

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

VINICIUS MENDEZ KERSTEN

COMMON LAW
ALGUMAS LIÇÕES DE VINCULAÇÃO PARA O DIREITO BRASILEIRO

São Leopoldo
2014

VINICIUS MENDEZ KERSTEN

COMMON LAW

ALGUMAS LIÇÕES DE VINCULAÇÃO PARA O DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2014

K41c

Kersten, Vinicius Mendez.

Common law : algumas lições de vinculação para o direito brasileiro / Vinicius Mendez Kersten. – 2014.

151 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

"Orientador Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro."

1. Direito comum. 2. Precedentes judiciais. 3. Súmula vinculante. 4. Recurso extraordinário. I. Título.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**COMMON LAW ALGUMAS LIÇÕES DE VINCULAÇÃO PARA O DIREITO BRASILEIRO**”, elaborado pelo mestrando **Vinicius Mendez Kersten**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 09 de abril de 2014.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

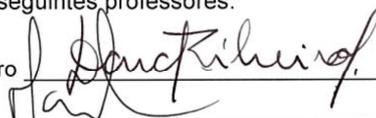
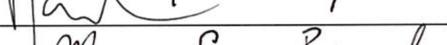
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Marco Félix Jobim

Membro: Dra. Maria Eugênia Bunchaft


RESUMO

O presente estudo mostra algumas diferenças conceituais existentes entre as duas grandes famílias de direito existentes no ocidente – *common law* e *civil law*. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica em fonte primárias relativas a tradição da *common law* busca evidenciar os principais pontos relativos a sua formação, bem como algumas peculiaridades existentes no Reino Unido e nos Estados Unidos da América quanto aos precedentes. O principal ponto de averiguação consiste na formação de precedentes, *overruling* e *distinguish* dos mesmos, o que implica em uma busca pela origem, definição e operação, tanto na vinculação hierárquica vertical e como na horizontal. Assim, para além das diferenças entre as tradições, a constituição dos quadros jurídicos (magistratura e advocacia) desvenda muito sobre a operação e construção do direito. Quanto ao Brasil delineiam-se alguns aspectos relevantes de sua história que contribuem para a compreensão do presente momento de crise no/do Poder Judiciário. Faz-se esse percurso para entender o porquê da existência dos recursos extraordinários e a problemática formação da federação brasileira e a concentração das competências legislativas materiais e processuais a cargo da União. Nesse cenário é importante a análise de como as modificações introduzidas pelo constituinte reformador têm a capacidade de solucionar os gargalos enfrentados pelo Poder Judiciário e em que medida a ideia de vinculação aqui implementadas refletem a experiência da *common law* ou tem mais similitude à tradição portuguesa dos assentos. Propõe-se, por fim, uma ideia de vinculação diferente da existente (súmulas vinculantes e de condensação de jurisprudência) a ser adotada no Brasil, que mais se aproxime a existente na *common law*, em que se valoriza o caso decidido e se parte para a vinculação aos motivos determinantes da decisão, ideia que tem semelhança a *ratio decidendi*, mas não é o mesmo que ela, em razão da forma como são realizados os julgamentos. A tentativa é de ver aquilo que pode ser útil, sem exaltação de uma tradição como melhor do que a outra, mas sim na compreensão das peculiaridades que a experiência dos precedentes na *common law* podem ajudar para uma vinculação que venha contribuir para uma melhor prestação jurisdicional, com uma racionalização no acesso ao Poder Judiciário, juntamente com uma otimização dos julgamentos dos tribunais de superposição para que seja viável a existência de vinculação e expansão *erga omnes* dos motivos determinantes das decisões.

Palavras-chave: Precedentes. *Common law*. Vinculação. Recurso extraordinário.

ABSTRACT

The present study shows some conceptual differences between the two biggest families of law existing in the western - common law and civil law . The research is done through bibliographic search in primary sources of the common law tradition seeking to highlight the key points about the background as well as some peculiarities existing in the United Kingdom and the United States of America about binding precedents. The main point of investigation is the shaping of precedents, overruling and distinguish of them, which implies a search for the origin, definition and operation in its vertical and horizontal binding power. Thus, in addition to the differences between the traditions, the establishment of the judicial careers (judges and lawyers) reveals much about the operation and construction of law. About Brazil the study tries to outline some relevant aspects of its history that contributes to understand the present crisis in / of the Judiciary. In this journey tries to understand the reason for the existence of extraordinary appeal and the problematic organization of the Brazilian federation that concentrates the substantive and procedural legislative powers in charge of the federal government. In this scenario it is important to analyze how the changes introduced by the legislative power are able to solve the problems faced by the judiciary and how the idea of binding implemented here reflect the experience of the common law or has more similarity to the Portuguese tradition. By the end it is proposed a idea of *stare decisis* that is different from the one that exists here nowadays (binding precedents and jurisprudence condensation), which is closest to the common law tradition, where the *ratio decidendi* of the decided case provides to further cases the determinants reasons to the decision. The attempt is to see what can be useful, without exaltation of one tradition as better than the other, but rather in understanding the peculiarities that the experience of precedent in common law can help to provide a *stare decisis* that contributes to a better judicial adjudication with rationalization of access to the judiciary, together with an optimization of the judgments of the courts of superposition to be feasible to have binding judgments – erga omnes – and expansion of the determining reasons of the decisions.

Keywords: Precedents. *Common law*. *Stare decisis*. Extraordinary appeal.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
2. COMMON LAW E CIVIL LAW – COMPREENDENDO AS TRADIÇÕES	11
2.1 Precedentes na <i>common law</i>	17
2.2 Algumas diferenças entre o precedente nos Estados Unidos da América e no Reino Unido	28
2.3 Superação de precedentes – <i>overruling</i> e <i>distinguish</i>	35
2.3.1 <i>Variações quanto ao overruling e o distinguish</i>	41
2.4 Precedentes e estabilidade	46
2.5 Aproximação da tradições da <i>civil law</i> e <i>common law</i>	50
2.6 A necessária concessão de efeitos prospectivos as decisões judiciais	54
3 PERSPECTIVA HISTÓRICA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS – ANOTAÇÕES PARA A COMPREENSÃO DO PRESENTE	64
3.1 Constituição Federal de 1988 – algumas alterações	70
3.1.1 <i>A ampliação democrática de atores junto ao Supremo Tribunal Federal – valorização do controle concentrado de constitucionalidade</i>	74
3.1.2 <i>O desprestígio da abertura democrática – a pertinência temática</i>	79
3.2 A experiência brasileira de vinculação	81
3.2.1 <i>Súmulas vinculantes – a posição quanto a inconstitucionalidade</i>	88
3.2.2 <i>Vinculação as decisões no controle difuso de constitucionalidade efetuado pelo Supremo Tribunal Federal</i>	94
4 PRIMEIRA INSTÂNCIA E POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS DECISÕES – ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO	103
4.1 Recursos extraordinários	109
4.2 A crise dos recursos extraordinários	112
4.2.1 <i>Repercussão Geral no Recurso Extraordinário</i>	117
4.3 Adoção de precedentes vinculantes – uma alternativa	124
4.3.1 <i>Precedentes e alteração de entendimento</i>	131

5 CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS.....	143

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca compreender as tradições da *civil law* e da *common law* com o intuito de delinear as diferenças básicas entre as respectivas tradições, compreender se há e em quais pontos pode se estabelecer um diálogo, no sentido da compatibilidade das duas tradições existirem em um mesmo sistema jurídico. Para tanto, tem-se arrimo nas obras de John Henry Merryman, Rupert Cross, Caenegem, David, Losano, Duxburry, entre outros. Pretende-se com esse referencial evitar compreensões equivocadas de conceitos pertinentes a tradição da *common law*. A análise desta tradição se atêm em dois sistemas, o inglês e o estadunidense, todavia, sem a análise dos procedimentos atinentes em específico, mas sim um estudo quanto as características que rondam a questão do precedente. Para tanto, em virtude de grande parte das fontes bibliográficas serem em língua estrangeira, optou-se por deixar no original para que a compreensão não reste prejudicada.

Assim, importa saber quando surge a ideia de precedente, bem como a sua flexibilização. Nesse sentido, a organização do Poder Judiciário e a conformação das profissões jurídicas é salientadas, já que a participação dos atores desvenda muito sobre a forma como uma tradição é moldada, bem como quanto a importância conferida a separação de poderes. As alternativas para a superação dos precedentes também faz parte da pesquisa, já que no cotejo daquilo que é compreendido como precedente na tradição da *common law* e o que se aproxima disso no Brasil, em termos de vinculação de decisões judiciais e superação destas tem de ser visitado, na tentativa de ver os erros em um modelo e no outro.

Posteriormente, sob a influência da ideia da transcendência que a decisão jurisdicional deve ter, tenta-se demonstrar a participação individual como uma importante nuance da atuação do Poder Judiciário como legitimador democrático, na tentativa de salientar que a democracia não se esgota na representação política, mas sim que a participação, que se dá no pleito individual por meio do Poder Judiciário tem importância nesse contexto. A devida compreensão da importância do papel a ser exercido pelo Poder Judiciário em uma democracia é ponto importante, em especial no presente em que as relações sociais são tão intensas e instáveis.

Em um segundo momento propõe-se um incursão na tradição jurídica brasileira, em termos constitucionais, visando, sobretudo, a organização judiciária, o

controle jurisdicional de constitucionalidade, que foram mudando com os subsequentes textos constitucionais até a Constituição Federal de 1988, com especial ênfase quanto a abertura democrática efetuada por esse texto, a criação do Superior Tribunal de Justiça na tentativa de solucionar a crise do Supremo Tribunal Federal, e, por consequência, os recursos Extraordinário e Especial, que são as medidas recursais ligadas a esses tribunais que interessam neste momento.

No mesmo contexto da Constituição Federal de 1988, analisa-se a introdução de elementos até então eram estranhos, que são: a súmula vinculante e a repercussão geral no Recurso Extraordinário (criados no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional número 45).

Demonstrar as possíveis similitudes e diferenças entre súmula vinculante e precedente é importante. Quanto à repercussão geral, a análise tem a pretensão de demonstrar o erro ou o acerto dessa medida, bem como a necessidade da sua criação ou não. Procura-se mostrar a organização judiciária brasileira no que tange a posição hierárquica do Supremo Tribunal Federal, já que, neste modelo, ele ocupa função de corte constitucional, bem como de último grau de jurisdição. Nesse sentido, a sua atuação abrange tanto o controle abstrato de constitucionalidade, bem como o concreto, além de resolver conflitos *inter partes*. Quanto a isso, em tese, não há óbice algum, mas a amplitude de matérias possíveis de serem analisadas é que levanta séria indagação. As eficácias distintas das decisões proferidas em processos objetivos e em subjetivos é outro tema discutido, já que importante. Em relação aos processos objetivos, no que tange ao controle de constitucionalidade não há problema algum quanto a soberania dos seus vereditos, todavia, quando se efetua controle *inter partes* é que surgem indagações, porque numa decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade, o efeito *erga omnes* apenas surge quando da suspensão da eficácia da norma pelo Senado Federal, consoante o artigo 52, X da Constituição Federal.

A releitura dessa norma constitucional passa também pela instituição da repercussão geral no Recurso Extraordinário, pois a compatibilidade da suspensão da norma declarada inconstitucional pelo Senado passa justamente pelo devido entendimento do que é isso. A manutenção do sistema da forma como se apresenta, aparentemente, tem-se um choque entre a previsão da repercussão geral e o artigo 52, X da Constituição Federal. Nesse sentido é que se indaga quanto a necessidade

ou não de manutenção de eficácias distintas do controle efetuado abstrata ou concretamente.

Em um último momento procura-se vislumbrar um caminho a ser trilhado em termos de vinculação das decisões proferidas pelos tribunais de forma a propiciar uma aproximação conceitual com aquilo que é realizado na *common law*, sem desconhecer a ideia da vinculação de fato existente no Brasil, que segue, de certa forma, o mesmo padrão dos assentos portugueses que tem origem no século XVI. Importante, portanto, um diálogo entre as tradições a fim de que se possa tentar, em sede de decisões jurisdicionais, alcançar a pacificação social de forma democrática.

2 COMMON LAW E CIVIL LAW – COMPREENDENDO AS TRADIÇÕES

A existência de duas grandes tradições de direito (ocidente) no presente é uma realidade, são elas: *common law* e *civil law*. Apesar das diferenças, é fundamental lembrar que a família da *common law* surgiu em 1066 “[...] quando os normandos derrotaram os defensores nativos em Hastings e conquistaram a Inglaterra. [...]”¹, o que faz com que ambas tradições deitem raízes sobre o direito romano. Todavia, o que hoje mais chama a atenção consiste na aproximação dessas duas tradições, se é que está ocorrendo. Assim, para a compreensão dos conceitos referentes a cada uma, faz-se necessário analisar algumas categorias essenciais, a fim de que não se incorram em erros básicos na compreensão de jurisprudência e precedentes. Há também que se ressaltar que dentro de uma família há diversos sistemas jurídicos que tem suas peculiaridades e não é pela análise procedimental de um por um que se irá lograr algum êxito, mas sim pelos traços comuns que fazem cada sistema estar vinculado a uma ou outra tradição jurídica. Como escrevem Merryman e Perez-Perdomo:

O leitor perceberá que o termo aqui utilizado é “tradição jurídica”, e não “sistema jurídico”. O objetivo é estabelecer uma distinção entre duas ideias bastante diferentes. Um sistema jurídico, na acepção em que o termo é aqui empregado, é um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes. Neste sentido, pode-se dizer que há nos Estados Unidos um sistema jurídico federal e cinquenta sistemas jurídicos estaduais; ou ainda, que há distintos sistemas jurídicos em organizações como a União Européia ou as Nações Unidas. Em um mundo organizado em estados soberanos e organizações de estados, há tantos sistemas jurídicos quantos forem os estados e organizações internacionais.²

A tradição jurídica da Inglaterra (berço da *common law*) desvenda algumas particularidades interessantes. Primeiro: há que se ter presente que a ausência de legislação escrita não procede, mas sim há uma prevalência do costume judicial, visto que direito para esta tradição jurídica é aquilo que os tribunais dizem. Segundo: a formação dos quadros da magistratura dá-se principalmente pelo ingresso de

¹ MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina.** Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 24.

² MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina.** Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 21.

advogados experientes. Nesse sentido, pela valorização extrema das posições da magistratura, confere-se grande notoriedade aos magistrados, pois o direito nasce na atividade judicante. Nas palavras de MacCormick:

Outra peculiaridade que distingue os sistemas com os quais estou lidando basicamente dos sistemas do continente europeu é a ausência de uma magistratura de carreira. Enquanto na tradição “do direito romano” – deixando-se de lado sistemas “mistos” como o dos escoceses – é normal que homens e mulheres jovens e altamente qualificados entrem direto para o quadro de juízes do Estado após a conclusão de sua formação básica em direito (geralmente mais prolongada do que é comum entre nós), a tradição do Reino Unido e do mundo do “direito consuetudinário” é a que a magistratura seja recrutada entre os que tiverem se estabelecido com sucesso no exercício da profissão de advogado; e entre esses, de modo predominante, se não total, aqueles que tiverem se especializado como advogados atuantes nos tribunais. Na Inglaterra, no País de Gales e na Escócia, é tipicamente o advogado maduro e bem-sucedido, admitido na Ordem e atuante nos tribunais superiores, que, na meia idade é alçado à magistratura.³

Vê-se aqui uma diferença que vai muito além da origem do direito, ou seja, independentemente da sua fonte produtora, mas diretamente ligado à aplicação, que consiste na formação dos quadros do Poder Judiciário⁴. Outro ponto, nesse mesmo sentido, que merece ser ressaltado, consiste em que pelo fato de o direito ser gestado nos tribunais não há apego tão grande a separação dos poderes, como ocorreu, por exemplo, na França após a Revolução Francesa, em que se tentou manietar o magistrado para que ele passasse a ser apenas um aplicador de leis, já que ante a completude dos diplomas legislativos ele apenas seria a boca da lei.

Esse ponto merece destaque, pois a Revolução Francesa para a tradição jurídica continental representou uma cisão com aquilo que era anteriormente feito e, a partir de então novos rumos foram trilhados, pelo menos em tentativa. Esforço ímpar foi a edição de um diploma cível que recebeu o nome de Código de

³ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Traduzido por Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 13-14.

⁴ No Brasil o ingresso de advogado na magistratura apenas é possível por meio do quinto constitucional. Assim, só há ingresso de advogado na segunda instância ou nos Tribunais Superiores. Não há possibilidade de ingresso que não por concurso público para o cargo de juiz, ou seja, para a primeira instância. Consoante a Constituição Federal: Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Napoleão⁵. A história da *common law* é muito mais vinculada a tradição, “[...] a natureza contínua do desenvolvimento jurídico inglês ou, em outras palavras, a ausência de grandes catástrofes como a experimentada pela França no tempo da Revolução. [...]”⁶. É importante salientar, como escreve Caenegem⁷, a inexistência de um marco de cisão não implica na ausência de mudanças na *common law*, a *Practice Statement*, que mais adiante será abordada, é exemplo claro que há sim momentos de mudança, mas que não rompe as amarras com o passado. Por sua vez, a Europa continental, tendo como paradigma a França, teve a sua tradição jurídica vinculada umbilicalmente a questão do juiz ser a boca da lei e ter que apresentar respostas para as questões que a ele fossem propostas. A partir desse conceito expresso no artigo 4º⁸ do Código de Napoleão é que surgiu a Escola da Exegese, que ratificou esse movimento de ruptura e a busca de respostas na lei.

É neste modo de entender o art. 4º que se fundou a escola dos intérpretes do Código Civil, conhecida como “escola da exegese” (*école de l'exégèse*); esta foi acusada de *fetichismo da lei*, porque considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na *intenção do legislador*.⁹ (grifo do autor)

⁵ É importante deixar claro que o Código de Napoleão não surgiu como um diploma único, mas sim como uma série de leis, que tiveram como pressuposto o projeto elaborado inicialmente por Portalis. Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi et. al. São Paulo: Ícone, 2006. p. 72: “A Comissão para a redação do projeto do Código Civil elaborou um projeto que foi submetido ao Conselho de Estado, onde foi discutido em sessões memoráveis, presididas pelo próprio Napoleão (57 dum total de 102 sessões). Ele participou ativamente do exame das disposições do Código, demonstrando saber encontrar as soluções para as controvérsias levantadas com maior agudeza e prontidão pelos juristas consumados que constituíam o Conselho (é este um dos temas mais caros à hagiografia napoleônica; mas talvez se possa lembrar que a boa disposição do Primeiro-Cônsul em resolver as controvérsias jurídicas se devia não somente a sua percepção brilhante como também ao fato de sua palavra ser lei). Na medida em que os vários títulos do projeto eram aprovados, eram promulgados como leis separadas (34 no total). Forma coletadas posteriormente em 1804 e publicadas com o nome (com o qual foi transmitido à história) de *Code Napoléon* (Código de Napoleão).”

⁶ CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia. Traduzido por Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 5.

⁷ CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia. Traduzido por Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 5-10.

⁸ “Le Juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.” Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-lpt01.pdf>

⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi et. al. São Paulo: Ícone, 2006. p. 77.

Em sentido diametralmente oposto, desenvolveu-se a *common law*¹⁰, em que a figura do magistrado sempre foi valorizada, uma vez que os juízes sempre foram pessoas de notório saber jurídico e o fato de ser elevado a ocupar uma posição na magistratura seria como um coroamento pela brilhante trajetória profissional. Isso não quer dizer que em uma tradição o juiz é melhor do que na outra, mas sim que os traços da história estão presente no ato de julgar, nos caminhos que podem ser trilhados, bem como na figura do magistrado, o quê ele representa. O constrangimento imposto pela Revolução Francesa sente-se até os dias de hoje, visto que ficou marcada a impossibilidade de o magistrado inovar. Registre-se, todavia, que a intenção de Portalis com o artigo 4º não era criar um cientificismo da lei pela lei, mas sim uma possibilidade de integração do ordenamento jurídico, já que este não seria “completo” e, portanto, teria lacunas a serem preenchidas pelo magistrado ao julgar a causa¹¹. Segundo Komarék essa supremacia do legislativo está presente até os dias de hoje: “[...] In France the fiction of “lawmaking as creative interpretation” allows the legislator to control the Cour by adopting legislative provisions which correct interpretations adopted by the Cour.”¹²

Merece atenção também a organização dos advogados na *common law* (aqui se refere ao direito inglês), pois estes dividem-se em dois grupos: *barristers* e *solicitors*. Apenas aos *barristers* é conferida a prerrogativa de poderem sustentar oralmente nos tribunais. Os *solicitors* têm contato com os clientes, bem como exercem algumas outras funções judiciais.

Os advogados (*barristers*) organizam-se em *Inns of Court*, que são espécies de associações de classe. As *Inns of Court* surgiram “A partir do século XIV, em torno da *curia regis* formam-se as quatro organizações corporativas dos juristas,

¹⁰ Cf. DAVID, René. **O direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 18-19: “A manutenção dessa concepção de um poder judiciário verdadeiro foi favorecida, na Inglaterra, por diferentes fatores. Limitar-nos-emos a assinalar os dois principais. Um deles é o reduzido número de juízes das Cortes superiores; o segundo é o alto prestígio desses juízes, decorrente das condições em que são recrutados. O poder judiciário é, como veremos, concentrado em Londres, nas mãos de um número limitadíssimo de juízes. Estes, por outro lado, sempre foram escolhidos, na Inglaterra, entre os advogados de renome, e a nomeação a uma função judiciária da Corte superior sempre foi considerada como o sinal de um fulgurante êxito e como coroação de uma carreira bem-sucedida na advocacia. Essas duas circunstâncias fazem com que sejam juízes personalidades carismáticas, o que, decerto, contribuiu consideravelmente para consolidar na Inglaterra o conceito de poder judiciário.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi et. al. São Paulo: Ícone, 2006. p. 73-78.

¹² KOMÁREK, Jan. **Judicial lawmaking and precedent in Supreme Courts**. 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1793219>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 15-16.

chamadas de *Inns of Court* e até hoje existentes (Inner Temple, Middle Temple, Gray's Inn, Lincoln's Inn)¹³. Essas organizações fazem que o *barrister* se mantenha extremamente vinculado a sua *Inn of Court*, pois a formação em uma delas é requisito para o exercício profissional, ou seja, poder advogar nos tribunais.

Quem depois de concluir a *Law School*, deseja tornar-se *barrister* inscreve-se numa das quatro *Inns of Court*, as únicas autorizadas a formar os advogados que exercem sua atividade perante os Tribunais da Inglaterra e de Gales. Para poder ser chamado a fazer parte do *Bar* – mais ou menos, a ordem dos advogados – o bacharel deve frequentar o seu *Inn*. Um ponto central da socialização são os jantares comuns realizados na grande sala central: em grupo de quatro, todos os membros do *Inn* sentam-se à mesa em ordem de antiguidade e, depois do jantar, participam de debates, processos fictícios (*moots*), concertos. Essa atividade social é acompanhada por exames profissionais, superados os quais o praticante é proclamado *barrister* pelos dirigentes do seu *Inn*. Agora poderá falar da barra (*bar*, precisamente) do tribunal.¹⁴ (grifo do autor)

Essa forma de organização em associações denominadas *Inns of Court* confere certos traços a profissão de advogado, que refletem na magistratura, visto que os magistrados, em geral, são oriundos da advocacia. Isso faz que o contato entre os membros de uma mesma *Inn of Court*, que também inclui os magistrados, seja muito próximo. Assim, a ideia de o direito ser gestado nos tribunais é aceita sem resistência. A ligação as *Inns of Court* é tão importante que faz com que os *barristers*, mesmo quando alçados a magistratura continuem a fazer parte da associação. Escreve David:

Os advogados são necessariamente membros de um dos quatro clubes de advogados – os *Inns of Court* – existentes em Londres. O mesmo se dá se residem e atuam numa cidade do interior. Essa circunstância merece ser observada. De fato, daí resulta que os advogados constituem um meio muito homogêneo, um círculo restrito em que todo mundo se conhece e no qual uma infração disciplinar, ou mesmo de ética, seria severamente julgada. Em seus *Inns of Court*, onde almoçam com frequência e cuja biblioteca frequentam, os advogados se encontram com os juizes, que permanecem em seu clube de origem quando deixam de ser advogados. O fato de pertencer a um mesmo clube gera certas atitudes e um sentimento

¹³ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 325.

¹⁴ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 325.

de confiança que permite garantir um melhor funcionamento da justiça na Inglaterra.¹⁵

A ligação entre os membros é fator que vem a exercer um certo constrangimento ético aos seus integrantes. O que poderia ser visto como maléfico que é o contato entre juízes e advogados, na realidade contribui para esse controle interno exercido pela associação profissional. Esse modelo de comportamento não seria tolerado, por exemplo, no sistema jurídico brasileiro em que há uma série de previsões acerca da suspeição e do impedimento do julgador quando este tem alguma proximidade com o advogado ou com a parte.

Dessa forma, em razão dessa organização hierarquizada e extremamente formal é que a cultura do precedente tem substrato para surgir e permanecer durante tantos anos. O alto grau de eticidade propicia isso, pois caso não fosse assim, os precedentes seriam forjados em conluios entre advogados e magistrados pertencentes a uma mesma *Inn of Court*, mas não é isso que ocorre, bem como a superação de precedente não é tão simples assim. Por essa razão é que o precedente judicial na tradição da *common law* é importante, já que por meio dele se criam direitos, a semelhança da legislação da *civil law*.

En relación con el primero de los motivos enunciados , basta observar que actualmente es ampliamente reconocido y admitido por los constitucionalistas ingleses que los jueces pueden crear Derecho. En efecto, tales autores acuden a este elemento para ejemplificar el porque resulta imposible interpretar rígidamente la doctrina de la separación de poderes en el Reino Unido.¹⁶

Entretanto, apesar da tradição centenária, a partir do ingresso na União Europeia, a organização judiciária veio a receber novos contornos, a *House of Lords* passou a ser a Suprema Corte, entre outras modificações. Esse movimento mostra a aproximação das tradições, pois não se alterou apenas a nomenclatura, mas sim a essência quanto a separação de poderes. Isso ocorreu para atender ao proposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, em especial no artigo 6º (1)¹⁷ que visa

¹⁵ DAVID, René. **O direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 33.

¹⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Traduzido por María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 52.

¹⁷ Dispõe o artigo 6º (1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em

explicitar a separação dos poderes, o que não era assim antes da formação da União Europeia, mas com a formação desse grande bloco, o direito continental e a *common law* devem buscar compatibilizar-se. Esclarece Neil Andrews:

Em *MacGonnel v. UK* (2000), a *European Court of Human Rights* observou a necessidade de uma total separação das funções judiciais, executivas e legislativas, em um caso relacionado a uma organização jurídica na ilha de Guernsey, um “minissistema jurídico” dentro das Ilhas Britânicas. No caso *MacGonnel*, a *European Court of Human Rights* considerou que o Reino Unido infringira tal exigência, pois o *Bailiff* de Guernsey (um juiz e membro do Poder Legislativo de Guernsey) julgara um processo civil relacionado ao planejamento da legislação que fora criada quando presidia a câmara legislativa da ilha. O Tribunal de Estrasburgo decidiu que tal confusão gerada pelos papéis legislativo e judicial era “incompatível com o requisito de independência e imparcialidade”, exigido pelo artigo 6º (1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O Tribunal de Estrasburgo declarou: “Qualquer envolvimento direto no processo de aprovação da legislação ou de regras do executivo será, certamente, suficiente para gerar dúvidas sobre a imparcialidade judicial quando uma pessoa for subsequentemente solicitada a esclarecer um conflito sobre as possíveis razões para permitir-se, ou não, a mudança na redação da legislação ou das regras em questão.” O mesmo tribunal decidiu que, uma vez que a pessoa tenha presidido um órgão legislativo, esta deveria ser proibido de realizar qualquer julgamento, de quaisquer processos civis ou criminais, que exigisse interpretação das leis em questão.¹⁸ (grifo do autor)

Todavia, apesar da alteração de nomenclatura e em certa medida também de competência, isso em nada alterou a ideia de posição hierárquica dos Tribunais, nem quanto aos precedentes já estabelecidos.

2.1 Precedentes na *common law*

O conceito de *stare decisis* é o início para que se possa então discorrer sobre o tema da vinculação dos precedentes, nesse sentido:

matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.” Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 16 de agosto de 2013.

¹⁸ ANEDREWS, Neil. **O moderno processo civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 77.

[...] "Stare decisis" is a shortened form of the Latin phrase "stare decisis et non quieta movere," which *Black's Law Dictionary* defines as "To adhere to precedents, and not to unsettle things which are established." It takes two forms: vertical stare decisis and horizontal stare decisis. The former refers to the obligation of lower court judges to adhere to the precedents of higher courts within the same jurisdiction. Horizontal stare decisis concerns the duty of a court to conform to its own precedents or that of a sister court, if any. [...] ¹⁹ (grifo do autor)

Feito isso, é importante salientar que precedente não é algo que diga respeito apenas a matriz da *common law*, nem tampouco somente em relação a decisões jurisdicionais, pois isso levaria a um erro conceitual bem grande. Duxbury²⁰ demonstra que a cultura do precedente judicial na Inglaterra apenas teve a possibilidade de se desenvolver a partir do momento em que as decisões puderam ser redigidas com fidelidade em relação ao que havia sido decidido no julgamento, pois anteriormente apesar de saber o que havia sido decidido em determinado caso, não havia forma de determinar a *ratio decidendi*, o que tornava difícil, senão impossível florescer a tradição do precedente judicial. Apenas com relatórios minuciosos daquilo que havia sido debatido é que se tornou viável o desenvolvimento do costume judicial. Em analogia quanto a *civil law* seria exigir que esta pudesse se estabelecer sem a existência de impressão, pois então não haveria forma de se codificar.

Feita a ressalva quanto a possibilidade do surgimento do precedente judicial da *common law*, ressalte-se que a matriz da *civil law* conhece a ideia de precedente

¹⁹ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J.. **Stare indecisis**: the alternation of precedent on the Supreme Court, 1946-1992. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 01.

²⁰ Cf. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008. p. 25.: "The English doctrine of stare decisis did not begin to take shape until the eighteenth century. Why should stare decisis have come into being at this particular point in history? Some jurists have seen more than just coincidence in the fact that classical legal positivism and the doctrine of binding precedent emerge in roughly the same period, and various arguments have been advanced to the effect that the first development is the main cause of the second. It is claimed in chapter 2 that none of these arguments is convincing. The principal reason for the emergence of stare decisis, I shall argue, is the change in the structure of the trial during the sixteenth century: parties began to settle pleadings in advance of the hearing, thus leaving arguments concerning the sufficiency of those pleadings to be addressed post-verdict. A consequence of this development was that judges began more regularly to produce reasoned decisions rather than merely steer parties towards agreement on what should be pleaded. As judges began more regularly to produce reasoned decisions, case-law began increasingly to take the form of what we nowadays recognize to be judicial precedent. This process was aided, in due course, by the establishment of reliable, professionally-operated law reports, the development of shorthand and its utilization by reporters and, in the 1870s, the introduction of the hierarchical appellate court system. But these developments consolidated rather than produced the doctrine of stare decisis. The first and crucial stage in the development of stare decisis was that judgments came to be supported by reasons."

há muito tempo e isso não tem relação com a aproximação dessas duas grandes famílias do direito, mas sim com a valorização ou não dessa fonte. Bankowski et.al. escrevem:

Unacknowledged precedent in certain continental systems owes its origin to the deliberative rejection of precedent as a formal source in any way coordinate with legislation. As we saw, the reason for this rejection in France lie in the legal theory of the Revolution period, both negatively, in respect of the revolutionaries' desire to do away with perceivedly illegitimate law-making role of the old *Parlements*, and also positively, in the context of a particular theory of separation of powers that assigned to the judiciary only a law-applying, not a law-making, role. One may fully sympathize with the desire to secure legislative supremacy, especially in the context of democratic answerability of legislators, but one must nevertheless acknowledge that a measure of overall coherence in the interpretation of legislation, even in the context of a code, requires regard to what French scholar now call 'precedents of interpretation' at least in the sense of model (3), if not possible also (1). The danger of any too strong denial of any legal quality of precedent could lie in this leading also to rejection of precedent as an acceptable basis for rationally satisfying legal argumentation that shows a due regard for coherence in the body of the law administered by the courts. In fact, the models of particular analogy and principle exemplification, (1) and (3) above, do not require or entail treating precedent as a formal source of law at all. It is clear that, in France, the stress given to the idea of precedent as 'precedent of interpretation', that is, to the idea that precedent work out the guiding principles inherent in written law, and thus guide towards the proper (and uniform) application of the law, saves legal practice from this criticism, while leaving alive the earlier stated concern about the gap between saying and doing.²¹

Isso reflete que as decisões dos tribunais superiores, em grande parte dos países ocidentais, no caso acima da França, representam precedentes para os respectivos tribunais, mas não precedentes vinculantes como fonte do direito, mas sim como fios condutores de interpretação, demonstrando estar ainda preso a realidade pós Revolução Francesa de estrita separação dos poderes. Conforme mencionado, existem precedentes que não têm relação alguma com o Poder Judiciário.

Nonjudicial precedents may be categorized according to the forms or context which they are made. For instance, nonjudicial precedents may consist of floor votes and rule making in the House or Senate.

²¹ BANKOVSKI, Zenon et al. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Brookfield: Ashgate Publishing Company, 1997. p. 499.

While not all of these activities may be expressly based on constitutional judgments, the formulations, retentions, and attempted amendments of House or Senate rules depends on the members' understandings of their constitutional power to undertake these activities.²²

Em outra passagem traz exemplo claro sobre o quê seria um precedente não judicial, pelo menos no contexto estadunidense:

President Ford's pardon of Richard Nixon illustrates the binding effect of presidential pardons. Congress lacks the authority to erase the pardon through legislation. The most that Congress may do is to hold oversight hearings, as it did to inquire into Ford's reasons for pardoning Nixon. No subsequent president had the power to undo Nixon's pardon. Moreover, state and federal courts had to accept the pardon; it barred any prosecutor from prosecuting Nixon for the misconduct for which he had been pardoned. Federal and state prosecutors may not prosecute people for the criminal misconduct for which they have been formally pardoned²³

Fica claro nesse trecho que a compreensão da independência e separação de poderes nos Estados Unidos da América é muito bem consolidada, pois apesar de ser um local em que o precedente judicial tem importância, não se nega a possibilidade de precedentes para outras instituições. O fundamental aqui consiste em que não cabe ao Poder Judiciário a última palavra sobre tudo, já que não são todos os assuntos que a ele podem ser levados. Essa é uma marca de um Estado em que a consciência e prática constitucional é bem estabelecida e, por isso, não se pensa na imiscuição de um poder sobre as atribuições do outro. Apesar do jogo político existente em qualquer democracia, lá é claro o compromisso de todos os Poderes pela guarda e cumprimento da Constituição e não há a judicialização de qualquer assunto dentro desse espírito republicano e constitucional.

