

REVISTA
**SABERES
DA AMAZÔNIA**
CIÊNCIAS JURÍDICAS, HUMANAS E SOCIAIS

VOL 9

N. 15

Janeiro-Dezembro 2024 | ISSN: 2448-0576
(fluxo contínuo)

A REVISÃO LEGISLATIVA DE DECISÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE TEÓRICA SOBRE A VEDAÇÃO AO RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

William Soares Pugliese¹
Gabriel Victor Zaparoli de Oliveira²

RESUMO: A discussão quanto a revisão de decisões judiciais em matéria de direitos fundamentais se põe como necessária num momento de disputa institucional pelo poder. A problemática do artigo ronda em torno da possibilidade de edição de norma jurídica para contrariar decisão judicial que projeta direitos fundamentais. O método utilizado foi o lógico-dedutivo, concluindo-se pela vedação ao retrocesso mesmo em matéria legislativa.

Palavras chave: Ativismo Judicial; Direitos Fundamentais; Vedação ao Retrocesso; Vinculação de Precedentes.

THE LEGISLATIVE REVIEW OF JUDICIAL DECISIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS: A THEORETICAL ANALYSIS ON THE PROHIBITION OF RETROGRESSION IN MATTERS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: The discussion regarding the review of judicial decisions concerning fundamental rights becomes necessary in a moment of institutional power struggle. The issue addressed in the article revolves around the possibility of enacting legal norms to counter judicial decisions that protect fundamental rights. The method employed was the logical-deductive approach, leading to the conclusion that regression is prohibited, even in legislative matters

¹ Pós-doutor pela UFRGS. Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Vice-coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. Coordenador da Especialização em Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). E-mail: william@pxadvogados.com.br

² Doutorando em Direitos Fundamentais e Democracia (Linha de Pesquisa em Jurisdição e Democracia) pelo Programa de Pós Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil/PR), na condição de Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPEES). Editor da Revista Direitos Fundamentais e Democracia do PPGD/UniBrasil. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição e Democracia do PPGD UniBrasil/PR. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UniBrasil/PR. Especialista pelo Programa de Pós Graduação da Universidade Cândido Mendes (RJ) em Direito Previdenciário e Processo Civil. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil/PR). E-mail: gabrielzapa@gmail.com

Keywords: Binding Precedents; Fundamental Rights; Judicial Activism; Non-retrogression Principle.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho aborda questões centrais da atuação do Poder Judiciário no Brasil, com ênfase no fenômeno do ativismo judicial e da judicialização de temas políticos e sociais. No contexto contemporâneo, o Judiciário tem assumido um papel mais ativo na defesa de direitos fundamentais, muitas vezes ocupando o espaço deixado pelo Legislativo e Executivo.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, observa-se uma crescente judicialização de temas sensíveis e a participação ativa dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), na promoção e defesa de direitos que, em princípio, deveriam ser regulados pelos outros poderes. Exemplos emblemáticos dessa atuação são decisões como a equiparação da homotransfobia ao crime de racismo (ADO 26) e a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132 e ADI 4277), que revelam uma postura inovadora do STF ao interpretar e ampliar o conceito de direitos humanos.

Ao tratar da teoria dos precedentes, o trabalho explora a força vinculante das decisões judiciais e sua relevância na promoção da segurança jurídica e da proteção dos direitos fundamentais. Baseando-se em autores como Ronald Dworkin, destaca-se a importância da *ratio decidendi* e a integração do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse sentido, o estudo busca demonstrar que a força vinculante dos precedentes, aliada à vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais, fortalece o Estado Democrático de Direito e assegura a proteção das minorias frente às oscilações políticas e sociais.

2. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Luiz Roberto Barroso define judicialização como o momento em que o Poder Judiciário irá decidir questões de larga repercussão política ou social,

quando estas questões deveriam ser naturalmente decididas em outro ambiente, como Poder Legislativo ou Executivo.³

O ativismo judicial está, de acordo com o mesmo autor, situado na participação direta pelo Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais resguardados pela Constituição.⁴ O primeiro e mais emblemático caso de ativismo judicial reconhecido pela doutrina pode ser retratado no caso que originou o controle de constitucionalidade como é conhecido atualmente, em *Marbury vs. Madson*.⁵

No Brasil, o momento disruptivo, que trouxe a possibilidade de um ativismo judicial se deu com a promulgação da Constituição Federal em 1988, onde houve uma separação mais clara dessa atividade entre a judicialização e o ativismo judicial.⁶

O Judiciário, atualmente, tem atuado de uma forma mais ativa, especialmente em matéria de direitos fundamentais, pronunciando-se sobre assuntos que normalmente seriam de responsabilidade do Poder Legislativo.

