decisão é vinculante para que seus efeitos normativos emergam. Não seria o efeito vinculante a marca fundamental de uma cultura de precedentes, sobretudo em sua dimensão horizontal, mas sim a consideração de decisões anteriores como parte da argumentação necessária a uma adequada decisão sobre o caso.

3 Que tipo de autoridade jurídica sustenta a tese das razões especiais?

Depois de ter sido conceituada a *tese das razões especiais* e de ter sido visto como é mo-

bilizada na prática da SC e do STF, a seguir se apresentarão três conceitos concorrentes que pretendem descrever a relevância jurídica que precedentes podem exercer em sua dimensão horizontal. Como se notará, apenas um deles é capaz de reconstruir a autoridade dos precedentes em conformidade com a tese das razões especiais.

3.1 Precedentes como razões substantivas: a tese da dependência

Supondo que as decisões do passado estão assentadas em razões substantivas,²² uma resposta a princípio atraente à pergunta sobre qual seria a autoridade jurídica das decisões pretéritas indicaria que elas importariam na exata medida em que as razões substantivas que as sustentam também importem para a nova decisão. Por esse caminho, as decisões anteriores seriam veículos das razões substantivas nas quais se baseiam, e o fato de elas existirem não adicionaria qualquer força ao conteúdo dessas próprias razões.

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

Retome-se o exemplo da discussão no STF sobre a possibilidade da prisão em segunda instância. A seguir a tese da dependência, o fato de o STF já haver estabelecido no julgamento

²² *Razões substantivas* aqui têm o sentido do que é comumente denominado *razões de primeira ordem*, ou seja, razões para fazer ou abster-se de fazer algo. Elas se contrapõem às *razões de segunda ordem*, definidas como quaisquer razões para agir ou abster-se de agir com base em outra razão. Na linha de Raz (1999), compreende-se que os conflitos entre razões de primeira ordem são resolvidos pela força relativa das razões conflitantes (razões mais fortes prevalecem sobre as mais fracas), mas isso não ocorre quando há conflito entre razões de primeira e segunda ordem.

das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54 que a prisão em segunda instância é inconstitucional não exerceria qualquer influência ou peso caso novamente o Tribunal viesse a debater essa questão jurídica. A força da posição estabelecida nas ADCs dependeria exclusivamente dos argumentos substantivos utilizados para sustentar a posição vencedora: presunção de inocência, contraditório, ampla defesa etc. Na hipótese de novo julgamento sobre o tema, tais argumentos deveriam ser novamente avaliados e o fato de uma decisão já os ter avaliado seria irrelevante para a nova tomada de decisão.

Se decisões jurídicas fundamentadas são tomadas com fundamento num balanço de todas as razões jurídicas relevantes disponíveis, pode-se dizer, pela tese da dependência, que o fato de determinadas razões terem sido mobilizadas por precedentes anteriores não adiciona qualquer força a tais razões diante do novo balanço exigido pela decisão do presente. Questionado sobre quando um precedente deveria ser superado, um adepto da tese da dependência responderia que uma decisão anterior deve ser superada sempre que, considerando todas as razões substantivas à disposição para responder a determinada questão jurídica, segui-la implique uma decisão incorreta.

A essa compreensão Alexander (1989, p. 8) denomina *modelo natural do precedente* (*natural model of precedent*), a fim de enfatizar que um juiz ou uma Corte decidiria novamente uma questão sobre a qual já se manifestou da mesma forma como decidiu da primeira vez, isto é, de maneira natural. O fato de a decisão anterior existir não fornece mais do que uma apresentação limpa de argumentos com o mesmo valor que qualquer outro argumento a ser suscitado na nova discussão. Estando incorretos o mérito ou os fundamentos que a sustentam, essa decisão não teria qualquer apelo próprio a ser exercido perante as decisões do presente.

A tese da dependência, contudo, constitui a própria negativa do reconhecimento de uma autoridade ínsita nos precedentes em uma dimensão horizontal. A moderna doutrina do precedente judicial não parece estar baseada na tese da dependência, não ao menos em termos de pretensão normativa. Se de fato existe, um conceito de autoridade horizontal dos precedentes judiciais terá alguma razão de ser se, e somente se, for capaz de explicar de que forma uma decisão tomada por *C1* pode ser mantida mesmo que *C2* considere equivocada tal decisão.