De acordo com Cross e Harris:

[...] en principio podemos afirmar que en la práctica judicial inglesa actual las reglas del precedente operan de la siguiente manera: 1) Todos los tribunales están obligados a seguir y aplicar los precedentes emanados de cualquiera de los tribunales que les sean superiores, y 2) todos aquellos tribunales que tengan competencia

²² GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 126.

²³ GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 136.

para resolver recursos de apelación (además de la Cámara de los Lores) están obligados a seguir sus propios precedentes²⁴

Assim, verifica-se que a vinculação acerca dos precedentes dá-se de duas formas, vinculação em relação ao próprio Tribunal e vinculação em relação aos Tribunais inferiores, jamais há vinculação em relação aos Tribunais Superiores. Para a tradição da *common law*, em especial a inglesa, o precedente tem extrema importância, pois ele confere certeza e estabilidade para os jurisdicionados, na medida em que a fonte primordial do direito é o *case law*, ou seja, o caso concreto que vai servir de arrimo para as decisões futuras acerca da mesma matéria.

Exemplifica com precisão esse conceito o caso *Donoghue v. Stevenson* trazido por MacCormick sobre a presença de ácido na limonada, pois se tem um entendimento caso seja caracterizada uma venda por descrição ou outro caso não seja, nesse sentido é que a argumentação jurídica é essencial para que um caso seja aplicado o precedente x ou que seja considerado distinto e, portanto, a regra pré-estabelecida não seja considerada. Cabe salientar que o precedente surge do julgamento de um caso concreto e não de uma elaboração abstrata a ser aplicada a um caso concreto. Consequentemente: “Cabe aclarar que una de las cosas que un juez no puede hacer es evitar que su decisión sobre una cuestión de Derecho se convierta en precedente.”²⁵

O caso *Donoghue v. Stevenson* é um bom exemplo para a compreensão dos precedentes. Veja-se, com a decisão acerca da responsabilidade civil no caso de vendas por descrição chegou-se a um precedente. Desvirtuando um pouco o caso, imagine-se: responsabilidade solidária entre vendedor e fabricante em uma caso de venda de limonada por descrição caso exista algum vício no produto. Parece cristalina a regra, qual seja: responsabilidade solidária se houver vício no produto. Entretanto, é justamente nesse momento em que o precedente mostra que é tão poroso quanto a lei, pois será que esse precedente se aplicaria também a venda de cerveja por descrição, venda de pneus por descrição? Nisso é que a ideia de *ratio decidendi e obiter dictum* se misturam num enlace em que não se pode afirmar com certeza que determinado caso está coberto por um precedente quando não tiver o mesmo contexto fático ou pelo menos semelhança fática.

²⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Traduzido por María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 27.

²⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Traduzido por María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 64.

Stare decisis tells us that a prior case, similar to the one at hand should be followed. But, except in cases of res judicata, no two cases are the same; one can always find a difference. On the other hand, no two cases are completely different either; one can always find some similarity. Whether a prior case is similar to or distinguishable from a case at hand depends entirely on the criterion of similarity.²⁶

Existirá, portanto, apenas semelhança e não igualdade entre distintos casos apresentados para julgamento e o olhar para atrás em busca de precedentes acerca do que foi decidido pode ser útil, mas nem sempre um caso pode servir como paradigma para o outro. Sinclair²⁷ diz que é como banhar-se nas águas de um rio, jamais se conseguirá tomar o mesmo banho na mesma água, mas o rio, apesar de ter águas distintas continua o mesmo. Assim, deve ser compreendido o precedente, como um contorno maior, mas sem olvidar que existem particularidades inerentes a cada caso e não se pode querer fazer uma decisão nova cada vez que determinado caso for apresentado, mas também não significa uma fórmula estática que não pode receber novos contornos. Conforme escreve Duxbury:

[...] A strong prudential argument in support of precedent-following, in other words, is that replicating an earlier decision on an issue rather than deciding the issue afresh is a good way of conserving adjudicative resources. Where there is no practice of precedent-following, courts will be regularly reinventing the wheel, adjudicating matters which really need not be litigated (or relitigated) and failing to address genuinely novel issues of principle while spending too much time deciding cases which, had notice been taken of earlier judicial endeavours, would have been recognized as comparatively straightforward.²⁸

Nesse sentido fundamentais as palavras de Cardozo quanto ao precedente e o ato de julgar:

[...] Amadurecido, vi que o processo no seu apogeu não é descobrimento, mas criação; as dúvidas e suspeitas, as esperanças e temores constituem parte do trabalho do espírito, das ânsias da

²⁶ SINCLAIR, Michael. Precedent, super-precedent. **George Mason Law Review**, Arlington, v. 14, n. 2, p.363-411, 23 dez. 2006. p. 393.

²⁷ SINCLAIR, Michael. Precedent, super-precedent. **George Mason Law Review**, Arlington, v. 14, n. 2, p.363-411, 23 dez. 2006. p. 375-376.

²⁸ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008. p. 93-94.

morte e do nascer, nas quais os princípios que serviram a seus dias expiram e novos princípios nascem.²⁹

No mesmo sentido também Roscoe Pound que crê na prática judicial como forma de se encontrar o direito, na medida em que este não é posto como um fio de soberania que vem a iluminar a todos e, apenas se pode chegar a ele por meio de construção e desconstrução.

[...] A doutrina da *common law* é uma razão aplicada à experiência. Assume que a experiência vai proporcionar a base mais satisfatória para os padrões de ação e os princípios da decisão. Ela sustenta que a lei não é para ser feita arbitrariamente por um fiat da vontade soberana, mas é para ser descoberta pela experiência judicial e jurídica das regras e princípios que, no passado, realizaram ou não conseguiram realizar a justiça. [...] ³⁰ (grifo do autor)

Importante também a compreensão de Castanheira Neves sobre a particularidade de o precedente desenvolver-se dentro de um horizonte histórico-concreto, pois sempre estará ligado a um caso que deu origem, mas que ganhará novas formas a medida em que for aplicado e interpretado pelos subseqüentes julgadores, o que fará com que sua realidade se atualize.

Nesta realidade da *common law* em virtude da impossibilidade de impedir a formação de um precedente, há que haver a correta compreensão do que é o precedente, ou seja, aquilo que é a *ratio decidendi* da sentença e o que é apenas *dicta* (fundamentação), pois a razão de decidir é que forma o precedente e a vinculação para o futuro, o que é fundamentação, mas não é a parte fulcral da decisão não faz parte do precedente.

No obstante lo anterior, por regla general se considera que una decisión para la cual no se han dado razones está revestida de muy escasa autoridad, en razón a que resulta difícil determinar cuáles fueron los hechos que se consideraron importantes y cuáles fueron considerados irrelevantes. Esto se comprende mejor con un ejemplo. Imaginemos que no se hubieran dado razones para justificar la decisión adoptada en el caso *Donoghue v. Stevenson*. Sería exagerado suponer que la regla de Derecho establecida en dicho caso es que los fabricantes de soda tienen un deber de diligencia frente a las mujeres escocesas que hubiesen podido consumir

²⁹ CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo e a evolução do direito**. 3. ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978. p. 151-152.

³⁰ POUND, Roscoe. **The spirit of the common law**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999. p. 183.

legítimamente dicha bebida en Paisley, y que tal deber de diligencia les impone evitar que caracoles en estado de descomposición estén presentes dentro de las botellas opacas en que está contenida la bebida. Como se puede observar, en el momento de determinar la *ratio decidendi* del caso, las orientaciones dadas en los votos razonados de los miembros de la Cámara de los Lores son necesarias para comprender cuáles son las peculiaridades del caso específico que pueden ser ignoradas.³¹ (grifo do autor)

O delineamento conceitual é bastante simples, pois aquilo que é fundamentação não vincula, ao passo que a decisão vincula. Todavia, esse caminho trilhado entre fundamentar e decidir é muito próximo, o que faz que seja extremamente difícil separá-los. Pode-se chegar em uma mesma decisão por meio da aplicação de regras distintas, apesar de ser a mesma decisão. Nesse caso, qual seria a *ratio decidendi*? Também há que se compreender que a regra que surge do julgamento está fortemente ligada a questão fática e por isso essa cisão de conceitos é muito difícil. A questão da responsabilidade civil é elucidativa para mostrar que o cabimento da regra não é tão cristalino e sempre passará pela apreciação judicial. Somente com o passar dos anos e a ratificação de um precedente é que ele vai tendo o seu sentido esclarecido, pois uma única decisão apesar de poder criar um precedente somente ganhará notoriedade quando em julgamentos posteriores se for ratificado aquilo que nela foi estabelecido. Aqui é externamente elucidativo o argumento de Dworkin, para quem: “[...] Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuros.”³² Nessa trilha é que também se une a ideia de romance em cadeia, pois é nesse olhar para o passado e ratificá-lo e trilhando o caminho do futuro que os precedentes vão sendo conhecidos como regras.

Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz decide o caso *McLoughlin* ou *Brown* introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores; a natureza e a importância dessa contribuição configuram, em si mesmas, problemas de teoria crítica. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de

³¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Traduzido por María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 70.

³² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 176.

diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”.³³ (grifo do autor)

Nesse sentido é que Gerhardt traz uma ideia de classificação dos precedente e a categoria de super precedentes, que são aqueles ratificados ao longo dos anos, mas não apenas pela menção em julgamentos e sim pela incorporação a cultura jurídica, não propriamente pela introdução dessa categoria como classificação, já que ela é uma construção doutrinária.

Super precedents are not unique to the courts, but rather are constitutional decisions in which public institutions have heavily invested, repeatedly relied, and consistently approved over significant periods of time. These are decisions which have been so repeatedly and widely cited for so long that their meaning and value have increased to the point of being secured by enduring networks. They are deeply and irrevocably embedded into our culture and national consciousness, so much so that it seems un-American to attack, much less to formally reconsider them. These decisions are the clearest instances in which the institutional values promoted by fidelity to precedent – consistency, stability, predictability, and social reliance – are compelling.³⁴

Nas palavras de Sinclair, a definição é a seguinte:

Here one can see the idea of super-precedent as the extreme of precedential power. A super-precedent stands for a fundamental pillar of social or legal structure. Other cases may be powerful, but not of that stature. According to the substantiality of change in society necessary to bring it into question, a case could be evaluated on a gradation, from weak, temporary, ad hoc, through major to super-precedent.³⁵

Não se pode dizer que há impossibilidade de modificar um super precedente, pois não existe regra sobre a instituição dele, nem mesmo para a sua superação, mas conforme Sinclair a alteração social deve ser significativa.

[...] A super-precedent is one where the change in society would have to be very, very great for it to come into question. *Marbury v. Madison*

³³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 275.

³⁴ GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 178.

³⁵ SINCLAIR, Michael. Precedent, super-precedent. **George Mason Law Review**, Arlington, v. 14, n. 2, p.363-411, 23 dez. 2006. p. 402.

is paradigmatic. The change in socio-legal culture necessary for *Marbury* no longer to suit our needs would be so great that we would no longer recognize it as the United States. [...]”³⁶(grifo do autor)

Assim, chega-se a questão de que não há propriamente como catalogar aquelas decisões que formam super precedentes, por certo, algumas são expoentes e indubitavelmente estão nessa categoria. Outra importante observação consiste em que eles exercem uma vinculação horizontal no Tribunal, pelo menos faticamente: “[...] To say a case is a super-precedent means it is judicially unshakeable, a precedential monument which may not be gainsaid, akin to having the statute-like force of vertical stare decisis horizontally”³⁷. São decisões que ostentam um altíssimo grau de confiança por parte de toda a comunidade³⁸.

Para não incorrer em erros e possíveis contestações, pode-se afirmar com alto grau de certeza que *Marbury v. Madison* é um precedente que é catalogado nessa categoria. Brenner e Spaeth também adotam tal terminologia e asseveram que certas decisões: “[...] are so basic to our understanding of the Constitution or have so changed American society that the probability of their being overruled approximates zero [...]”³⁹. Existem precedentes que apesar de não serem o texto da Constituição fazem parte da história estadunidense, são a experiência constitucional. *Marbury v. Madison* dispensa qualquer tipo de explicação e talvez seja a primeira experiência transconstitucional⁴⁰ existente.

Fica claro que a importância de saber o que é a *ratio decidendi* e o que é apenas *dicta*. Todavia, em 1966 no Reino Unido a *House of Lords* emitiu a *Practice Statement*, e, a partir de então, flexibilizou-se a vinculação da Corte aos seus

³⁶ SINCLAIR, Michael. Precedent, super-precedent. **George Mason Law Review**, Arlington, v. 14, n. 2, p.363-411, 23 dez. 2006. p. 400.

³⁷ SINCLAIR, Michael. Precedent, super-precedent. **George Mason Law Review**, Arlington, v. 14, n. 2, p.363-411, 23 dez. 2006 p. 365.

³⁸ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008. p. 113-114.

³⁹ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J.. **Stare indecisis: the alternation of precedent on the Supreme Court, 1946-1992**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 04.

⁴⁰ Cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 84: “A expressão “transconstitucionalidade” é semanticamente ambígua. Muitas vezes é utilizada para se referir, de maneira abrangente, não apenas a ordens, instituições e problemas transnacionais no sentido estrito, mas também a ordens, instituições e problemas internacionais e supranacionais. O núcleo básico desse conceito genérico reside na noção de dimensões que ultrapassam as fronteiras do Estado. No sentido mais estrito (sem que se negue aqui que haja empregos intermediários), a que dou preferência neste trabalho, a mesma expressão refere-se ao *transnacional* no sentido proposto por Teubner, que aponta para ordens normativas privadas ou quase públicas que surgem e se desenvolvem no plano global independentemente do Estado e de suas fronteiras quanto de ordens construídas com base em Estados, ou seja, supranacionais e internacionais [...]”.

precedentes. Tal declaração serviu para permitir mudanças de entendimento da Corte em determinados assuntos. Diz a *Practice Statement*:

Los miembros de esta Cámara consideran que el uso del precedente constituye una base indispensable para establecer cuál es el Derecho y cómo debe ser aplicado a los casos individuales. En efecto, el mismo provee por lo menos un cierto grado de certeza en la que se pueden basar los individuos al conducir sus asuntos así como una base adecuada para la ordenada evolución de las reglas jurídicas.

No obstante, los miembros de esta Cámara reconocemos que adherirse de manera demasiado rígida al precedente también puede llevar a injusticias en un caso particular y restringir indebidamente la evolución del Derecho. Así pues, los miembros de esta Cámara proponemos modificar la práctica actual en el sentido de que, aunque por lo general las decisiones anteriores de esta Cámara se consideran vinculante, la misma se separará de una decisión anterior cuando parezca correcto hacerlo.

A este respecto los miembros de esta Cámara tendrán en cuenta el peligro que genera el alterar retrospectivamente las bases sobre las cuales se han celebrado contratos, transferencias de propiedad y acuerdos fiscales, así como la especial necesidad de certeza que existe en materia penal. Esta declaración no pretende modificar el uso del precedente en ningún otro tribunal judicial diferente a esta Cámara.⁴¹

A *Practice Statement* é um momento ímpar que mostra claramente a vontade de alteração de decisões pretéritas. Nesse sentido, na época foi extremamente debatido, pois como seria vinculante algo que não advém de um julgamento, visto que, em tese, não teria uma *ratio decidendi* e, portanto, não seria um precedente. Então pairou por muito tempo no imaginário jurídico sobre qual o pronunciamento que seria válido, aquele proferido na *Practice Statement* ou em *London Tramways* em função de que:

En *London Tramways* se establece que la *House of Lords* está obligada por sus anteriores decisiones. Esta regla está justificada en base a que si la *House of Lords* pudiera apartarse de sus anteriores decisiones: a) los tribunales inferiores no podrían conocer cuál de las decisiones seguir, la anterior de la *House of Lords* o la posterior en la que la *House* declinó seguir ese caso, y b) los abogados no podrían aconsejar a sus clientes con seguridad debido a la posibilidad de que una determinada decisión de la *House of Lords* no fuera seguida por otra posterior del mismo tribunal. Ahora bien, hay que decir que estos argumentos no son definitivos puesto que el primero de estos peligros no existiría si se aceptara la práctica de que la última

⁴¹ Practice Statement *apud* CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Traduzido por María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 131.

decisión de la *House of Lords* debe entenderse que ha sido derogada por la decisión posterior. La segunda objeción podría asimismo combatirse si fuera aceptada siempre la práctica de la derogación prospectiva (*prospective overruling*)⁴² (grifo do autor)

A importância histórica é fundamental, mas a ideia de precedente não teve um cisma a partir de então. O que ocorreu sim foi uma flexibilização da ideia de precedente no Reino Unido. Todavia, há que se ter bem claro que a matriz estadunidense nunca foi de uma vinculação tão forte ao precedente e isso sem a emissão de uma declaração, estatuto ou algo semelhante.

Vê-se claramente que desde 1966 para o sistema britânico e desde o seu surgimento para o sistema estadunidense que a vinculação do precedente não é tão fixa, em especial para a Suprema Corte de ambos Estados.

[...] The United States Supreme Court has always used a more liberal version. According to this version, the justices have a prima facie duty to conform to the precedents of the Court, but that obligation can be overridden if they offer a cogent reason for so doing. What constitutes a "cogent" reason in this context is uncertain; one certainly would exist if it could be shown that the law in the prior case is no longer workable or never was.⁴³

Todavia, sem desconsiderar um precedente há outras formas a serem utilizadas, como, por exemplo, o *distinguish*. Esses mecanismo é útil para que não se aplique um precedente errado ou para que o Tribunal hierarquicamente inferior possa se afastar do precedente firmado e aplicar a regra de direito pertinente ao caso.

2.2 Algumas diferenças entre o precedente nos Estados Unidos da América e no Reino Unido

A compreensão da vinculação de decisões judiciais proferidas pela *House of Lords* (hoje Suprema Corte) no Reino Unido e aquelas da Suprema Corte estadunidense passam, necessariamente, pela análise de algumas idiossincrasias de cada sistema, pois apesar de ambos pertencerem à tradição da *common law*,

⁴² ITURRALDE SESMA, Victoria. **El precedente en el common law**. Madri: Civitas, 1995. p. 49.

⁴³ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J.. **Stare indecisis: the alternation of precedent on the Supreme Court, 1946-1992**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 01.

existe a grande diferença de os Estados Unidos da América serem uma federação com uma democracia constitucional e nítida separação entre os poderes, ao passo que no Reino Unido está muito mais presente a historicidade das instituições, como relatado no tópico precedente, já que apenas recentemente é que se realizaram alterações, como a elaboração de regras escritas acerca do procedimento civil e a redação de uma constituição, já que a noção de constituição histórica sempre existiu. Portanto, a simples organização judiciária de forma escalonada e hierárquica não fornece as respostas para o modelo constitucional estadunidense quanto a vinculação vertical de decisões, já que, em tese, deve-se seguir o que a Constituição estabelece e não aquilo que a cúpula do Poder Judiciário decide.

Assim, duas vertentes destacam-se, uma que refuta completamente a possibilidade de vinculação e outra que acredita que no texto constitucional há menção, mesmo que não explícita, quanto a vinculação das decisões da Suprema Corte.

[...] In contrast, the values that inhere in a uniform interpretation and application of law—in particular, I think, the cultural desire for a single authoritative voice within the judiciary—strongly support inferior federal court (and state court) deference to Supreme Court rulings. In the end, therefore, lower court obedience to Supreme Court precedent is driven by Article III's command of a centralized decisionmaker within a system of decentralized access, coupled with the values of interpretive uniformity (indeed, arguments which are mutually supportive).⁴⁴

A second class of pro-precedent arguments claims to find a textual provision in which to ground the practice of following precedent. One can plausibly argue that the power to follow precedent stems from the same source as the power to decide cases in the first instance: the grant of "[t]he judicial Power" in Article III. The Constitution's framers, the argument runs, were well aware of the established British practice of treating precedent as a source of law — a practice that extended to the interpretation of written texts, such as statutes. To the best of my knowledge, none of the framers or ratifiers of the Constitution suggested that the Constitution in any way altered the historically accepted practice of following precedent. Thus, the argument might conclude, when the Constitution authorized judges to decide cases, it must also be taken to have authorized them to use the tools

⁴⁴ CAMINKER, Evan H.. Why must inferior courts obey superior court precedent. **Stanford Law Review**, Stanfords, v. 46, n. 4, p.817-873, abr. 1994. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1229094>>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 865-866.

traditionally employed by judges in that endeavor, including the attribution of legal effect to prior decisions.⁴⁵

Amar⁴⁶, nesse sentido, sustenta que há o dever de respeito aos precedentes da Suprema Corte, apesar de não constar expresso no Artigo III. Sustenta que esse tribunal tem o dever de aplicar a Constituição, mesmo que algumas vezes possa fazê-lo de forma equivocada. Assim, à Suprema Corte cabe a última palavra quanto ao cumprimento e interpretação da Constituição e, o juramento feito pelos *Justices* obriga-os a segui-la. Seria, portanto, um contrassenso querer que as decisões não tivessem força vinculativa. Nesta mesma senda da estabilidade, há menção constitucional de que os *Justices* são vitalícios, ao passo que o legislativo e o executivo renovam-se ao término de cada legislatura. A previsão desse mecanismo ratificaria, de forma tangencial o conceito de vinculação, pois, com isso, busca-se conferir vinculação, estabilidade e previsibilidade. Dobbins sem expressar uma aderência a uma compreensão ou a outra, ressalta:

The fundamental insight regarding the relationship between structure and precedent also provides guidance for those who have occasionally examined the question regarding the degree to which precedential rules can be changed by Congress or the judiciary. Because the federal appellate process is largely controllable by Congress, its power to control precedent is perhaps broader than one might expect at first glance. This Article does not seek to challenge, or even review in detail, the work of those who have examined the role of the Constitution in setting the outer limits of direct congressional control over the rules of precedent. Nevertheless, the insight into the relationship between structure and precedent necessarily implies a degree of congressional control over precedent in an indirect fashion: because Congress has the power to create and to abolish lower (or “inferior”) federal courts, Congress also has an inherent ability to define the role of precedent in that system. Even if there is some question about Congress’s ability to directly control rules of precedent in the federal courts, Congress’s plenary authority over the structure of those courts implies near-plenary control over the rules of precedent as well. Anything that could be accomplished directly can be accomplished indirectly through the reorganization of the lower courts.⁴⁷

⁴⁵ LAWSON, Gary. *Stare decisis and constitutional meaning: the constitutional case against precedent*. **Harvard Journal Of Law & Public Policy**, Cambridge, v. 17, n. 1, p.22-33, dez. 1994. p. 29.

⁴⁶ AMAR, Akhil Reed. **America's unwritten constitution: the precedents and principles we live by**. Nova Iorque: Basic Books, 2012. p. 203-241.

⁴⁷ DOBBINS, Jeffrey C.. *Structure and precedent*. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 108, n. 1, p.1453-1496, jun. 2010. p. 1495.

A corrente que nega a vinculação diz não haver em lugar algum da Constituição disposição quanto a necessidade de se seguir as decisões da Suprema Corte, e que a única obrigação é o dever de se cumprir a própria Constituição. Não negam o fato de a Suprema Corte ser o mais alto Tribunal, mas asseveram que o Congresso pode criar um hiato insuperável e restringir o acesso a Suprema Corte, já que ao legislar sobre a organização judiciária, pelo menos indiretamente, se estará legislando sobre o alcance do precedente e, dessa forma, modifica-se a força e o alcance de algumas decisões, pois quando um tribunal deixa de ter competência para decidir sobre determinadas matérias, embora suas decisões continuem a ser vinculativas, ele não mais decidirá sobre os assuntos que não é competente para tanto. Portanto, não se mudaria a compreensão quanto a vinculação, mas quando não se decide é impossível vincular, apesar de os precedentes pretéritos sobre as questões antes sob jurisdição de dado tribunal seguirem hígidos.

Putting to one side the fact that such a view would be, well, *unprecedented*—departing significantly from everything that the Court has ever said about the status of the doctrine of stare decisis—and the somewhat greater embarrassment that the adoption of such a position would seem to depart from the very doctrine being embraced, the principal merit, and principal drawback, of the “constitutional policy” argument is its elusiveness (or, put less charitably, its slipperiness). A “constitutional policy” formulation might mean any of several things. First, it might mean that the Constitution itself prescribes some rule of stare decisis of determinate content (be it absolute, very strong, or relatively weak). Such a view would be difficult to take seriously. There is no textual support for such a rule; there is no “stare decisis clause” in the Constitution or anything that can fairly be read as creating one. Moreover, such a view seems to be *exactly* what the Supreme Court has consistently and repeatedly rejected, and the approach least consistent with the Court’s actual practice. Nothing in the text, history or structure of the Constitution, in judicial precedent interpreting it, or in customary practice supports the conclusion that the Constitution itself prescribes a judicial policy of stare decisis having any determinate or readily identifiable content.⁴⁸

O argumento trazido por Paulsen é válido visto que não há previsão expressa quanto a obrigatoriedade do precedente e, como não existe esse permissivo legal, usa-se o argumento da prática para justificar, o quê poderia ser válido, mas tendo em vista que a última palavra cabe a Suprema Corte e ela jamais se pronunciou

⁴⁸ PAULSEN, Michael Stokes. Abrogating stare decisis by statute: may congress remove the precedential effect of Roe and Casey? **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 109, n. 7, p.1535-1602, 23 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/797601>>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 1549-1550.

quanto a isso, então, poderia-se pensar que o único que vincula seria a Constituição. No mesmo sentido escreve Calabresi⁴⁹, o qual sustenta que a Constituição é a lei suprema do país e apenas ela foi submetida a ratificação, consoante o Artigo VII, portanto, não haveria espaço para uma compreensão de uma teoria forte da *stare decisis*. Além disso há o argumento de que nos Estados Unidos da América existir um baixo grau de aderência ao precedente por parte da Suprema Corte.

Por outro lado, desde *Marbury vs. Madison* a compreensão de que a última palavra é a da Suprema Corte é algo pacífico, tanto que este é considerado um super-precedente, mas ainda não existiu manifestação quanto a vinculação das decisões proferidas pela Suprema Corte⁵⁰, bem como a interferência do legislativo nelas. Portanto, seria cabível o argumento da inexistência de vinculação (teoricamente), das decisões proferidas por esse tribunal, diferentemente do Reino Unido, em que a vinculação surgiu formalmente em 1898 no caso *London Tramways v. London County Council*.

Encadeado a discussão de que não existiria vinculação das decisões da Suprema Corte surge a controvérsia de que na Suprema Corte decide-se sobre política e não propriamente sobre direito.

⁴⁹ CALABRESI, Steven G.. Text vs. precedent in constitutional law.. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, v. 31, n. 3, p.947-959, jun. 2008. Disponível em: <[http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2009/02/31-3/Calabresi Online -- precedent.pdf](http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2009/02/31-3/Calabresi%20Online%20--%20precedent.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 948.

⁵⁰ Cf. PAULSEN, Michael Stokes. Abrogating stare decisis by statute: may congress remove the precedential effect of Roe and Casey? **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 109, n. 7, p.1535-1602, 23 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/797601>>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 1599: "A statute abrogating stare decisis may be unfamiliar and, in some ways, threatening to widely shared assumptions about the role and usefulness of precedent in constitutional adjudication. But, as noted at the outset of this Article, unfamiliarity does not equal unconstitutionality. Upon inspection, all of the possible objections to the constitutionality of such a proposal dissolve fairly readily. The Constitution does not require stare decisis, and stare decisis is not a core attribute of the judicial power created by Article III. It is a judicial policy. Congress possesses the power under the Necessary and Proper Clause to legislate concerning matters of judicial policy—laws for " carrying into execution" the judicial power—in ways that it thinks are most conducive to the effective and correct operation of the judicial branch, so long as such laws are neither substantively unconstitutional nor unconstitutional intrusions into areas of judicial power that the Constitution has vested exclusively in the judiciary. Unless the Supreme Court is prepared to say what it has never said before (and, indeed, has repeatedly denied)—that stare decisis is constitutionally mandated or that the power to give prior precedents controlling weight is an inherent power of the judiciary bestowed by Article III and not a mere rule of policy and judicial practice—and unless the Court is willing to call into question the Rules of Decision Act, the Full Faith and Credit Act, the Anti-Injunction Act, and its own decisions upholding congressional elimination of prudential standing requirements, a carefully drawn statute abrogating the doctrine of stare decisis in some or all categories of constitutional cases *should* be upheld and applied by the Supreme Court and by federal courts generally."

At the same time, I wish to take seriously the Court's position that stare decisis is neither a doctrine of constitutional dimension nor a strict rule of law, but rather is a subconstitutional doctrine of ostensibly wise judicial practice, procedure, and policy. Accepting both of these propositions, I wish to address whether Congress may abrogate stare decisis in a particular class of constitutional cases (or in federal question cases generally), and direct the federal courts to decide such cases in accordance with the courts' best present understanding of the meaning of the Constitution, without according prior judicial interpretations any decision-altering weight beyond the persuasiveness of their reasoning. The upshot of such a statute would be that courts would be obliged to overrule a prior interpretation of the Constitution if persuaded that the prior interpretation was incorrect on the merits.⁵¹

Admitir isso implica deixar ao largo a credibilidade e imparcialidade de suas decisões como direito. Aqui não se pretende ir mais longe quanto ao fato de as decisões serem direito ou serem política, visto que assumir que as decisões são conformações da política implica dizer que o precedente é apenas forma de manifestação do poder e não de conformação e transformação da realidade social por meio do direito. Essa tendência é particularmente mais visível nos Estados Unidos da América, pois lá nunca existiu a vinculação horizontal das decisões. Os números mostrados por Brenner e Spaeth demonstram claramente existir uma verdadeira *stare indecisis*, que é o título do referida estudo.

Todavia, apesar da separação de poderes e do questionamento quanto a existência ou não de vinculação, a prática mostra que o precedente, especialmente em temas constitucionais, cresce em importância, devido a rigidez constitucional estadunidense. Ocorre que lá existe uma verdadeira federação e, assim, não basta a atividade legislativa do Congresso para que se emende a Constituição. Exige-se posteriormente a aprovação da emenda constitucional a ratificação desta por parte dos Estados, ou seja, a reforma da Constituição depende muito mais dos Estados do que propriamente do Congresso. Portanto, fundamental a importância da Suprema Corte, em especial quanto ao correto dimensionamento das garantias fundamentais, já que ante a dificuldade em se emendar, pretensões que não estão explicitamente albergadas no texto necessitam serem internalizadas ou expurgadas como constitucionais ou inconstitucionais.

⁵¹ PAULSEN, Michael Stokes. Abrogating stare decisis by statute: may congress remove the precedential effect of Roe and Casey? **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 109, n. 7, p.1535-1602, 23 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/797601>>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 1538.

No Reino Unido, apesar da tradição de vários séculos, com a emissão da *Practice Statement* em 1966 pela *House of Lords*, ocorreu uma mudança paradigmática, na medida em que criou-se uma constituição escrita, criaram-se as regras de processo civil (CPR – Civil Procedure Rules), extinguiu-se a *House of Lords* e em seu lugar foi erigida a Suprema Corte. Assim, até expressa manifestação deste tribunal pairava no ar a seguinte dúvida: Com o novo modelo instituído as decisões outrora emitidas pela *House of Lords* continuariam vinculantes ou não? Apesar de a nova Corte assumir o lugar hierárquico da pretérita, a sua criação deu-se no bojo da instituição de um modelo constitucional. Todavia, como ressaltado por James Lee, no caso *Austin v Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark* decidiu-se que a *Practice Statement* ainda subsiste.

Austin then endorses not only the *Practice Statement* itself, but also the subsequent jurisprudence of the Lords on when and how the power to depart ought to be exercised. That confirmation in *Austin* has now been incorporated into the revised *Practice Directions*: Direction 3.1.3 reiterates that the *Statement* still applies and requires that an application for permission to appeal to the Supreme Court must state clearly if it is to ask ‘the Supreme Court to depart from one of its own decisions or from one made by the House of Lords’.⁵² (grifo do autor)

Esse questionamento e a posterior resposta da Suprema Corte é coerente com a tradição do sistema jurídico do Reino Unido, pois apesar da tradição de vinculação a decisões, sempre foi extremamente claro o papel do Parlamento

Jamás se ha dudado de que el Parlamento tiene el poder de alterar o abrogar cualquier aspecto de la doctrina del precedente. En efecto, incluso se ha llegado a afirmar que la regla del precedente está tan firmemente establecida que únicamente el Parlamento podría modificarla. Aunque en otras latitudes se ha intentado modificar. [...] ⁵³

Então, apesar da instituição da nova ordem organizacional, optou-se por seguir os precedentes da então *House of Lords*, continuando, dessa maneira, o entendimento dominante quanto a substituição de um Tribunal por outro que viesse a assumir o seu lugar em mesmo grau hierárquico.

⁵² LEE, James. **The doctrine of precedent and the Supreme Court**. Disponível em: <www.innertemple.org.uk/.../lecture_james_lee.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 06.

⁵³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Traduzido por María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 258.

[...] En todo caso, de acuerdo con la tendencia dominante, el nuevo tribunal suele retomar la regla del precedente que gobernaba la práctica del antiguo tribunal que lo precedía, como sucedió cuando la Sala de lo Penal del Tribunal de Apelaciones asumió que las reglas aplicables al Tribunal de Apelaciones Criminales eran igualmente aplicables a ella.⁵⁴

2.3 Superação de precedentes – *overruling* e *distinguish*

O *overruling* (superação do precedente) ocorre quando o tribunal entende que a regra aplicada pelo julgador hierarquicamente inferior não é a mais acertada para aquela presente demanda e, por isso, há a necessidade de ultrapassar-se a regra estabelecida erroneamente para então estabelecer a regra certa ou quando o tribunal hierarquicamente superior considera que seu próprio precedente não serve mais como direito. Trata-se de possibilidade aberta exclusivamente ao julgador de hierarquia superior a daquele que originariamente julgou a causa.

O *distinguish*, por sua vez é um mecanismo que permite ao julgador que faça a diferenciação de um caso em relação ao precedente estabelecido. Sendo o caso diferente não há porquê se aplicar o precedente. Pode ser que o caso realmente seja diferente e mereça apreciação diversa do que a regra estabelecida em certo precedente, mas pode ser mera conveniência e arbítrio judicial. Distinguir um caso de outro é bem menos agressivo em termos de julgamento de um tribunal do que mudar o entendimento estabelecido em precedente pretérito. Aqui fica plasmado que a ideia de que o direito anglossaxão com a ideia do precedente não fecha as portas para a discricionariedade do julgador, na medida em que existem mecanismos para burlar o precedente dentro do próprio sistema existem.

Há também que se mencionar o *narrowing* que é uma forma de especificar um precedente, que em tese seria muito amplo e que decisões subsquentes vão definindo os seus contornos com o fito de que sua abrangência seja restringida. Outra modalidade que não deixa de ser uma forma de *distinguish* é o enfraquecimento de um precedente que ocorre quando um precedente, apesar de hígido, sempre que é mencionado em um julgamento opta-se por não aplica-lo.