Pode-se citar como exemplo rápido, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (doravante STF) que inovaram e demonstraram verdadeiro ativismo judicial, na questão da proteção de direitos humanos.

Um exemplo que pode ser mencionado é a equiparação da homotransfobia ao crime de Racismo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26), em 13/06/2019.

Nesta decisão, o Supremo fez uma interpretação extensiva do conceito de racismo, entendendo que seu significado vai muito além do preconceito contra aspectos estritamente biológicos, e em verdade, trata-se de subjugar

³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)THESIS, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012, p. 24. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 21 jan. 2024.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)THESIS, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012, p. 24. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 21 jan. 2024.

⁵ SCHETTINO, José Gomes Riberto. **CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL PROCESSUAL**. 2008. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2008.

⁶ FONSECA, Andrio Portuguese. **A disruptação do direito pela inteligência artificial e os seus reflexos no ativismo judicial**. 2022. 387 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022.

determinado grupo, negando-o dignidade, excluindo-o socialmente do convívio com a maioria.

No voto em questão é possível extrair do excerto abaixo a interpretação extensiva comentada, ressaltando não apenas o verbo, mas também o bem jurídico que se visa proteger a partir da tipificação da conduta, identificado como a proteção de grupos minoritários.

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.⁷

A decisão proferida pelo STF através da ADO, visa combater a omissão do Legislativo em proteger uma minoria, no caso, os homossexuais. Essa decisão, porém, está respaldada por outro precedente da Corte, que também visava a proteção a grupos minoritários.

A decisão em questão, também proferida pelo STF, foi a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A decisão, que foi proferida em maio de 2011, foi tomada no bojo da ADPF 132 e da ADI 4277, assegurou a união entre pessoas do mesmo sexo. Os fundamentos da decisão, conforme o voto do então Min. Ayres Brito, foram no sentido de que a própria Constituição Federal, no seu art. 3º, inciso IV, veda qualquer discriminação, seja em razão de raça, cor, e que nesse sentido,

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Plenário, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em 29 jan. 2024.

ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua orientação sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”⁸, afirmou. Continuando a ideia, ainda dentro do seio constitucional, o Ministro disse que o texto do art. 226 da Constituição garante proteção à família, base da sociedade, e família deveria ser interpretada em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.

No mesmo voto, o Min. Luiz Fux, falando sobre a proteção de direitos fundamentais, afirmou que estes, quando assegurados pela Constituição, trazem ao Estado um dever de não apenas não violá-los, mas também de atuar na efetiva proteção deles, trazendo à luz da teoria das dimensões de direitos fundamentais, garantias positivas e negativas para as quais o Estado deve ter com o cidadão.

Neste interim, o Ministro Fux afirmou que

os deveres de proteção do Estado podem concretizar-se também por intermédio de órgãos ou procedimentos estabelecidos para a efetivação dos direitos fundamentais, de modo que, dentro dos direitos prestacionais lato sensu, também se reconhecem direitos fundamentais à proteção através da organização e do procedimento.⁹

Ou seja, no sentido do voto do Ministro Fux, o Estado, de forma a garantir a proteção de Direitos Fundamentais, não deve apenas garantir as liberdades aos cidadãos pela via negativa, mas também deve garantir procedimentos, ou seja, atuar na forma positiva, para garantir aos cidadãos procedimentos que protejam esses ditos Direitos Fundamentais.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Plenário, Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em 29 jan. 2024.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Plenário, Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em 29 jan. 2024.

2.1 Princípios e decisões judiciais

Ronald Dworkin escreveu sua teoria da Integridade no Direito¹⁰ em o Império do Direito e trouxe em caráter hipotético a figura de um juiz-ideal, Hércules, analisaria os casos e encontraria a melhor resposta possível dentro do direito a partir da análise e aplicação de princípios do direito que balizam a vida da sociedade destinatária daquela norma.