3.2 Precedentes como razões excludentes: a tese da independência forte

A autoridade horizontal de um precedente constitucional parece ser mais bem descrita pelo que Postema (1991, p. 1.161, tradução nossa)

identificou como *tese da independência*: a força jurídica que uma decisão passada exerce no presente é independente das razões que sustentam seu mérito:

Se a decisão estabelece um precedente, logo o fato de que o caso foi decidido de uma maneira particular deve fornecer uma razão, ou figurar de forma essencial como uma razão mais complexa, para que o problema seja decidido da mesma forma no futuro; e esta razão deve estar baseada em considerações independentes do mérito do caso. Esse é o diferencial da tese da independência.²³

Aqui o precedente não é só um veículo de razões substantivas, mas passa ele próprio a constituir uma razão que influencia a dinâmica decisória sobre casos similares no presente. Com a tese da independência torna-se possível isolar a força argumentativa que uma decisão anterior detém *per se*. O próprio Postema (1997), todavia, admite que a tese da independência apresenta variações. Para os fins deste artigo, diferenciar as variantes da tese da independência é tão importante quanto distingui-la da dependência.

Uma primeira variação defende que um precedente exercerá sua força jurídica no presente mediante simples verificação de seu *pedigree* histórico, pois a mera existência formal de uma decisão anterior em determinado sentido é razão suficiente para decidir um caso semelhante no mesmo caminho. É essa a concepção adotada por Schauer (1987, p. 571), de acordo com a qual uma decisão anterior exerce sua autoridade de forma *totalmente* independente de seu conteú-

do. Identificaremos essa variação como *tese da independência forte*.

A tese da independência forte é normalmente associada à ideia de precedentes como razões excludentes ou exclusionárias (RAZ, 1999, p. 39). Razões excludentes são tipos de razões de segunda ordem, isto é, razões para agir com esteio em determinadas razões (razões de segunda ordem positivas) ou deixar de agir por determinadas razões (razões de segunda ordem negativas ou razões excludentes). Como razões de segunda ordem, as razões excludentes têm uma dimensão preemptiva: impedem a utilização das razões de primeira ordem, ou razões substantivas, no balanço de razões. Um dos objetivos da identificação de precedentes como razões exclusionárias é justamente desvincular a obediência à norma precedental das razões de primeira ordem que a sustentam, simplificando o processo de tomada de decisão (RAZ, 1999, p. 79). De acordo com a tese da independência forte, o precedente operaria como uma razão excludente, já que o precedente judicial impediria que outras razões informassem uma decisão a ser tomada no presente.

A tese da independência forte pode ser mobilizada para descrever como precedentes de Cortes constitucionais como o STF ou a SC devem ser empregados por Cortes inferiores – dimensão vertical da autoridade dos precedentes –, tendo em conta que estas não podem contestar ou superar decisões emanadas de instâncias hierarquicamente superiores. Há, entretanto, um obstáculo óbvio para utilizar tal tese para descrever a autoridade horizontal dos precedentes em outras Cortes judiciais. Considerar *C1* como razões que excluem a possibilidade de um novo balanço de razões operado por *C2* não parece viabilizar que *C2* possa superar uma decisão anterior aferida como equivocada. Uma vinculação absoluta à decisão pretérita é, pois, uma forma tão equivocada de

²³No original: “If the decision set a precedent, then the fact that the case was decided in a particular way must itself give some reason, or figure essentially in some more complex reason, for deciding in the same way in the future, and this reason must be rooted in considerations independent of the specific merits of the case. This is the thrust of the independence thesis”.

compreender a autoridade horizontal quanto a desconsideração de decisões anteriores como razões *per se*, como propõe a tese da dependência.²⁴

Alternativa tanto à tese da dependência quanto à tese da independência forte é encontrada nas concepções da autoridade horizontal alinhadas ao que aqui se denomina *tese da independência parcial em relação ao conteúdo*, segundo a qual a força jurídica de um precedente não depende apenas da avaliação do mérito de suas razões.

3.3 Precedentes como razões não excludentes: a tese da independência parcial

Por um lado, a tese da independência parcial diferencia-se da tese da dependência ao conceder a existência de uma autoridade jurídica na decisão anterior que independe do conteúdo de suas razões substantivas. A justificação que C2 desenvolverá para decidir de forma diferente um caso anteriormente decidido por C1 deve atender a especificidades que não seriam exigidas caso o precedente não existisse. Essas exigências não têm necessariamente relação com as razões substantivas que compõem o mérito da decisão de C1.

Em outro flanco, distingue-se da tese da independência forte ao conceber a força jurídica da decisão anterior como limitada e não excludente. Limitada, pois o reconhecimento de uma razão independente do conteúdo não garante que essa razão esteja imune a todo e qualquer defeito que o mérito da decisão venha a veicular; e não excludente porque a força jurídica do passado não seria capaz de obstar a consideração de outras razões para a tomada de decisões no presente. Em resumo, a tese da independência parcial sustenta ser a autoridade horizontal de precedentes *em certa medida independente* do conteúdo de suas razões, ao mesmo tempo em que considera superável essa autoridade (SCHAUER, 2007, p. 390).