⁵⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Traduzido por María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 259.

The first principle that governs overruling is as follows: A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of stare decisis – the values of evenhandedness, protection justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support – would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling. Call this the basic overruling principle.⁵⁵

Verifica-se, portanto, que superar um precedente, em sentido amplo, não é uma tarefa eminentemente arbitrária daquele que julga, pois somente irá fazê-lo, desde que preenchidos determinados requisitos.

Entretanto, uma análise fria dos conceitos, pode-se chegar a conclusão de que o *overruling* é a antítese do que se pretende com a *stare decisis*, pois esta busca a estabilidade e previsibilidade da atuação jurisdicional, ao passo que a superação quebra justamente com esta lógica.

Every time the Court engages in the performative utterance of overruling, it threatens the very legitimacy that gives it the power to rule. Therefore, the speech act of overruling is not and should not be treated like a typical performative utterance. The challenge for the Court is to find a way to overrule while sustaining its legitimacy to do so. [...]⁵⁶

[...] More important is the question of whether the Court's re-examination and alteration of precedent is necessarily harmful to the rule of law or the American polity, a claim that implicates the Court's institutional legitimacy.⁵⁷

Assim, em tese, os tribunais evitam realizar o *overruling* dos seus julgados, bem como daqueles proferidos por instâncias inferiores, mas em conformidade com a posição adotada pela corte superior.

Overruling, by contrast, is a bolder and more controversial action. If courts could overrule precedents whenever and for whatever reasons they liked, the doctrine of stare decisis would simply not exist; and so it seems safe to say from the outset that overruling cannot be a license for judges to do whatever they wish. But the fact that courts

⁵⁵ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.p. 104-105.

⁵⁶ DUNN, Pintip Hompluem. How judges overrule: speech act theory and the doctrine of stare decisis. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 113, n. 1, p.493-531, 30 out. 2003. p. 506.

⁵⁷ BANKS, Christopher P.. Reversals of precedent an judicial policy making: how judicial conceptions of the stare decisis in the U.S. Supreme Court influence social change. **Akron Law Review**, Akron, v. 32, n. 2, p.233-258, jan. 1999. Disponível em: <Reversals of Precedent and Judicial Policy-Making: How Judicial Conceptions of Stare Decisis in the U.S. Supreme Court Influence Social Change>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 15.

often have some power to overrule has proved particularly troubling for many jurists. For what is the limit to this power? From where, furthermore, does it derive? The answer to this second question is usually that it derives from the courts themselves. We have seen that some jurists within the English tradition struggled immensely with the questions of how to define and discover the *ratio decidendi* of a case. But this struggle was nothing as compared with the inability of others among their number to comprehend how a court that is supposed to be bound by its own precedents could legitimately declare that its precedents no longer always bind.⁵⁸

Por outro lado há a constatação da prática, em que a vinculação da Corte aos seus próprios precedentes não está ligada a técnica jurídica. Brenner e Spaeth em um estudo que abrange o lapso temporal entre 1946 a 1992 mostram dados curiosos quanto ao *overruling* de precedentes por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Constataram uma maior probabilidade da superação de precedentes novos (até vinte anos), ao passo que aqueles com mais velhos (noventa anos ou mais) muito pouco são superados. Ressaltam também que o *overruling* dos precedentes mais novos, em geral, se dá por margem estreita de votos, ao passo que daqueles mais antigos a tendência é por uma votação mais ampla. Também salientam que no século XX a utilização do *overruling* deu-se de maneira muito mais intensa do que no século XIX.

The conventional wisdom does not specify an age at which precedents become sacrosanct. Nonetheless, we certainly feel safe in assuming that cases decided in the nineteenth century and earlier qualify in this regard. Inspection of the list of overruled decisions in Appendix I shows that slightly more than 10 percent of them predate 1900 (16 of 154). This low proportion seems to support the conventional wisdom, even though we recognize that far more decisions of the Court were handed down in the twentieth century than in the nineteenth century⁵⁹.

Isso demonstra, claramente, a influência da organização social, já que a Constituição estadunidense é a mesma em todo esse período, o que leva a crer que as razões para a realização do *overruling* não são propriamente técnicas, já que inexisteriam motivos para em um século apenas ocorrer a superação de dezesseis precedentes e no seguinte cento e cinquenta e quatro.

⁵⁸ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008. p. 110.

⁵⁹ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J.. **Stare indecisis: the alternation of precedent on the Supreme Court, 1946-1992..** Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 29.

If what we have guessed is true, then the individual justices' ideologies – and by extension those of the Courts as well - ought to explain why they voted as they did. If ideology - an attitudinal variable - is extant, it is most likely to be that which guides American political elites generally: liberalism and conservatism. Accordingly, liberal Courts should overrule conservative precedents, and conservative Courts those that are liberal. This hypothesis was supported. The Vinson, Warren, Burger, and Rehnquist Courts overwhelmingly overturned precedents because of the ideology - the personal policy preferences - of their members. Conservative justices, such as the majority of those who sat on the Rehnquist Court, formally altered liberal precedents. In contrast, the liberal overrulings of the later Warren Court voided conservative precedents. Moderate justices - such as Blackmun, Stevens, and White - fell on both sides of the divide, manifesting less consistent support for either liberal or conservative outcomes than justices such as Brennan, Douglas, Marshall, and Warren, on the liberal side, or Burger, Frankfurter, Harlan, and Rehnquist, on the conservative side. In short, our overall findings support the attitudinal model over the legal model.⁶⁰

Verifica-se, então, que a questão política sempre esteve presente e é fator determinante na tomada de decisões. Há que se levar em conta que, consoante esse estudo, apesar de a fundamentação para a superação de um precedente poder ser ampla, ou seja, em face da lei, da *common law*, entre outras “[...] Not surprisingly, we find that a substantial majority of the overruling decisions rest on constitutional bases and primarily pertain to the legal and policy issue areas that the Court most frequently considers.”⁶¹. Portanto, não se faz necessária uma modificação no contexto legal para que se chegue a conclusões distintas sobre o que é o direito e um precedente ceda lugar a outro. Com uma mesma Constituição chegou-se a resultados diametralmente opostos, como exemplo, pode-se citar aqui como exemplo o caso *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), no qual foi superado *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), em que se havia sido decidido pela constitucionalidade de lei estadual que considerava criminosas as práticas homossexuais.

Nesse contexto, também há que se mencionar que a prática judiciária, às vezes, não contribui para a compreensão se em um caso se está superando precedente antigo ou apenas realizando a distinção. Na tentativa de elucidar a

⁶⁰ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J.. **Stare indicis**: the alternation of precedent on the Supreme Court, 1946-1992. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 110.

⁶¹ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J.. **Stare indicis**: the alternation of precedent on the Supreme Court, 1946-1992. Cambridge: Cambridge University Press, 1995 p. 28.

questão, Brenner e Spaeth trazem uma série de expressões que indicam o *overruling*:

Usually the Court speaks plainly when it overrules a precedent. There are some exceptions, however, as we shall see. A previous decision is "overruled," "disapproved," "no longer good law," "can no longer be considered controlling," "modified and narrowed," or the controlling opinion employs other analogous language such as "we decline to follow . . ." or "can no longer be regarded as the law." Occasionally, the Court will state that an earlier decision overruled a precedent even though the overruling opinion contains no language to this effect. [...]⁶²

Essas expressões de certa forma podem ser consideradas espécies de disfemismo pelo motivo de que a prática do *overruling*, apesar de ser amplamente utilizada, e pertencente a tradição da *common law*, ela é a ovelha negra das práticas dos tribunais, pois serve justamente para quebrar os dogmas previstos nessa tradição. Então, como escreve Dunn⁶³, muitas vezes o *overruling* implícito é uma forma que a Corte encontra de realizar os seus desideratos em termos de resultados de julgamentos, mas sem alertar a comunidade jurídica quanto aquilo que está fazendo, tentando, portanto, simular a coesão e estabilidade da doutrina do precedente na tentativa de manter sua legitimidade no que tange a prática da *stare decisis*. Dessa forma, ao retirar-se o protagonismo da atuação dos *Justices*⁶⁴, por meio desse discurso do encobrimento das práticas verdadeiramente praticadas tenta-se passar a ideia de apenas se está dizendo o direito e não propriamente fazendo-o e assim apassiva-se a atuação do julgador.

Por outro lado, a prática do *overruling* faz-se necessária em termos de adequação do direito ao momento histórico em que se vive, razão essa que serve como justificativa para a quebra das bases que sustentam essa tradição, pois o apego a certeza não pode ser de forma insana e a ratificação de precedentes e a superação deles, desde que observado o devido apego ao direito, deve ocorrer de forma natural.

⁶² BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J.. **Stare indecisis**: the alternation of precedent on the Supreme Court, 1946-1992. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 20.

⁶³ DUNN, Pintip Hompluem. How judges overrule: speech act theory and the doctrine of stare decisis. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 113, n. 1, p.493-531, 30 out. 2003. p. 513.

⁶⁴ DUNN, Pintip Hompluem. How judges overrule: speech act theory and the doctrine of stare decisis. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 113, n. 1, p.493-531, 30 out. 2003. p. 517.

The common law is composed entirely of itself; every decision joins the body of judicial decisions of the common law and must itself be followed. In this way, *stare decisis* is a doctrine that is not only backward-looking, but also forward-looking; it dictates that a decision must be made in conformity with the decisions that came before it, but it also commands that all future decisions be made in conformity with the present one. Thus, when judges overrule a previous decision, they do more than disagree with that decision—they substitute the old law for the new one that has just been created.⁶⁵

A realização do *overruling* também deve ser vista de acordo com o direito em disputa, se meramente uma resolução de disputa entre particulares ou a decisão sobre o limite e alcance de direitos e garantias fundamentais, pois no primeiro caso um precedente que mantém a decisão em favor de A ou que reverte em prol de B tem resultados eminentemente pecuniários, ao passo que decisões em matéria de garantias individuais e coletivas isso impacta no gozo de dados direitos e, assim, o apego a uma tradição parece não ser a melhor alternativa. Nessa senda, a compreensão da estabilidade ou da superação deve ser temperada, pois “[...] the case is not the dispute between the parties, but rather na abstract issue presented to the Court.”⁶⁶ Portanto, manter-se preso a uma tradição, neste último caso, revela-se um preciosismo em detrimento da facticidade que se apresenta e urge por respostas que são as de hoje e não as de outrora.

A ideia de superar um precedente não significa que o mesmo tenha sido um erro perpetrado no passado, pode até ser que seja, mas nem sempre é assim. Então, superar, *overrule* na acepção mais forte e *overturning* em um entendimento mais ligado a questão da aplicação da regra e não propriamente relacionado a revogação ou derrogação da regra do precedente, são necessidades impostas, que, às vezes, devem ser utilizados.

Ao Reino Unido também se aplicam as mesma considerações, mas há uma questão terminológica um pouco diferente. Em razão da *Practice Statement*, utiliza-se a expressão *departure* quando a Corte realiza a superação de um precedente seu, ao passo que quando faz a superação do que fora decidido em um tribunal inferior, diz-se *overruling*.

⁶⁵ DUNN, Pintip Hompluem. How judges overrule: speech act theory and the doctrine of *stare decisis*. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 113, n. 1, p.493-531, 30 out. 2003. p. 504.

⁶⁶ KOMÁREK, Jan. **Judicial lawmaking and precedent in Supreme Courts**. 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1793219>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 13.

[...] Where a court at the same level is changing a precedent in one of its own decisions, 'departing' makes that clear. In particular, 'overruling' implies that the subsequent court has a greater status over its predecessors. Thus the Supreme Court has continued to use the language of 'departure' rather than 'overruling': with one exception, the Court has only used the term 'overruling' when correcting a precedent from a court of inferior jurisdiction.⁶⁷

2.3.1 Variações quanto ao *overruling* e o *distinguish*

O leque de maneiras de um julgador mudar o entendimento estabelecido não é contido apenas pelo *overruling* e o *distinguish*. Essas duas técnicas, já citadas, têm o inconveniente de serem muito radicais, pois a primeira aniquila com a regra existente para substituir por outra, com a peculiaridade de que, ao se fazer um *overruling* puro e simples de um precedente, o novo precedente tem efeitos retroativos, e isso pode causar grande instabilidade, principalmente pelo fato de que a decisão que revoga um precedente e o substitui por outro tem transcendência, na medida em que estabelece a regra não apenas para o caso sob julgamento, mas para todas situações que são regidas por ele. Isso não quer dizer que faça coisa julgada para todos, por exemplo: decisão acerca da responsabilidade civil na realização de certa atividade estabelece a regra aplicável a espécie e não submete a todos a coisa julgada.

O *distinguish*, diferentemente do *overruling*, por afastar-se da *holding* de um precedente acaba criando um novo. Como se sabe, a ideia de precedente apenas tem possibilidade de um bom funcionamento desde que calcada na confiança e estabilidade, o quê fica abalado caso exista inconstância quanto aquilo que é o precedente.

Nesse sentido, na tentativa de preservar a estabilidade do sistema de precedentes é que existem algumas alternativas, como: *transformation*, sinalização, *prospective overruling*, distinção inconsistente, *jagged doctrine*. Cada uma a sua forma, mas todas procuram modificar aquilo anteriormente definido como *stare decisis*, *holding* dos casos decididos, mas sem o efeito da retroatividade que alcança todos os casos regidos pela *stare decisis*, nem tampouco na proliferação de novos precedentes, que seria o resultado da adoção indiscriminada por parte dos tribunais quanto a técnica do *distinguish*

⁶⁷ LEE, James. **The doctrine of precedent and the Supreme Court**. Disponível em: <www.innertemple.org.uk/.../lecture_james_lee.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 05.

A chamada *jagged doctrine* poderia ser traduzida por precedentes inconsistentes ou irregulares consiste na peculiaridade de existir mais de uma possível solução para o mesmo caso. Pode aqui se pensar com os olhos no *distinguish* e ressaltar que questões fácticas podem fazer com que o entendimento previsto em um precedente não seja aplicável a certo caso em razão da existência de certas peculiaridades. Todavia, quando a facticidade parece ser a mesma e para um caso se aplica o precedente, mas para o outro não, tem-se, então, decisões inconsistentes.

When a doctrine has become jagged, evenhandedness in this sense will be no better served by preservation than by overruling. The preservation of a jagged doctrine may lead to consistency outcomes between present and past cases, insofar as persons to whom the doctrine is now applied may be treated like person to whom the doctrine has been applied in the past. (This may not always be so: different outcomes at different times can be consistent, if they result from a change in applicable social propositions.) however, the presentation of a jagged doctrine will lead to inconsistency of outcome among present case. Because a jagged doctrine is subject to inconsistent exceptions between the treatment of those persons to whom the doctrine is applied and the treatment of those persons to whom the exceptions are applied. Because a jagged doctrine substantially fail to satisfy the standard of systemic consistency, its preservation will result in a lack of consistency between the treatment of persons whom the doctrine is applied and the treatment of persons to whom other, inconsistent doctrines are applied.⁶⁸

O exemplo que Eisenberg traz para mostrar um caso de inexistência de consistência de um precedente diz respeito a imunidade quanto a responsabilidade civil de instituições de caridade, no caso, em relação aos hospitais nos Estados Unidos da América. Chegava-se a conclusões distintas quanto ao mesmo contexto de negligência médica: 1) condenava-se um médico cirurgião por negligência quando este exercia o seu ofício uma instituição particular; 2) absolvía-se o médico caso o mesmo caso de negligência médica ocorresse em uma instituição de caridade. O resultado completamente inverso, ou seja, a absolvição ou condenação não dependia dos fatos, mas tinha direta relação a um cirurgião pertencer a uma instituição de caridade ou não.⁶⁹ Ora, os casos são idênticos, a única diferença

⁶⁸ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.p. 105-106.

⁶⁹ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.p. 109.

existente era quanto ao empregador do médico. Havia um precedente irregular, pois não existia congruência na condenação em um caso e absolvição no outro.

A técnica da *transformation* consiste na manutenção do precedente e da sua *ratio decidendi*, todavia, o resultado que se chega partindo do precedente não é o mesmo daquele originalmente enunciado. Não significa uma inconsistência, mas sim em uma possível interpretação da *ratio decidendi* anteriormente estabelecida. O resultado não é incompatível com o precedente, apenas distinto em relação aquele anteriormente proposto. A *ratio decidendi* do precedente permanece a mesma, mas o resultado que se chega é diverso e ainda assim compatível com os motivos da decisão que deram origem ao precedente.

Since both transformation and overruling involve the full overturning of an established doctrine, the distinction between the two modes is often formal rather than substantive. In overruling, the court explicitly announces that a doctrine is being abolished, in transformation it does not. In some cases the two modes can be distinguished substantively, on the ground that in transformation the newly announced rule is consistent with the results reached in the precedents, while in overruling it is not. [...] ⁷⁰

A *transformation* segue aquela ideia que ao se evitar um *overruling* se preserva a coerência e estabilidade da *common law*, sem impedir que as mudanças necessárias de entendimento sejam efetuadas

Outra maneira possível que busca resguardar o interesse de todos os jurisdicionados é a técnica da *signalization* (sinalização), a qual é um subterfúgio interessante, pois o tribunal não realiza o *overruling* do precedente estabelecido, mas fornece sinais de que aquela regra está perdendo o seu prestígio e em um tempo não muito distante será superada. Esta é uma forma condizente com a ideia do *case law*, pois apenas com a indicação em um caso concreto é que os advogados podem informar corretamente seus clientes quanto ao comportamento que devem adotar para terem certo resguardo legal.

Signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts the profession on notice that the precedent is no longer reliable. By the use of this technique, a court paves the way for overruling a

⁷⁰EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.p. 133.

doctrine it believes would otherwise have to be preserved because of justified reliance. [...]⁷¹

A preocupação fundamental consiste na confiança depositada pelos jurisdicionados no precedente, mas ocorre que para não operar de forma a surpreender a comunidade jurídica, o tribunal opta por dar indícios que aqueles que se comportam com o precedente anteriormente estabelecido não devem mais assim proceder, pois ele está prestes a ser superado. Ora, aqui se tem um preciosismo quanto a confiança e estabilidade, um exagero no culto a tradição, pois ao se negar o *overrule* de um precedente com os olhos no passado, acaba-se por perpetrar injustiças no presente.

O *prospective overruling*, por sua vez, contempla as questões de estabilidade, previsibilidade e confiança, seja na sua aceção simples ou em suas variações. A mudança de entendimento ocorre no caso levado a julgamento e engloba os casos futuros, entretanto não atinge os casos constituídos e regidos pelo precedente estabelecido até então.

Increasingly in recent years, however, the courts have adopted a technique, known as prospective overruling, in which overruling is made less than fully retroactive. In the simplest case the new rule is made applicable to the immediate transaction (that is, the transaction in the case to be decided), but not to any other transaction that occurred before the date of the decision. There are a number of variations. In some cases, the new rule is not made applicable even to the immediate transaction. This variant is sometimes called pure prospective overruling. In some cases, the new rule is made applicable only to transactions that occur after a designated future date. This variant is sometimes called prospective prospective overruling. [...]⁷²

A grande vantagem deste método consiste na congruência sistêmica e social que se pode atingir, visto que se preservam os valores que sustentam a teoria do precedente e ao mesmo tempo se confere a possibilidade de adaptação da tradição à realidade existente ao tempo da decisão. Saliente-se também ser esta uma forma que vem orientar sobremaneira os advogados, pois eles podem fornecer instruções confiáveis aos seus clientes, principalmente em matéria contratual derivadas do

⁷¹ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.p. 122.

⁷² EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.p. 128.

case law. No mesmo sentido do *prospective overruling*, mas ligado a matriz continental, que absorve alguns traços da a ideia de vinculação da matriz da *common law*, Caponi escreve sobre a impossibilidade de *overruling* com efeitos retroativos no que tange a normas processuais, porque tendo em vista de que apesar da importância dos tribunais, isso não modificou a essência que consiste em ser a *civil law* uma tradição de direito escrito e, portanto, a compreensão retroativa do precedente da Corte de Cassação não deve ser assim compreendida, pois levaria a uma quebra na confiança depositada pelos jurisdicionados quanto ao transcurso do procedimento.

Per quanto attiene ai primi, si deve confermare il carattere in via di principio retrospettivo dell'efficacia del precedente giudiziario, salve ipotesi particolarmente qualificate di tutela dell'affidamento. [...] Il dispositivo finale di queste riflessioni è quello che è stato anticipato nel titolo di questa nota: il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali è uno *ius superveniens irretroattivo*.⁷³

Esse aparte demonstra que há na tradição continental alguma semelhança com o que é praticado em termos de *prospective overruling*, mas no presente tema quanto a normas e garantias processuais.

De volta a *common law*, as decisões inconsistentes e *overriding* são outra alternativa para se afastar do precedente. Consistem na possibilidade de prolação de decisões inconsistentes, que privilegiam a ideia de estabilidade, mas que por outro lado podem ser um primeiro passo antes da modificação de entendimento do tribunal⁷⁴. Diferentemente das decisões inconsistentes o *overriding* é a formulação de uma decisão consistente que se afasta do precedente estabelecido, mas não em razão da formulação de uma decisão que entraria em choque com o precedente estabelecido, mas sim pelo fato de que em função de certas peculiaridades do caso concreto tornam necessária uma distinção no precedente para que ele também cubra o caso, ou seja, não se faz essa distinção para manter a consistência do

⁷³ CAPONI, Remo. **Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)**. Disponível em: <https://www.academia.edu/346234/2010_R._Caponi_Overruling_in_materia_processuale_e_garanzie_costituzionali_in_margine_a_Cass._n._19246_del_2010_>. Acesso em: 03 fev. 2014. p. 08.

⁷⁴ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p.136-140.

sistema, mas sim para fazer com que o precedente antes estabelecido englobe o caso que tem certas peculiaridades e não abrangidos pela regra anterior.

2.4 Precedentes e estabilidade

Eisenberg salienta certas dificuldades advindas em razão da existência de precedente que não têm estabilidade na aplicação, seja pelo fato de serem distinguidos a todo momento e pela não realização do *overruling*, pois antes disso ocorrer sempre será possível o retorno a antiga regra que se encontra em estado latente.

Suppose finally that some member of the class consulted well-informed lawyers, that well-informed lawyers should have rendered one of the following two opinions, and that the lawyers did render one of these opinions: (1) There is a doctrine on the books that is applicable on its face to the transaction in which you propose to engage. However, the conditions for overruling are satisfied in the case of this doctrine, and in my opinion it is no longer the law. (2) There is a doctrine on the books that is applicable on its face to the transaction in which you propose to engage. However, the doctrine is subject to inconsistent exceptions, and although in my opinion the doctrine is still law and governs the transaction in which you propose to engage, I hold that opinion with a relatively low degree of certainty.⁷⁵

Verifica-se que em razão das diversas formas de entendimento e aplicação dos precedente que a tradição da *common law* também abre espaço para incertezas, na medida em que nem sempre a existência de um precedente implica na certeza da aplicação de uma regra. Tal qual na *civil law* também há espaço para decisões contraditórias, apesar de não serem desejadas.

Por sua vez, há que se ter presente que o conceito de estabilidade pode ter, pelo menos, duas acepções, pois como já tratado no tópico anterior, a manutenção de um precedente quanto a assuntos privados pode deslocar os ônus e os bônus de uma atividade comercial para A ou para B. Quanto a isso, melhor que as partes saibam seus deveres e obrigações antecipadamente e, independentemente de ser a decisão mais acertada para o caso é fundamental que se saiba a regra que regulamenta tais transações, pois isso traz estabilidade, previsibilidade e satisfação

⁷⁵ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.p. 111.

de interesses. De outro lado, caso se trate de garantias individuais e coletivas, a manutenção de um precedente apenas provocará a estabilidade jurídica e não a social, porque a realidade urge por decisões do hoje, que se adaptem aos anseios existentes e, dessa maneira, a continuidade de um precedente não implica em ganhos para o sistema como um todo, já que a Constituição tem um compromisso maior que apenas a resolução de contendas individuais.

But the end result is plain: the Court itself became part of the dynamic component of history. It did not live aloof from the turbulence of the times. It was part of the life of the community, absorbed from it the dominant attitudes and feelings of the day, and moved with the impetus of the era.⁷⁶

This search for a static security-in the law or elsewhere-is misguided. The fact is that security can only be achieved through constant change, through the wise discarding of old ideas that have outlived their usefulness, and through the adapting of others to current facts. There is only an illusion of safety in a Maginot Line. Social forces like armies can sweep around a fixed position and make it untenable. A position that can be shifted to meet such forces and at least partly absorb them alone gives hope of security.⁷⁷

Na sequência das ideias de Douglas, deve-se ter presente que “[...]. The decisions of yesterday or of the last century are only the starting points.”⁷⁸ Portanto, *overruling* e *distinguish*, que podem ser compreendidos como contraditórios com a prática da *stare decisis*, desde que realizados temperadamente, como um olhar para o passado e um projetar para o futuro, servem para a coerência do sistema, que se permanecer ligado estritamente a técnica de seus dogmas poderá ser juridicamente perfeito, mas socialmente inadequado.

A strict rule of stare decisis in constitutional cases, therefore, would make it impossible to ever correct the Supreme Court’s errors, even by appointing new members and hoping for overrulings. It would eliminate the only formal check on the Supreme Court that actually

⁷⁶ DOUGLAS, William O.. Stare decisis. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 49, n. 6, p.735-758, jun. 1949. Disponível em: <[http://links.jstor.org/sici?sici=0010-1958\(194906\)49:62.0.CO;2-N](http://links.jstor.org/sici?sici=0010-1958(194906)49:62.0.CO;2-N)>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 738-739.

⁷⁷ DOUGLAS, William O.. Stare decisis. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 49, n. 6, p.735-758, jun. 1949. Disponível em: <[http://links.jstor.org/sici?sici=0010-1958\(194906\)49:62.0.CO;2-N](http://links.jstor.org/sici?sici=0010-1958(194906)49:62.0.CO;2-N)>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 735.

⁷⁸ DOUGLAS, William O.. Stare decisis. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 49, n. 6, p.735-758, jun. 1949. Disponível em: <[http://links.jstor.org/sici?sici=0010-1958\(194906\)49:62.0.CO;2-N](http://links.jstor.org/sici?sici=0010-1958(194906)49:62.0.CO;2-N)>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 736.

works. The other two checks are the amendment process, which as I have already explained does not work, and, in theory, impeachment, which could be a check on the Supreme Court but has never been used successfully in two hundred years. So, if one thinks the Supreme Court is going to make mistakes, it is necessary to be able to correct those mistakes by getting them overruled.⁷⁹

Nesse constante movimento de progressos e retrocessos de superação e retorno a precedentes é que se cometem erros e se possibilita que eles sejam corrigidos, mas isso não significa que, às vezes, não ocorra o contrário, ou seja, modificar-se uma decisão acertada para um entendimento errado. Todavia, isso, a prática do *overruling* e do *distinguish*, não significa que as formas de modificação de entendimento ou de superação de precedente estejam ligadas para o todo e sempre essas alternativas, na medida em que a prática judicial da *common law* é que cria e recria possibilidades, em especial pela razão de que a regra quanto a aplicação, criação e interpretação do direito tem de estar conforme a ideia de organização hierárquica, estabilidade e segurança jurídica.

[...] The reason is simple. There are no formal rules about how courts may extend rules. (Nor are all cases of restricting rules governed by the rule of distinguishing. Whenever a court overrules it may narrow the scope of the overturned rule.) Sometimes one extends one rule by distinguishing and thus narrowing the scope of another rule which creates an exception to the first. Sometimes various separate rules are united into a few and wider doctrine which in effect extends the scope of the old rules. Analogical arguments are often used to support the case for new and independent rules by showing that they serve the same broad aims as existing ones. Equally often they are used to support the case for replacing a narrow rule by a more comprehensive one which, by stipulating that the legal result which the original rule provided for should apply to the original and to other circumstances, extends the scope of the old rule. These and other facets of judicial reasoning remain to be explored. Their exploration would be based on the foundation laid in the analysis above.⁸⁰

A inexistência de regras quanto a atividade executada pelos tribunais faz com que seja impossível esgotar as possíveis formas quanto a atuação dos mesmos. Nesse sentido é que as formas de *overruling* e *distinguish* podem receber

⁷⁹ CALABRESI, Steven G.. Text vs. precedent in constitutional law.. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, v. 31, n. 3, p.947-959, jun. 2008. Disponível em: <[http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2009/02/31-3/Calabresi Online -- precedent.pdf](http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2009/02/31-3/Calabresi%20Online%20--%20precedent.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2013. p. 956.

⁸⁰ RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 207.

conformações as mais diversas possíveis. Além disso, deve-se lembrar que a possibilidade de mudança quanto a regras estabelecidas em precedentes, ou seja, a alternativa de quebrar a vinculação de decisões estabelecidas no passado apenas estabeleceu-se após a *Practice Statement* de 1966. A vinculação e a liberdade ao decidir podem enfrentar diversas mudanças, que não estão ligadas a uma modificação na legislação escrita. Portanto, não se pode dizer que as únicas formas de modificação de precedentes ocorram apenas pelo *overruling* e *distinguish*, já que não há um catálogo fechado de medidas a disposição dos órgãos jurisdicionais. Talvez no futuro as práticas judiciais se modifiquem e isso leve ao desenvolvimento de outras alternativas que não necessariamente estarão enquadradas entre as alternativas já existentes.

Ocorre que pela ideia de vinculação dos precedentes, em tese, não haveria espaço para decisões que viessem a superar o entendimento estabelecido como regra, pois a ideia de vinculação faz com que os órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior tenham que decidir consoante o precedente estabelecido pela corte hierarquicamente superior. Nessa cadeia jamais haveria espaço para a modificação, na medida em que as regras estabelecidas no passado tendem a serem sempre aplicáveis e as causas não seriam decididas por aqueles que podem realizar o *overrule*, porque as decisões conforme o precedente não tendem a chegar a esses tribunais.

Todavia, justamente pela possibilidade do *distinguish* e suas variações é que as instâncias judiciais iniciais podem se afastar do precedente e desenhar novas soluções, mesmo que fosse um caso de aplicação do precedente. Se houvesse um respeito estrito e fiel a ideia de vinculação a todos os casos, a possibilidade dos magistrados de primeiro grau darem novos contornos jurídicos a casos em que o precedente não mais serve como regra para o caso inexistiria. Justamente pela possibilidade de decisões que não superam a regra pela impossibilidade de fazê-lo, mas que distinguem o caso é que os tribunais de hierarquia superior podem realizar a superação de seus precedentes, bem como o estabelecimento de novos precedentes.

De forma paradoxal poderia se dizer que a ideia de vinculação dos precedentes somente funciona porque ela não funciona. Não se pretende afirmar que o comum seja se afastar das regras estabelecidas nos precedentes, mas sim que a possibilidade de se afastar faz com que o sistema ganhe possibilidade de

constante atualização, pois não apenas as instancias judiciais hierarquicamente superiores é que podem fazer isso. Conferir possibilidade de atualização não significa proliferação de precedentes incompatíveis, nem mesmo de ausência de vinculação, mas sim a possibilidade de aplicação da decisão mais correta para a lide sob julgamento. Dessa forma, desde que existentes razões importantes, o magistrado pode se afastar do precedente e a partir da distinção realizada construir a melhor regra. Claro que isso não deve ser a regra, mas é importante, devido ao fato de que a construção do direito não pode ser realizada apenas por um órgão jurisdicional. Portanto, distinguir um precedente é fundamental para que novas regras possam ser desenvolvidas e algumas superadas, o que não é incompatível com a ideia de vinculação e hierarquia entre os órgãos jurisdicionais.

2.5 Aproximação da tradições da *civil law* e *common law*

O precedente, uma vez formado, tem as mesma características de generalidade e abstração que a lei apresenta. Assim, não há que se pensar na superioridade de um sistema sobre o outro. Losano reforça essas inflexões que vêm ocorrendo em ambas as tradições com o passar do tempo:

O Common Law anglo-americano e o direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar: o Common Law está passando por uma extensão dos *statutes* e das *consolidations* em detrimento do puro “*jude made law*”, enquanto a jurisprudência vai assumindo importância crescente em muitos países de Civil Law. Por exemplo, naqueles países que têm um tribunal constitucional, o direito constitucional tende cada vez mais a se tornar um direito jurisprudencial.⁸¹ (grifo do autor)

A principal questão consiste na forma como uma tradição irá permear a outra e isso apenas pode ser verificado caso a caso na análise de cada sistema jurídico, pois, como já foi esclarecido, pertencer a uma tradição não significa que o sistema jurídico seja igual, nesse sentido a necessidade de compatibilização é peculiar a cada sistema jurídico.

⁸¹ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 345.

A aproximação entre as tradições é facilmente percebida, por exemplo no Reino Unido tem-se as *Civil Procedure Rules* que surgiram em 1998 e a criação da Suprema Corte do Reino Unido. Os inúmeros estatutos civis presentes nos Estados Unidos também são exemplo dessa permeabilização da *common law* pela *civil law*, e mostram a importância concedida ao direito legislado.

Justice Scalia salienta que a principal atividade realizada por tribunais federais nos últimos anos tem sido interpretar estatutos, ou seja, legislação codificada proveniente do Poder Legislativo e Executivo.

But though I have no quarrel with the common law and its process, I do question whether the *attitude* of the common-law judge – the mind-set that asks, “What is the most desirable resolution of this case, and how can any impediments to this achievement of that result be evaded?” We live in an age of legislation, and most new law is statutory law. As one legal historian has put it, in modern times “the main business of government, and therefore of law, [is] legislative and executive.... Even private law, so-called, [has been] turning statutory. The lion’s share of the norms and rules that actually govern [] the country [come] out of Congress and the legislatures.... The rules of the countless administrative agencies [are] themselves an important, even crucial, source of law. This is particularly true in the federal courts, where, with a qualification so small it does not bear mentioning, there is no such thing as common law. Every issue of law resolved by a federal judge involves interpretation text of a regulation, or of a statute, or of the Constitution. [...]”⁸²

Isso demonstra a aproximação das tradições, não no sentido do surgimento de algo híbrido tanto nos países vinculados a tradição da *common law*, nem tampouco naqueles vinculados a *civil law*. Esse processo parece ser uma constante, que existe há muito tempo. Scalia também escreve sobre um processo de erosão do precedente

[...] Indeed, it is probably true that in these fields judicial lawmaking can be more freewheeling than ever, since the doctrine of *stare decisis* has appreciably eroded. Prior decisions that even the cleverest mind cannot distinguish can nowadays simply be overruled.⁸³

⁸² SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation:** federal courts and the law: an essay. Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 13.

⁸³ SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation:** federal courts and the law: an essay. Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 12.