Dworkin propôs que os juízes deveriam, ao analisar os precedentes anteriores, encontrar um padrão que conteste de maneira uniforme determinadas interpretações, e demonstre um consenso na aplicabilidade de outras, através do que ele chama de Romance em Cadeia, onde vários romancistas escrevem cada capítulo de uma mesma história.¹¹

Para Dworkin, Hércules deverá levar em consideração se as decisões analisadas que exprimem um princípio parecem mais importantes, fundamentais, ou de maior alcance que as decisões que exprimem outros princípios.

Dworkin então separa alguns pontos chaves para que Hércules analise e consiga chegar a um resultado útil, aliando pontos anteriormente decididos com novos argumentos e defesa de princípios que vem surgindo dentro da sociedade. Hércules então deverá “[preferir] uma interpretação que não seja muito recente, nem muito divorciada daquilo que os juízes e outras autoridades do passado disseram e fizeram.”¹²

Como Matheus Escossia e Nelson Moreira explicam, os tribunais, ao fixar precedentes, devem pautar sua atuação através dos princípios que servem de base para a sociedade e reconhecer quais os direitos e deveres estavam presentes em determinado caso.¹³

Separando regra de princípio, Dworkin apontará que as regras são aplicáveis em uma fórmula binária de SIM ou NÃO, sem margem para

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes: 2007 p. 311-316.

¹² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes: 2007 p. 297.

¹³ ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da; MOREIRA, Nelson Camatta (2014). A “SERENÍSSIMA REPÚBLICA” E O ESTADO DE EXCEÇÃO: QUANDO O STF SUCUMBE AOS ARGUMENTOS DE POLÍTICA. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, p.115. Disponível em <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/514>. Acesso em 07 jan. 2022.

interpretação ou discussão.¹⁴ Diferente das regras, para o autor os princípios são mais flexíveis e não apresentam uma única resposta automática para o caso a ser analisado.

Segundo Dworkin a limitação de um princípio é a própria doutrina e os precedentes que acompanham a regra, já que um magistrado não pode simplesmente modificar uma doutrina ou criar um direito ao acaso, devendo levar em consideração algumas questões como deferência a decisões do Poder Legislativo e também um respeito aos precedentes que vem sendo construído pelas Cortes.¹⁵

Ou seja, o que propõe Dworkin com tal apontamento é que a ruptura de um determinado entendimento (logo, de um precedente) deve atender aos princípios atinentes ao *status* da sociedade frente aquele princípio, e sua evolução natural, para que se altere, e não deve estar envolta apenas das interpretações pessoais do julgador.

2.2 Fixação da *ratio decidendi* nos precedentes

Para entender a possibilidade ou não de revisão legislativa em matéria de Direitos Fundamentais de decisões judiciais, primeiro precisamos entender como a decisão judicial foi formada.

É possível dividir a decisão em duas partes essenciais, o *obiter dictum*, que em tradução literal, seria a palavra morta, e a *ratio decidendi*. As *obiter dicta* de uma decisão são todas aquelas partes que, para a formação de um precedente, são consideradas desnecessárias. São as expressões e textos utilizados por força retórica, para contextualização do julgado, ou mesmo para complementação de uma ideia secundária.¹⁶

A *ratio decidendi*, que em tradução literal significa razão de decidir, são as partes vinculantes da decisão, e são elas que importam na fixação do precedente. Na *ratio decidendi* nós encontramos os princípios evocados para sustentar a decisão, as teses fixadas, e o direito a ser aplicado no caso concreto.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a Sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes: 2020, p.39.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes: 2007 p.309

¹⁶ ZAPAROLI, Gabriel. **Precedentes E Segurança Jurídica**: Instrumento de garantia dos direitos fundamentais no processo. [S.L.] Amazon KDP, 2024.

Muito importante dizer, que o Brasil como país de sistema *civil law*, não tinha uma grande afinidade ao sistema de precedentes, que veio sendo alterada e introduzida pela Constituição, e ganhou especial força com a entrada em vigor do novo CPC.

Em suma, o que o sistema de precedentes busca é manter a unidade e a continuidade das decisões judiciais, evitando surpresas aos jurisdicionados, uma aplicação mais equânime do direito e trazendo maior segurança jurídica para aqueles que estão submetidos a um processo judicial.