Com a tese da independência parcial é possível diferenciar duas instâncias do fenômeno precedental: uma se refere ao reconhecimento de uma

²⁴ Bustamante (2013, p. 320) aponta que desde o *Practice Statement* de 1966 nem mesmo o Reino Unido acolhe um modelo de *stare decisis* absoluto em que as Cortes estejam formalmente vinculadas a seguir seus próprios precedentes de forma tal a nunca os sujeitar a *overruling*. Raz (2009, p. 195), que descreve os precedentes como razões excludentes, ensaia uma resposta ao obstáculo. Admitindo que o *overruling* seja prática reconhecidamente comum e normativamente desejada, a descrição de precedentes como razões excludentes deveria ser conciliada com a possibilidade de uma revisão especial (*special revisability*) das decisões anteriores. Conceituar a autoridade horizontal dos precedentes recorrendo ao conceito de razões excludentes e abrir exceções aos contornos dessa conceituação para explicar situações comuns como as superações de precedente parece, no entanto, mais a constatação de um equívoco do modelo explicativo que propriamente um movimento de reparo conceitual. É necessário buscar uma conceituação de autoridade precedental que melhor integre a prática com precedentes como um todo com a prática do *overruling* como situação particular. O *overruling* não é um apêndice numa doutrina do precedente judicial, mas parte essencial de seu modelo explicativo.

razão independente do conteúdo extraível de um precedente, e a outra estabelece a relação dessa razão com outras razões que devem compor a dinâmica decisória de um caso no presente. Ainda no exemplo da prisão em segunda instância, a tese da independência parcial permitiria afirmar que a posição jurídica estabelecida nas ADCs julgadas pelo STF em 2019 dificulta ou limita a liberdade decisória da Corte caso esse assunto venha novamente a ser discutido no futuro. Essa dificuldade ou limitação, contudo, não impede que a posição sobre a prisão em segunda instância venha novamente a ser modificada pelo Tribunal.

A tese da independência parcial permite que se explique por que se requerem razões especiais ou justificações especiais para a superação de decisões anteriores. Se a força da autoridade do precedente em tudo dependesse do conteúdo de suas razões substantivas, Cortes do presente teriam a liberdade de rejeitar plenamente as decisões que, em princípio, compreendem como equivocadas. Uma vez que os precedentes sejam vistos como instrumentos normativos com autoridade parcialmente independente das razões substantivas que os sustentam, pode-se falar que se requiere um padrão ou parâmetro *diferenciado* ou *qualificado* para rejeitar ou superar interpretações estabelecidas em decisões anteriores.

A autoridade do precedente, ainda que superável, só existe de fato caso o parâmetro ou padrão de razões necessárias à superação de determinado entendimento for considerado maior apenas pelo fato de a decisão anterior existir. Seria preciso dizer que a decisão está incorreta num grau ou num nível acima, e só por ter atingido esse nível ou grau de incorreção ela pode ser superada. Caso a decisão anterior não existisse, não haveria a necessidade de requerer um *plus* argumentativo para justificar determinada interpretação jurídica. Se quisermos

traduzir esse esquema nos termos da tese das razões especiais: a superação dessa decisão é legítima só porque o juízo de incorreção sobre a decisão anterior é fundado em determinados tipos de razões, justamente as razões especiais.

Por outro lado, não há qualquer garantia de que a razão independente do conteúdo fornecida pelo precedente terá algum tipo de prevalência sobre as demais considerações envolvidas no balanço de razões do caso. Pode-se afirmar, pois, que o precedente anterior exerce uma autoridade em certa medida independente de seu conteúdo, mas não é possível afirmar ser absoluta tal autoridade.

O argumento das razões especiais surge como meio termo entre o afastamento da tese da dependência e o não acolhimento da tese da independência forte. A tese das razões especiais sublinha a distância entre, de um lado, o tipo de justificação requerida para superar um precedente num ambiente onde a autoridade horizontal não existe, de outro, a justificação necessária ao *overruling* num contexto de existência dessa autoridade independente. Diante de contextos em que se discute a superação de entendimentos e de interpretações anteriores, um precedente estabelecido por *C1* funciona como razão prática para que *C2* somente possa efetuar a potencial superação por meio da mobilização de razões especiais. Por sua vez, essa razão para assim agir é caracterizada por não depender *exclusivamente* do conteúdo estabelecido na decisão de *C1*.

O acolhimento da tese das razões especiais coloca-nos diante do seguinte dilema: diante de que condições ou circunstâncias deve prevalecer a autoridade não excludente que o precedente representa? Em outras palavras: que situações específicas ou que tipos de razões substantivas especiais são capazes de derogar a autoridade parcialmente independente de precedentes judiciais? O próximo tópico tentará responder a tais questionamentos.