Concomitante a esse processo há a valorização do *statute law*, e ocorre a coexistência de ambos em um mesmo sistema jurídico. Exemplo disso são as normas federais de direito processual nos Estados Unidos, que são escritas/codificadas desde a elaboração de um estatuto que data dos anos trinta do século passado, conforme mencionam Hazard e Taruffo:

In response to these difficulties – after many years of debate – Congress adopted the Enabling Act of 1934, which authorized promulgation of a single civil procedural system for the federal courts. The responsibility for formulating the new rules was conferred on the U.S. Supreme Court, with a proviso that the rules be submitted to Congress for approval. The Supreme Court delegated the drafting task to a committee composed of experienced legal scholars, judges, and lawyers from various parts of the country, employing Dean Charles Clark of Yale Law School as draftsman. The committee's draft after discussion and revision, was submitted and adopted in 1938.⁸⁴

A influência do direito legislado fez-se muito importante, pois em uma federação como a estadunidense em que a jurisdição estadual e federal são exercidas por magistrados e tribunais diferentes (apesar da possibilidade de recorrer de certas decisões estaduais para a Suprema Corte), a ideia de costume judicial seria um tanto traiçoeira, pois saber os precedentes de um Tribunal pode ser trabalhoso, mas é uma tarefa possível. Todavia, seria impossível uniformizar as regras de processo sem uma legislação única, pois há que existir um modo para se litigar e ele precisa estar bem estabelecido, pois a forma não é preciosismo, mas sim garantia aos jurisdicionados. Isso revela a insuficiência, em parte, do modelo do precedente como algo a ser adotado amplamente pela *civil law*, como se fosse algo melhor do que o direito legislado e codificado.

Pode se dizer com clareza que, em uma Estado com organização judiciária com diversos tribunais independentes e autônomos entre si, o precedente não consegue dar uniformidade geral, mas apenas particular.

Assim como o precedente ganha força na tradição da *civil law*, ele perde importância e força na *common law*. Gerhardt descreve a constante (no sentido de sempre ocorrer, mas não que seja corriqueiro derrubar ou enfraquecer um precedente) mudança de entendimento da Suprema Corte Estadunidense.

⁸⁴ HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American civil procedure: an introduction**. Binghampton: Vail-Ballou Press, 1993. p. 27-28.

A change in composition is unquestionable an important factor in triggering either a shift in, or reconsideration of, a Supreme Court precedent. It has been extremely rare for justices to join in overruling a prior decision that they wrote or joined. As I mentioned in the first chapter, in only four cases has a Court with no change in membership overruled itself, and more than half of the overrulings occurred with at least six new justices. Interestingly, the figures suggest that, at least with respect to overruling a Supreme Court decision probably has its strongest claim to generating path dependency within a relatively short period after it has been created. Its path dependency is more unpredictable over time, depending on the various factors discussed in this section.⁸⁵

Fica evidente que a Suprema Corte estadunidense acaba por em certa medida refletir a posição política daqueles que os indicaram para o posto. Assim, fica claro que as decisões, os precedentes são ratificados ou retificados consoante a composição da Corte. *Justice* Cardozo também escreve no mesmo sentido quanto a vinculação aos precedentes pela Suprema Corte dos Estados Unidos:

Todavia, a regra da adesão ao precedente judiciário é aplicada menos rigidamente nos Estados Unidos que na Inglaterra, e creio que esta rigidez está diminuindo mesmo aqui. A Câmara dos Lords julga-se absolutamente obrigada pelas suas próprias decisões anteriores. A Suprema Corte dos Estados Unidos e os mais altos tribunais dos diversos Estados reformaram sua jurisprudência anterior quando manifestamente errônea. [...] ⁸⁶

Na Inglaterra, a Practice Statement nada mais foi do que uma declaração que visava enfraquecer os precedentes pretéritos para deixar os presentes magistrados livres para decidirem sem apego demasiado as decisões passadas. Por sua vez, a ideia de precedente judicial também permeia a tradição da *civil law*, e faz-se muito importante no momento atual, como retratam Bauman e Beck⁸⁷.

⁸⁵ GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 100-101.

⁸⁶ C ARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo e a evolução do direito**. 3. ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978. p. 146.

⁸⁷ Cf. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2.ed. Traduzido por: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 11: “O tema deste livro é o discreto prefixo ‘pós’. Ele é a palavra-chave de nossa época. Tudo é ‘pós’. Ao ‘pós-industrialismo’ já nos acostumamos a algum tempo. Ainda lhe associamos alguns conteúdos. Com a ‘pós-modernidade’, tudo já começa a ficar nebuloso. Na penumbra conceitual do pós-esclarecimento, todos os gatos são pardos. ‘Pós’ é a senha para a desorientação que se deixa levar pela moda. Ela aponta para um além que não é capaz de nomear, enquanto, nos conteúdos, que simultaneamente nomeia e nega, mantém-se na rigidez do que já é conhecido. *Passado mais ‘pós’* – essa é a receita básica com a qual confrontamos, em verborrágica e obtusa confusão, uma realidade que parece sair dos trilhos.”

2.6 A necessária concessão de efeitos prospectivos as decisões judiciais

A velocidade das relações conforme descreve o sociólogo polonês⁸⁸ e os riscos implicados pela inovação tecnológica consoante refere o alemão são características desse momento ímpar, pois diferentemente da Revolução Industrial e suas fases seguintes com desdobramentos até meados do século XX, as consequências do desenvolvimento atual não são palpáveis, na medida em que os avanços de outrora eram visíveis, principalmente os seu malefícios. Nesse cenário, a força que se concede a decisão judicial é de extrema importância, pois o legislador sempre atua de forma atrasada, não por incompetência mas por ser característica inerente sua, pois soluciona os problemas apenas após a existência deles. Nesse sentido, o Poder Judiciário sempre será o primeiro a se manifestar e a força de suas decisões é fundamental e, por isso, extremamente necessária a ideia de precedente judicial.

Não se está aqui realizando um ufanismo a esse poder, nem tampouco incentivando um ativismo judicial, mas sim uma questão de percepção da realidade. Como se sabe, desde o Código Civil de Napoleão, as legislações tendem a não permitir uma resposta jurisdicional *non liquet*⁸⁹. Nesse sentido é que a força da decisão judicial deve ser ratificada na tradição da *civil law*, pois não há como negar que o primeiro poder a tomar contato com um pleito será o poder judiciário.

Admitindo o Estado Ativo ou Estado Social como uma marca do Estado brasileiro, não há como negar importância para o direito de ação, pois este vem tornar viável a satisfação dos anseios sociais. Nessa lógica há que se atribuir poder ao Poder Judiciário, pois, quando se imagina em riscos dos mais variados possíveis e danos efetivos, não pode o cidadão ficar sem uma resposta que venha a solucionar ou pelo menos compensar o seu dano. Então, não há como simplesmente pensar em um juiz solipsita, arbitrário, que não respeita a norma construída democraticamente.

O magistrado, quando chamado a resolver uma contenda, não tem a sua disposição a possibilidade de dar uma sentença *non liquet*. Ele tem a obrigação legal

⁸⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

⁸⁹ Gélio, Aulo. **Noches aticas**. Traduzido por Santiago López Moreda. Madri: Akal, 2009. livro XIV. p. 543.

de solucionar o caso, o quê talvez possa, em alguns casos, representar uma atitude do magistrado como legislador, pois está fazendo aquilo que o Executivo e o Legislativo não fizeram. Surge aqui o que aparenta ser um grande déficit democrático, todavia não é. Há que se compreender que o magistrado de hoje está inserido em um Estado Democrático de Direito, e sua decisão também é forma de expressão da democracia, pois a sentença, como momento de realização do Direito é um dos ápices de participação democrática, pois é quando o Estado reconhece a legitimidade da pretensão do indivíduo e, pelos meios legais, dá a cada um o que é seu. Isso só é possível por meio do Poder Judiciário (dar a cada um o que é seu). O Poder Judiciário em razão de não depender de eleições para o exercício de suas funções e por ter a sua independência estatuída na Constituição Federal é o que está menos sujeito a pressões políticas.

O Poder Legislativo tem a sua legitimidade, como representantes do povo, mas isso não esvazia a legitimidade do magistrado, pois ambos são poderes constituídos. Pode-se aventar que o Legislativo, na figura do Congresso Nacional é poder constituído e constituinte ao mesmo tempo, mas isso é parcialmente verdadeiro, pois o poder constituinte de reforma que exerce o Poder Legislativo é limitado em face de se ter uma Constituição rígida, bem como o conteúdo de eventual Emenda Constitucional está indubitavelmente sujeito ao controle jurisdicional. Compreender a separação de poderes de forma distinta significa distorcer o equilíbrio entre eles, porque não pode haver preponderância de um Poder sobre o outro. Existem patologias inerentes ao sistema democrático que infelizmente não podem ser escoimadas. Acreditar que o legislador está imbuído na realização dos anseios gerais, que realizará a vontade geral conforme imaginava Rousseau⁹⁰ é uma quimera, independentemente do país, pois a representação encontra vicissitudes, como a presença de grupos de pressão, lobbies, que relação alguma tem com os interesses individuais, senão que o compromisso com conglomerados econômicos e outros grupos⁹¹.

⁹⁰ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Traduzido por: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁹¹ Cf. HELD, David. **Modelos de democracia**. Traduzido por María Hernández. 3. ed. Madri: Alianza Editorial, 2007. p. 260: “[...] En el contexto de este capítulo, las diferencias entre estas concepciones son, sin embargo, no tan significativas como las consecuencias políticas generales que se dice derivarán de las relaciones tripartitas: las nuevas estructuras políticas que se han cristalizado con la – era posliberal del capitalismo corporativo –. En primer lugar, las instituciones políticas representativas tradicionales han sido progresivamente desplazadas por los procesos de toma de decisiones tripartitos. La posición del parlamento como centro supremo para la articulación

Ao voltar os olhos para a composição do parlamento brasileiro, vê-se um palhaço, na literal acepção da palavra, como congressista⁹². Pietro Costa⁹³ também revela que na Itália anos atrás houve uma atriz de filmes eróticos que também foi candidata. Não que devesse existir um teste qualitativo para o exercício da função de legislador, o que ocorre é que pelo fato de o Poder Legislativo ser composto por membros eleitos isso não reflete necessariamente que aqueles eleitos são os

de las políticas y el acuerdo se han erosionado; la aprobación por el parlamento de un proyecto de ley es ahora más que nunca un mero trámite. En segundo lugar, la representación parlamentaria o territorial ya no es la principal forma de expresar y proteger los intereses. A pesar de que los modos clásicos de representación permanecen (en la forma de miembros del parlamento, etc.), las tareas más importantes de dirección política y económica las llevan a cabo representantes funcionales, a saber, delegados de las corporaciones, los sindicatos y ramas del estado. Los procesos políticos extraparlamentarios se han convertido poco a poco en el dominio central de la toma de decisiones. En tercer lugar, el grado de participación de los representantes con base territorial, y no digamos de los ciudadanos comunes, en el desarrollo de las políticas ha caído en picado. La participación política se ha convertido en la reserva de élites de las organizaciones. En definitiva, la soberanía del parlamento y el poder de los ciudadanos están siendo minados por los cambios económicos, las presiones políticas y los desarrollos organizativos. [...]

⁹² Cf. KERSTEN, Ignácio Mendez. **O direito como um médium democrático**: o quociente de coligação e seu paradoxo democrático. 2013. 127 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013. p.81: "As eleições de São Paulo sempre mostram fenômenos eleitorais, no ano de 2010 foi a vez do candidato Francisco Everardo Oliveira Silva (Tiririca) do PR, que totalizou 1.353.820 votos, o que por si só daria direito a que seu partido ocupasse 4 cadeiras na câmara federal, isso efetivamente ocorreu. [...]"

⁹³ HISTÓRIA da Democracia - **Entrevista com Professor Pietro Costa**. Realização de Ricardo Marcelo Fonseca. Intérpretes: Pietro Costa. Curitiba: Ufpr-tv, 2011. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=t31W-1e9rNM>>. Acesso em: 18 nov. 2013: "Veja, o problema de que você fala não é somente da democracia brasileira. Anos atrás, na Itália, tivemos uma estrela pornô. Vocês tem o palhaço, então, a situação não é tão diferente, como você pode ver. É certo, um dos problemas da democracia é esse que você levanta. O ponto é que a democracia é um regime político, é uma fórmula política estreitamente ligada à sociedade, da qual é a expressão. Aliás, talvez seja um dos regimes mais sensíveis a captar o bem e o mal expresso pela sociedade. Não sei, portanto, quanto o problema é imputável à democracia ou simplesmente são dinâmicas nem sempre transparentes. São doenças do corpo social, sim. Permanece a pergunta de fundo que você fazia, para além das anomalias ocasionais dos nossos sistemas democráticos: a pergunta sobre a legitimidade da regra de maioria. A maioria tem sempre razão? Historicamente diríamos que não. Pensemos nos totalitarismos, pensemos no fato de que o nacional-socialismo e o fascismo chegaram ao poder inicialmente explorando os mecanismos majoritários. A maioria não tem sempre razão. Poderíamos imaginar, sem muito temor de errar, que em muitas circunstâncias, uma maioria questionada sobre o mérito da questão, poderia ser até favorável ao retorno da pena de morte, para dar um exemplo entre tantos. O ponto é o seguinte: que alternativas temos? Temos um juiz inapelável ao que confiar a decisão sobre o que é bom e o que é mau? A modernidade responde que não. E justamente por isso democracia e relativismo, como Kelsen ensinou, estão, também na minha opinião estreitamente vinculados. Democracia significa uma disposição a discutir sobre a verdade. Parte-se da não transparência da verdade, e democracia significa um confronto entre opiniões diversas em torno de uma aproximação contínua a uma verdade que ninguém pode monopolizar por si mesmo. Permanece o problema de fundo do qual você fala; talvez uma das respostas possíveis que a esse problema dramático foi dada nas democracias constitucionais do segundo pós-guerra, é a tentativa de estabelecer uma relação de equilíbrio entre a vontade da maioria, a vontade popular, e direitos fundamentais – admitidos em todas as democracias do segundo pós-guerra como veículos anti-majoritários, como escolhas de fundo que, enquanto se permanece internamente ao doutrinamento existente, não podem ser abatidos a golpes de maioria. Está é uma frágil tentativa de responder ao problema de fundo que você levantava." Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=t31W-1e9rNM>.

melhores preparados para o exercício do cargo. O Poder Judiciário por ter seus quadros preenchidos via concurso público, em tese, tem maior qualificação, pois aqueles mais capacitados é que chegam a posição de magistrado. Serra Domínguez preleciona:

“[...] Para ser juez se exigen una serie de condiciones personales, unos estudios, una preparación, una carrera. Sólo los más dotados, o que aparentan serlo, pueden ser jueces. En cambio, puede ser legislador cualquier politiquero sin preparación alguna, con sólo unas ciertas dotes de elocuencia que le faciliten el acceso a los más altos escaños de la nación. De ahí que sea indispensable no ya la preparación del legislador, tarea en ciertos sentido imposible como denunciaba Carnelutti, sino la concesión de unas mayores facultades al juez, unidas a una revalorización de las varias facetas de su actividad, como única forma de corregir las posibles imperfecciones de la ley.⁹⁴

A diferença consiste na maneira como cada um tem a sua legitimidade confirmada, que se dá de forma diversa. Enquanto o Poder Legislativo tem a sua legitimidade por meio de eleições, o Poder Judiciário ganha legitimidade por meio da participação, a qual é exercida pela provocação individual ou coletiva exercida pelo direito de ação. Escreve Ribeiro:

Destarte, a democracia participativa avulta para destacar o papel não só de maior inserção só indivíduo nas escolhas administrativas e legislativas, mas também e principalmente a partir do âmbito judicial, pois o acesso ao Poder Judiciário é irrestrito, bastando lesão ou simples ameaça a direito para que este abra suas portas ao indivíduo, ao povo – assumindo este a conotação ampla anteriormente exposta. Esta abertura, por assim dizer, cria para os indivíduos em sociedade a possibilidade de exigir do Estado a concretização das promessas ainda não realizadas e que dificilmente o serão através do Executivo e do Legislativo. Nesta perspectiva, o processo passa a ser um valioso instrumento público posto a serviço do povo para viabilizar a essência da democracia que está configurada nos direitos e garantias fundamentais.⁹⁵

A lição é fundamental, pois a compreensão de democracia tem de ser ampliada, porque não se pode exaurir no momento em que o cidadão vota ou quando propõe uma ação popular.

⁹⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. **Jurisdicción, acción y proceso**. Barcelona: Atelier, 2008. p. 59.

⁹⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdiccional às formas de tutelas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.103.

“[...] Yet essentially it is true that in the exercise of their law-making power the court should – within the legally imposed restrictions – act as one expects Parliament to act, i.e. by adopting the best rules they can find. This last statement has often been criticized. Much of the criticism is confused. It is sometimes said that courts do not have law-making powers for they are not democratically elected. Quite apart from the fact that, given the supremacy of Parliament, judge-made law is no more undemocratic than much delegated legislation, the objection is at best a criticism of the existence of judicial law-making powers. It provides no evidence that they do not exist. [...]”⁹⁶

Como escreve Raz, pode-se não concordar com esse fenômeno, mas não há como negá-lo, e tampouco é possível atribuir-lhe a pecha de antidemocrático, o que não é de modo algum, já que ocorre em várias esferas, entre elas por meio da concretização jurisdicional das pretensões legítimas dos cidadãos. Em passagem seguinte, Ribeiro demonstra a legitimidade do Poder Judiciário:

Nesta perspectiva o Judiciário está em franca vantagem para a implementação da democracia participativa, porquanto é o mais legítimo das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade. Como se o povo ativo escolhe seus governantes: legislativo e executivo? Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado, e não a lei. Sem falar no grau de credibilidade social que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles.⁹⁷

As palavras de Ribeiro acerca da matéria são fortes e muitas vezes podem ser incompreendidas por alguns, mas o autor não defende que o juiz seja um sujeito descompromissado e que esteja acima da lei. Compreender que a democracia apenas é realizável pela via do legislativo é um erro que não pode ser admitido neste momento da história. O cotejo com a *common law* demonstra claramente o papel que o juiz pode desempenhar na consolidação democrática e no desenvolvimento social. “[...] Judges in common law decisions draw on the values of

⁹⁶ RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 197-198.

⁹⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutelas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.104-105.

society in their reasoning, and adapt that reasoning to social needs. In this way they serve the general interests of the public, even though they do it through particular decisions. [...]”⁹⁸ Nessa concepção o direito apenas existirá quando for confirmado pela sentença, antes disso será apenas uma pretensão. “La sentencia es la partida de nacimiento del derecho; da fe de su génesis en el juicio; documenta por lo tanto su presencia en la realidad social.”⁹⁹ Fica claro, portanto, que não se propõe arbitrariedade e desrespeito a lei, como escreve Mendez:

Este tributo que cobra la ley como garantía de su propia valide trata de asegurarlo imponiendo al juez determinadas servidumbres. Por un lado, el deber de motivación de sus resoluciones, tanto más exigible cuanto mayor es la libertad que utiliza el juez. Por otro lado, se establece un control de segundo grado mediante el sistema de recursos, incluso la casación en interés de la ley, y, en otro orden, el control constitucional de la misma. En fin, en última instancia, el propio juez en persona queda sujeto a todo tipo de responsabilidad, por si llega a infringir la ley. Realmente el sistema, en su consideración estática, puede decirse que es perfecto.¹⁰⁰

A possibilidade dentre escolhas legítimas não é algo que seja censurável, mas sim não se admite a alternativa ilegal. Em um Estado Social que é altamente interventor, não há como querer que o Poder Judiciário seja pequeno e fraco. Nesse sentido Cappelletti:

[...] Permanece certo, de qualquer maneira, que, tanto em face do *Big Business* quanto do *Big Government*, apenas um *Big Judiciary* pode se erigir como guardião adequado e contrapeso eficaz. Quase desnecessário repisar a observação de que se a concepção da jurisdição como função meramente declarativa, passiva e mecânica é fictícia e sempre frágil, ainda mais evidentemente frágil e fictícia resultará quando um “grande judiciário” estiver empenhado na tarefa de composição de controvérsias de tal amplitude. O caráter criativo, dinâmico e ativo de um processo jurisdicional, cujos efeitos devem, por definição ultrapassar em muito às partes fisicamente presentes em juízo, não pode deixar de aparecer com grande proeminência.¹⁰¹ (grifo do autor)

⁹⁸ SINCLAIR, Michael. Precedent, super-precedent. **George Mason Law Review**, Arlington, v. 14, n. 2, p.363-411, 23 dez. 2006. p. 395.

⁹⁹ RAMOS MENDEZ, Francisco. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 220.

¹⁰⁰ RAMOS MENDEZ, Francisco. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 214-215.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 61.

Os freios e contrapesos só se fazem possíveis em um Estado em que o Executivo e o Legislativo são gigantes quando o Poder Judiciário tem força para intervir nas relações. Como bem dito, as decisões jurisdicionais têm de ter um alcance além da sentença, não no que tange a sua execução, mas como modelo de comportamentos exigidos. Não se preconiza um Poder mais forte que os outros dois, mas sim um Poder tão forte como eles. O Estado quando tem essa conformação ativa, como descreve Damaska:

[...] Tal Estado hace mucho más que adoptar unas cuantas políticas y programas de bienestar. Abarca o lucha por una teoría coherente de la buena vida y trata de usar su base para un programa completo de mejora material y moral de los ciudadanos. Todas las esferas de la vida social, incluso los temas que tienen lugar *in pianissimo*, pueden por lo menos potencialmente evaluarse en términos de políticas de Estado, conformándose a sus demandas.¹⁰² (grifo do autor)

A atitude de promover condutas e tentar conformar a vida social não pode, por coerência, estar cingida apenas ao Executivo e ao Legislativo, visto que o Estado é um todo indivisível e o poder, como se sabe é uno, mas admite separações, o que não significa divisões. Assim, o Poder Judiciário não tem outra forma de agir a não ser intervindo.

[...] En contraste con el derecho en los Estados reactivos, cuyo énfasis reside em definir formas en las cuales pueden alcanzarse los objetivos libremente elegidos, el derecho activista es imperativo, incluso amenazante: indica a los ciudadanos lo que deben hacer y cómo comportarse.¹⁰³

Além dessa forma de conformação do poder, há outros aspectos que descrevem o Estado ativo, o que não serve de análise para o momento em que se aborda a questão da possibilidade de atuação do Poder Judiciário e seus limites quanto a discricionariedade e respeito a lei. Nesse sentido é que a decisão jurisdicional tem que ser um dos elementos que irradiem força, pois não há como pensar em uma sociedade que se atenha única e exclusivamente a lei estabelecida pelo poder legislativo. É essencial entender que a decisão jurisdicional deve vincular

¹⁰² DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del estado**: análisis comparado del proceso legal. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 140-141.

¹⁰³ DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del estado**: análisis comparado del proceso legal. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 143.

e ser respeitada na ideia de aproximação entre *civil law* e *common law*, pois as demandas sociais que surgem antes da legislação não podem ser desconsideradas simplesmente porquê o legislador não fez o seu papel. O Poder Judiciário tem papel fundamental na concretização de direitos e não pode ser colocado em terceiro plano. Por tudo que vem sendo dito não se deve pensar em termos de uma confusão entre as funções predominantes de cada poder, mas sim nas atribuições que existem dentro de uma democracia e que cada um deles têm a sua legitimidade auferida de forma distinta.

Além de tudo acima exposto, há um nítido movimento no sentido de valorização do Poder Judiciário como nunca antes visto na tradição continental. Fioravanti destaca que a jurisdição volta a recuperar espaço perdido e não encontrado desde 1789.

En el plano interno permanece el protagonismo de la ley y, en general, de la parte política de la constitución, ligada al principio democrático y, por ello, a la elección de la estrategia política por parte del pueblo como cuerpo electoral y, en general, mediante el ejercicio de las libertades políticas; pero se percibe, cada vez mejor, que en realidad una parte del gobierno efectivo de la sociedad se desarrolla precisamente a través de la jurisdicción, y que ésta va recuperando el papel que la revolución le había quitado. En concreto, el control de constitucionalidad se va configurando, en las democracias contemporáneas, como un instrumento esencial, no sólo para la tutela de la integridad de los principios constitucionales, sino también, y quizá sobre todo, para la búsqueda de puntos de equilibrio justos y razonables entre principios potencialmente enfrentados sobre los que no puede ejercitarse ninguna decisión soberana y que llega a convivir gracias a la obra de prudente meditación de la jurisprudencia. [...] ¹⁰⁴

Nesse sentido é que não deve se trabalhar no sentido de negar a legitimidade desse poder. Os magistrados têm inúmeras garantias, como: independência funcional, irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade, inamovibilidade. Todavia, isso não quer dizer que ao garantir força para a decisão judicial esteja se afastando a possibilidade de controle das decisões. Não se quer um poder em que seja a semelhança do que outrora foi a ideia de que o monarca não errava (*the king can do no wrong*) em que seria *the judge can do no wrong*. Quer-se sim liberdade e poder,

¹⁰⁴ FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado moderno en europa instituciones y derecho**. Madrid: Trotta, 2004. p. 40.

mas sem afastar da responsabilidade do próprio magistrado, como prenunciava Cappelletti:

Bem se pode dizer, em conclusão, que as responsabilidades (no sentido de poderes) processuais e substanciais dos juizes expandiram-se extremamente nas sociedades modernas. Por isso, é de todo natural que também o correlativo problema da responsabilidade (no sentido de *accountability*, ou seja, do dever de prestar contas), tenha se tornado particularmente agudo, e sentido como tal bem além do número limitado dos “especialistas”. A peculiaridade do problema humano da responsabilidade judicial, em nosso mundo contemporâneo, outra coisa não é, portanto, em substância, senão uma questão de *acentuada* agudeza e *alargada* sensibilidade ao problema mesmo, acentuação e alargamento derivados, exatamente, da expansão da função jurisdicional. Este primeiro resultado da nossa investigação pode, em verdade, parecer tão óbvio a ponto de tangenciar a banalidade. Não se mostra porém, privado de significado, e ajuda, além de tudo, a compreender o porquê de certos fenômenos como a febril atividade legislativa, que em muitos países implicou, recentemente, importantes reformas em matéria de responsabilidade dos juizes: por exemplo em França (1972/1979) – onde foi abandonado o princípio, até agora de fato em larga medida preponderante, da irresponsabilidade -, na União Soviética (1981), nos Estados Unidos da América (1980/1981), na Alemanha Federal (1981/1982), na Espanha (1985), etc. [...] ¹⁰⁵(grifo do autor)

Nesse sentido também caminha o Brasil, pois, na mesma Emenda Constitucional 45, foi criado o Conselho Nacional de Justiça, o qual faz parte do Poder Judiciário e vem romper com o controle que antes existia apenas pelas corregedorias dos próprios tribunais. Não se pode atribuir poderes sem ao mesmo tempo cobrar responsabilidades, essa tem que ser a medida conforme escreve Cappelletti:

Os juizes exercitam um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente, haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade. De consequência, o problema da responsabilidade judicial torna-se mais ou menos importante, conforme o maior ou menor poder dos juizes em questão”. Essa afirmação de John H. Merryman, confirmada entre outros pelo francês Roger Fabre, indica de modo incisivo a conexão entre as duas acepções da responsabilidade judiciária: a responsabilidade como poder-função e a responsabilidade como dever de prestar contas (e eventuais sanções). Ao mesmo tempo, oferece a chave para compreender a

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes irresponsáveis?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 23.

peculiaridade do problema da responsabilidade judiciária em nossa época.¹⁰⁶ (grifo do autor)

A possibilidade de controle tem de existir em todos os poderes, o que ocorre é que com a sobrevalorização da jurisdição há grande preocupação em como controlar esse poder, principalmente na tradição da *civil law*, na qual a fonte sempre foi o direito legislado e não o direito que surge da atividade judicante. Verifica-se, portanto, que a questão fundamental não é sobre o poder ou não de o magistrado criar direito, de os precedentes invadirem, teoricamente, competências legislativas. O que deve ser considerado é a possibilidade de controle das decisões existirem no intuito de que não se crie um Poder acima dos demais. Deve-se trilhar os ensinamentos de Cappelletti e aceitar que com grandes poderes advêm grandes responsabilidades.

¹⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 18.

3 PERSPECTIVA HISTÓRICA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS – ANOTAÇÕES PARA A COMPREENSÃO DO PRESENTE

Uma análise da história constitucional brasileira é importante para desvelar alguns pontos da cultura jurídica do país, pois as instituições sempre são reflexo do momento social em que se vive. Nesse sentido, indispensável para a correta compreensão do estágio jurídico atual, sob a égide da Constituição de 1988, passar pelas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e para alguns a Emenda Constitucional de 1969 que seria uma Constituição autônoma e não apenas uma emenda. Isso não significa que o passado de colônia de Portugal não interesse, mas sim a adoção de um marco, a independência do Brasil e a consequente elaboração do primeiro diploma constitucional.

Apesar de delimitar esse marco temporal que consiste no momento de independência do Brasil e elaboração da primeira Constituição, não se pode olvidar que por muito tempo o país ainda esteve vinculado ao Direito português¹⁰⁷, tanto no que se refere aos diplomas legais, bem como quanto aos profissionais da área, já que os bacharéis que havia em solo pátrio, ao tempo da independência, haviam estudado em Coimbra. Lopes¹⁰⁸ salienta que a primeira turma de bacharéis formados no Brasil formou-se em 1831.

Quanto aos diplomas legais deve-se lembrar que o Código Comercial data de 1850, o primeiro Código Civil de 1916, o primeiro Código de Processo Civil de 1939, o Código de Processo Criminal de 1832, o Código Criminal de 1830. Assim, mesmo após a independência do Brasil, inúmeras espécies normativas portuguesas continuaram a serem utilizadas. Pode-se destacar as Ordenações Filipinas, que longa vida tiveram, já que somente deixaram integralmente de serem utilizadas após o Código Civil de 1916, ou seja, apenas na República. O processo civil, também mereceu atenção, apesar de não ter sido editado um Código, fez-se o regulamento número 737 de 1850.

¹⁰⁷ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história** - lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 281: “[...] Enquanto não se alterava a legislação, a Assembléia Constituinte pela Lei de 20 de outubro de 1823 mandou aplicar no país as leis, regimentos e alvarás e outras normas editadas pelos reis de Portugal até 1821. Entre elas, naturalmente, estavam as *Ordenações Filipinas* de 1603. Em 184, a Carta Constitucional dispôs o seguinte sobre a codificação: ‘Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade’ (art. 179, XVIII)”

¹⁰⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história** - lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 336.

Como pôr em andamento a lei comercial? Foi preciso organizar os tribunais de comércio e neles dar uma nova ordem ao processo. O Ministro da Justiça Eusébio de Queirós, poucos meses depois de sancionado o Código expediu o Decreto n. 737 (26 de novembro de 1850). Conhecido como Regulamento 737 serviu de fato como Código de Processo Civil do Império. Vigorou até a Primeira República. Só o Código de Processo Civil de 1939 foi capaz de substituí-lo completamente.¹⁰⁹

A organização judiciária do Império era composta da seguinte forma: Juiz de Paz (Distritos), Juiz Municipal (Termos), Juiz de Direito e Jurados (Comarcas), Tribunais da Relação e Supremo Tribunal de Justiça¹¹⁰. Para o presente estudo interessa a competência do Supremo, que era estabelecida no artigo 164 da Constituição¹¹¹.

A revista era o assunto mais importante do Supremo. O recurso de revista tinha natureza da cassação, como se fazia, aliás, também na França, em que o Tribunal mais alto era chamado de Tribunal de Cassação. Pimenta Bueno esclarece: “O fim a que a parte tem em vista é que o supremo tribunal de justiça, atento a violação da lei, casse, anule o processo ou a sentença, que conseqüentemente mande retificar o processado, ou julgada de novo a causa” (Bueno, 1857:350). Além do pedido de revista pela parte, havia a *revista no só interesse da lei*: poderia ser pedida pelo procurador da coroa e soberania nacional para garantir o respeito, pelo judiciário, às decisões da Assembléia Geral, isto é, à lei. “O fim deste recurso, diz Pimenta Bueno, é de reivindicar o império e a dignidade da lei ofendida, não consentir que passe como lícito ou vigente um princípio ilegal, um arresto oposto à tese, ao preceito dela, de reprimir enfim o abuso do julgador”. Ele lembra, aliás, que a inspiração deste recurso está nas leis francesas. O Regulamento 737 de 1850 regulou a revista em matéria civil.¹¹² (grifo do autor)

A Constituição de 1824 teve como marcas importantes o fato de ter sido outorgada por Dom Pedro I. Este texto teve como característica ímpar a criação do

¹⁰⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história** - lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 295.

¹¹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história** - lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 331

¹¹¹ Artigo 164 da Constituição de 1824: “Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciales. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o24.htm. Acesso em: 18 de setembro de 2013.

¹¹² LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história** - lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 329-330.

Poder Moderador, um quarto poder, de uso exclusivo do Imperador, pelo qual podia subjugar os demais poderes instituídos. O voto era censitário e o acesso aos cargos eletivos também dependia de certas posses. Havia ligação formal entre a Igreja Católica e o Estado. A Constituição albergava dispositivos materialmente constitucionais e outros apenas formalmente constitucionais, assim previa uma forma de reforma diferenciada para os dispositivos materialmente constitucionais, ao passo que aquelas matéria apenas formalmente constitucionais poderiam ser alteradas por legislação ordinária, assim como qualquer outra lei¹¹³. Insta salientar a inexistência de controle de constitucionalidade das normas.

A Constituição de 1891, a primeira da República, elaborada por Rui Barbosa, com nítida inspiração na Constituição estadunidense vem inaugurar aqui o *judicial review of legislation*, ou seja, o controle de constitucionalidade, que, à semelhança do modelo de inspiração, apenas ocorria pela via difusa. Nesse texto o *habeas corpus* ganha *status* constitucional. O processo e a organização judiciária passam a ser de competência estadual, apesar de em muitos Estados, como refere Lopes¹¹⁴, o Regulamento número 737 de 1850 ter subsistido. É criada a Justiça Federal por meio do decreto número 848, de 11 de outubro de 1890¹¹⁵.

O Superior Tribunal de Justiça cede lugar ao Supremo Tribunal Federal e o recurso de revista desaparece da ordem jurídica e surge então o recurso extraordinário, que deixa de ser uma cassação. “[...] O extraordinário teria lugar quando se negasse validade a lei federal ou se questionasse a constitucionalidade

¹¹³ Quanto a reforma constitucional expressamenteprevia a Constituição de 1824: “Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles. Art. 175. A proposição será lida por tres vezes com intervallos de seis dias de uma á outra leitura; e depois da terceira, deliberará a Camara dos Deputados, se poderá ser admittida á discussão, seguindo-se tudo o mais, que é preciso para formação de uma Lei. Art. 176. Admittida a discussão, e vencida a necessidade da reforma do Artigo Constitucional, se expedirá Lei, que será sancionada, e promulgada pelo Imperador em fórma ordinaria; e na qual se ordenará aos Eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura, que nas Procuções lhes confirmam especial faculdade para a pretendida alteração, ou reforma. Art. 177. Na seguinte Legislatura, e na primeira Sessão será a materia proposta, e discutida, e o que se vencer, prevalecerá para a mudança, ou addição á Lei fundamental; e juntando-se á Constituição será solemnemente promulgada. Art. 178. E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm

¹¹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história** - lições introdutórias.2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 377.