Em outras palavras, significa dizer que a lógica de se utilizar precedentes é manter a mesma lógica de uma decisão em decisões futuras. Ronald Dworkin, um dos maiores teóricos sobre precedentes, faz uma analogia, conhecida como O Romance em Cadeia, para explicar essa questão.

De acordo com Dworkin, os juízes são equiparados a escritores individuais, e quando vão prolatar uma nova decisão, estão na verdade escrevendo um novo capítulo de um romance que já teve os capítulos anteriores escritos por outros escritores (juízes), devendo dar continuidade para esse romance.

Na analogia apresentada por Dworkin, os juízes devem manter a linearidade das ideias, não fugindo da “história” que está sendo proposta. Isso significa dizer que é vedado o retrocesso, não podendo os juízes, ora autores, fazer modificações bruscas que alterem um trecho da história que já foi escrita anteriormente.¹⁷

2.3 Precedentes como fonte do direito

A definição de fonte do direito é algo superado pela doutrina atual, sendo possível socorrer-se de Miguel Reale para conseguir extrair seu significado, dado para o autor como sendo as regras, ou normas jurídicas, “que se positivam com legitimidade obrigatória”.¹⁸

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, 27ed., p. 140.

No mesmo sentido, afirma Moyses Moussallem que a noção do que é fonte do direito está intimamente ligada a própria autoridade que a sociedade confere aquele conteúdo, sendo o texto apenas o condutor da norma.¹⁹

Nesse mesmo sentido, a produção jurisdicional, ou seja, uma decisão colegiada atende aos pressupostos de fonte do direito, inclusive pela atividade de interpretação, realizada pela prolação de decisão, que é de suma importância para efetivação do direito, uma vez que é ela quem vai atribuir valor e sentido ao texto legal.²⁰

Daniel Mitidiero afirma que é preciso ‘repensar o papel do processo civil num Estado Constitucional e analisar como promover o império do direito no Brasil’.²¹

Entender precedentes como fonte do direito é um dos caminhos para a segurança jurídica ao cidadão, considerando a *ratio* como fonte do direito não apenas na confecção da decisão, mas também na elaboração dos argumentos.

Luiza Cenachi, em seu estudo sobre o tema, apresenta argumentos que justificam a consideração dos precedentes como fonte do direito. Segundo a autora, os pronunciamentos judiciais, especialmente aqueles proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), possuem legitimidade constitucional para explicitar normas jurídicas por meio da interpretação da lei. Essa função é respaldada pela Constituição Federal, que confere ao STF o poder de produzir normas jurisdicionais com eficácia geral. Dessa forma, os precedentes estabelecidos pelo tribunal assumem o caráter de fonte do direito, com eficácia erga omnes, ou seja, com validade obrigatória que se impõe a toda a sociedade. Assim, os precedentes não apenas orientam decisões futuras, mas também produzem normas jurídicas com efeito vinculante, atuando como um importante canal de produção normativa no ordenamento jurídico brasileiro..²²

¹⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**, v. 103, n. 950, p. 165-198, dez. 2014

²¹ Mitidiero, 2017, Op. Cit. p. 70.

²² CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo Direito brasileiro. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2021, p. 40.

Pugliese ressalta a importância do precedente como fonte do direito para efetivar a segurança jurídica, afirmando que “os precedentes devem ser fonte do Direito para oferecer um necessário contraponto e oferecer credibilidade.”²³

Os precedentes são importantes porque fornecem estabilidade e previsibilidade ao sistema jurídico, permitindo que as pessoas saibam como as leis serão interpretadas e aplicadas. Eles também permitem que o direito se adapte às mudanças sociais e tecnológicas ao longo do tempo, à medida que as decisões judiciais são atualizadas para refletir as circunstâncias atuais, de forma que a possibilitam uma evolução do direito muito mais célere do ponto de vista social.²⁴

A evolução legislativa tida no Brasil com o Código de Processo Civil de 2015 elevou os precedentes a um nível de importância que não se tinha anteriormente, conforme ideia já trabalhada no capítulo anterior, alçando certos precedentes a um nível de observância obrigatória.