4 Fundamento normativo da autoridade horizontal de precedentes: justificando a tese das razões especiais

O que, afinal, justifica que razões especiais sejam exigidas para superar uma decisão anterior? Quais são as bases da autoridade jurídica que o passado exerce sobre uma decisão a ser tomada no presente? Como identificar o momento em que a autoridade parcialmente independente de seu conteúdo que os precedentes detêm deve ceder em face de razões substantivas? Há diversos caminhos que buscam explicar por quê e até que ponto Cortes devem respeitar suas decisões passadas. Em vez de uma abordagem horizontal desses vários caminhos, este tópico se aprofundará no argumento que Perry (1989) desenvolveu para justificar a autoridade horizontal de precedentes judiciais.

Essa escolha metodológica por aprofundar o argumento de Perry (1989) decorre de duas razões principais: seu argumento fornece base normativa apta a justificar o tipo de autoridade parcialmente independente do conteúdo com a qual se descreveu no tópico anterior a força argumentativa de precedentes; e seu argumento apresenta orientações de como intérpretes podem operar em termos práticos uma autoridade normativa que não depende totalmente de razões substantivas para se sustentar. Ou seja: seguindo Perry, encontraremos uma forma de saber até quando um precedente deve ser seguido independentemente de discordarmos de seu conteúdo.

Perry (1989, p. 970) sustenta que a autoridade horizontal parcialmente independente de seu conteúdo de precedentes judiciais pode ser justificada como prática, se se compreende o precedente como instrumento de controle da incerteza do Direito. Seguir precedentes é prática justificada na medida em que orienta agentes que lidam com situações de incerteza prática, servem de guias *principalmente* diante de hipóteses de incerteza em relação a como julgadores devem agir. Se algumas das propostas para justificar a autoridade horizontal buscam fundamentar o precedente como material capaz de mitigar a incerteza por meio da criação de certezas e de previsibilidade no Direito (BARBOZA, 2011; CARRAZZA, 2008), a proposta de Perry (1989, p. 970) redefine a questão: ela pressupõe ser justamente porque não podemos eliminar em certos casos o caráter de incerteza e o traço de imprevisibilidade dentro do Direito que a autoridade do precedente é importante.

É senso comum que Cortes judiciais decidem muitas vezes em contextos de incerteza. Incerteza, para Perry (1989), ocorre quando não é possível identificar como correta uma resposta ou uma interpretação jurídica após realizar um balanço das razões jurídicas disponíveis para solucionar determinado caso. Seu argumento é o de que as Cortes devem construir

uma doutrina do precedente como uma escolha política estratégica para lidar justamente com cenários no qual impere a incerteza sobre qual a resposta que o Direito tem para determinado caso. Em alguma medida, Perry define que precedentes são instrumentos para que Cortes lidem com as dificuldades impostas pelas suas falibilidades decisórias, com a impossibilidade de saber se estamos diante de decisões certas ou erradas.

Aqui é importante sublinhar a diferença que Perry (1989) aponta entre o conceito de *balanço objetivo de razões* e o de *determinação subjetiva de como se deve agir* diante de questões práticas.

Embora razões possam ser entendidas como fatos, quando precisamos decidir sobre o que fazer com base no balanço de razões nem sempre estamos certos a respeito dos fatos que figuram nesse processo argumentativo. Precisamos fiar-nos, pois, não nas razões como fatos propriamente ditos, mas nas crenças que temos sobre determinados fatos. Assim, a argumentação prática que constitui um balanço de razões depende muito mais do grau de crença sobre determinados fatos do que de fatos propriamente ditos (PERRY, 1989, p. 925-926).

Decisões práticas não raramente são tomadas diante de diversos tipos de incertezas sobre a correção das próprias razões que fundamentam as decisões. Dada a incerteza, é quase sempre probabilística a informação disponível para o agente tomar sua decisão (WANG, 2017).

Ao ter que decidir se o aborto é autorizado ou não por um texto constitucional, devem as Cortes constitucionais basear-se em normas constitucionais que autorizem ou não tal conduta, independentemente da crença pessoal de uma juíza ou de um juiz sobre a correção moral da prática do aborto. Ocorre que, antes de se chegar à discussão constitucional sobre os contornos do direito à autonomia da mulher ou sobre o suposto direito à vida do feto, pode

haver profunda divergência entre as juízas sobre a própria existência de cada um desses direitos na Constituição, ou seja, duvida-se de que eles sejam fatos no mundo capazes de sustentar uma conclusão pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade da interrupção da gravidez. Reformulando o exemplo mencionado por meio da distinção entre fatos e crenças, uma Corte autorizaria ou não o aborto por *acreditar* na existência de um fato – seja ele um princípio ou uma regra constitucional – que sustente a constitucionalidade da prática do aborto.