¹¹⁵ “História” Disponível em: http://www2.jfrs.jus.br/?page_id=2969. Acesso em: 23 de setembro de 2013.

de leis, enquanto que o recurso de revista era cabível em caso de injustiça da decisão, entendida como negativa de vigência de texto expresso de lei.”¹¹⁶

Outra distinção em relação à Constituição imperial consiste no abandono da existência de normas constitucionais materiais e outras apenas formalmente constitucionais. Escreve Bastos:

Quanto à reforma da Constituição, todas as normas que a compunham passaram a ser consideradas constitucionais. Destarte, qualquer de seus preceitos só poderia ser alterado mediante um processo árduo, descrito no seu art. 90 e §§ 1.º a 4.º. Descaracteriza-se assim a antiga distinção que se fazia entre norma material e formalmente constitucional, que prevaleceu na Constituição Federal do Império.¹¹⁷

A Constituição de 1934, que sucedeu a de 1891 traz algumas inovações importantes. Pode-se citar a criação do mandado de segurança e da ação popular, a extensão do sufrágio, que passa a ser universal e a ampliação de direitos sociais. Como escreve Bonavides: “Trouxe por conseguinte a Constituição de 1934 a admirável marca social dos direitos do homem [...]”¹¹⁸. Nesse sentido é que a criação do mandado de segurança tem importância, pois ele: “[...] vem sobejamente corroborar o que temos dito relativamente à aparição dos direitos sociais [...]”¹¹⁹. Esse também é o relato de Mendes, Coelho e Branco:

“[...] a Carta de 1934 trouxe novidades significativas, que se incorporaram de vez à nossa experiência constitucional e que a credenciaram ao respeito da posteridade, como a constitucionalização dos direitos sociais; a criação da Justiça Eleitoral; o sufrágio feminino; o voto secreto e o mandado de segurança, este superlativamente importante [...]”¹²⁰

No que tange ao controle de constitucionalidade, continua-se com o modelo já antes instaurado, porém há a introdução da representação interventiva a cargo do

¹¹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história** - lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 376.

¹¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 110.

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. p. 325.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. p. 323.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 157.

Procurador Geral da República. Confere-se ao Senado Federal a possibilidade de extensão *erga omnes* dos efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade. Também se insere peculiar modificação quanto à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por parte dos tribunais, que somente passa a ser possível a partir da manifestação do pleno do respectivo tribunal. Essas duas inovações são elementos presentes nos dias de hoje na Constituição Federal de 1988, são eles a reserva de plenário (artigo 59) e a atuação do Senado Federal quanto à possibilidade de suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 52, X). A Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral são criadas, sendo a primeira incorporada ao Poder Judiciário somente em 1946.

Em 1937 faz-se outra Constituição, antes mesmo que a pretérita começasse a vigor, pois para que isto acontecesse fazia-se necessário a realização de um plebiscito, que jamais chegou a ocorrer. Apesar disso, pode-se afirmar que tal Constituição foi fruto de um governo autoritário influenciado pelas experiências nazi-fascistas¹²¹ tão presentes naquele momento histórico e teve como algumas medidas a serem salientadas: o desaparecimento do Senado Federal, o qual foi substituído por um Conselho Federal; desaparecimento da Justiça Federal; enfraquecimento do controle de constitucionalidade, já que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal estava sujeita a ratificação pelo legislativo; supressão do mandado de segurança como garantia constitucional; poder de dissolução do legislativo por parte do Presidente da República; criação do decreto-lei (possibilidade ampla de edição de normas por parte do Presidente da República). Nas palavras de Bonavides: “[...] A Constituição de 37 não respeitou nem mesmo seu próprio texto, concentrando direitos numa única pessoa (o Presidente). Ela foi o biombo de uma ditadura que sequer tinha preocupações com disfarces.”¹²²

A Constituição de 1946, novamente de volta ao regime democrático, que havia estado suspenso no período anterior, introduz o controle abstrato de constitucionalidade de normas estaduais e federais por meio da Emenda número 16, de 26 de novembro de 1965, que era exercido pelo Procurador Geral da República. Todavia, isso não significou o fim do controle concreto, mas sim a subsistência de

¹²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159;

¹²² BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. p. 325. p. 333.

ambos no mesmo sistema. A ação direta de inconstitucionalidade, em tese servia para a declaração de inconstitucionalidade, mas ante a inexistência a época de declaração de constitucionalidade, também servia para isso, pois em razão do seu efeito dúplice, qual seja: o indeferimento de uma pretensão de inconstitucionalidade significava declarar a constitucionalidade.

[...] o Procurador-Geral da República tanto poderia instaurar o controle abstrato de normas, com o objetivo precípua de ver declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (*ação declaratória de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade*), como poderia postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada (*ação declaratória de constitucionalidade*).¹²³ (grifo do autor)

O efeito dúplice persiste até os presentes dias, apesar da existência de ação de constitucionalidade e inconstitucionalidade.

Quanto a organização judiciária a Constituição de 1946 “[...] restabeleceu o Poder Judiciário Federal, por meio do Tribunal Federal de Recursos (2º grau). Na época, não havia juízes federais de primeiro grau, uma vez que as atribuições de âmbito federal tinham como foro as Justiças Estaduais.”¹²⁴

A Constituição de 1967 é uma Constituição que reflete o seu tempo, a época do governo militar, assim, algumas questões podem ser apontadas como: suspensão das garantias da magistratura; supressão da estabilidade para os funcionários públicos até então estáveis; suspensão do *habeas corpus* para alguns tipos de crimes; possibilidade de cassação de mandatos parlamentares; possibilidade de suspensão de direitos políticos por dez anos de qualquer pessoa, entre outras medidas antidemocráticas. Consoante informação oficial, em sede de organização judiciária e quanto a Justiça Federal:

A Justiça Federal de primeira instância só seria reimplantada durante o regime militar, recriada pela lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966. No período que mediou entre 1967 e a Constituição de 1988, a Justiça Federal permaneceu sem maiores alterações quanto à sua competência; na maior parte, resolver os casos em que a União e

¹²³ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 77.

¹²⁴ “História” Disponível em: http://www2.jfrs.jus.br/?page_id=2969. Acesso em: 23 de setembro de 2013.

suas autarquias fossem partes interessadas, as causas internacionais e os crimes de interesse federal.¹²⁵

Houve um período de grande instabilidade ao longo de todas as Constituições até a promulgação da Carta de 1988, a democracia sempre esteve em xeque e a organização judiciária e as garantias e direitos sempre muito cambiantes.

3.1 Constituição Federal de 1988 – algumas alterações

A Constituição Federal de 1988, apesar dos óbices quanto a atividade constituinte, foi o texto constitucional que contou com a maior participação popular na história do Brasil¹²⁶. Ingo Sarlet¹²⁷ ressalta que o processo constituinte brasileiro foi sim uma experiência democrática, em especial pela transição em relação ao regime anterior, a realização de eleições livres para a instalação da Assembleia Constituinte. Entende que o perfil de posição do constituinte quanto a elaboração do rol de direitos e garantias fundamentais esteve ligado umbilicalmente com o período de ditadura militar que o país passara, que se reflete nitidamente na previsão de aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Talvez, a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, § 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado o *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das “cláusulas pétreas” (ou “garantias de eternidade”) do art. 60, § 4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado.¹²⁸ (grifo do autor)

¹²⁵ “**História**” Disponível em: http://www2.jfrs.jus.br/?page_id=2969. Acesso em: 23 de setembro de 2013.

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. p. 325. p. 475.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 75-76.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

Nessa mesma linha de pensamento, Schäfer também destaca a importância das garantias fundamentais no texto de 1988 e a imutabilidade, impossibilidade de retrocesso, previsto pelo artigo 60, § 4º da Constituição Federal.

A Constituição brasileira, em seu artigo 60, § 4º, inciso IV, determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais individuais, criando expressamente um núcleo constitucional intangível pelo Constituinte Revisor. Assim, no atual sistema constitucional brasileiro, os direitos fundamentais foram elevados à categoria de “cláusulas pétreas”, cuja imunidade constitui um eficaz instrumento de sua proteção. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, esta cláusula protetiva alcança inclusive aqueles direitos fundamentais que não se encontrem expressamente elencados no catálogo do artigo 5º da Constituição Federal¹²⁹

Aliado a previsão das garantias fundamentais há a criação de novos instrumentos com o fito de preservá-las, como por exemplo o mandado de injunção e a criação do mandado de segurança coletivo, além da ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, em especial após as emendas que introduziram a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Além da notória tentativa de consolidação das garantias fundamentais é importante verificar a organização judiciária e as competências legislativas, pois isto retifica ou ratifica a tradição existente até então. Quanto as competências legislativas observa-se que o artigo 22, I da Constituição preceitua: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...]”. Esse dispositivo, por mais singelo que possa parecer e apesar de haver uma ressalva quanto a ele no parágrafo único do mesmo artigo, demonstra o esvaziamento da ideia de federação, visto que, em linhas gerais, aos Estados pouco resta a legislar, pelo menos em questões de grande relevo e alcance. Não se nega aqui a existência das competências legislativas estaduais, nem tampouco das municipais. Ocorre que ao promover a centralização do poder e por consequência o fortalecimento da União e o enfraquecimento dos Estados, isso obviamente tem reflexos no Poder Judiciário, tanto em relação a organização, bem como quanto a competência.

¹²⁹ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 49-50.

Visto que a legislação é quase em sua plenitude de competência da União, inafastável, portanto, a criação de um Tribunal que viesse a unificar o entendimento legal e garantir o respeito à lei, já que ela é a mesma para todo o país. Nesse sentido, criou-se o Superior Tribunal de Justiça, que veio a substituir o antigo Tribunal Federal de Recursos e assumiu algumas competências do Supremo Tribunal Federal para deixar este a cargo apenas das questões constitucionais.

As competências do Superior Tribunal de Justiça são aquelas previstas no artigo 105¹³⁰ da Constituição Federal, mas aqui interessa a competência recursal afeita ao Recurso Especial. Quanto a ela, José Afonso da Silva, um dos mentores desse Tribunal, escreve:

Referimo-nos à sua competência para julgar, *em recurso especial*, as causas decididas, em única ou última instância, pelos TRFs ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando [...] A questão suscitada no art. 105, III, *b*, não se limita a proteger a incolumidade da lei federal. também o é, talvez principalmente o seja. Contudo, na base dela está uma *questão constitucional*, já que se tem que decidir a respeito da competência constitucional para legislar

¹³⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;-b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; c) os **habeas corpus**, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados; f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; II - julgar, em recurso ordinário: a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País; III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

sobre a matéria da lei ou ato do governo local. Pode acontecer que a validade seja mesmo do ato local, por ser matéria que a Constituição atribuiu aos Estados, Distrito Federal ou Municípios. Significa isso que a questão é suscetível de apreciação pelo STF, mediante recurso extraordinário.¹³¹

Fica bem claro que o STJ surge em função das competências legislativas dos entes da Federação. Todavia, isso implica em um grande número de causas que podem, em tese, chegar a esse Tribunal. Assim, a alternativa pensada pelo constituinte logo se viu frustrada.

Com a Constituição de 1988, época em que já era preocupação de todos aqueles que trafegavam pelo espaço do Judiciário a chamada crise do recurso extraordinário, responsável pelo absoluto sufocamento do STF nas causas relativas aos processos subjetivos que lá desencadeavam, houve um excesso de otimismo com a instituição do Superior Tribunal de Justiça, a quem passou a competir o exame das questões federais suscitadas pelas partes vencidas em processos que já haviam esgotado o seu percurso junto às instâncias ordinárias, dando-se o nome a esse recurso, também de natureza extreme, pelo menos no âmbito federal, de especial, ficando o tradicional recurso extraordinário para o debate das questões constitucionais.¹³²

Por isso foram introduzidos uma série de obstáculos para que as causas não subam para julgamento. Isso acabou por gerar mais complexidade, pois inadmitir o Recurso Especial dá azo a certos sucedâneos recursais. Não se pensa aqui que a alternativa seria a extinção do STJ ou do Recurso Especial, mas sim que o problema de excesso de causas nesse tribunal é reflexo das competências legislativas instituídas aos entes da federação.

Os filtros introduzidos vêm tentar resolver esse problema de origem, já que as causas nem sempre serão decididas apenas nos âmbitos dos Estados da federação, pois a matéria legal discutida será, quase sempre, federal ou entrará em choque com a legislação federal. Assim, o STJ passa a ser uma espécie de terceira instância, pois, em tese, sempre poderá haver possibilidade de recurso. Percebe-se, portanto, que o excesso de causas no STJ não está relacionado com a competência dos demais tribunais, mas sim com a competência legislativa dos entes da

¹³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 573.

¹³² MACEDO, Elaine Harzheim. O sistema recursal, a jurisdição constitucional e a federativa: um novo paradigma. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski et al (Org.). **A constitucionalização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 176.

federação, face a realidade de que as decisões não devem ser dissonantes e, por isso, a necessidade do STJ e a impossibilidade pura e simples do expurgo dessa instância recursal.

3.1.1 A ampliação democrática de atores junto ao Supremo Tribunal Federal – valorização do controle concentrado de constitucionalidade

Por sua vez, em relação ao Supremo Tribunal Federal a Constituição Federal de 1988 buscou restringir a competência desse órgão, deixando essencialmente a cargo dele as questões envolvendo a guarda da Constituição.

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado.¹³³

Conforme escreve Mendes em monografia dedicada a questão da jurisdição constitucional, com a Constituição de 1988 houve uma mudança abissal.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.¹³⁴
(grifo do autor)

Esse fato acrescido ao incremento nos legitimados para a propositura de ações do controle concentrado demonstra a importante abertura constitucional promovida pelo legislador pátrio, e esse modelo se aproxima do conceito de sociedade aberta dos intérpretes desenvolvido por Haberle. Fica claro quando se

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p.149-168, abr. 2004. p. 159.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 80.

observa os atores/participantes do processo de interpretação constitucional na sociedade alemã. Vem ordenado da seguinte forma:

(1) As funções estatais: a) na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é relativizada mediante o instituto do voto vencido; b) nos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com objeto de atividade) órgão do Executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público; (2) os participantes do processo de decisão nos casos que não são, necessariamente, os órgãos do Estado, isto é: a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um “diálogo jurídico” (*Rechtsgesprach*); b) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (v.g., §§ 77, 85, n° 2, 94, n° 1 a 4, §§ 65, 82, n° 2, 83, n° 2, 94, n° 5), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (v.g., § 82, n° 4 da Lei do *bundesverfassungsgericht*); c) pareceristas ou *experts*, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§ 73, do Regimento Internos do Parlamento Federal); d) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§ 73, n° 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão), peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a “*longa manus*” da eleição de juizes; e) os grupos de pressão organizados (§ 10, do Regimento Interno do Governo Federal); f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo; (3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: *media* (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa dos leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (Cf. 2, d), igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais; (4) cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos n°s 1, 2 e 3; ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis.¹³⁵ (grifo do autor)

A análise cuidadosa, apartando o fato de o modelo de controle de constitucionalidade apresentar algumas diferenças, os participantes do processo, em sentido amplo, encontram-se tanto lá como aqui no Brasil. A ideia de Haberle pretende enxergar a Constituição como um processo público, algo que se

¹³⁵ HÄBERLE, Peter. **Hemenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 20-23.

desenvolve em diversas esferas, como já demonstrado pelo rol de participantes. É de fundamental importância o destaque que confere a diferenciação entre participantes estatais e aqueles não necessariamente fazem parte do Estado. Isso implica em uma abertura democrática, pois não cinge o processo interpretativo apenas como uma atividade estatal exercida por órgãos do Estado e que deixaria todos os outros integrantes da sociedade alijados desse fenômeno que é a interpretação. Assim, a democratização se dá de diversas formas.

[...] A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)¹³⁶

Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e “eruptivo” a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos “sobre” e “sob” as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. (Acentue-se que esse processo livre está sempre submetido a ameaça e que também a nossa ordem liberal-democrática apresenta *déficit* em relação ao modelo ideal). Teoria de Democracia e Teoria de Interpretação tornam-se consequência da Teoria da Ciência. A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido *lato*.¹³⁷

A integração de um grande número de participantes no processo de interpretação constitucional é importante para a pluralidade democrática que se exige de um Estado Democrático de Direito. Deve-se ressaltar que a pluralidade é quanto a possibilidade de influência e participação no processo e não uma pluralidade de “juízes”, nem tampouco um amorfismo decisionista. O que vale e deve ser enaltecido consiste na integração da sociedade para a compreensão e ajuda na decisão dos problemas constitucionais, pois de uma forma ou outra após o

¹³⁶ HÄBERLE, Peter. **Hemenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 30-31.

¹³⁷ HÄBERLE, Peter. **Hemenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 39-40.

deslinde da questão, a decisão impactará todos. Então, nada mais democrático e plural do que trazer o maior número de participantes para que a decisão seja bem informada e que ela não estabeleça autoritariamente o que se deve fazer. A última palavra é e deve ser da Corte Constitucional, mas ela tem que ter a possibilidade de poder emitir uma decisão juridicamente correta e tecnicamente boa.

No mesmo contexto da ampliação de legitimados para a propositura de ações do controle concentrado, no artigo 7º, § 2º da Lei 9.868¹³⁸, que regulamenta a ADI e a ADC, prevê a figura do *amicus curiae*, o qual procura trazer os anseios individuais para o bojo do controle concentrado, já que ao particular apenas a via difusa está aberta. Todavia, com essa previsão, apesar de não fazer um pedido, pode-se influir no processo de convencimento dos ministros.

Trata-se da previsão da figura do *amicus curiae*, no controle de constitucionalidade, em que o interessado pode prestar informações acerca da controvérsia constitucional em julgamento. É dizer, possibilita-se a participação de toda e qualquer pessoa no controle abstrato de constitucionalidade, o qual, *a priori*, possui um rol fechado de legitimados para sua deflagração inicial.¹³⁹ (grifo do autor)

Vale lembrar que na Constituição de 1967 a legitimidade ativa para a propositura de ação de controle de constitucionalidade era exclusiva do Procurador Geral da República, conforme o artigo 114, I, I da Constituição Federal de 1967 “Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente: [...] I) a representação do Procurador - Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

Além da ampliação dos legitimados ativos para a propositura da ação de inconstitucionalidade foram criados outros institutos também com o objetivo do controle de constitucionalidade, são eles: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Representação Interventiva e o Mandado de Injunção (este último criação da Constituição Federal de 1988), que consoante Schafer¹⁴⁰ constitui

¹³⁸ “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

¹³⁹ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006. p. 47.

¹⁴⁰ SCHÄFER, Gilberto. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 103.

meio que possibilita o indivíduo ver os seus direitos constitucionais efetivamente cumpridos, já que o judiciário pode/deve determinar a regulamentação do caso concreto consoante os dispositivos constitucionais e não pela criação de um regulamento ou lei. Outros elementos de ampliação democrática também tiveram ressaltado na nova ordem constitucional de 1988, como a figura do *amicus curiae* (já mencionado) e as audiências públicas (previstos nas Leis 9.868/99 e na Lei 9.882/99).

A regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental previa em seu texto original (artigo 2º, II da Lei 9.882/99) a possibilidade de que o cidadão individual a propusesse, mas esse dispositivo foi vetado. Segundo Streck¹⁴¹ essa foi uma violação frontal contra o espírito daquilo que o constituinte derivado pretendia ao ter inserido o descumprimento de preceito fundamental na Constituição Federal, já que tanto a ADI, bem como a ADC estavam comprometidas com o controle concentrado a ser exercido pelos legitimados constantes no artigo 103 da Constituição e a ADPF, como medida subsidiária deveria atender os pleitos do indivíduo, já que seria medida extrema e, assim, funcionaria como mecanismo democratizante do controle concentrado de constitucionalidade.

Outro importante avanço no controle de constitucionalidade previsto pela ADPF foi a possibilidade de controle de constitucionalidade de direito pré-constitucional, bem como o controle de constitucionalidade de normas municipais em face da Constituição Federal também anteriores a Constituição Federal de 1988.

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Essa alternativa se fez deveras importante para lograr expurgar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a presente Constituição, uma vez que sem a manifestação formal do Pretório Excelso acerca da constitucionalidade de dispositivo pré-constitucional, corre-se o risco de se chegar a um julgamento em que dita norma seja dada por não recepcionada, pois

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 810-811.

incompatível com a Constituição. Por meio do expediente da ADPF é possível que se proponha ao Supremo para que este delibere quanto a constitucionalidade do direito pretérito frente à presente Constituição e então não se tenha dúvida quanto a vigência de dada norma. Essa medida não representou redundância no sistema, pois tanto a ADI como a ADC são viáveis apenas para o controle de constitucionalidade de normas produzidas sob a égide da Constituição Federal de 1988 ou em relação as normas anteriores a presente Carta o controle é realizado em face da Constituição pretérita, o que deixava um vácuo em relação ao controle da normas pré-constitucionais em face da presente Constituição.

3.1.2 O desprestígio da abertura democrática – a pertinência temática

Apesar dessas modificações democráticas advindas com a Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem fazendo terra rasa dessas conquistas democráticas. A ampliação dos legitimados ativos para a propositura de ação do controle concentrado de constitucionalidade veio a receber interpretação que restringiu fortemente esse reforço do controle concentrado, pois o Supremo Tribunal Federal exige algo que não figura em qualquer diploma legal, a pertinência temática.

Dessa forma é criada uma subdivisão nos legitimados, que conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dividem-se em legitimados gerais e aqueles que tem a obrigatoriedade de demonstrar a pertinência temática. Há na realidade uma divisão em dois grupos, o primeiro com amplo acesso ao controle de constitucionalidade (Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional) e o segundo (a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) que deve demonstrar legitimidade para impugnar a norma.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem identificado a necessidade de que o Governador de um Estado a Assembléia Legislativa que impugna ato normativo de outro demonstre a

relevância, isto é, a *relação de pertinência* da pretensão formulada – da pretendida declaração de inconstitucionalidade da lei.¹⁴²

A relação de pertinência cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. Assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.¹⁴³

Sem expressar crítica veemente, mas também comentando a necessidade de pertinência temática, Barroso:

Com a Constituição de 1988, no entanto, foi suprimido o monopólio até então desfrutado pelo Procurador-Geral da República, com a ampliação expressiva de legitimados para a propositura de ação direta, enunciados nos nove incisos do art. 103. Ao longo dos anos de vigência da nova Carta, e independentemente de qualquer norma expressa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados: (i) os *universais*, que são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese; e (ii) os *especiais*, que são órgão e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada. [...] ¹⁴⁴

Esse tipo de cerceamento jamais deveria ser tolerado, pois a Constituição é um dirigir e vincular, a luz trazida por Hesse, Streck e Canotilho, em seu primeiro momento, é de fundamental importância. Respectivamente:

[...] a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a

¹⁴² MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 162.

¹⁴³ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.185.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 160-161.

vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).¹⁴⁵ (grifo do autor)

Ou seja, é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do *weelfare satate* (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.¹⁴⁶ (grifo do autor)

[...] Concebendo-se a constituição como norma e tarefa, como programa de acção e como plano normativo, interessa ainda aprofundar o sentido constitucionalmente vinculante desta tarefa ou programa constitucional. Programático e normativo – foi já referido – não são hoje conceitos materialmente antitéticos. As normas programáticas (em sentido amplo), não obstante poderem ser princípios ou normas abertas, carecidos de concretização, nem por isso deixam de ter força normativa vinculante no momento da concretização ou da interpretação constitucional. Aqui trata-se de precisar a natureza desta força normativa, sobretudo na perspectiva político-constitucional.¹⁴⁷

A possibilidade de atuação deve estar dentro da permissão constitucional, criar mecanismos ao gosto do julgador não pode fazer parte da ideia de constitucionalismo no atual momento histórico. Os problemas de definição da atuação do tribunal que foram mal concebidos pelo legislador, infelizmente, somente podem por ele ser corrigidos. Inovar sim, mas desde que em consonância com a prática admitida na Constituição Federal.

3.2 A experiência brasileira de vinculação

¹⁴⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 19.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67-68.

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 462.

Feita essa exposição, quanto ao desenvolvimento constitucional brasileiro até o estágio atual, cabe salientar que no ordenamento pátrio existem dois tipos de súmulas por parte do Poder Judiciário, as vinculantes e as súmulas propriamente ditas.

As súmulas como forma de condensação da jurisprudência são possíveis em todos os tribunais, tem função indicativa, persuasiva, sem força de obrigar o julgador. Além de serem uma influência para a decisão, também fornecem suprimento para o legislador, a fim de que mediante os mecanismos legais existentes torne o preceito sumulado uma norma jurídica positivada e aí sim com força cogente. No Anteprojeto de Lei que, possivelmente virá a ser o Código de Processo Civil, fortalece-se o Direito Sumular:

Art. 853. Incumbe ao relator: I – dirigir e ordenar o processo no tribunal; II – apreciar o pedido de tutela de urgência nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; III – negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que afrontar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, de tribunal superior ou do próprio tribunal; b) decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos; IV – dar provimento ao recurso se a decisão recorrida afrontar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, de tribunal superior ou do próprio tribunal; b) decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos; V – exercer outras atribuições estabelecidas nos regimentos internos dos tribunais. [...]

As súmulas com efeito vinculante, em termos legais, passaram a existir apenas a partir da Emenda Constitucional quarenta e cinco, que acrescentou o artigo 103-A ao texto constitucional. Referido dispositivo é marco no direito pátrio, pois fez com que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ganhasse força.

Nessa Emenda Constitucional o legislador abriu a possibilidade de o Pretório Excelso alçar a categoria de súmula vinculante às súmulas já editadas pela Corte. Previsto no artigo oitavo da Emenda Constitucional número quarenta e cinco: “As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.” Apesar dessa possibilidade, o Supremo optou por não utilizar esse mecanismo.

O fato de a súmula vinculante só poder ser editada pelo STF, ao passo que qualquer tribunal pode editar uma súmula é uma diferença, mas na realidade tem

importância em razão de a súmula ter cogência sobre toda a Administração, bem como a todos os órgãos jurisdicionais. Esse alcance é superior ao de uma lei, pois a coercibilidade advinda do preceito sumular vinculante é muito mais efetiva do que a de uma lei, já que quando é infringida uma súmula vinculante cabe reclamação direto ao Supremo, o que não ocorre se uma lei é violada, visto que a possível medida judicial se daria no curso de uma lide ordinária. Prescreve o § 3º do artigo 103-A da Constituição Federal:

Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Esclarecendo o preceito, têm-se três situações: primeiro do administrador público que profere decisão administrativa sem observar o enunciado da súmula vinculante acerca da matéria, nesse caso haverá a anulação do ato em caso de reclamação constitucional; em segundo tem-se a decisão que deveria atentar para o preceito vinculativo e não o fez, caso em que o STF cassará a decisão e ordenará que outra seja proferida em seu lugar, tendo a súmula como arrimo; no último caso tem-se a decisão que utilizou a súmula em matéria na qual não deveria ter sido utilizada, assim como nas hipóteses anteriores, em havendo reclamação constitucional deverá o STF adotar a mesma atitude do que na hipótese anterior com o particular de que na nova decisão não poderá haver menção a súmula vinculante.

Os efeitos do preceito sumulado são potencializados, atingindo todos, como se uma lei fosse, mas uma lei do caso concreto orientada para o futuro, com a peculiaridade de descolar-se do caso com pretensão de generalidade e abstração.

Assim, a súmula vinculante está positivada no art. 103-A da CF, que poderá ser proferida de ofício ou por provocação do STF, que passara a ter efeito vinculante após a sua publicação. A súmula vinculante passa a valer a partir de sua publicação, ou seja, sua constituição tem por objeto o futuro, e não necessariamente a consagração da jurisprudência.¹⁴⁸

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 61.

As características (generalidade e abstração) de um diploma legislativo estão presentes, todavia a súmula vinculante não consta no rol das espécies normativas possíveis, que são aquelas previstas no artigo 59 da Constituição Federal, que prevê: “O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. [...]”. Observa-se claramente que não há menção a súmulas nem a súmula vinculante, razão pela qual essa espécie não seria normativa, mas não há como negar normatividade a um dispositivo que preceitua com a ambição de generalidade a interpretação de determinados dispositivos, bem como prevê a possibilidade de reclamação constitucional para o caso de sua violação. Além desse artigo pode-se mencionar o artigo 5º, II da Constituição Federal que dita: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Fica claro que há a possibilidade de obrigar o administrador público a pautar os seus atos pelas súmulas vinculantes, ou seja, há súmula ordenando comportamento.

Apesar de a súmula vinculante não estar prevista na Constituição Federal como uma espécie normativa é necessário lembrar que a Constituição pode se excetuar a si própria e não é pelo fato de ela não constar entre as espécies normativas que ela não seja. Há que se salientar que a introdução foi via Emenda Constitucional, o que implica o respeito ao procedimento democrático.

Nesse ponto observam-se algumas questões estreitamente imbricadas ante a possibilidade de existência de um Direito Sumular cogente em face do sistema democrático brasileiro. Não há como deixar de vislumbrar o caráter normativo da súmula vinculante, bem como ser essa uma atividade atípica do Poder Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal. A ideia de aproximação das famílias de Direito passa indubitavelmente por essa flexibilização na separação dos Poderes, pois como imaginar que se possa surgir um direito do precedente sem a concessão de força para os julgados desse Poder.

Fica claro que a edição de súmulas é uma função atípica e não macula o sistema democrático-constitucional, já que apesar da existência da separação dos poderes, todos os demais exercem atividades típicas e atípicas. Todavia, a função atípica de cada poder tem de ser a exceção e não a regra, já que caso contrário será ela mais uma função típica de dito Poder. Dessa forma tem-se a peculiaridade de que o mesmo Poder que “legisla” (edita súmula vinculante) é ele que julga e aplica

os preceitos por ele elaborados. Nesse ponto é que há marcante diferença entre a súmula vinculante brasileira e o precedente judicial da *common law*.

A ideia de súmula existente no Brasil aproxima-se, conceitualmente, aos assentos do direito português, existentes desde 1518 (estilos da Casa de Suplicação) e que perduraram com força obrigatória até 1993¹⁴⁹, quando foram declarados inconstitucionais, do que propriamente aos precedentes da *common law*.

A diferença fundamental é traçada por Castanheira Neves, que demonstra que o assento é uma deliberação que surge no julgamento de um caso, mas que se desprende do mesmo e passa a ser um postulado geral e abstrato, tal qual uma lei, na medida em que a peculiaridade do caso concreto é olvidada e o que ganha força é o enunciado que surge do julgamento do caso.

[...] Do mesmo modo – ou tendo em conta essas características definidas pelas notas 3) e 4), que atrás lhes referimos, conjugadas com a nota 5) – também os *assentos* decisivamente se distinguem de qualquer regime formal de *jurisprudência estabilizada* que, por isso mesmo, se passe a impor como normativamente vinculante. Referimo-nos a institutos do tipo da *doctrina legal* (doutrina jurídica de origem jurisprudencial) do Supremo Tribunal espanhol ou da jurisprudência obrigatória da Suprema Corte mexicana. Em ambos estes casos o que se torna vinculante é a orientação jurídica, que através de uma jurisprudência reiterada ou de certo número de decisões jurisdicionais, estes supremos tribunais mantiveram constante, enquanto que nos *assentos* não se trata de dar relevo a uma jurisprudência constante ou uniforme, mas de impor mediante uma norma expressamente formulada para o futuro a solução de um conflito de jurisprudência – solução norma que nem tem de cingir-se às teses jurisprudenciais em conflito, optando apenas por uma delas, nem tem de traduzir qualquer orientação jurisprudencial anteriormente seguida. O *assento* é norma (constitui-se *ex-novo* visando o futuro) e não jurisprudência (consagração de soluções que vêm do passado e persistem).¹⁵⁰ (grifo do autor)

O enunciado que advém da deliberação tem como escopo gerenciar casos futuros, nesse sentido a generalidade e abstração. O precedente judicial, por sua vez, é uma realidade histórico-concreta, pois a peculiaridade do caso é fundamental para a formação da decisão. Saliente-se que a menção a um precedente sempre é feita da seguinte forma: *Roe vs. Wade*, *Brown v. Board of Education*, etc. Há um

¹⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 133-136.

¹⁵⁰ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 11.

enlace do precedente com o que foi decidido no caso que o originou, o que faz com que a vinculação seja consoante um caso específico e não uma regra que visa a abarcar todos os casos similares.

Temos, por fim, a estrutura dos *assentos* e a sua finalidade imediata a excluírem diretamente a última nota caracterizadora de um regime de precedentes, pela razão simples de que por aquelas se exprime um enunciado prescritivo formal que há-de valer como premissa fixa para soluções concretas também fixas e uniformes, isto é, abstractamente determinadas e previamente conhecidas, enquanto que num regime de precedentes se verificará sempre uma diferenciação material e uma flexibilidade normativa, próprias da sua ponderação *in concreto* – e assim com todas as adaptações, modificações e *distinguos* que essa ponderação implica. Isto em termos de poder dizer-se, com Larenz, que o critério obtido na decisão precedente só vale sob a reserva de que o novo caso a decidir não contenha elementos que na constituição do critério não foram considerados. Pelo que, acrescenta este autor, é muito criticável se porventura só são considerados os critérios, e não também o caso concreto com a global fundamentação da sua decisão. Os critérios devem ver-se sempre e apenas em ligação com o respectivo caso decidido. E nada disso se passa com os *assentos*, que justamente se impõem geral-abstractamente, ou fazendo abstracção, como norma geral que pretendem ser, do caso concreto que tenha estado na sua origem.¹⁵¹ (grifo do autor)

Insiste-se aqui com a experiência portuguesa dos *assentos*, pois se acredita que estes têm uma proximidade grande com o objetivo pretendido em solo pátrio com a instituição da súmula vinculante. Todavia, a experiência portuguesa data de tempo mais pretérito que a súmula vinculante, conseqüentemente com uma assimilação bem crítica quanto aos resultados.