Tal mudança trouxe juntamente uma certeza de que os precedentes podem – e devem – ser utilizados como fonte do direito. Cenachi tem defendido tal ideia, sustentando que a alteração legislativa trazida pelo art. 927 do Código de Processo Civil alterou as hipóteses de precedentes que podem ser considerados como fonte do direito, incluindo novos casos além daqueles previstos na Emenda Constitucional 45/04 e que “toda fonte do direito está sempre condicionada a existência de um poder constitucional de emanar normas jurídicas – conforme primeira lição aqui extraída das obras de Miguel Reale.”²⁵

Conforme afirma Cenachi, uma fonte do direito deve derivar de um poder constitucional estabelecido. Nesse sentido, Pugliese afirma que “Se há uma função específica do processo para formação dos precedentes e se os precedentes são fontes do Direito, então o processo de decisão que forma um

²³ PUGLIESE, William Soares. **Instituições de direito processual civil e precedentes como fonte do direito**. Londrina: Thoth, 2022. p. 96.

²⁴ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012

²⁵ CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo Direito brasileiro**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2021, p. 49.

precedente não deve se limitar às técnicas de decisão processuais em sua função de justiça.”²⁶ Da mesma forma, o autor afirma que se a decisão judicial terá efeitos sobre as demais fontes do Direito, à elas são equiparadas e a fase decisional dos tribunais deve seguir os mesmos critérios de quaisquer outras fontes.

3. FORÇA VINCULANTE E VEDAÇÃO AO RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A compreensão da importância e da natureza jurídica dos precedentes é importante para que se faça uma leitura da sua força dentro do ordenamento jurídico. A vinculação dos precedentes é dever de todos os Tribunais, seja de forma vertical ou horizontal, bem como dos entes Legislativos e Administrativos, especialmente em se tratando da proteção de direitos humanos.

Mais até do que uma simples interpretação, Mitidiero explica que o que se interpretam são textos dotados de autoridade jurídica.²⁷ O precedente confere forma dentro da sociedade à letra fria da lei.

Como exemplo, podemos citar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que ao realizar controle de constitucionalidade afirmou que, em matéria de proteção de direitos humanos é dever dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário realizar o controle convencional, de forma a garantir a efetividade dos direitos humanos.²⁸

A vinculação de um precedente é decorrente dos princípios basilares do Estado, como a segurança jurídica, a isonomia, a razoável duração do processo e a efetividade jurisdição, conceitos já abordados e trabalhados nesta dissertação.²⁹

²⁶ PUGLIESE, William Soares. **Instituições de direito processual civil e precedentes como fonte do direito**. Londrina: Thoth, 2022, p. 104.

²⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 ed, 2017, p. 70.

²⁸ PUGLIESE, William; OLIVEIRA, Gabriel Victor Zapparoli de. Aplicação de normas convencionais a partir da integridade do direito. **Revista de Direito Internacional e Constitucional**. vol. 136/2023 p. 215 - 232 Mar-Abr/2023, p. 217.

²⁹ ZAPAROLI, Gabriel. **Precedentes e Segurança Jurídica: instrumento de efetivação dos direitos fundamentais**. s.l.: Amazon KDP, 2024.

A deliberação dos tribunais na construção de precedentes, cria fontes do direito e tais decisões devem ser encaradas como tal. Isso significa dar aos precedentes um *status* de norma vinculante, que não serve como mera orientação ou opção aos tribunais inferiores e a sociedade, mas torna-os efetivamente como parte integrante do ordenamento jurídico, à medida que balizam a vida em sociedade.

Jack Knight e Lee Epstein argumentam que a vinculação obrigatória aos precedentes vai além de uma simples formalidade, desempenhando um papel crucial no fortalecimento da segurança jurídica. Segundo os autores, isso garante que as decisões judiciais sigam um entendimento legal coerente e democrático, assegurando a previsibilidade e estabilidade necessárias para a sociedade. Ao respeitar os precedentes, os tribunais não apenas promovem a uniformidade nas decisões, mas também reforçam as expectativas estabelecidas dentro da comunidade, transcendendo a subjetividade individual dos magistrados. Essa abordagem, alinhada com o princípio democrático, contribui para que as decisões judiciais priorizem a proteção dos direitos humanos, assegurando que os interesses coletivos e fundamentais sejam preservados.³⁰

A vinculação não está ligada apenas aos órgãos judiciais em sentido horizontal e vertical, mas também a todos os poderes, em especial nos casos em que há previsão constitucional para tal, como é o caso das súmulas vinculantes.