Daí a diferença entre o *balanço objetivo de razões* e a *determinação subjetiva de como se deve agir*: no balanço objetivo de razões, as razões utilizadas em uma argumentação são compreendidas como fatos. Esse tipo de situação ocorre quando determinado agente interpretativo tem certeza da verdade sobre todas as razões normativamente relevantes para solucionar um caso jurídico. Por sua vez, o balanço subjetivo de razões pode ser compreendido como o julgamento individual baseado em razões que podem estar normativamente equivocadas ou empiricamente incorretas. Caso as razões mobilizadas no balanço subjetivo estejam corretas e sejam normativamente relevantes, o balanço subjetivo equivalerá ao balanço objetivo ideal de razões.

Transportando tais conceitos para a discussão sobre a superação de precedentes, tem-se que a possibilidade de juízes e juízas decidirem de maneira equivocada ou de avaliarem equivocadamente a correção de uma decisão anterior é contextualizada nesse ambiente de incerteza decisória. É necessária uma estratégia para lidar com a incerteza decisória que garanta certo nível de previsibilidade nas decisões tomadas por Cortes sem que se comprometa o nível de correção do ambiente (PERRY, 1989, p. 968).

Numa concepção não excludente de precedente, o intérprete busca um nível aceitável de previsibilidade de suas decisões ao mesmo

tempo em que tenta garantir que o nível geral de correção de suas decisões não seja prejudicado em função da perseguição à previsibilidade (PERRY, 1989, p. 967).

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

Precedentes, por essa linha, serão razões que requerem a deferência de alguma julgadora à determinada decisão autoritativa sempre que ela não saiba o que o balanço objetivo de razões determina, ou seja, quando estiver presente a incerteza sobre o resultado do balanço objetivo de razões. As razões que os precedentes representam não silenciam ou substituem razões de primeira ordem, nem representam razões preemptivas. Elas são o que Perry (1989, p. 923) denomina *razões excludentes subjetivas*: determinam qual autoridade deve definir o balanço objetivo de razões em determinado contexto ou tipo de situação.

O conceito não excludente de precedente judicial estabelece, pois, modelos de presunção de correção da autoridade da decisão anterior. A presunção em favor da manutenção do precedente é, neste caso, a própria tradução da deferência. Para Perry (1989), enxergar a deferência como presunção de correção permite a um só tempo afastar-se de um modelo de razões excludentes que impediria a rediscussão do conteúdo das decisões anteriores, bem como de um modelo de discricionariedade absoluta em que toda e qualquer razão poderia modificar a decisão anterior.

A proposta de Perry (1989, p. 934) sustenta, contudo, que a incerteza é uma questão de grau. Compreende desde o caso em que C2 acredita que C1 cometeu um equívoco claro – hipótese em que o nível de incerteza é mínimo e na qual é impensável conferir qualquer deferência à decisão anterior – a situações nas quais C2 não está segura de que a decisão de C1 foi equivocada – hipótese em que o nível de incerteza é alto e na qual é recomendável uma deferência à decisão anterior. Entre uma hipótese e outra há diversas possibilidades de juízos sobre a posição anterior e, conseqüentemente, variadas opções entre superá-la ou não.

Assim, precedentes estabelecidos por Cortes do passado não possuiriam autoridade quando a Corte do presente estivesse absolutamente certa sobre o que a Constituição determina. Ou seja, quando uma Corte do presente souber exatamente o que o balanço objetivo de razões re-

comenda, deverá agir em conformidade com esse balanço objetivo de razões, não possuindo a autoridade do precedente força para impedir o surgimento da decisão que dele diverge. Inexistindo incerteza, o precedente inequivocamente incorreto não tem razão para prevalecer frente a uma decisão inequivocamente correta.

O precedente teria sua força vinculada às situações nas quais a incerteza que conformaria o juízo de erro sobre a decisão anterior impede que seja confiável a própria avaliação sobre o que a Constituição ordena, proíbe ou permite. Precedentes operam, assim, como razões que requerem determinados cursos de ações apenas dentro de certas fronteiras epistêmicas: os contornos epistêmicos da incerteza sobre como a Constituição permite ser interpretada. São o que Perry (1989, p. 923) denomina *epistemic-bounded reasons*, ou razões epistemicamente vinculadas; são razões que só exercem força dentro de determinado quadro epistêmico sobre as razões que estão em jogo.