Verifica-se que o julgador na tradição da *common law* tem uma possibilidade bem mais ampla de atuação, pois na realidade portuguesa e brasileira a existência de um *assento* ou uma súmula vinculante antecipa a realização da decisão a qual se dá por subsunção relevando as peculiaridades do caso concreto em análise. O pensamento de Barroso demonstra isso:

Ainda em relação ao objeto, veja-se que a súmula vinculante não se limita a ser um mecanismo para conferir eficácia vinculante a decisões produzidas em sede de controle incidental de constitucionalidade, embora seja essa uma das aplicações possíveis do instituto. Mais do que isso, as súmulas permitem que o STF

¹⁵¹ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 77-78.

estabeleça uma determinada tese jurídica, cristalizando as razões de decidir adotadas pela Corte (*ratio decidendi*) em um enunciado dotado de eficácia geral. Não por acaso, também as decisões produzidas em controle abstrato podem dar origem à edição de súmulas vinculantes. Na prática, os enunciados poderão ter objeto mais ou menos amplo de acordo com a redação que venha a ser aprovada pelo STF, variando desde uma afirmação sobre a inconstitucionalidade de determinado dispositivo constitucional até a definição da interpretação adequada de um artigo da própria Constituição.¹⁵² (grifo do autor)

Constata-se claramente a má assimilação do conceito de precedentes, *ratio decidendi* e *stare decisis*, pois, como amplamente demonstrado na primeira parte do trabalho, é impensável conceber que um precedente caiba em um enunciado, o que se chega em uma súmula vinculante é o enunciado de um resultado que se deve obter, mas não a razão de decidir do caso. Esse é um grave erro, pois desconhece a possibilidade da existência de várias razões de decidir chegarem a um mesmo resultado, mas isso não significa que sejam equivalentes. Tal pensamento também implica a cisão completa entre contexto de aplicação e justificação, que é um dos erros crassos da ideia de súmula, diferentemente da matriz da *common law* em que a questão fática é sempre indispensável e umbilicalmente ligada ao direito, já que este apenas pode existir dentro de um contexto fático e jamais solte no ar como um enunciado performativo com objetivo de verdade.

Compreender é, pois, aplicar. Filosoficamente, ao menos depois da invasão da filosofia pela linguagem, *não é possível separar interpretação e aplicação*. O sentido não se descola do âmbito da compreensão. Aqui parece não ter sido bem compreendida a tese (central) gadameriana da *applicatio*, pela qual interpretar é aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, “em toda leitura tem lugar uma aplicação” (Gadamer). *Quando Gadamer diz isso, ele não está se referindo a aplicação da lei ou à aplicação judicial*. Mais do que isso, a *applicatio* não significa, como se poderia pensar, que a aplicação hermenêutica se processa como um bloco homogêneo, como se não houvesse fusão de horizontes, que é feita a partir do círculo hermenêutico.¹⁵³ (grifo do autor)

A compreensão desses dois horizontes é essencial, em especial pela má compreensão dos precedentes. A liberdade que se menciona na tradição da anglo-

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 83.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119.

americana consiste em que o precedente é uma regra, assim como o assento e a súmula vinculante, mas a apreciação desta não se dá sob a forma de uma subsunção, pois a aplicação do precedente não ocorre de forma imediata e automática, bem como o magistrado tem a possibilidade de “distinguir” o caso sob análise e, portanto, evitar a aplicação do precedente. Como se percebe, a vinculação quanto a decisões das Cortes Supremas existe, mas a forma de implementação é distinta.

Sob a forma do precedente é muito mais fácil que um julgador de primeira instância consiga chegar a uma decisão mais acertada para um caso afastando-se de um precedente, pois isso para ele é possível e sua decisão pode ser ratificada pelas instâncias superiores ou retificada. Todavia, uma decisão que nega aplicação a uma súmula vinculante é facilmente derrubada pois a instância superior irá determinar que ser profira outra aplicando a súmula e, mesmo que o Tribunal de mais alta hierarquia, no caso o STF quisesse deixar de aplicar uma súmula, em tese, ele não poderia fazê-lo no julgamento de um recurso, mas apenas por meio do procedimento de revisão ou cancelamento. Nesse sentido a vinculação existente pode oxigenar o sistema ou imobilizá-lo.

3.2.1 Súmulas vinculantes – a posição quanto a inconstitucionalidade

Quanto a possibilidade de inconstitucionalidade, deve-se observar as funções concernentes a cada poder e cotejar com as cláusulas pétreas previstas no artigo 60 da Constituição Federal, mais especificamente o § 4º, inciso III, que preceitua: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes; [...]”. Admitir esse tipo de procedimento de elaboração de uma é admitir a violação da separação dos poderes, tanto é assim que a súmula vinculante não figura como norma, pois não está dentre as espécies normativas previstas no artigo 59 da Constituição Federal, mas tem força cogente como observou-se no artigo 103-A. Geraige Neto traz alguns argumentos no sentido da inconstitucionalidade da súmula vinculante:

Quanto à inconstitucionalidade da adoção do sistema de súmula vinculante, é possível relacionar alguns argumentos. O primeiro deles é aquele que diferencia súmula de lei. Somente podendo o juiz decidir com base na lei, conforme preconizaria o sistema jurídico

brasileiro, e, não sendo a súmula propriamente uma lei, do modo exigido para a sua formação, com todo o necessário processo legiferante, não seria possível uma súmula que vinculasse todas as decisões, a não se naqueles casos em que a lei for omissa, momento em que a analogia, o costume e os princípios gerais poderão servir de base para o julgamento, sempre à luz do inv. IX do art. 93 da Constituição da República. Além disso, de acordo com o sistema vigente e à luz do art. 2º da Constituição da República, a tripartição do Poder determina e delimita exatamente as funções típicas que deverão ser exercidas pelo Judiciário, pelo Legislativo e pelo Executivo. Seguramente, legislar é função do Poder Legislativo e jamais do Poder Judiciário. Dessa forma, na visão deste segundo argumento, o sistema de súmula vinculante violaria a regra da separação dos poderes.¹⁵⁴

O excerto acima ratifica os argumentos já esposados além de trazer alguns a mais como fonte de subsídio no indicativo da inconstitucionalidade da súmula vinculante da maneira como foi erigida no corpo da Constituição Federal.

Além dos argumentos que estão positivados na Constituição, há que se atentar que essas mudanças têm de respeitar a democracia, como diz Bobbio:

[...] definição mínima de democracia, segundo a qual por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados.¹⁵⁵

Assim, não há como afastar-se da tomada coletiva de decisões, bem como as regras estabelecidas. A legitimação para legislar é conferida apenas ao Legislativo e ao Executivo, que são os representantes do povo, porque a democracia é representativa. O Poder Judiciário não é representante direto do povo, mais um argumento para a sua impossibilidade de “legislar”. Além do mais, principalmente em relação aos Tribunais Superiores e ao Supremo Tribunal Federal, há que se ter em vista a sua composição, a qual se não é política, pelo menos é mista. É de notório saber que os ministros não têm mandato e no cargo permanecem até a aposentadoria volitiva ou compulsória.

Assim, tem-se que em admitindo a atividade legiferante por parte dos tribunais mediante a edição de súmulas com efeito vinculativo, está-se admitindo a

¹⁵⁴ GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 101-102.

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 6. ed. Traduzido por: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 12.

existência de um exercício de poder legislativo, mas de um caráter especial, pois não está afeto a legislatura e de maneira alguma refletirá os anseios sociais, pois não está voltado para o povo. Nesse sentido é que há que ser esclarecido que um dos problemas é a súmula inovar em direitos e obrigações não previstas legalmente, o que é uma afronta a Constituição. Todavia, a atividade que visa uniformizar o entendimento legal não é um mal em si mesmo, tudo depende da forma de vinculação, bem como da elaboração do preceito sumular.

Outro ponto, esse sim de inconstitucionalidade flagrante, é sobre a possibilidade de que a súmula vinculante poder ser revisada ou cancelada. Nesse sentido Mendes, Coelho e Branco escrevem: “A possibilidade de cancelamento ou revisão de súmula é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do Direito estar em constante transformação. [...]”¹⁵⁶. O pensamento é muito positivo, mas pode ocorrer de que uma súmula aprovada com dois terços dos votos (oito votos) não possa ser modificada posteriormente em razão de o STF estar sempre em constante mudança. Exemplificando: com a saída de três ministros e o ingresso de outros três com entendimento contrário àquele que está sumulado, a súmula aprovada com o mínimo de votos, ou seja, oito, não pode ser revista ou cancelada, pois o entendimento contrário que tinha três votos passou a ter seis e o sumulado de oito passou para cinco. Assim, apesar de o entendimento majoritário do STF ser contrário a súmula vinculante, a mesma segue hígida, visto não existirem meios legais para alterá-la. A ideia de conferir um quórum especial para a revisão ou cancelamento de súmula pode ser boa para a ideia de estabilidade do Direito, mas também tem vício sério, porque para a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de, por exemplo, uma Emenda Constitucional, apenas são necessário seis votos em um mesmo sentido (artigo 23 da Lei 9.868/99). Vê-se que se criou uma aberração, visto que uma norma constitucional está em grau hierárquico inferior a uma súmula vinculante.

Convém recordar a dicção do artigo 3º da Lei 11.417 de 2006:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 917.

dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Tem-se dentre os legitimados para propor a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante os mesmos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Direta de Constitucionalidade. Todavia, a ampliação realizada no rol de legitimados para as ações constitucionais teve como escopo a democratização do controle concentrado, tentando privilegiar essa forma de controle. Ocorre que essa ideia de democratização do controle concentrado de constitucionalidade não opera com a mesma lógica quanto à súmula vinculante, já que esta trata precipuamente sobre o processo subjetivo e não o objetivo característica do controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, apesar de serem acrescentados alguns legitimados (que não tem legitimidade para propor ADI e ADC) para o cancelamento ou a revisão que é o que interessa, o instituto da súmula vinculante acaba por imobilizar mudanças de pensamento jurídico, pois a alteração acerca do assunto sumulado somente poderá partir do STF. Há uma confusão entre o processo subjetivo e o objetivo, pois no primeiro há uma pretensão resistida, a qual inexistente no segundo.

Além de engessar todas as instâncias do Poder Judiciário, principalmente caso venha a se tornar entendimento superado, mas apesar disso vigente, em função do requisito de dois terços de votos, a súmula vinculante pode negar o direito de ação, pois não há possibilidade efetiva de o indivíduo combater um preceito sumulado, pois esse tem força superior à lei e é o resultado para o caso prático que se subsume a dicção do preceito. É cristalino que o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição foi completamente mitigado, pois não se pode garantir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” já que a súmula com a previsão antecipada de resultados faz que seja afastada a hipótese de procedência do pedido no caso de entendimento sumulado, o que faz com que

inexista apreciação por parte do Poder Judiciário, há sim a aplicação da eventual súmula.

Apesar dos argumentos esposados, podem ser vislumbradas algumas possíveis vantagens advindas com a súmula vinculante, saliente-se o funcionamento do aparato Judiciário com maior celeridade e também a certeza no tocante as decisões. Mancuso elenca dez vantagens advindas ante a adoção das súmulas vinculantes:

[...] a) exerce pressão e controle sobre as condutas das pessoas físicas e jurídicas, na medida em que torna público o estereótipo daquilo que o Judiciário, numa dada matéria, considera *certo* ou *errado*; *justo* ou *injusto*; *válido* ou *inválido*; *jurídico* ou *antijurídico*; b) permite a previsibilidade do resultado das demandas pendentes e mesmo virtuais, assim *antecipando* o teor provável da futura decisão (donde se ter previsto, no Projeto de Lei 3.804-A/93 que, sendo a “pretensão fundamentada na tese da súmula, poderá ser concedida a antecipação da tutela, prosseguindo o feito até final julgamento” – redação proposta para o CPC, art. 479, §4º, *d*); c) passa a atuar como fonte de direitos e obrigações perante as pessoas físicas e jurídicas e nas suas relações com o Estado, por exemplo, servindo como diretriz para a inserção/supressão de cláusulas contratuais ou nos conflitos entre Fisco e contribuinte; d) influi, poderosamente, na formação da *persuasão racional* do magistrado, de forma ainda mais decisiva do que as fontes secundárias e os meios de integração (costumes, analogia, equidade, regras de experiência, princípios gerais, doutrina): v. §1.º do art. 518 do CPC, cf. Lei 11.276/2006; e) simplifica ou sumariza o discurso jurídico, na medida em que se torna a *remissa menor* do silogismo da decisão judicial, que, de outro modo, seria composta pela norma legal, a qual, todavia, demandaria interpretação, conducente a mais de uma inteligência; f) reduz ou praticamente anula o risco de decisões conflitantes sobre um mesmo assunto, assim contribuindo para o tratamento isonômico aos jurisdicionados, ao tempo em que harmoniza os valores *justiça* e *certeza*; g) agiliza as decisões, na medida em que a súmula já significa o extrato do entendimento predominante no tribunal competente, acerca da matéria, num dado espaço-tempo, superando possíveis argumentos contrários ao seu enunciado; h) atua eficazmente na desobstrução do serviço judiciário, economizando o tempo entre as fases postulatória e decisória no primeiro grau e entre a fase recursal e o trânsito em julgado; i) simplifica e agiliza o juízo de admissibilidade dos recursos – e em certos casos até a decisão sobre o mérito e pretensão recursal – sobretudo nos Tribunais Superiores; j) *last, but not least*, propicia a *uniformização contemporânea da jurisprudência*, pela aplicação de um único juízo de valor aos caso análogos – pendentes e futuros – sem embargo de eventual alteração ou mesmo revogação da súmula, se e quando tal se justifique: pela superveniente alteração das *fontes substanciais* da norma de regência, pela modificação/supressão desse texto, ou,

enfim, pelo advento de exegese que torne superada a precedente (*overruling*, praticado nos países da *common law*).¹⁵⁷ (grifo do autor)

Apesar das ditas qualidades da súmula vinculante, é impossível que algo posto da maneira como está, ou seja, antidemocrático, inconstitucional possa representar um efetivo avanço. Subverter a compreensão dos conceitos é grave e não se logrará êxito com um modelo que deixa a porta aberta para a arbitrariedade judicial. Uma analogia grosseira acerca da questão seria compreender uma ditadura bem intencionada como algo que venha a contribuir e somar ao que se tem como democracia.

Outra razão que levanta suspeitas enormes em relação a súmula vinculante consiste no fato de que o objetivo para o qual ela foi criada já estava coberto pela Ação Declaratória de Constitucionalidade, pois a súmula vinculante tem como objetivo “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”. A Ação Declaratória de Constitucionalidade por sua vez tem como escopo dirimir a dúvida sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Não se pode sequer advogar no sentido de que a súmula tem efeito vinculante, na medida em que de acordo com o § 2º do artigo 102 da Constituição Federal:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Ora, resta evidente que a súmula, da maneira como foi erigida na Constituição, tem um objetivo eminentemente legislativo, pois a possibilidade de vinculação já existia, bem como a reclamação constitucional já era possível quando do descumprimento de uma decisão proferida no controle abstrato de constitucionalidade com efeito *erga omnes*¹⁵⁸. A criação da súmula vinculante vem a

¹⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 364-365.

¹⁵⁸ Há previsão legislativa acerca da possibilidade de reclamação constitucional para garantir a autoridade dos julgados do Supremo Tribunal Federal. É clara a dicção do artigo 13 da Lei

ser um acréscimo de redundância, já que o objetivo buscado por ela já era previsto por outro instituto existente. Pensando por essa perspectiva parece inexistir óbice quanto a sua eventual constitucionalidade, mas outro ponto que deve ser considerado consiste na quebra do “princípio dispositivo”, pois pode haver súmula sobre algo que não foi proposto por parte alguma, isso quando a iniciativa para a proposição de súmula vinculante parta do próprio Supremo Tribunal Federal, ou seja, estaria o Pretório Excelso exercendo o princípio dispositivo no seu sentido material.

A conformação democrático-constitucional da súmula vinculante, apesar de ter sido introduzida por meio de Emenda Constitucional, é inconstitucional por diversos aspectos: 1) ela segue válida mesmo que contrarie o entendimento da maior parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal; 2) cinde interpretação e aplicação e pretender aplicar a súmula por subsunção; 3) representa o exercício do princípio dispositivo no seu sentido material pelo Pretório Excelso; 4) figura acima de norma introduzida via emenda constitucional, porque para declarar a inconstitucionalidade de uma norma é necessário maioria simples e para revisar ou cancelar uma súmula vinculante é necessário o voto de dois terços dos ministros. Esses e outros motivos advogam nesse sentido.

3.2.2 Vinculação as decisões no controle difuso de constitucionalidade efetuado pelo Supremo Tribunal Federal

O presente momento, em especial pela introdução da repercussão geral como pré-requisito no Recurso Extraordinário, é no sentido da objetivação do controle concreto. “O atual posicionamento do STF demonstra uma tendência inelutável marcada pela *objetivação do processo constitucional (objektives Verfahren)*, o que provocará uma aproximação das eficácias das sentencias no controle *difuso* e no *concentrado*.”¹⁵⁹ Jobim ratifica esse entendimento:

8.039/90: “Art. 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público. Parágrafo único - A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível”.

¹⁵⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral**: e outras questões relativas aos recursos especial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 54.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 redefiniu o conceito e recurso extraordinário ao admitir um filtro denominado de repercussão geral, o qual foi inserido no artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, o que fez com que a interposição deste meio de impugnação de uma decisão judicial transcendesse a subjetividade do recorrente e, com isto, trouxesse contornos de objetivação do controle difuso de constitucionalidade.¹⁶⁰

Marinoni¹⁶¹ também pensa no sentido da vinculação do controle difuso, em especial quando compreendida a necessidade de vinculação das decisões do STF a partir dos motivos determinantes da decisão, já que isso não é o mesmo que estender o dispositivo do caso para todos, ou seja, a eficácia *erga omnes*. Nesse ínterim propugna-se atualmente pela eficácia *erga omnes* dos motivos determinantes das decisões proferidas pelo plenário do Supremo, inclusive nas causas de controle difuso de constitucionalidade. Relega-se o disposto no artigo 52, X da Constituição Federal, visto que a inconstitucionalidade declarada *inter partes* pelo STF deveria ser comunicada ao Senado Federal e este decidiria por suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional ou não. Azambuja¹⁶² destaca que as amarras que prendem o controle incidental de constitucionalidade ao Senado Federal, para que este realize a suspensão do diploma declarado inconstitucional é um resquício de legalismo, pois despreza a coisa julgada material proferida pelo Supremo e coloca o papel do Senado como fundamental, o que não pode prosperar em uma jurisdição una que busca por resultados coerentes na aplicação do direito, em especial na via extraordinária.

A ideia supracitada é bastante pertinente, pois com a instituição da repercussão geral o STF não julga apenas causas no processo subjetivo, mas também assuntos, já que a existência de repercussão geral não está ligada a questão fática, mas sim sobre o direito, que, como sabido, não se discutem fatos nos recursos de assento constitucional. Nesse sentido inexistiria diferença entre o controle de constitucionalidade efetuado abstratamente ou concretamente, pois em ambos há um tema, a diferença é que em um a inconstitucionalidade é analisada em abstrato e no outro em concreto. Agora como há um filtro nos processos que

¹⁶⁰ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes:** da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 150.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 460-464.

¹⁶² AZAMBUJA, Carmen Luisa Dias de. **Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado:** efeito erga omnes de seu julgamento. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 178.

chegam em grau recursal ao Supremo, apenas os temas “importantes” é que por ele são julgados, ou seja, em ambos o controle passa a ser de forma abstrata, um em relação a lei ou ato normativo em si e o outro também, visto que a lide pouco importa para o controle, o que deve ser considerado é o tema. Streck, Cattoni e Lima posicionam-se em sentido contrário:

O Supremo Tribunal, aqui, não funciona nem mesmo como mera corte de cassação, mas como corte de apelação, cabendo-lhe julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in iudicando*. Assim, o resultado da atuação do STF no controle difuso de constitucionalidade nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão; e essa decisão trata da inconstitucionalidade como preliminar de mérito para tratar do caso concreto, devolvido a ele por meio de recurso, sob pena de se estar negando jurisdição (artigo 5.º, XXXV e LV, da Constituição da República). [...] Desta forma, a alegação de que é cabível reclamação contra as “teses” — e não contra os julgados — do STF incorre na imprecisão inerente ao papel das cortes controladoras da constitucionalidade que é o de agirem somente diante de uma situação contextualizada.¹⁶³ (grifo do autor)

No mesmo sentido posiciona-se Piñeiro¹⁶⁴, que acredita não existirem bases histórica que venham a justificar a concessão de efeitos *erga omnes* as decisões proferidas em sede de controle difuso, mas faz isso tentando traçar uma separação entre as grandes famílias e que o apego a legislação escrita aqui no Brasil e a inspiração inicial no modelo estadunidense (controle pela via difusa) e que segundo sua visão esteve ratificado em todos os textos até o presente, a Constituição de 1988.

A manifestação de Streck, Cattoni e Lima é acerca da possibilidade de extensão de efeitos *erga omnes* para uma decisão proferida em um *habeas corpus* e que posteriormente foi intentada reclamação constitucional para fazer com que o juízo de primeira instância aplicasse o entendimento do STF. Em tese a Reclamação Constitucional não seria possível, já que esta serve para manter a autoridade e soberania dos julgados do STF realizados em sede de controle abstrato ou pelo descumprimento de súmula vinculante. Nesse sentido os citados juristas entendem

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **Considerações preliminares:** a mutação como caminho (ou condição) para a decisão. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 19 nov. 2013.

¹⁶⁴ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade:** direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 206-207.

que há a necessidade de manter-se o sistema esculpido no artigo 52, X da Constituição Federal, pois a declaração de inconstitucionalidade se daria de forma distinta dependendo do controle de constitucionalidade efetuado (concreto ou abstrato). O pensamento destes juristas, apesar de vinculado estritamente ao texto constitucional, não percebe a problemática que se cria quando não há a declaração de nulidade de determinado dispositivo, mas sim a interpretação conforme a Constituição¹⁶⁵, porque nesses casos o Senado Federal não teria como atuar, já que apenas pode suspender e não realizar as técnicas interpretativas disponíveis aos Ministros do STF, ou seja, eventualmente, mesmo que quisesse estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida no controle difuso, isso não seria possível.

Há que se compreender, conforme relata Mendes¹⁶⁶, que a ideia de suspensão da norma por parte do Senado Federal dá-se em razão da reiteração no texto da Constituição Federal de 1988 de algo que já existia nos textos pretéritos, tendo sido inaugurado esse modelo em 1934, momento em que não se pensava em eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, até porquê naquele tempo o controle de constitucionalidade era efetuado em concreto. Insistir em que o Senado Federal tem importante papel nessa forma de declaração de inconstitucionalidade é incentivar o litígio, já que apenas por meio de manifestação judicial é que se irá lograr a extensão da declaração de inconstitucionalidade efetuada em outro caso.

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmo efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênua

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 464.

¹⁶⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p.149-168, jun. 2004. p. 164: “Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII)”.

devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!¹⁶⁷

Outro problema que surge caso não se considere vinculante a decisão proferida no controle concreto de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal consiste na desnecessidade de respeito a essa decisão por parte dos Tribunais inferiores, o quê gera ainda mais litigiosidade, na medida em que este entendimento, por certo, desafiará Recurso Extraordinário. Por essa razão, o Supremo tem o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade incidental proferida pelo Supremo Tribunal Federal dispensa que tal controvérsia seja analisada pelo órgão especial ou pleno dos Tribunais:

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferida nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.¹⁶⁸ (grifo do autor)

Todavia, não é defendida aqui a tese da mutação informal da Constituição. Pensa-se que com a introdução da repercussão geral, em ambas as formas de controle dá-se em tese, pois a repercussão geral não decorre da faticidade envolvida, mas sim pelo direito, que agora é admitido ou inadmitido. Assim, fundamental que o controle de constitucionalidade efetuado *inter partes* tenha efeito *erga omnes*, pois já não mais se trata da causa, mas sim do tema e este é muito mais amplo do que a pretensão das partes em juízo. Ressalva deve ser feita quanto aqueles processos subjetivos que ao STF chegam seja por competência originária ou por competência ordinária recursal, pois estes não se submetem ao crivo da

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130-131.

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 157.

repercussão geral, o que faz com que não sejam teses as questões discutidas e sim causas. Esse parece ser o equívoco de Ramires ao escrever sobre o artigo 52, X da Constituição Federal:

[...] Caso realmente prospere a ideia de que qualquer precedente do Supremo Tribunal Federal seja vinculante quando proferido em controle difuso de constitucionalidade, independentemente de qualquer provocação do Senado Federal (leia-se “independentemente de qualquer coisa”), pode-se correr o risco de resvalar em direção à metafísica, vendo em decisões judiciais a resolução de teses jurídicas que flutuam no ar, esperando serem “acopladas”. [...] ¹⁶⁹

Marinoni também defende a equiparação dos efeitos do controle de constitucionalidade independentemente da forma como ele é realizado, mas faz uma ressalva, que consiste no fato de que o dispositivo julgado inconstitucional em Recurso Extraordinário não é nulificado, mas sim passa a ter um estado de latência, visto que a competência para extingui-lo ordenamento seria do Senado Federal.

De qualquer forma, ao se chegar ao ponto que interessa em face do que se vinha tratando no item anterior, torna-se possível dizer que decisões podem declarar a mesma norma constitucional e inconstitucional, conforme as circunstâncias de fato envolvidas com a norma. O que demonstra que ver a decisão de inconstitucionalidade como um precedente suscetível de revogação é muito mais adequado do que supor que a declaração de inconstitucionalidade definitivamente sepulta a norma, impedindo que venha a ser, ainda que excepcionalmente, novamente aplicada. ¹⁷⁰

Essa ideia faz com que a ideia de integridade seja abalada, pois abre espaços para a arbitrariedade que tanto se deseja excluir por meio da adesão a ideia de precedentes. Todavia, não se pode criticar a construção do argumento, uma vez que Marinoni pretende ver a vinculação aos motivos determinantes da decisão proferido em controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo e não a extensão do efeito *erga omnes* para as decisões do controle incidental. A coerência de pensamento é correta, mas essa ideia abre espaço para que existam decisões políticas e não jurídicas, na medida em que se deixa um dispositivo em estado de

¹⁶⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 467.

latência, ou seja, a qualquer momento ele pode voltar a ser aplicado, mas sem uma previsão por parte dos jurisdicionados.

Portanto, a ideia de tratar *like cases alike* fica comprometida, pois o Supremo teria a sua disposição a discricionariedade de escolher quando considera uma norma constitucional e aplica-a e quando a considera inconstitucional e não a aplica, isso tudo em decorrência da não extensão, não nulificação das normas por meio do controle difuso e a simples concessão de vinculação as razões determinantes, que forma um precedente, o qual pode ser superado em casos futuros, ou seja, a (in)constitucionalidade pode mudar a todo e qualquer tempo. Isso, todavia, não se deve confundir com a modulação dos efeitos quanto a pronúncia da inconstitucionalidade e outras formas de interpretação com o fito de “salvar” a espécie normativa viciada, o que não se pode obter consiste na (in)constitucionalidade variar conforme o contexto fático e, assim, criar-se um estágio de normas latentes que existem e inexistem ao mesmo tempo.

Independentemente da possibilidade de sinalização da mudança de entendimento pelo STF, isso indubitavelmente consiste em entregar uma carta coringa para o julgador, já que ele pode lançar mão do dispositivo legal antes declarado inconstitucional, uma vez que não nulificaria a “lei”, mas apenas a deixaria em estado de latência, podendo voltar a ser constitucional quando o entendimento mudasse. Essa ideia não deve prosperar, pois o entendimento quanto a interpretação ou aplicação de uma lei pode ser alterado e assim o precedente também, mas a declaração de inconstitucionalidade, em tese, não deve se alterar na medida em que o parâmetro para a aferição da constitucionalidade é a Constituição, ao passo que a interpretação de leis modifica consoante o tempo e lugar em que se faz.

A possibilidade e necessidade de equiparação dos efeitos do controle concreto ao abstrato passa pela ideia defendida pelo ministro Gilmar Mendes e também por Marinoni que consiste na vinculação quanto aos motivos determinantes da decisão, pois esta seria a *ratio decidendi* do caso. Isso é importante, pois os capítulos da sentença (relatório, fundamentação e dispositivo) não separam corretamente o que se pretende que vincule as demais instâncias judiciais. Nesse sentido é que os motivos determinantes da decisão, aqueles que transcendem o caso em espécie, sim, podem ser estendidos para outros. Esse entendimento ainda pende do julgamento da Reclamação Constitucional 4335-5/AC, na qual o Ministro

Gilmar Mendes é o relator. Essa questão é importante, porque o controle de constitucionalidade é um dos prismas essenciais para a consolidação da ideia de precedente. Todavia, deve-se alcançar não apenas a declaração de (in)constitucionalidade, mas sim para todas as decisões do STF.

Enquanto não houver equiparação entre o controle de constitucionalidade efetuado em concreto ou em abstrato, tem-se que admitir que o Supremo Tribunal Federal não é guardião da Constituição Federal. Como a própria Constituição determina todos os órgãos jurisdicionais devem efetuar o controle de constitucionalidade das normas. Com o efeito apenas *inter partes* do controle de constitucionalidade concreto, a decisão do Supremo Tribunal Federal vale tanto quanto a decisão de um juiz de primeira instância, pois caso seja feito controle de constitucionalidade e a decisão transite em julgado a sentença afetará diretamente aos polos ativos e passivos da demanda. Todavia, se essa mesma demanda chegar ao último grau recursal e o Supremo ratificar ou retificar a decisão, esta continuará a valer apenas para as partes. Dentro de uma ideia de que a decisão judicial dever irradiar força, principalmente se tratando de decisões dos tribunais superiores e do órgão de cúpula do poder judiciário que é o Supremo Tribunal Federal, é completamente descabido que a decisão não vincule os órgãos hierarquicamente inferiores a eles vinculados.

Continuar com a ideia de que a eficácia da decisão varia se a decisão for proferida no controle concentrado ou concreto é um absurdo, pois uma mesma decisão terá eficácia distinta caso seja pronunciada em uma lide com as partes A e B e terá efeito completamente diferente se for efetuado entre C e D. A ideia de repercussão geral é esclarecedora para isso e é fundamental que isso seja revisto, pois em analogia seria exigir de um paciente que opera as vistas seja obrigado a continuar usando óculos como antes da cirurgia. É premente que se altere esse conceito quanto ao controle de constitucionalidade.

A necessidade do surgimento de filtro para a possibilidade de acesso ao STF é um problema que surge a partir do instante em que se compreende que os Tribunais Superiores seriam a terceira e quarta instâncias de uma cadeia recursal. Isso não procede, evidentemente. Todavia, a Constituição Federal como foi extremamente analítica previu uma série de questões que se tornaram formalmente constitucionais apesar de não o serem. Quanto ao presente assunto, a previsão de dos recursos extraordinários lato senso foi um grande equívoco. A tentativa de

conferir força e autoridade aos Tribunais superiores não deveria ter sido implementada dessa forma. Assim, diante da realidade de alta litigiosidade da sociedade brasileira os Tribunais superiores acabam inundados por uma série de demandas, principalmente antes da EC 45 em que se tinha um sistema de acesso indiscriminado.

Diante desse cenário insustentável foi implementado por meio de Emenda Constitucional um filtro para o recurso extraordinário, que foi a repercussão geral. A grande questão consiste em que não há necessidade alguma em que esses recursos tenham assento constitucional, pois a garantia que deve existir é quanto ao duplo grau, que é dedutível do texto constitucional em razão da organização hierárquica dos tribunais, mas que explicitamente apenas se encontra no Pacto de São José da Costa Rica. Ora, sob esse viés a apelação seria o único recurso que deveria estar no bojo constitucional, mas não está e nem deveria estar.

Há que se mencionar que a ideia de recorribilidade das decisões quase *ad infinitum*, visto que a cadeia recursal é extremamente longa entra em conflito direto com o preceito da tutela jurisdicional efetiva, porque não deveria ser tido como natural que um processo passe por quatro graus de jurisdição. Tolher essa cadeia recursal não seria violador de garantias, pois a negação do duplo grau de jurisdição já existe na legislação brasileira quanto aos juizados especiais, visto que neles não há duplo grau, tendo em vista que o recurso inominado prevê que este será julgado por um conjunto de magistrados de 1º grau. Não se nega aqui que há a possibilidades dos fatos serem reanalisados, mas isso não torna essa instância em segundo grau, pois ela segue sendo de 1º. Frise-se, também, que a possibilidade de recurso extraordinário da decisão proferida pela Turma Recursal não se trata de recurso quanto ao mérito, como é sabido.

4 PRIMEIRA INSTÂNCIA E POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS DECISÕES – ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

A organização judiciária brasileira no que tange a justiça comum e justiça federal não especializada está composta por juízes de direito de primeiro grau, juízes federais, Tribunais Regionais Federais para a Justiça Federal e Tribunais de Justiça para a Justiça Estadual no segundo grau de jurisdição. Acima dos Tribunais de Justiça e do Tribunais Regionais Federais há o Superior Tribunal de Justiça, que não se configura como terceira instância e o órgão de cúpula do Poder Judiciário é o Supremo Tribunal Federal.

Quanto a primeira instância há a peculiaridade da existência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais introduzidos pela Lei 9.099/99 para a Justiça Estadual e os Juizados Especiais Federais para a Justiça Federal regulamentados pela Lei 10.259/01. A competência dos mesmo é determinada em razão do valor da causa, até quarenta salários mínimos para o Juizado Especial Cível¹⁷¹ e sessenta salários mínimos para os Juizados Especiais Federais¹⁷². Insta salientar que quanto aos Juizados Especiais Federais a competência é absoluta, ou seja, o jurisdicionado não

¹⁷¹ Art. 3º da Lei 9.099/99: “O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III - a ação de despejo para uso próprio; IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo. § 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução: I - dos seus julgados; II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei. § 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial. § 3º A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.”

¹⁷² Artigo 3º da Lei 10.259/01: “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais; III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal; IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares. § 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, caput. § 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.”

pode escolher entre propor uma demanda em uma vara federal ou em um juizado especial federal, o mesmo não ocorre quanto aos juzizados estaduais, nos quais a competência é relativa.

Os juzizados especiais cíveis não estão sujeitos a mesma cadeia recursal do que as causas decididas em varas cíveis, já que consoante disciplina a Lei 9.099/99 cabe o recurso inominado¹⁷³ das decisões, que é dirigido a Turma Recursal, a qual é composta por três juizes de primeira instância. Este recurso funciona como uma apelação, todavia com a peculiaridade de não ser endereçado a um órgão de hierarquia superior, já que é julgado por magistrados de primeiro grau em colegiado. Esse recurso vem propiciar a possibilidade de reanalisar a causa, não propriamente pelo duplo grau de jurisdição em sentido vertical, mas sim pelo duplo grau em sentido horizontal¹⁷⁴. Das decisões turmas recursais dos juzizados especiais cíveis cabe apenas, em tese, o Recurso Extraordinário, que é dirigido ao Supremo Tribunal Federal.

Essa organização vem a cumprir o artigo 5º da Constituição Federal que em seu inciso LV prevê como direito e garantia fundamental a “ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, o que é um complemento ao inciso XXXV do mesmo artigo, que garante a inafastabilidade do controle jurisdicional/ direito de ação. A possibilidade de acesso ao Poder Judiciário só encontra efetividade quando ela pode ocorrer e, em tese, ter possibilidade de atingir seus objetivos, pois o acesso somente como garantia meramente formal não encontra serventia alguma.

Nessa estrutura organizacional é que se desenvolve o acesso indiscriminado ao Poder Judiciário que acaba por gerar consequências nefastas, em especial a demora no deslinde de uma causa e, portanto, da prestação da tutela jurisdicional efetiva. Com a enxurrada de demandas que surgem não há como dar respostas

¹⁷³ Artigo 41 da Lei 9.099/99: “Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado. § 1º O recurso será julgado por uma turma composta por três Juizes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado. § 2º No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado.”