Mas essa vinculação deve ser especialmente observada em matéria de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais por si não podem ser relativizados. A proteção conferida aos direitos fundamentais pela Constituição de 1988 como cláusulas pétreas denota este tom, garantindo a vedação ao retrocesso.

Mas apenas esta afirmação esparsa não é suficiente para garantir uma proteção efetiva aos direitos fundamentais e evitar que mesmo após toda a luta instituinte para sua positivação eles venham a ser aviltados. É preciso que se

³⁰ EPSTEIN, Lee. KNIGHT, Jack. The Norm of Stare Decisis. **American Journal of Political Science**. Vol. 40, No. 4, Nov. 1996), p. 1022.

garanta aos direitos fundamentais uma construção teórica que os possa sustentar.

Afirma, nesse sentido, Ingo Sarlet, que a vedação ao retrocesso está calcada na segurança jurídica e na proteção da dignidade da pessoa humana, a medida que a vedação ao retrocesso visa combater instabilidade que pode ser gerada pelo desrespeito a grupos minoritários.³¹

Do ponto de vista da segurança jurídica, a análise da vedação ao retrocesso passa também por uma observação aos precedentes. Partindo para uma análise principiológica, seguir precedentes fortalece o caráter interpretativo do julgador frente à aplicação da intenção do legislador. Isso porque o juiz não está adstrito à lei para inferir suas razões, mas sim ao contexto geral do direito, que abarca além da norma (a letra da lei), os princípios por traz da vontade do legislador em positivar esta ideia.³²

Da mesma forma, não pode o legislador, no seu ofício legislativo, criar lei que retroaja para ferir direito fundamental anteriormente resguardado por decisão judicial. E aqui não se trata de criar uma sobreposição entre poderes, mas sim garantir uma superproteção de direitos fundamentais – por vezes da minoria – frente a uma eventual retirada de direitos para beneficiar uma maioria dominante.

Como afirmam Bruno Lorenzetto e Clémerson Clève, as Cortes Constitucionais desempenham uma difícil tarefa de equilibrar e decidir quanto “a conservação dos valores fundantes da comunidade política e a renovação da leitura da Constituição”.³³

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, via de regra, tem efeito *Erga Omnes*, ou seja, tem efeito vinculante e eficácia sobre todos os cidadãos dentro da jurisdição nacional. Isso significa dizer que a *ratio decidendi*

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais. In: **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 32, n. 1, p. 09-50, jan.jun. 2006.

³² ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 125.

³³ CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, Agir Estratégico e Autoridade Constitucional Compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 67.

proferida pelo Supremo se aplica a todos os cidadãos e todos os Poderes da República.

Significa também dizer que o Poder Legislativo está obrigado a observar os princípios que embasaram a decisão sempre que forem editar uma nova norma e, portanto, em homenagem ao princípio da vedação ao retrocesso, não podem editar normas que firam direitos fundamentais.

Neste mesmo sentido pode-se verificar em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos uma obrigatoriedade dos Poderes Estatais em sempre que editar um ato normativo, devem observar a convenção e buscar um melhor resguardo aos direitos humanos.³⁴

O princípio *favor persona*, como explica Álvaro Latorre, é um dos princípios que garante uma proteção forte aos direitos fundamentais (ou direitos humanos), à medida que se deve conceder na interpretação principiológica sempre aquela mais extensiva quando de trata de reconhecer estes direitos, sempre primando pelo favorecimento da proteção ao Homem. De acordo com o autor “Em suma, este princípio tem duas dimensões específicas: a primeira como preferência interpretativa e a segunda como preferência normativa, independente do seu nível hierárquico.”^{35 36}

Nesse sentido, as normas e principalmente, os princípios que regem a sociedade devem sempre ser observados de forma a se preservar e garantir a proteção aos direitos fundamentais na sua forma mais extensiva.