Para identificar o momento em que a vinculação a decisões autoritativas deixa de ser necessária em razão de um nível de certeza confiável sobre o que a Constituição permite, Perry (1989) lança mão do conceito *epistemic threshold* (limiar epistêmico), que é o ponto a partir do qual determinado agente decisório deve deixar de fiar-se no balanço de razões fornecido pela decisão autoritativa para seguir o seu próprio balanço de razões ao decidir.

Se a área acima do limiar epistêmico é uma zona na qual o agente decisório tem certeza de que o precedente está equivocado, e por isso deve superá-lo, a área abaixo é uma região de incerteza epistêmica sobre o erro da decisão anterior na qual o precedente possui força vinculante.

Ou seja, alcançar o limiar epistêmico depende da força da convicção de determinado intérprete de que a decisão autoritativa está equivocada ou não é permitida pela Constituição. Colocando em termos da disputa sobre a superação de precedentes, quanto menor o nível de incerteza sobre as premissas que fundamentam a decisão anterior, mais forte é a convicção deste agente sobre o erro ou o acerto da decisão anterior (PERRY, 1989, p. 934).

5 Conclusão

Este trabalho promoveu uma apresentação qualificada do conceito de autoridade horizontal de precedentes judiciais, permitindo isolar o tipo de autoridade decisória por trás da fórmula argumentativa que guia a doutrina e a atividade prática de Cortes quando se está discutindo a superação de precedentes: a tese das razões especiais.

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

A análise de como Cortes constitucionais em sua realidade prática manifestam a tese das razões especiais demonstrou que não há consenso sobre o que significa *razão especial*. Há uma variedade de equívocos afe-ríveis, com diferentes consequências na forma como decisões presentes devem lidar com escolhas passadas. Afirmar que somente razões especiais podem autorizar a superação de um precedente é insuficiente para controlar processos de *overruling*, pois não há apenas uma definição do que sejam as *razões especiais*.

Após apresentar a tese das razões especiais no tópico 2, o tópico 3 demonstrou como a autoridade horizontal do precedente judicial pode ser concebida de forma parcialmente independente da força das razões substantivas que esse próprio precedente carrega, na aqui denominada *tese da independência parcial*. Essa autoridade teria o poder de enviar o processo decisório do presente em direção ao passado, requerendo razões especiais para que a decisão passada não fosse seguida. Ao demandar que tipos específicos de razões sejam desenvolvidos para que decisões anteriores sejam superadas, a tese das razões especiais poderá implicar a manutenção de decisões que C2 compreende como equivocadas, pois não será todo tipo de juízo argumentativo ou nova razão que autorizará o abandono de posições anteriormente estabelecidas.

Desenhada a relação entre o conceito de *autoridade parcialmente independente do conteúdo* e a *tese das razões especiais*, a seção 4 apresentou o argumento de Stephen Perry para justificar por que razões especiais devem ser exigidas ao superar um precedente. Segundo, precedentes devem ter sua autoridade respeitada sempre que houver níveis altos de incerteza sobre como o Direito soluciona determinada controvérsia jurídica. Em outras palavras: quanto maior for o nível de incerteza sobre como o Direito soluciona um caso, maior será a autoridade horizontal de uma decisão anterior que sobre tal controvérsia jurídica já se manifestou.

O argumento construído por Perry (1989) em favor da autoridade de precedentes diante da incerteza decisória lega algumas tarefas a uma teoria normativa que, pretendendo ir além de uma justificação da vinculação ao precedente por si, busque também operacionalizar metodologicamente como essa vinculação será superada. A principal delas é a qualificação dos juízos de incerteza sobre a avaliação do passado decisório.

Reconhecendo, como Perry o faz, que a incerteza é uma questão de grau, diferentes padrões ou tipos de incerteza sobre os erros que precedentes contêm implicariam diferentes consequências para a sua manutenção ou não. Para disciplinar metodologicamente como e quando uma decisão anterior presumidamente correta deve ser superada, é necessário que as teorias dos precedentes avancem na construção de parâmetros para avaliar graus de incerteza decisória.

Sobre o autor

Túlio Jales é doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; advogado.
E-mail: tuliojales@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

JALES, Túlio. Conceito e fundamentos da autoridade horizontal de precedentes judiciais: razões especiais e incerteza na superação de precedentes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 119-145, out./dez. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p119

(APA)

Jales, T. (2022). Conceito e fundamentos da autoridade horizontal de precedentes judiciais: razões especiais e incerteza na superação de precedentes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(236), 119-145. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p119

Referências

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, [s. l.], v. 63, n. 1, p. 1-64, Nov. 1989.