¹⁷⁴ Cf. COVAS, Silvio. O duplo grau de jurisdição. p. 588-589 in: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2000. “O sistema do duplo grau de jurisdição é aquele que permite uma revisão do julgado por juízo diferente, seja vertical ou horizontal. Vertical quando submete a revisão a órgão judiciário superior, como por exemplo da primeira instância para o Tribunal regional; horizontal, diferentemente, quando submete a revisão do julgado a órgão judiciário da mesma hierarquia, conforme é nas ações de menor complexidade submetidas ao procedimento da Lei. 9.099/95, mediante o permissivo constitucional do art. 98, I, que devolve o conhecimento da causa para o Colégio Recursal, formado por integrantes da própria primeira instância (art. 41, § 1º, da LJE).”

tempestivas as mesmas. Nesse sentido, foram sendo introduzidas alterações para frear o acesso indiscriminado, bem como diminuir as demandas individuais. Exemplo disso, respectivamente, tem-se: o artigo 285-A do Código de Processo Civil, que surgiu sentença liminar; quanto à diminuição das demandas de massa pode-se citar a possibilidade de substituto processual nas ações envolvendo direitos individuais homogêneos.

Apesar do escopo bem intencionado do legislador, essas alterações pouco ou quase nenhum efeito tiveram, a primeira em razão de que se faz possível apelar e geralmente não se tem o fim da demanda com a sentença liminar, bem como é impossível definir o que é uma causa exclusivamente de direito, já que essa cisão se dá em um contexto teórico e não prático. O processo coletivo, apesar de ter a potencialidade de retirar um sem número de ações tem o seu gargalo na execução, pois esta sempre será individual, o que faz com que a diminuição do número de ações ocorra apenas na fase de conhecimento. As inovações devem respeitar as garantias construídas ao longo dos tempos, Cappelletti e Garth lembram:

O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil — essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório. Embora esse perigo seja reduzido pelo fato de que a submissão a determinado mecanismo de solução dos litígios é facultativa tanto antes quanto depois do surgimento do conflito, e que os valores envolvidos são de certa forma flexíveis, é necessário reconhecer os problemas potenciais. Por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os “novos” direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas. [...] ¹⁷⁵

Assim, ante esse crescente número de demandas e buscando preservar as conquistas democráticas, é sempre importante o cotejo com outra tradição, a *common law*, pois lá, em especial no Reino Unido, vive-se um momento distinto do que é vivenciado por aqui, pois as demandas judiciais, conforme Neil Andrews, diminuiriam ao redor de vinte e um por cento no lapso temporal compreendido entre

¹⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Traduzido por: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 162-163.

1999 e 2010¹⁷⁶. Isso somente se fez possível, pois, apesar do acesso ao Judiciário ser garantido, não há banalização na concessão da assistência judiciária gratuita, bem como o custo para litigar é extremamente alto. Além disso, há o funcionamento em sincronia de formas alternativas de resolução de disputas. Quanto a justiça estatal, há a ideia de custas indenizatórias, que pressionam a parte a não retardar o andamento do processo e também a não propor demandas temerárias. Exemplos de custas indenizatórias são: “a recusa injustificada do réu em aceitar a oferta de acordo [...]; litígios inviáveis (ou, pelo menos, conduta gravemente repreensível); o fato de uma parte ser apoiado em laudo seriamente defeituoso de seu próprio perito.”¹⁷⁷.

Na mesma senda das custas indenizatórias há consciência de que o litígio é algo dispendioso, valoriza-se a arbitragem, bem como a mediação, o que faz com que diversas causas não cheguem aos tribunais. Saliente-se que o uso desses recursos não é obrigatório, mas como as desvantagens advindas da não movimentação do aparato judicial são muito grandes, a ideia de arbitragem e da mediação fortalece-se mesmo não sendo algo impositivo. Dieter Leipold ao traçar um paralelo entre o acesso ao Judiciário na Inglaterra e na Alemanha, escreve: “[...] At present in Germany the biggest problem is seen in the continuously increasing number of actions. But it must be supposed that without the cost shifting rule and the of having to pay the full costs the trend of people going to court would grow even more.”¹⁷⁸.

As formas alternativas de resolução de litígios são uma tendência extremamente forte, não apenas pela possibilidade de solução de controvérsias envolvendo as partes, em princípio sempre tentando chegar a um acordo, mas quando inviável pode se chegar decisões tecnicamente melhores, pois a escolha do tribunal arbitral cabe as partes e o “jugador”, em tese, será pessoa tecnicamente habilitada com a matéria em pauta. Pode-se argumentar que a possibilidade da arbitragem existe no Brasil há muito tempo. Isso realmente é verdadeiro, mas ocorre que formas alternativas de resolução de litígios somente serão mais utilizadas no

¹⁷⁶ ANEDREWS, Neil. **O moderno processo civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 349.

¹⁷⁷ ANEDREWS, Neil. **O moderno processo civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 316.

¹⁷⁸ Zuckerman, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Org.). **Reform of civil procedure**: essays on 'access to justice'. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007. p. 267.

momento em que litigar seja efetivamente dispendioso, pois caso contrário, em especial para o réu sempre será vantajoso, já que o processo judicial é moroso.

O acesso irrestrito ao Poder Judiciário combinado com uma total falta de integridade na interpretação normativa torna o sistema superlotado de causas, pois como o custo do litígio é baixo e às vezes inexistente, há um incentivo a litigância, já que a possibilidade de ganhar ou perder uma ação é derivada da sorte, visto que o sistema atua de forma a permitir decisões completamente dissonantes. Dessa forma, apenas com a adoção de uma vinculação as decisões das instâncias judiciais superiores, valorização do litígio (custas punitivas, instância única para certas causas, uma melhor compreensão da assistência judiciária gratuita) e incentivo a formas alternativas de resolução de litígios é que se pode imaginar em uma valorização do exercício do direito de ação. Há que se tornar temerário ingressar com uma pretensão distinta daquele entendimento consolidado pelo Poder Judiciário. Isso apenas se torna viável com um sistema de vinculações a precedentes. Não se pensa em restrição, mas sim em valorização do direito de ação, pois somente com estabilidade jurídica nas decisões é que se pode ter tranquilidade social. A valorização da ética dos operadores e a integridade na decisão é fundamental nesse processo.

Também no estatuto processual está no artigo 3º do Código de Processo Civil o interesse de agir/ interesse processual, o qual na via recursal se comporta como o interesse no recurso, Nesse sentido é que Bueno *apud* Mancuso escreve:

[...] que os recursos “nada mais são do que o exercício do (mesmo) ‘direito de ação’ (ou, da perspectiva do réu, do ‘direito de defesa’) ao longo de um *mesmo* processo, consoante seja necessária, ao autor, ao réu e a eventuais terceiros, a ocupação de determinadas posições de vantagem em busca da obtenção da tutela jurisdicional em seu favor, a eles negada por anterior decisão jurisdicional.¹⁷⁹ (grifo do autor)

A recorribilidade das decisões como corolário do direito de ação é existente e também se manifesta quando da previsão dos recursos específicos no Código de Processo Civil (art. 496), bem como dos legitimados no artigo 499 do mesmo estatuto. Garantido esse direito recursal, há que se compreender a existência de recursos comuns, com assento na legislação ordinária e os recursos extraordinários,

¹⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 18.

os quais têm vinculação direta com o texto constitucional, portanto uma rigidez maior quanto ao seu cabimento.

Assim, independentemente do assento recursal, se na legislação infraconstitucional ou na Constituição, todos tem em comum o aspecto de serem uma manifestação do direito de ação, tanto para o autor da demanda como para o réu.

Razão pela qual a eventual violação ao direito de ação e defesa ganha sentido principalmente nos recursos de assento constitucional, na medida em que esses deveriam ser os principais garantidores do poder estabelecido (Constituição). Os recursos com assento constitucional são chamados de recursos extraordinários e dividem-se em especial (competência do STJ) e o extraordinário propriamente dito (competência do STF). Assim, Mancuso preleciona: “[...] No caso dos recursos, os requisitos são mais rigorosos em se tratando dos apelos de caráter excepcional, em comparação com os recurso de tipo comum, como a apelação [...]”¹⁸⁰.

Além dos requisitos necessários para a utilização dos recursos extraordinários é necessário esclarecer que há a necessidade do esgotamento das vias ordinárias para que a causa decidida em única ou última instância possa ser levada ao STF ou para o STJ, conforme os artigos 102, III e 105, III, respectivamente, da Constituição Federal. São recursos que servem para um controle do sistema, no sentido que não é cabível em todas as causas, já que não são terceira e quarta instâncias, mas sim Cortes que devem prezar pela correta aplicabilidade do direito federal (STJ) e pela guarda da Constituição (STF).

Assim, tem-se um engessamento do sistema processual que somente pode ser modificado por Emenda Constitucional quanto aos assuntos que estão estabelecidos na Constituição Federal e mesmo que se consiga implementar reformas, sempre se terá a dúvida quanto a estar sendo lesionado ou não alguma garantia fundamental, o quê é vedado. Se não é um problema, pelo menos é uma peculiaridade brasileira, o fato de os recursos de assento constitucional, somente serem modificáveis por meio de Emenda Constitucional. Saliente-se que o regramento procedimental do processo civil dá-se basicamente por lei ordinária, mas há essa peculiaridade dos chamados recursos extraordinários em sentido lato. Percebe-se claramente a desconfiança do legislador consigo mesmo, pois tentou

¹⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 111.

criar uma forma para que sempre se atingisse os órgãos de cúpula e isso com o passar dos tempos tornou-se um empecilho para a realização da tutela jurisdicional efetiva.

4.1 Recursos extraordinários

Pretende-se abordar alguns aspectos relativos a esses recursos em relação a possibilidade de vinculação e unificação de entendimento, não propriamente uma análise acerca do cabimento, requisitos necessários, procedimento no tribunal *a quo* e *ad quem*. Isso não quer dizer que esses não sejam aspectos relevantes quanto a sistemática processual, mas que aqui ficam em um segundo plano na medida em que se busca compreender as razões da existência desses recursos, bem como o funcionamento dos mesmos no que atine ao funcionamento do Poder Judiciário e a prestação da tutela jurisdicional efetiva. Portanto, as questões aqui não são aspectos eminentemente formais, apesar de em certos casos essa peculiaridade seja necessária.

Realizado esse breve incurso acerca da organização Judiciária, e a delimitação do tema, deve-se traçar um breve contorno sobre a via recursal extraordinária. Conforme escreve Barbosa Moreira: “O recurso extraordinário é instituto de origem norte-americana”¹⁸¹. A inspiração estadunidense deu-se tanto na formação da federação brasileira, bem como em relação ao modelo de Corte que é o STF e os recursos a ele dirigidos. Por sua vez a cópia do projeto estadunidense não foi integral e, como salientado anteriormente, deixou-se a competência legislativa, quase em sua totalidade, a cargo da União.

Como quer que seja, organizando-se o Estado brasileiro federativamente, conquanto de modo impróprio, o modelo constitucional jamais abdicaria, sem incoerência grave, de algum meio voltado à preservação da supremacia do direito federal na sua respectiva esfera de competência. Fora desse domínio estrito, entretanto, o direito federal não se mostra superior ao direito local. Ao contrário, nas matérias que a CF/1988 reservou aos Estados-membros, a exemplo da organização do pessoal, o direito local de modo algum pode ser considerado ou inferior ou desprezado. Em certa ocasião o STF proclamou: “A interpretação de normas locais, pelo Tribunal local, é feita de forma soberana”. Um dos vícios

¹⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 10 v. p. 580.

patentes na atividade judicante do STJ – por exemplo, na incidência da súmula do STJ, n. 266 – avulta no desrespeito à autonomia local. Trata-se de manifestação do velho centralismo político brasileiro. Evidenciam-se, assim, as bases frágeis da Federação brasileira.¹⁸²

Assim, fundamental a existência dos recursos extraordinários em razão da distribuição da competência legislativa. Todavia, há a característica de esses recursos serem de fundamentação vinculada, o que quer dizer que apenas são cabíveis quando existir violação de um dos incisos do artigo 102, III¹⁸³ e 105, III¹⁸⁴ da Constituição Federal. Nesses recursos é discutida a questão do direito e, portanto, não é a justiça do caso concreto que está em voga.

Esta breve notícia histórica serve para a demonstração de que o recurso extraordinário e, a partir da Constituição de 1988, também o especial têm como objetivo precípuo a uniformização da interpretação e aplicação da legislação federal, nela incluída a Constituição, em todo o território nacional. Ao contrário dos ordinários, estes recursos de *natureza extraordinária* não têm por objetivo imediato ou direto a *justiça do caso concreto*.¹⁸⁵

[...] através dos recursos extraordinário e especial não se reaprecia o caso posto ao crivo judicial. O recurso especial e o recurso extraordinário têm por finalidade principal assegurar o regime federativo, por meio do controle da aplicação da lei federal e da Constituição Federal – por serem normas que devem ter o mesmo teor e a mesma aplicabilidade em todo o território nacional e para todas as causas -, sejam corretamente aplicadas e interpretadas por todos os tribunais e juízes do país.¹⁸⁶

Outra questão quanto aos extraordinários, não em relação ao cabimento, mas sim em relação a decisão oriunda deles consiste no fato de que substituem a

¹⁸² ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 774.

¹⁸³ Artigo 102 da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

¹⁸⁴ Artigo 105 da Constituição Federal: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

¹⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **Comentários ao código de processo civil, v. 7:** do processo de conhecimento, arts. 496 a 565. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 335.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 569.

decisão recorrida, ou seja, não funcionam como cassação do julgado recorrido, já que a decisão do órgão *ad quem* substitui aquela proferida no órgão *a quo* nos limites daquilo que a ela tinha sido proposto, já que as matérias não recorridas do acórdão de segundo grau lá é que fizeram coisa julgada, ao passo que aquelas decididas pelo STJ ou STF neles é que fazem coisa julgada. Aqui mais uma nota da centralização, já que não se contenta em anular o julgado, mas sim em substituí-lo, que em outras palavras significa impor a vontade da União.

Apesar de não funcionar como cassação, os recursos extraordinários podem assim o ser quando a decisão reconhecer *error in procedendo*, pois nesse caso os autos voltarão para o juízo *a quo* competente, visto que os atos realizados em “erro” devem ser repetidos e lá serem decididos, caso assim não o fosse haveria supressão de instância, na medida que haveria matéria não decidida na instância inferior a ser decidida pela superior (há que se ter presente que apenas as questões discutidas na causa é que são passíveis de serem analisadas na via extraordinária, por isso a necessidade de esgotamento das vias ordinárias e o prequestionamento da matéria do recurso). Diferentemente ocorre no *error in iudicando*, porque nesse caso ocorre incorreta apreciação ou valoração do diploma legal e, portanto, a decisão do tribunal superior pode perfeitamente substituir a decisão recorrida¹⁸⁷.

Nessa senda, aquilo que é decidido nesses dois tribunais têm importância ou pelo menos deveria ter na interpretação e aplicação do direito por parte dos órgãos judiciais de hierarquia inferior. Ocorre que no direito brasileiro as decisões proferidas pelo STF (no processo subjetivo) e pelo STJ têm apenas uma indicação, ou seja, funcionam apenas na persuasão dos órgãos judiciais hierarquicamente inferiores.

Ora, a ideia de manter a liberdade dos julgadores de segundo e primeiro grau para manterem suas decisões apesar de conflitantes com aquelas estabelecidas na via extraordinária pode parecer algo positivo, mas que na verdade tem um grave equívoco na sua origem, pois o Recurso Especial não tem como objetivo a realização de justiça no caso concreto, portanto, a orientação adotada por essa corte jamais deveria ser interpretada como apenas persuasiva, pois a sua verdadeira função é quanto a preservação da unidade federativa e do direito federal. Por

¹⁸⁷ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 10 v. p. 595: “[...] Entenda-se, reforma ou *anulação*, pois o recurso pode fundar-se em alegação de *error in procedendo* cometido pelo órgão *a quo*, caso em que o Supremo Tribunal Federal, dando provimento ao recurso, se cingirá a invalidar o acórdão impugnado e restituir os autos ao tribunal inferior, para que proceda a novo julgamento sem o vício anterior. [...]”.

consequente, negar o caráter vinculante consiste em confundir a integridade do direito com justiça, que são grandezas distintas.

4.2 A crise dos recursos extraordinários

Na trilha que se pretende percorrer, deve-se ressaltar que a via extraordinária, bem como toda a cadeia recursal está em crise, que não é algo novo, mas sim uma continuação, já que jamais foi solucionada, o excesso de meios recursais, bem como o excessivo número de causas novas a cada ano. Buscando restringir e diminuir as causas que subiam ano após ano para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal o constituinte de 1988 optou pela criação de um tribunal que ficasse encarregado em julgar as questões concernentes a direito federal para então poder ser diminuída a competência do Supremo Tribunal Federal apenas quanto ao controle de constitucionalidade.

A vigente Carta da República cindiu a matéria antes abrangida pelo recurso extraordinário: a este ficou reservada a suscitação de questões relativas a própria Constituição Federal (art. 102, n° III, letras *a*, *b* e *c*), enquanto as restantes passaram a ser suscetíveis por meio do recurso especial, cujo julgamento se inclui na competência do então criado Superior Tribunal de Justiça (art. 105, n° III, letras *a*, *b* e *c*). Semelhante modificação inseria-se no quadro geral de mudanças da fisionomia do Supremo Tribunal Federal, exonerado de várias atribuições para concentrar-se basicamente, embora não com exclusividade, no desempenho das funções características de autêntica Corte Constitucional. Entretanto, a Emenda Constitucional n° 45 acrescentou às hipóteses de cabimento do recurso extraordinário a de a decisão impugnada “julgar válida lei local contestada em face de lei federal” (art. 102, n° III, letra *d*) – matéria, antes, própria do recurso especial.¹⁸⁸ (grifo do autor)

No mesmo sentido também posiciona-se Athos Gusmão Carneiro, para o qual:

São conhecidos os motivos que levaram o constituinte federal de 1988 à criação do Superior Tribunal de Justiça, e à extinção do Tribunal Federal de Recursos. Em última análise, a chamada “crise do Supremo Tribunal Federal”, pelo número de feitos sempre crescente e absolutamente excessivo, posto a cargo dos integrantes do Excelso Pretório. A par da matéria, em competência originária,

¹⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**: lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 10 v. p. 585.

derivada do exercício de sua função de Corte Constitucional, também uma multiplicidade de recursos provenientes de todas as partes de um país sob alto incremento demográfico e com várias regiões em acelerado processo de industrialização e de aumento do setor terciário da economia, acarretando sempre maiores índices de litigiosidade.¹⁸⁹

Araken de Assis também escreve no mesmo sentido: “[...] É impossível explicar o nascimento do recurso especial sem referir à “crise” do STF e às terapias recomendadas para solucioná-la, por exemplo. [...]”¹⁹⁰ Apesar da criação do STJ o número de causas levadas a julgamento por parte do Supremo continuava em ascensão, apesar da restrição de competência do STF pela transferência de competências ao tribunal que fora criado. A bipartição do antigo recurso extraordinário passou a ensejar o seguinte:

É que a mesma decisão proferida pelo Tribunal estadual ou federal passou a ser impugnável por meio de dois recursos distintos. Pela interpretação e aplicação das Súmulas 283 do Supremo Tribunal Federal e 126 do Superior Tribunal de Justiça, para determinados casos impõe-se a interposição simultânea dos recursos especial e extraordinário, sob penal de não conhecimento do recurso interposto individualmente.¹⁹¹

Após a criação do STJ e com a sobrecarga de trabalho que este tribunal se viu envolvido, outras alternativas foram sendo introduzidas na tentativa de frear o excessivo número de causas novas a cada ano. Miranda¹⁹² relata as seguintes alterações como tentativas de se conseguir solucionar a crise da cadeia recursal no Brasil, são elas: 1) criação do Tribunal Federal de Recursos pela Constituição de 1946, que retirou do STF o encargo de funcionar como segundo grau da justiça federal; 2) triagem dos recursos extraordinários por parte dos Tribunais de Justiça dos Estados (Lei 3.396 de 1958), que verificavam os pressupostos recursais e poderiam inadmitir aqueles que não tivessem regularidade; 3) súmulas de jurisprudência dominante, que foi aprovada em 1963 pelo STF, e a partir de então agilizou os julgamentos e contribuiu para afirmar os entendimentos do STF; 4) implantação do

¹⁸⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 10.

¹⁹⁰ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 771.

¹⁹¹ AZZONI, Clara Moreira. **Recurso especial e extraordinário: aspectos gerais e efeitos**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 08

¹⁹² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 68-88.

controle concentrado de constitucionalidade por meio da emenda constitucional 16/65; 5) perempção por falta de interesse – mecanismo previsto por emenda (1965) ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal que previu a convocação dos litigantes de causas que estivessem a mais de dez anos no Tribunal sem julgamento para que se manifestassem acerca do prosseguimento do feito; 6) cabimento do recurso extraordinário regulado pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (1969); 7) arguição de relevância; 8) criação do Superior Tribunal de Justiça; 9) ampliação dos poderes do relator e a força da jurisprudência dominante; 10) emenda constitucional número quarenta e cinco.

A última tentativa de solução cristalizou-se no instituto da repercussão geral. Com a Emenda Constitucional número quarenta e cinco institui-se a repercussão geral como pré-requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, que veio ressurgir com a antiga arguição de relevância, que existia na ordem constitucional anterior

Sem embargo, entre a atual *repercussão geral* e a antiga *arguição de relevância* existe um *núcleo comum*: por um lado, ambas configuram *elementos de contenção* do volume excessivo de causas dirigidas ao STF, e, de outro lado, na arguição de relevância a avaliação positiva não implicava, necessariamente, a subsequente admissibilidade do RE, que ficava ainda a depender do atendimento aos demais requisitos (EC 1/69, art. 119, III e alíneas); pois também a avaliação positiva sobre a repercussão geral (basta que 4 Ministros a atestem) não significa, necessariamente, que o RE vá ser conhecido (e muito menos provido!), mas na verdade ela opera como um salvo-conduto para o sequencial exame dos fundamentos indicados nas alíneas do art. 102, III, da CF.¹⁹³ (grifo do autor)

Verifica-se na prática um retorno ao que antes existia, que desde o advento da Constituição Federal de 1988 não mais poderia existir, visto ser o Recurso

¹⁹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 179-180. O artigo 119 da Constituição Federal de 1969 dispunha: “Compete ao Supremo Tribunal Federal: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do govêrno local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. *Parágrafo único*. As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, dêste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.” A redação original dos artigos 327 e 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispunha: “Art. 327. Ao Supremo Tribunal Federal compete privativamente, em sessão de Conselho, o exame da arguição de relevância da questão federal. Art. 328. A arguição de relevância da questão federal processar-se-á por instrumento, da seguinte forma: [...]”.

Extraordinário uma espécie recursal de cabimento vinculado e ao Supremo Tribunal Federal não mais ser dada a competência de atribuir requisitos como previa o texto de 1969.

Em relação aos regimentos internos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é importante destacar que a atual Constituição (artigo 96, inciso I, e artigo 95), diferentemente das anteriores, não atribui aos regimentos a natureza de *lei* e tampouco lhes outorgou poderes para disciplinar o *processo*.¹⁹⁴ (grifo do autor)

Todavia, a partir da emenda constitucional 45 retorna-se com a existência de um filtro recursal, agora sob o epíteto de repercussão geral, visto que inserido no texto da presente Constituição como pré-requisito de admissibilidade.

Por sua vez, a mesma emenda constitucional, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, criou a figura dos recursos repetitivos¹⁹⁵ com o intuito de limitar acesso de causas acerca da mesma matéria. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça selecionaria uma série de recursos tidos como paradigma da controvérsia para que subsissem para a análise da matéria, enquanto os demais ficariam sobrestados até a decisão do especial. Decidido o recurso paradigma, ter-se-ia, então, as seguintes situações: 1) o acórdão paradigma é consoante a decisão do tribunal *a quo* e, portanto, deve-se realizar o juízo negativo de admissibilidade para aqueles recursos que se insurjam contra o acórdão; 2) o tribunal *a quo* pode retratar-se da decisão anteriormente proferida e adotar a decisão do acórdão paradigma do tribunal *ad quem*; 3) o tribunal *a quo* pode manter a sua decisão apesar de conflitante com o

¹⁹⁴ AZZONI, Clara Moreira. **Recurso especial e extraordinário: aspectos gerais e efeitos**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15.

¹⁹⁵ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 356-357: “Dentre nós, para que a diretriz da “duração razoável” não se degradasse num simples ideal (um *wishful thinking*, no dizer dos norte-americanos) ou numa norma meramente programática, providências concretas – de base legislativa e, também, operacional – haveriam que ser excogitadas e implementadas. Cabendo ao legislador ordinário federal prover sobre matéria processual (CF, art. 22, I), acabou por tomar corpo a ideia do *tratamento em bloco* dos RE’s e REsp’s múltiplos e repetitivos, que as estatísticas do STJ e do STF identificavam como os grandes vilões da sobrecarga de trabalho nessas Cortes. Logo se identificou a aptidão dos precedentes judiciais formados nesses Tribunais da Federação para as finalidades de agilização dos julgamentos, simplificação dos ritos, e, ainda, preservação do tratamento isonômico devido às partes, certo que não basta tal igualdade perante a lei enquanto posta abstratamente no ordenamento (CF, art. 5º, II), mas dela deve persistir quando a lei venha aplicada concretamente nos processos judiciais. Neste contexto, ganhou espaço a técnica do julgamento dos RE’s e REsp’s dita *por amostragem*, tarefa em boa parte facilitada por conta de se tratar de recursos de estrito direito, despojados da matéria de fato, permitindo levar ao STF e ao STJ a aferição tão somente de questões constitucionais e de direito federal comum, nessa ordem.”.

acórdão paradigma do tribunal *ad quem* e realizar o juízo positivo de admissibilidade do Recurso Especial.

Então, claramente se tem um problema que necessita de uma solução urgente, pois como o direito legislado é quase em sua totalidade de origem federal e a litigiosidade aumenta cada vez mais, indubitavelmente essas causas estarão aptas a serem decididas de alguma forma pelo STJ e pelo STF. Os filtros instituídos podem ajudar na solução do problema, mas não resolvem a causa, que consiste no fato de que a última palavra acerca da interpretação de lei federal é do STJ e a última palavra acerca da (in)constitucionalidade de um ato normativo é do STF. Assim, sempre que uma causa envolver questões afetas a esses tribunais e por eles a demanda não for analisada sempre se terá dúvida, por parte do jurisdicionado que perder a causa, se aquela foi a decisão correta. Consequentemente os filtros fornecem uma alternativa funcional, já que o tribunal *a quo* é que admite ou não a análise da causa pelo juízo positivo ou negativo de admissibilidade do recurso.

Bonavides mostra que houve um erro de concepção por parte do constituinte de 1988 na construção da competência, em especial, do STF.

A Corte Constitucional criada pela Lei Fundamental de 1949 na Alemanha e voltada exclusivamente ao trato dos litígios constitucionais tem sido não raro apontada como um modelo de tribunal para enfrentar com bom êxito as questões de normatividade da Constituição e solver a contradição eventual do texto com a realidade [...] A ausência de um semelhante Tribunal de Justiça no Brasil vem sendo deveras lastimada no meio jurídico e considerada uma das mais deploráveis omissões da nova Constituição, sem embargo do grau de preponderância conferido ao Supremo para desempenhar em grande parte funções análogas às de uma Corte constitucional.¹⁹⁶

A competência do STF consoante a Constituição Federal de 1988 foi diminuída em relação ao que previa a Constituição anterior. Porém, ao continuar a ser ao mesmo tempo tribunal recursal e corte constitucional, o que ocorreu foi apenas uma cisão dos recursos, que anteriormente eram dirigidos apenas ao STF e com a Constituição de 1988 passaram a sê-lo para o STF e o STJ.

¹⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 382.

4.2.1 Repercussão Geral no Recurso Extraordinário

Assim como o recurso extraordinário, a repercussão geral também é uma prática advinda do direito estadunidense, bem como é prática de diversos tribunais ocidentais na seleção dos recursos que devem ser analisados. Comentando sobre o procedimento realizado nos Estados Unidos da América, Teixeira:

Os casos julgados pela Suprema Corte fazem parte de um universo muito restrito de pedidos que conseguem passar pelo sistema de triagem existente nesta Corte. Cabe ao *Chief Justice* coordenar uma análise que muito se assemelha ao juízo de admissibilidade existente nas Cortes Constitucionais europeias: determinar quais casos realmente tratam de questões que envolvam lesão à matéria constitucional ou à legislação federal e quais não devem ser examinados pela Corte. Quando já determinado quais são os casos mais relevantes, será estabelecida uma lista de exame, aprovada, caso a caso, por quatro juízes da Corte (a *rule of four* não está prevista nas Regras da Suprema Corte, pois se trata de uma praxe própria desta jurisdição), de modo que a exclusão da lista de exame de um caso não importará na sua não apreciação pela Corte, pois o caso excluído poderá ser ainda analisado, a pedido de qualquer um dos juízes da Corte.¹⁹⁷

Verifica-se similaridade entre os institutos presentes aqui e lá. Entretanto, a reforma constitucional que foi feita aqui não modificou a competência, apenas foi criado o artifício da repercussão geral. Mais uma vez fica patente a ideia de concentração de poder nas mãos de um órgão só do Judiciário, que funciona ao mesmo tempo como corte constitucional e última instância recursal. A repercussão geral consiste na reintrodução de um filtro para o acesso ao Supremo Tribunal Federal, que já existia anteriormente com o nome de arguição de relevância. Todavia, não é a simples reconstituição do antigo instituto, já que ele sofreu modificações desde a sua introdução até o seu ocaso.

Dantas¹⁹⁸ mostra que a arguição de relevância não foi um contínuo e que teve várias alterações durante a existência do instituto. O primeiro momento consistiu na introdução da necessidade de demonstração da relevância por meio do Regimento interno do STF no ano de 1975; após esse momento a Constituição brasileira de 1967 garantiu expressamente a competência legislativa para disciplinar sobre

¹⁹⁷ CICCONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 277.

¹⁹⁸ DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 249-256.

processo (artigo 115); a Constituição brasileira de 1969 ratificou o disposto na anterior (artigo 120); em 1975 por meio da Emenda Regimental número 3 o Supremo instituiu a relevância como critério balizador para a apreciação de recurso extraordinário pela Corte, já que no artigo 308 do RISTF, à época, eram previstas hipóteses de exclusão do cabimento; em 1977 constitucionalizou-se a arguição de relevância na emenda constitucional número 7 a Constituição de 1969 e já em 1980 o STF regulamentou via reforma em seu regimento interno; posteriormente, em 1985, visto que a técnica anterior era a da exclusão de possibilidades para o recurso extraordinário, o Supremo modificou e, ao invés de prever no regimento interno as hipóteses de não cabimento, passou a prever aquelas de cabimento e erigiu a arguição de relevância como um meio de incluir recursos que não estavam previstos nas hipóteses expressamente elencadas no regimento interno.

Constata-se, assim, que a arguição de relevância teve diversas modificações desde a sua introdução até o seu último momento, por isso, dizer que a repercussão geral é a repriminção do antigo instituto é um erro, pois inicialmente a técnica era a da exclusão e depois da inclusão, portanto não se pode querer incluir tudo em um mesmo *nomen iuris*.

O fim do instituto na ordem constitucional de 1988 deve-se ao fato não apenas de não estar previsto no texto originário, mas sim pela supressão da competência do Supremo Tribunal Federal de legislar sobre processo, razão pela qual a introdução de filtro de acesso a instância extraordinária somente poderia se dar por meio de iniciativa do legislador, que apenas se concretizou quando da aprovação da emenda constitucional número 45, a qual acrescentou requisito genérico de admissibilidade do recurso: “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”.

Essas alterações foram realizadas no intuito de aumentar a celeridade e efetividade do processo, já que conjuntamente com a introdução do filtro se salientou como garantia constitucional a razoável duração do processo, a qual ratifica a ideia de restrição às instâncias extraordinárias na busca por uma prestação jurisdicional efetiva.

Assim, a sentença (compreendida como medida processual) e a execução adequada são óbvios corolários do direito de ação, impondo a conclusão de que o direito de ação, muito mais do que o direito ao julgamento do pedido, é o direito à efetiva tutela

jurisdicional, deve-se entender a efetiva proteção efetiva do direito material, para a qual são imprescindíveis a sentença e o meio executivo adequados.¹⁹⁹

Portanto, uma sentença que sempre é recorrível, apesar de a instância extraordinária não apresentar o efeito suspensivo como regra, não vem a contribuir para que o processo venha cumprir o seu desiderato. Nessa senda é que opera a ideia de razoável duração do processo, que também é conceito aberto, mas que busca contribuir com o conceito de tutela jurisdicional efetiva que busca superar a crise processual que é vivenciada no Brasil.

A efetividade da ação não depende apenas de técnicas processuais (tutela antecipatória contra o receio de dano e tutela cautelar) capazes de impedir que o dano interino ao processo possa causar prejuízo ao direito material. O direito de ação exige que o tempo para a concessão da tutela jurisdicional seja razoável, mesmo que não exista qualquer perigo de dano.²⁰⁰

Todavia, há que se ter em conta a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁰¹, o qual trabalha com o antagonismo do binômio celeridade-efetividade e segurança-certeza, já que ao se privilegiar demasiadamente uma dessas características a outra fica prejudicada. Nesse sentido, com os olhos voltados para os efeitos da influência neoliberal no processo, Saldanha e Isaia denunciam o que ocorre no cenário brasileiro:

A exigência de que os juízes brasileiros participem de cursos de capacitação em administração judiciária, conforme se verifica do teor da Meta 8 do Conselho Nacional de Justiça se não é um mal em si mesmo, carrega consigo algo mais profundo que é o gerenciamento como expressão imperial da padronização voltado à universalização. E aqui reside o perigo. A prestação jurisdicional tende, dessa maneira, a ser equiparada a qualquer atividade humana voltada à concorrência e à produtividade. Banaliza-se seu sentido, reforça-se o arbítrio, uma vez ser a quantificação o metavalor, transformada em enunciado performativo e fragiliza-se a qualidade das decisões que

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 220.

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 227.

²⁰¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

deve ser objeto de reflexão no âmbito de uma teoria da decisão ainda pendente de construção por parte da doutrina.²⁰²

Dessa forma, a repercussão geral no recurso extraordinário passa a funcionar como um filtro, limitando o acesso do jurisdicionado ao STF. O artigo 103 § 3º da Constituição Federal prevê o seguinte: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” A Lei 11.418/2006, bem como o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal regulamentaram a matéria, a primeira acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil (CPC), o regimento do STF reprisa conceitos da Constituição Federal, do CPC e dispõe sobre o processamento do Recurso Extraordinário e, conseqüentemente, acerca da repercussão geral.