Significa, também, dizer que as decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal que tenham como fundamento determinante, baseados nos

³⁴ CORDEIRO, Derick Davidson; OLIVEIRA, Gabriel Victor Zaparoli de. O controle de convencionalidade: uma análise entre a teoria e a aplicação. In: CORDEIRO, Derick Davidson; OLIVEIRA, Gabriel Victor Zaparoli de; PIRES, Joyce Finato; MANO, Lucas Raphael de Souza; SILVA, Sthephany Patrício da (Orgs.); LORENZETTO, Bruno Meneses; PUGLIESE, William Soares (Coords.). **Direitos fundamentais e democracia** – volume III. Curitiba: Ed. dos Autores, 2022, p. 178–196

³⁵ Tradução livre. Original: Resumiendo, este principio tiene dos dimensiones específicas: la primera como preferencia interpretativa y la segunda como preferencia normativa, independiente de su nivel jerárquico

³⁶ LATORRE, Alvaro Mesa. El control de convencionalidad: ¿un acto racional o irracional? *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 16, n. 1, p. 129-166, jun 2018. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000100129&Ing=es&nr m=iso.

princípios que envolvem a Sociedade, devem ter primazia, sob regras legislativas que visem suprimir ou diminuir referidos direitos e conquistas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo, foi possível observar o papel crescente do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF), na garantia e ampliação dos direitos fundamentais no Brasil. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o ativismo judicial ganhou relevância ao promover a concretização de direitos que, por vezes, não foram devidamente protegidos pelo Legislativo. Casos emblemáticos, como a equiparação da homotransfobia ao crime de racismo e a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, demonstram o protagonismo do STF em assegurar a dignidade e igualdade dos indivíduos.

O ativismo judicial, entendido como uma forma de assegurar direitos fundamentais e combater omissões legislativas, tem sido crucial para a defesa de grupos vulneráveis. A jurisprudência do STF reflete a interpretação extensiva de direitos, ajustando a aplicação normativa às demandas sociais contemporâneas, em consonância com princípios constitucionais como a vedação ao retrocesso e a dignidade da pessoa humana.

Além disso, o reconhecimento dos precedentes judiciais como fonte do direito contribui para a segurança jurídica e previsibilidade das decisões, proporcionando maior estabilidade ao ordenamento jurídico. A observância aos precedentes é essencial para garantir a continuidade da proteção aos direitos fundamentais e evitar retrocessos que possam fragilizar conquistas históricas.

Dessa forma, o estudo reafirma que a função do Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, vai além da mera aplicação da lei; envolve também a responsabilidade de garantir que os direitos humanos sejam amplamente protegidos e que as decisões judiciais se mantenham fiéis aos valores de justiça, equidade e respeito à dignidade. Assim, o ativismo judicial se revela uma ferramenta necessária para a consolidação de uma sociedade mais justa e inclusiva.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (SYN)THESIS, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 21 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**, Plenário, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**, Plenário, Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 29 jan. 2024.

CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo Direito brasileiro**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, Agir Estratégico e Autoridade Constitucional Compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CORDEIRO, Derick Davidson; OLIVEIRA, Gabriel Victor Zaparoli de. **O controle de convencionalidade: uma análise entre a teoria e a aplicação**. In: CORDEIRO, Derick Davidson; OLIVEIRA, Gabriel Victor Zaparoli de; PIRES, Joyce Finato; MANO, Lucas Raphael de Souza; SILVA, Sthephany Patrício da (Orgs.); LORENZETTO, Bruno Meneses; PUGLIESE, William Soares (Coords.). **Direitos fundamentais e democracia – volume III**. Curitiba: Ed. dos Autores, 2022. p. 178-196.

DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a Sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Norm of Stare Decisis**. American Journal of Political Science, Vol. 40, No. 4, Nov. 1996.

FONSECA, Andrio Portuguez. **A disrupção do direito pela inteligência artificial e os seus reflexos no ativismo judicial**. 2022. 387 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022.

LATORRE, Alvaro Mesa. **El control de convencionalidad: ¿un acto racional o irracional?** Estudios Constitucionales, Santiago, v. 16, n. 1, p. 129-166, jun. 2018. Disponível em:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000100129&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 07 jan. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes.** Revista dos Tribunais, v. 103, n. 950, p. 165-198, dez. 2014.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário.** 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

PUGLIESE, William Soares. **Instituições de direito processual civil e precedentes como fonte do direito.** Londrina: Thoth, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais.** In: Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 32, n. 1, p. 09-50, jan./jun. 2006.

SCHETTINO, José Gomes Riberto. **Controle judicial de constitucionalidade e ativismo judicial processual.** 2008. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

ZAPAROLI, Gabriel. **Precedentes e segurança jurídica: instrumento de garantia dos direitos fundamentais no processo.** [S.l.]: Amazon KDP, 2024.