_____. Precedential constraint, its scope and strength: a brief survey of the possibilities and their merits. *San Diego Legal Studies Research Paper Series*, San Diego, n. 11-070, p. 1-12, Sept. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1924585. Acesso em: 13 jul. 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BARRETT, Amy Coney. Precedent and jurisprudential disagreement. *Texas Law Review*, [s. l.], v. 91, n. 7, p. 1.711-1.737, 2013. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/293/. Acesso em: 13 jul. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.415/SP*. Ação direta de inconstitucionalidade. Provimentos n. 747/2000 e 750/2001, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, que reorganizaram os serviços notariais e de registro, mediante acumulação, desacumulação, extinção e criação de unidades [...]. Requerentes: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – Anoreg/BR; Partido Trabalhista Brasileiro – PTB; Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Interessado: Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ayres Britto, 22 de setembro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1718027>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus 152.752/PR*. *Habeas corpus*. Matéria criminal. Execução provisória da pena. Impetração em substituição a recurso ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência [...]. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrantes: Cristiano Zanin Martins e outro(a/s). Relator: Min. Edson Fachin, 4 de abril de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 21.564/DF*. Constitucional. “*Impeachment*”. Processo e julgamento: Senado Federal. Acusação: admissibilidade: Câmara dos Deputados. Defesa. Provas: instância onde devem ser requeridas. Voto secreto e voto em aberto. Recepção pela CF/88 da norma inscrita no art. 23 da Lei 1.079/50 [...]. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Octavio Gallotti. Relator para o acórdão: Min. Carlos Velloso, 23 de setembro de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85552>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378/DF*. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de *impeachment*. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na Lei nº 1.079/1950 [...]. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 655.265/DF*. Ingresso na carreira da magistratura. Art. 93, I, CRFB. EC 45/2004. Triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito. Requisito de experimentação profissional. Momento da comprovação [...]. Recorrente: União. Recorrida: Jaeline Boso Portela de Santana. Relator: Min. Luiz Fux. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 13 de abril de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acesso em: 13 jul. 2022.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare decisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. New York: Cambridge University Press, 2006.

BURTON, Steven J. The conflict between *stare decisis* and overruling in constitutional adjudication. *Cardozo Law Review*, [s. l.], v. 35, n. 5, p. 1.687-1.713, 2014. Disponível em: <http://cardozolawreview.com/the-conflict-between-stare-decisis-and-overruling-in-constitutional-adjudication/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 2.013, n. especial, p. 299-325, 2013. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2013vJp300. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013vJp300>. Acesso em: 13 jul. 2022.

CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

FALLON JUNIOR, Richard H. *Stare decisis* and the Constitution: an essay on constitutional methodology. *New York University Law Review*, New York, v. 76, n. 2, p. 570-597, May 2001. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-76-number-2/stare-decisis-and-the-constitution-an-essay-on-constitutional-methodology/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

FOWLER, James H.; JEON, Sangick. The authority of Supreme Court precedent. *Social Networks*, [s. l.], v. 30, n. 1, p. 16-30, Jan. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.socnet.2007.05.001>.

GREENHOUSE, Linda. The US Supreme Court's challenge to civil society. In: INTERNATIONAL dialogues in constitutional law. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2019. 1 vídeo (ca. 116 min). Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/event/greenhouse-dialogos-2019/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

LAWSON, Gary. Mostly unconstitutional: the case against precedent revisited. *Ave Maria Law Review*, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 1-22, 2007. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/475/. Acesso em: 13 jul. 2022.

LEE, Thomas R. *Stare decisis* in historical perspective: from the Founding Era to the Rehnquist Court. *Vanderbilt Law Review*, [s. l.], v. 52, n. 3, p. 647-735, Apr. 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss3/2/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: _____ (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot, UK: Ashgate: Dartmouth, 1997. p. 1-15. (Applied Legal Philosophy).

NELSON, Caleb. *Stare decisis* and demonstrably erroneous precedents. *Virginia Law Review*, [s. l.], v. 87, n. 1, p. 1-84, Mar. 2001. DOI: <https://doi.org/10.2307/1073894>.

PERRY, Stephen R. Second-order reasons, uncertainty and legal theory. *Southern California Law Review*, [s. l.], v. 62, n. 3-4, p. 913-994, 1989. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1354/. Acesso em: 13 jul. 2022.

POSTEMA, Gerald J. Integrity: justice in workclothes. *Iowa Law Review*, [s. l.], v. 82, n. 3, p. 821-855, Mar. 1997.

_____. On the moral presence of our past. *McGill Law Journal*, Montréal, v. 36, n. 4, p. 1.153-1.221, 1991. Disponível em: <https://lawjournal.mcgill.ca/article/on-the-moral-presence-of-our-past/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1999.

_____. *The authority of law: essays on law and morality*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2013.

SCHAUER, Frederick. Has precedent ever really mattered in the Supreme Court? *Georgia State University Law Review*, [s. l.], v. 24, n. 2, p. 381-401, 2007. Disponível em: <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol24/iss2/6/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, CA, v. 39, n. 3, p. 571-606, Feb. 1987. DOI: <https://doi.org/10.2307/1228760>.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. The influence of *stare decisis* on the votes of United States Supreme Court justices. *American Journal of Political Science*, [s. l.], v. 40, n. 4, p. 971-1.003, Nov. 1996. DOI: <https://doi.org/10.2307/2111738>.

SPRIGGS II, James F.; HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of U.S. Supreme Court precedent. *The Journal of Politics*, [s. l.], v. 63, n. 4, p. 1.091-1.111, Nov. 2001. DOI: <https://doi.org/10.1111/0022-3816.00102>.

UNITED STATES. Supreme Court. *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977). Public employees who refuse to join a labor union can nonetheless be required to pay the portion of union dues that cover the expenses of collective bargaining, contract administration, and grievance adjustment purposes; objectors to union membership or policy may not, however, have their dues used for other ideological or political purposes. First party: Abood. Second party: Detroit Board of Education. May 23, 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/209/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Allen et al. v. Cooper, Governor of North Carolina, et al.*, 589 U.S. ____ (2020). First party: Allen et al. Second party: Cooper, Governor of North Carolina, et al. March 23, 2020a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/589/18-877/case.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). The Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution prohibits states from segregating public school students on the basis of race. This marked a reversal of the “separate but equal” doctrine from *Plessy v. Ferguson* that had permitted separate schools for white and colored children provided that the facilities were equal. First party: Oliver Brown, Mrs. Richard Lawton, Mrs. Sadie Emmanuel, et al. Second party: Board of Education of Topeka, Shawnee County, Kansas, et al. May 16, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932). First party: Burnet. Second party: Coronado Oil & Gas Co. April 11, 1932. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/393/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000). First party: Dickerson. Second party: United States. June 26, 2000. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/428/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Hubbard v. United States*, 514 U.S. 695 (1995). First party: Hubbard. Second party: United States. May 15, 1995. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/695/case.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31, et al.*, 585 U.S. ____ (2018). First party: Janus. Second party: American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31, et al. June 27, 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1466_2b3j.pdf. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. ____ (2015). Unless Congress passes legislation to the contrary, there is a general rule that patents expire 20 years from the original application date, at which stage the public receives the unrestricted right to make or use the patented subject matter. First party: Stephen Kimble, et al. Second party: Marvel Enterprises, Inc. June 22, 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/13-720/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment protects the individual right to freedom of contract. First party: Joseph Lochner. Second party: New York. April 16, 1905. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991). The sentencing phase of a capital murder trial is an appropriate time to offer evidence of victim impact. First party: Pervis Tyrone Payne. Second party: Tennessee. June 27, 1991. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/808/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). A person retains the right to have an abortion, established by *Roe v. Wade*, but the state’s compelling interest in protecting the life of an unborn child means that it can ban an abortion of a viable fetus under any circumstances except when the health of the mother is at risk [...]. First party: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania. Second party: Robert P. Casey, Governor of Pennsylvania. June 29, 1992. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Later overruled by Brown v. Board of Education (1954), this decision embraced the now-discredited idea that “separate but equal” treatment for whites and African-Americans is permissible under the Fourteenth Amendment. First party: Homer Adolph Plessy. Second party: John Ferguson. May 17, 1896. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. ____ (2020). First party: Ramos. Second party: Louisiana. April 20, 2020b. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-5924_n6io.pdf. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). A person may choose to have an abortion until a fetus becomes viable, based on the right to privacy contained in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Viability means the ability to live outside the womb, which usually happens between 24 and 28 weeks after conception. First party: Jane Roe. Second party: Henry Wade. January 22, 1973. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). The freedom of contract provided by the Constitution requires only that a state comply with due process. This means that an economic regulation is reasonable in relation to its subject and adopted in the interests of the community. First party: West Coast Hotel Company. Second party: Ernest Parrish and Elsie Parrish, his wife. March 29, 1937. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/pt-br.php>. Acesso em: 13 jul. 2022.

WAHLBECK, Paul J. The life of the law: judicial politics and legal change. *The Journal of Politics*, [s. l.], v. 59, n. 3, p. 778-802, Aug. 1997. DOI: <https://doi.org/10.2307/2998637>.

WANG, Peng-Hsiang. Formal principles as second-order reasons. In: BOROWSKI, Martin; PAULSON, Stanley L.; SIECKMANN, Jan-Reinard (hrsg.). *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*. Robert Alexys System. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 429-448.