Apesar da crítica de Saldanha e Isaia quanto a influência neoliberal no processo, deve-se ter olho no presente e vislumbrar que filtros para o acesso a instância extraordinária não é uma peculiaridade brasileira, mas sim uma tendência. O caso brasileiro é paradigmático, pois o STF julga processos objetivos e subjetivos, portanto, é inviável que se pense nele como a terceira ou quarta instância do Poder Judiciário.

Parece que é preciso mudar o paradigma. Ou se admite a criação e efetiva utilização de verdadeiros filtros qualitativos, ou a crise das cortes superiores (não só no Brasil, ressalte-se) só irá se agravar. Os recursos serão cada vez mais numerosos, e a importância dada a eles, pela sociedade e pelos próprios julgadores, será cada vez menor, na mesma proporção, o que é inevitável. E, mais ainda, com “efetiva utilização”, quer-se dizer que é preciso admitir que se trata de juízos de oportunidade, baseados em critérios políticos, e essencialmente discricionários.²⁰³

Em publicação intitulada Repercussão Geral, o STF define:

Delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social,

²⁰² SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ISAIA, Cristiano Becker. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p.5-26, 01 jan. 2010. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 12 dez. 2012. p. 13.

²⁰³ BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei nº 11.418/06 (repercussão geral)**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 114.

política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa. Uniformizar a interpretação constitucional, sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.²⁰⁴

Nesse sentido, os números fornecidos pelo STF são de importante subsídio para uma análise da matéria. Têm-se os seguintes dados no documento “Números da repercussão geral”: 1) período compreendido entre o 2º semestre de 2007 e o 1º semestre de 2011; 2) Um total de 463 processos em que foi analisada a repercussão geral; 3) Reconheceu-se a repercussão em 320 processos/assuntos, negou-se em 131 processos e 16 ainda restam sob análise.

Em uma primeira análise, a grande parte dos assuntos em que se suscitou a repercussão geral ela foi reconhecida, mas essa observação deve ser feita sob o prisma do número de votos necessários para o reconhecimento da existência de repercussão geral, que é de apenas quatro votos (um terço dos ministros), ou seja, para negar são necessários oito votos, número expressivo, pois representa dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Assim, resta evidente que nesse sentido é complicada a recusa, sendo, teoricamente, democrático o preceito.

Mancuso traz alguns argumentos: “A ‘repercussão geral’ é conceito vago, indeterminado, plurívoco ou polissêmico, e justamente por isso o constituinte houve por bem relegar à *lei* a tarefa de dar-lhe maior concreção. [...]”²⁰⁵. Cabe mencionar a lei e analisar a sua conceituação. Prescreve o artigo 543-A, §1º e 3º do Código de Processo Civil:

§1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. [...] § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.²⁰⁶

A lei não esclarece, apenas abre espaço para juízos de conveniência, deixa a objetividade longe do seu escopo, já que o espaço aberto ao julgador é

²⁰⁴ Números da Repercussão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>> Acesso em: 01 nov. 2013.

²⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 187.

²⁰⁶ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 1973**. Código de Processo Civil. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

demasiadamente amplo, pois o interesse subjetivo sempre estará presente em uma lide, porque é um processo entre partes e não objetivo. Outro risco em razão da repercussão geral consiste na imutabilidade das decisões futuras, já que não reconhecida a repercussão geral não poderão “subir” para julgamento pelo STF, bem como a desconsideração do caso particular (543-A e 543-B do CPC). Streck e Abboud alertam:

Esse é o grande risco da utilização irrefletida dos arts. 543-B e 543-C do CPC, ou seja, com o intuito de assegurar uma aplicação isonômica e uniforme da legislação, ignora-se a individualidade e as particularidades de cada caso concreto, solucionando-se diversas demandas de forma automática, impedindo que os juízes e os tribunais locais examinem pormenorizadamente as particularidades do caso concreto. [...] Por exemplo, se fosse dotada de efeito vinculante a decisão do STF que admitia a prisão do depositário infiel, ainda assim teria sido possível, sua modificação posteriormente pelo STF? Como seria possível ao STF alterar seu posicionamento, se nenhum outro caso versando sobre essa *quaestio iuris*, em razão do efeito vinculante, não subiria (seria julgado) mais ao Supremo Tribunal Federal?²⁰⁷

As reformas implementadas são no sentido de que o Supremo tenha a sua competência restringida ao controle de constitucionalidade no processo objetivo, no qual não existe lide, nem tampouco pretensão resistida. Os filtros podem funcionar em um sentido paliativo, mas jamais resolverão a problemática, que somente poderia ser feito por meio de uma reforma de competência.

A crise constitucional, temos reiteradamente asseverado, é a crise de uma Constituição ou, de modo mais frequente e preciso, de um determinado ponto da Constituição. Se ela não abrange toda a Constituição, basta para removê-la utilizar o meio de reforma ou revisão, isto é, um recurso ou remédio jurídico que a Constituição mesma oferece, cifrado no chamado poder de reforma constitucional.²⁰⁸

Todavia, para além da introdução da repercussão geral no texto constitucional isso inaugurou outro debate que consiste na averiguação da natureza do instituto, se político ou jurídico.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 97.

²⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 353.

Vemos aí natureza jurisdicional, eis que a função política consiste em definir uma linha de política judiciária é meramente secundária, à luz do sistema político adotado no Brasil, no qual o móvel que conduz a questão constitucional ao STF é um *recurso*, que como tal deve ser julgado. Assim, esse julgamento só pode ter natureza jurisdicional, e disso decorrem algumas consequências, especialmente no plano dos recursos e ações impugnativas autônomas cabíveis.²⁰⁹ (grifo do autor)

Por outro lado, há aqueles que acreditam que a definição do conceito é política e, diferentemente de Streck e Abboud, pensam que o fato de ser político não confere mácula alguma, pois os procedimentos democráticos para a escolha dos ministros, bem como para o funcionamento do Tribunal dão legitimidade as escolhas tomadas. Assim, não haveria por que se colocar em xeque a democracia em razão dos procedimentos, nem tampouco quanto a fundamentação expendida no deferimento ou recusa da repercussão geral.

Esse tipo de controle, que chamamos pelo decorrer do trabalho de “qualitativo”, é essencialmente *político*, não simplesmente “jurídico”, até por conta da questão da “escolha” efetivamente. [...] ²¹⁰(grifo do autor)

Uma corte constitucional, pressupõe-se, irá julgar as grandes causas que nortearão a interpretação de direitos e deveres para o país inteiro – isso é essencialmente uma atividade política (a participação da Suprema Corte na construção da história dos EUA é boa demonstração disso, como já reiteradamente visto). A escolha, quando tal escolha é permitida, de quais causas permitirão julgar tais questões é, também, essencialmente uma atividade política – quanto qualquer atividade do Legislativo, ao decidir qual lei será criada, qual será extinta; ou do Executivo, ao decidir qual prioridade será atendida.²¹¹

O Judiciário, afinal, é um Poder, tão importante e político quanto Os outros dois – e como já visto, não será um filtro qualitativo que tornará “mais subjetiva” ou “menos confiável” a atuação do seu órgão de cúpula, ou mesmo dos demais tribunais superiores. [...] ²¹²

Constata-se que ambos posicionamentos têm fundamentos suficientes que os sustentam e concordam que há uma crise insuperável, mas os remédios propostos são diferentes. O acesso indiscriminado a instância extraordinária não é possível,

²⁰⁹ DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 228.

²¹⁰ BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário**: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei nº 11.418/06 (repercussão geral). São Paulo: Atlas, 2007. p. 115.

²¹¹ BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário**: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei nº 11.418/06 (repercussão geral). São Paulo: Atlas, 2007. p. 115.

²¹² BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário**: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei nº 11.418/06 (repercussão geral). São Paulo: Atlas, 2007. p. 115.

mas tampouco pode-se crer no Poder Judiciário como aquele poder sobre os demais.

4.3 Adoção de precedentes vinculantes – uma alternativa

Indispensável antes de pensar em alguma alternativa com olhos na experiência comparada ressaltar que no atual Código de Processo Civil existe a possibilidade da uniformização de jurisprudência, que está prevista nos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil e, apesar de não serem precedentes no sentido existente na tradição da *common law*, possibilitam a uniformização de entendimento quanto a algum aspecto de direito quando suscitado. Os aspectos que transcendem o incidente são os seguintes:

Quando a decisão do tribunal, no incidente de uniformização de jurisprudência, for tomada por maioria absoluta de votos (mais da metade dos membros que dão composição ao órgão que deve julgar o incidente), será ela objeto de súmula, constituindo precedente para a uniformização de jurisprudência do tribunal (art. 479 do CPC), e autorizando, posteriormente, o julgamento monocrático no tribunal, conforme já estudado acima. Caso contrário, sendo tomada a decisão apenas por maioria simples dos membros, poderá ela valer como jurisprudência dominante do tribunal para os efeitos de julgamento monocrático do relator, segundo as regras dos arts. 544 e 557 do CPC.²¹³

Visto isso, que não poderia deixar de ser ressaltado, não pela importância prática, mas pela sua existência no ordenamento. A proliferação de processos e a ausência de uniformidade nas decisões é uma chaga que continua presente e não teve fim nem mesmo com a elaboração da Constituição Federal de 1988. A criação do STJ, que assumiu parte da competência que antes era exercida pelo STF não surtiu o efeito desejado. Passado alguns anos o poder constituinte reformador em nova tentativa de solucionar o problema do excessivo número de causas que assolam os tribunais superiores criou alguns mecanismos: súmula vinculante, repercussão geral como pré-requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário e a introdução dos chamados recursos repetitivos, entre outras modificações. O presente mostra que as medidas não surtiram o efeito desejado,

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 618.

razão pela qual o vindouro Código de Processo Civil já prevê algumas modificações, naquilo que pode ser regulado por lei ordinária.

A análise da *common law* e a teoria dos precedentes existentes nessa tradição mostram algumas alternativas interessantes a serem adotadas pelos Tribunais Superiores, em especial devido ao fato de a federação brasileira ser centralizadora em relação a competência legislativa dos entes federados. Assim, para que seja possível a existência da segurança jurídica quanto aquilo que é decidido, o STJ e o STF devem ter o papel fundamental nessa organização. Faz-se premente que os seus julgados vinculem, a semelhança do que ocorre nas decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, frente a experiência da *common law*, nota-se que o padrão adotado de edição de súmulas, sejam elas vinculantes ou não, parece ser uma escolha bem discutível. A diferenciação realizada por Castanheira Neves em relação aos assentos portugueses e os precedentes vinculantes da *common law* tem perfeita aplicação aqui.

O precedente judiciário tem que servir para a segurança jurídica e não ser legislação de segundo grau, como ocorre com os enunciados que se descolam do caso concreto e passam a ter caráter geral e abstrato. Resta claro que o problema quanto a legislação não se resolve com mais legislação. Ao se pensar na abstração e generalidade de enunciados jurisprudenciais corre-se esse risco, pois o raciocínio leva ao seguinte resultado: 1) a lei não vincula; 2) o precedente vincula.

Seguindo essa perspectiva a única mudança operada consistiria na fonte produtora do enunciado legal, que passaria também a ser tarefa do Poder Judiciário. Todavia, a compreensão que deve orientar a ideia de precedente consiste em que os julgados não se referem apenas as partes em litígio na presente causa, mas sim em todas as causas que envolvem a mesma pretensão. Assim, ao estabelecer-se um precedente vinculante por meio do julgamento de um caso, o acórdão tem a função de educar tanto os jurisdicionados, bem como uniformizar o entendimento judicial. Claro que essa alteração não se promove apenas por uma modificação simples na lei. Veja-se o caso da Inglaterra, que hoje convive tanto com a força dos precedentes, bem como com a legislação escrita. Lá associada a ideia da vinculação das decisões dos tribunais de maior hierarquia aos de menor hierarquia há um sistema extremamente responsável de custas punitivas.

Adotar uma vinculação sem punição a parte que insiste em litigar apesar da existência de precedente que contraria os seus interesses consiste em continuar a mudar sem mudar. Conjuntamente com a ideia de custas punitivas há a necessidade de se litigar, em geral, com seguros, pois o litígio é caro. Assim, aquele patrono que insiste em litigar contra um precedente já estabelecido, fatalmente irá sucumbir e ocorrendo isso a apólice do seu seguro (do patrono da causa) irá cada vez ficar mais e mais cara, conseqüentemente as demandas tendem a diminuir, já que o litígio lotérico passa a ser totalmente desincentivado.

Junto a isso, para que o precedente dos tribunais superiores venham a ser verdadeira fonte imediata do direito, é indispensável que o trabalho deles ganhe relevo, pois a qualidade de uma decisão está diretamente relacionada com o tempo e a profundidade da discussão levada a cabo para se chegar até ela. Então, a otimização do trabalho (racionalização da atividade do poder judiciário²¹⁴) do STJ e do STF apenas pode se tornar uma realidade se o número de causas por eles decididas passe a ser algo compatível com o número de membros, bem como pela compreensão da posição por eles ocupada, que são órgão de superposição e não terceira e quarta instâncias, respectivamente. Os ensinamentos de Taruffo, ao analisar a Corte de Cassação italiana e o volume de trabalho por ela enfrentado serve de subsídio no argumento aqui defendido.

Por otra parte, el número incontrolado de decisiones favorece una degeneración adicional, es decir, encontrar frecuentemente incoherencias, y a menudo evidentes contradicciones y cambios repentinos de orientación en el ámbito de la misma jurisprudencia de casación. Se trata, desafortunadamente, de fenómenos muy conocidos y frecuentes sobre los cuales no podemos profundizar. Por lo que aquí interesa, ello lleva a que el uso de la jurisprudencia sea a menudo una empresa complicada, difícil y arriesgada. De un lado, en realidad, no se sabe casi nunca si de verdad se ha llegado a conocer toda la jurisprudencia (lo que suele ser imposible), o al menos toda la jurisprudencia relevante sobre una cuestión determinada. De otro lado, con frecuencia se descubre que la jurisprudencia es incoherente y contradictoria: se tratará, entonces, de establecer si hay o no hay jurisprudencia *conforme*, si hay una jurisprudencia *prevaleciente*, si la jurisprudencia es *incierto*, o incluso si hay una situación de caos jurisprudencial.²¹⁵ (grifo do autor)

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 20.

²¹⁵ TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Madri: Marcial Pons, 2009. p. 561.

Isso, como já visto é completamente distinto nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, pois nesses países os respectivos tribunais de cúpula tem sua atuação reduzida e, apesar da existência de uma possível *stare indecisis*, pode-se dizer que ela ocorre pela alteração de entendimento e não pelo convívio de decisões contraditória em um mesmo tribunal, ou seja, os precedentes podem ser superados, mas não há manutenção de precedentes conflitantes. Pode existir incerteza por parte dos jurisdicionados, mas não pelo fato de o julgamento ser ora em um sentido e depois em outro, o que ocorrer, sim, é o *overruling* de um precedente em que se confiava.

Nesse sentido é que a experiência comparada entre as tradições pode dar frutos, é um olhar no nível macro relativo ao processo e não micro, como escreve Taruffo:

Se, ainda, se trata de um processualista típico, orientado a entender que o direito processual civil se exaure em um conjunto de normas técnicas particulares, muito específico e analítico, é certo que ele tenderá a pensar que a comparação concerne a microproblemas, passando então a comparar normas técnicas bastante específicas (*norme tecnica dettaglio*), e que o êxito de semelhante trabalho não pode ser outra coisa senão o registro de – variações sobre o tema –, isto é, das diferentes regras específicas que os vários ordenamentos adotam para regular os mesmos aspectos específicos do processo. Desse modo, a comparação processual permanece em um nível – micro – e torna-se não só terrivelmente aborrecedora, mas também substancialmente inútil.²¹⁶ (grifo do autor)

Portanto, a experiência comparada mostra que a definição da vinculação em uma decisão apenas pode ser concebida quando um colégio de julgadores trabalha com esse objetivo, pois aí é possível haver preocupação em estabelecer o alcance dos motivos determinantes das decisões e aí sim uma otimização da atividade jurisdicional. Isso é completamente diferente do que a utilização do recurso das súmulas de jurisprudência dominante e até mesmo das súmulas vinculantes, pois estas apenas tornam público um resultado e não a razão de decidir do julgado, o que pode levar a resultados iguais, mas fundamentos diferentes, o quê não é nada proveitoso, em especial quando se tem presente a concepção de que a definição do direito aplicável a espécie tem íntima relação com os fatos. Nesta senda, a simples previsão de um resultado falha na subsunção a todos os casos, pois desconsidera a

²¹⁶ TARUFFO, Michele. **Proceso civil comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 13.

diferença fática, porque diferentemente do precedente, a súmula não tem possibilidade de adaptação e extensão a casos anteriormente não pensados, conseqüentemente ela opera na ideia do tudo ou nada, que leva a resultados díspares, pois os fatos nunca são os mesmo e adaptação da súmula é inexistente.

Também há aquilo denominado de caos jurisprudencial, conforme escreve Taruffo, ao comentar sobre a peculiaridade da existência de decisões em sentido contrário dentro de um mesmo tribunal.

[...] Se trata de la situación de caos jurisprudencial, es decir, de la pulverización y la contradictoriedad múltiple entre decisiones. Ésta tiene lugar cuando no es ni siquiera identificable un conflicto entre dos decisiones o dos directrices jurisprudenciales y, por el contrario, sobre la misma cuestión existen decisiones o directrices diferentes e incoherentes. Obviamente esta situación puede darse dentro de la jurisprudencia del mismo órgano, o en la jurisprudencia de órganos diversos.²¹⁷

Diferentemente da estrutura da *common law* aqui as sentenças tem capítulos, que em geral são: relatório, fundamentação e dispositivo. Resta, portanto, a dúvida da parte que irá vincular os demais casos, pois a extensão do dispositivo não gera regra alguma, bem como a exclusão da fundamentação também pode ser danosa. Assim, lúcida formulação de Gilmar Mendes que ecoa também na doutrina de Marinoni, que consiste em que o *holding* da decisão seja formado pelos motivos determinantes da decisão.

Porém, quando se está diante do controle difuso, não se pensa em outorgar autoridade de coisa julgada *erga omnes* à parte dispositiva da decisão. O que se pretende, isso sim, é dar realce e força aos motivos determinantes ou à *ratio decidendi* da decisão, evitando-se a sua desconsideração pelos demais órgão judiciários. Assim, quando se questiona a possibilidade de se atribuir eficácia vinculante às decisões tomadas em recurso extraordinário, não se almeja tornar imutável e indiscutível uma decisão de constitucionalidade, mas se quer impedir que os demais órgãos do Poder Judiciário neguem os motivos determinantes da decisão.²¹⁸ (grifo do autor)

A formulação com certeza é interessante, mas assim como as teorias da formulação da *ratio decidendi* na *common law* também encontra dificuldades, como

²¹⁷ TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Madri: Marcial Pons, 2009. p. 551.

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 458.

por exemplo: Como determinar o precedente quando apesar de a decisão ser unânime os motivos que levaram a ela foram distintos? Uma resposta a essa pergunta fica difícil ao se considerar apenas uma decisão, mas a partir do momento que há uma reiteração da decisão por parte de mesmo tribunal os motivos determinantes vão se consolidando e assim também o precedente. Essa é uma das grandes vantagens existentes na vinculação da *common law*, pois a decisão de um caso concreto está apta a vincular as demais demandas acerca da mesma controvérsia, mas apenas pela solidificação do precedente é que se tem essa certeza. Também aqui a mostra de que a ideia de súmulas pretende diminuir a complexidade dos julgados, pois a aplicação ocorre ou não, ao passo que com a ideia da vinculação aos julgados tem-se um eterno construir.

O tempo é o melhor conformador de um precedente, exemplo claro disso é a existência dos super-precedentes, que são ratificados ano após ano e aqueles que não seguem o mesmo caminho e não adquirem tal *status*.

Todavia, aqui se discorda da seguinte proposição de Marinoni:

De qualquer forma, ao se chegar ao ponto que interessa em face do que se vinha tratando no item anterior, torna-se possível dizer que decisões podem declarar a mesma norma constitucional e inconstitucional, conforme as circunstâncias de fato envolvidas com a norma. O que demonstra que ver a decisão de inconstitucionalidade como um precedente constitucional suscetível de revogação é muito mais adequado do que supor que a declaração de inconstitucionalidade definitivamente sepulta a norma, impedindo que venha a ser, ainda que excepcionalmente, novamente aplicada.²¹⁹

Evidentemente que os órgão de cúpula (STF e STJ) não se vinculam obrigatoriamente aos seus julgados, e assim também é na *common law*, mas como ressaltado em seção anterior do trabalho, as formas para se afastar do precedente estabelecido em maneira reducionista são o *overruling* e o *distinguish*. Ocorre que em termos de controle de constitucionalidade, apesar das técnicas existentes de interpretação conforme a constituição, sem redução de texto, entre outras variáveis possíveis sempre se busca pelo contexto constitucional da norma impugnada, na tentativa de “salvar a lei”. Todavia, não há como se sustentar que em determinado contexto se aplique um entendimento de inconstitucionalidade e em outro de

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 467.

constitucionalidade, não por se defender a teoria da nulidade dos dispositivos inconstitucionais, mas pelo fato de que isso introduz no sistema a possibilidade de decisões contraditórias, que é justamente o que se busca evitar com a adoção de precedentes vinculantes. Isso implica em dar ao julgador uma carta coringa, que ele usa quando e como quiser e tal atitude não pode ser saudada. Por outro lado há o caso da ocorrência de nulidade total do diploma contestado em sede de RE, nesse caso inevitável que a decisão do STF deve nulificar o diploma e o extirpar do ordenamento jurídico, já que o parâmetro de controle é a Constituição Federal e não o caso concreto, assim, somente poderia se cogitar na aplicação da norma impugnada caso ocorresse alteração no texto constitucional de forma que a partir de então se tornasse compatível, mas apenas para o futuro e jamais retroativamente.

Conforme Raatz escreve, deve-se atentar a forma da implementação da noção de precedente, pois eles não representam um mau em si mesmo.

A valorização dos precedentes judiciais não constitui um mal em si. Na verdade, pode contribuir para que o Direito brasileiro apresente um maior grau de integridade e coerência do direito, na medida em que se passa a exigir dos juízes e Tribunais, no momento de decidir, que levem em consideração o todo da prática jurídica pretérita e presente, gerando um alto grau de constrangimento capaz de impedir decisões evitadas de subjetividade. Todavia, não é isso que tem sido proposto. O chamado sistema de precedentes *à brasileira* aposta em uma alta concentração de poder no Superior Tribunal de Justiça, com um conseqüente amesquinçamento do papel dos juízes e Tribunais verticalmente inferiores.²²⁰ (grifo do autor)

Nunes, Lacerda e Miranda também atentam para isso:

A uniformização decisória em nome dos princípios da segurança jurídica e da igualdade é louvável. Porém, ainda que seja importante a redução das demandas nos tribunais superiores amparada por tais princípios, é ainda mais importante a instauração da qualidade na formação dos precedentes judiciais, visto que um processo é instaurado para oferecer às partes a contraprestação justa de seu direito violado. No entanto, se não há qualidade nas decisões e o direito das partes é negligenciado, o processo se torna um fim em si mesmo, buscando em nome da celeridade uma perda expressiva da eficiência nas decisões judiciais, de modo a lesar os direitos das partes envolvidas no processo.²²¹

²²⁰ RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira?. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 7, p.217-237, jan. 2013. p. 232.

²²¹ NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Rev. Fac. Direito Ufmg**, Belo Horizonte, v. 1, n. 62, p.179-208, jan. 2013. p. 204.

Para tanto é indispensável a correta compreensão dos conceitos, já que as diferenças entre as tradições, por mais simples que possam parecer, podem levar a caminhos diversos e é na busca por um olhar atualizado entre o que existe nas duas grandes famílias de direito que se pode trilhar um caminho pela busca de alternativas, não apenas pela simples introdução de instrumentos alienígenas como solução. Deve-se olhar no macro e não no micro, ou seja, em termos de processo e não de procedimento.

4.3.1 Precedentes e alteração de entendimento

Claro que uma demanda que tenha pretensão em sentido contrário ao precedente pode, em tese, ser tolhida. Todavia, a partir das peculiaridades do caso concreto é que pode verificar a compatibilidade de um precedente ou não com o caso em análise. Assim, por parte dos juízos de primeira instância sempre existirá a possibilidade de ser feita uma distinção em razão de o caso em tela não se moldar a decisão do precedente. Todavia, isso deve ter um limite, na medida em que não se pode permitir que o jurisdicionado tenha que recorrer até os tribunais superiores para que tenha a sua pretensão confirmada. Como já salientado, em função de as normas serem federais, a consolidação quanto a interpretação das mesmas sempre será atribuição do Superior Tribunal de Justiça e, nesse sentido, interpretações dissonantes com a consolidada por este tribunal apenas introduzem maior litigiosidade.

Taruffo escreve que a diferenciação entre precedentes vinculantes existentes na tradição da *common law* e precedente meramente persuasivo na tradição da *civil law* não tem espaço no âmbito do presente momento.

La segunda consideración tiene que ver con la eficacia del precedente. Para este propósito se observa que la tradicional y corriente distinción entre precedente vinculante, que sería típico de los ordenamientos de *common law*, y precedente persuasivo, o de hecho, que sería típico de los ordenamientos del *civil law*, es insostenible. Más bien, parece apropiado hablar de fuerza del precedente para indicar el grado o la intensidad con que aquel logra influir sobre las decisiones sucesivas. De un lado, no es apropiado decir que el precedente de *common law* es vinculante, en el sentido de que de él se deriva una verdadera y propia obligación del segundo juez de atenerse al precedente. Es notorio que también en el sistema

inglés, que parece ser aquel en el que el precedente está dotado de mayor eficacia, los jueces usan numerosas y sofisticadas técnicas argumentativas, entre ellas el *distinguishing* y el *overruling*, a fin de no considerar como vinculante el precedente que no pretenden seguir.²²² (grifo do autor)

O argumento tem procedência, visto que o ensaio do mestre italiano é muito influenciada pelo trabalho de MacCormick e Summers, que realizaram ampla discussão acerca dos precedentes em diversos sistemas jurídicos ocidentais. Todavia, identificar o precedente como menos vinculante e, portanto mostrar a possibilidade dos juízes realizarem *distinguish* e *overruling* como elementos identificadores acerca da vinculação do precedente não é algo que mereça ser destacado, pois apesar de ambas serem formas de superação do entendimento estabelecido, conforme debatido no capítulo anterior, a possibilidade de existência dessas técnicas não desprestigia nem enfraquece a ideia de precedente, mas sim deixa a possibilidade de renovação interna do sistema jurídico. Lembre-se que não é todo tribunal que pode realizar o *overruling*, ao passo que a técnica do *distinguish* é sim disponível a todo e qualquer julgador.

A melhor concepção sobre a matéria parece ser a de Knijnik, que mostra a vinculação expressa quanto a algumas decisões e súmulas e de fato em relação com a maior parte das decisões proferidas pelos tribunais superiores.

O *stare decisis* “de fato” reside em princípio na ‘força persuasiva’ do caso julgado. Essa força persuasiva pode ser estabelecida tanto pelo prestígio material que possam ter essas decisões, como, também, por questões exclusivamente pragmáticas, que, dentro da característica de auto-referibilidade da jurisprudência, acabam por se estabelecer, não sem render críticas vigorosas entre os clássicos. Todavia, observa-se que o assim chamado *stare decisis* prático ou de fato não passaria de um eufemismo, porquanto, formalmente, a própria jurisprudência trata de preservar-se, sendo absolutamente raros os casos em que resulta modificada. [...] ²²³(grifo do autor)

Essa compreensão mostra a cogência das decisões em termos práticos, apesar de deixar aberta a possibilidade de manifestação dos órgão de primeira instância e de segunda em sentido contrário as decisões do STJ e do STF, quanto a

²²² TARUFFO, Michelle. Precedente y jurisprudencia. **Precedente - Anuario Jurídico**, Cali, v. 1, n. 8, p.85-99, abr. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/2184>. Acesso em: 19 nov. 2013. p. 91-92.

²²³ KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 60.

este último isso não ocorre em relação as decisões proferidas pelo pleno em sede de controle concentrado de constitucionalidade e face ao descumprimento de súmulas vinculantes. Isso se dá dessa forma por se acreditar que apenas a lei é que pode criar direitos, ou seja, ainda vinculado a ideia de que a jurisdição apenas cabe uma função declarativa de direitos. Talvez, em razão dessa compreensão, apenas pela modificação legal é que se chegará a vinculação das decisões do STJ e STF, o quê, pela atribuição de guarda da Constituição e da unidade federativa e hermenêutica da legislação federal não seria necessário.

Nesse condão, a possibilidade de eliminar certas controvérsias é extremamente necessária e, seria interessante a instituição de uma espécie de reclamação constitucional no que tange ao descumprimento dos precedentes consolidados pelo STJ, pois é inadmissível ter que passar por três graus de jurisdição para se atingir a decisão que se acredita ser a correta. A independência ao julgar deve ter a devida compreensão que o processo não é apenas um instrumento para a resolução de controvérsias individuais, mas sim que este tem um escopo público e a decisão jurisdicional tem de educar e isso jamais será atingido com uma completa falta de congruência das decisões. Dinamarco, salienta:

A educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo. O escopo último continua sendo a pacificação social, que, na medida em que obtidos bons níveis de confiança no seio da população, torna-se mas fácil de ser levada a níveis satisfatórios.²²⁴

As decisões dos tribunais superiores, em especial, tem que ter esse caráter de orientação, já que o acesso ao poder judiciário deve ser garantido, já que é uma das formas de manifestação democrática, mas deve existir um comprometimento por parte dos atores.

A respeito desse caráter prospectivo do direito processual civil – que poderia ser qualificado, como se verá, como um “quarto momento metodológico” – faz-se necessário partir do fenômeno conhecido por “publicização do direito privado”, que também atingiria o processo, no momento em que este último deixou de ser visto como “coisas das partes”. Acenou-se, paulatinamente, para a natureza pública da

²²⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 193.

atividade jurisdicional, com odes as consequências aí derivadas no campo das nulidades, dos poderes do juiz, da prova, da própria definição do conceito de jurisdição etc., a ponto de ser lícito aludir a um “processo civil contemporâneo” que, mais do que nunca, apelou para a “efetividade dos direitos” como seu endereço fundamental.²²⁵

O escopo público e que transcende o interesse exclusivo das partes mostra a importância do processo na concretização de direitos. Nessa senda, as decisões dos tribunais superiores devem ganhar realce e importância, pois propor uma demanda em que se combata um precedente não pode ser em razão da sorte de se obter uma decisão em sentido contrário àquele estabelecido, tem-se que ter particularidades muito especiais, assim como uma decisão que se afasta de um precedente tem que ter razões extremamente fortes para isso. Os ensinamentos de Alexy²²⁶ iluminam a forma para que se pretenda uma decisão em sentido contrário ao do precedente: 1) quando um precedente rege determinada questão há a obrigatoriedade de citá-lo; 2) aquele que pretende uma decisão em sentido contrário tem o ônus da argumentação no sentido contrário ao estabelecido. Claro que por argumentação deve-se exigir um sólido embasamento jurídico e social, pois apenas combater o precedente por amor a lide não pode ser tolerado nem cancelado, pois seria desprestigiar a noção de precedente.

Não se pode inserir meios que frustrem a possibilidade de acesso, mas tem que se coibir a demanda oportunista e isso apenas pode ser feito caso o magistrado tenha a seu dispor medidas que desincentivem a litigiosidade oportunista e lotérica.

A coesão na manifestação da jurisdição é importante também no sentido da respeitabilidade que deve ter perante a sociedade. Obviamente que o trânsito em julgado soluciona a lide para as partes, mas a função não se esgota aí e, a imagem perante terceiros (outros poderes e os demais atores) é tão ou mais importante, pois como manter a autoridade de um juiz de primeira instância que tem todas as suas decisões reformadas, como sustentar a respeitabilidade de um tribunal que tem grande parte de seus julgados revistos (cassados ou reformados) pelos tribunais superiores. Isso não é bom que ocorra tanto para o jurisdicionado como para o próprio Poder Judiciário. Esse simbolismo é importante. Chase escrevendo sobre o cerimonial do julgamento escreve:

²²⁵ KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65.

²²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 261.

[...] To what extent is litigant behavior in, or evaluation of, the judicial process affected by the use of ceremony? Following studies by Tyler, Lind, and others who have explored the social psychology of procedural justice (discussed below), we know that litigant satisfaction with judicial proceedings depends on their assessment of the “fairness” of the process, as well as on the fairness of the outcome. We also know that the concept of fairness is multi-dimensional. Further, there is evidence supporting the claim that litigant compliance with law is improved when they believe they have been treated fairly. [...] ²²⁷

A confiança no Poder Judiciário passa pela necessária mensagem que deve emitir para a sociedade. Como desincentivar a litigiosidade se na própria corporação (Poder Judiciário) a mensagem é de litígio? Claramente que somente pode se chegar a esse feito por meio de uma congruência nas decisões. Por sua vez, não se deve ante a vultosa organização abdicar-se de buscar as respostas aos problemas e, o Poder Judiciário, tem s importante missão da prestação jurisdicional efetiva.

A necessidade da atuação jurisdicional no presente momento é fundamental ante cláusulas abertas presentes nas lei, conceitos esses que necessitam ter o seus contornos e significados preenchidos pela atividade judicante, que deve ganhar contornos definitivos a partir do pronunciamento dos tribunais superiores, aqui quanto ao tema o STF e o STJ. Isso não quer significar que o Poder Judiciário venha a usurpar a competência do legislativo, pois como já ressaltado no primeiro capítulo, a necessidade de respostas tempestivas para os problemas que surgem não podem estar a mercê da boa ou má vontade do poder legislativo.

Um exame atento da legislação bem demonstrará o peso da causa dogmática. Exemplificativamente, tome-se o conceito de “boa-fé” do art. 40, inc. III do Código de Defesa do Consumidor, dentre os vários conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais compendiadas por Judith Martins-Costa. Como distinguir, num determinado caso, o que é fato e o que é direito? Mesmo o conceito de “culpa” pode suscitar polêmicas. Parece, destarte, que o novo endereço legislativo conduz-nos a uma ampliação da responsabilidade dos Tribunais de Revisão. [...] ²²⁸

²²⁷ CHASE, Oscar G.. Direito processual comparado. In: world congress of procedural law, 12., 2007, Salvador. **Understanding judicial ceremony in comparative perspective**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 654.

²²⁸ KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 51-52.

Inafastável, portanto, a extrema importância da atividade judicial e, neste particular, dos tribunais superiores, que devem cancelar a atividade exercida nas instâncias ordinárias ou corrigir o rumo e estabelecer a maneira como deve se proceder ante respectiva controvérsia. Outra função extremamente importante consiste no fato de que para um mesmo problema jurídico pode ser chegar a diversas respostas viáveis, pois aqui se concorda com Hart²²⁹ e se diverge de Dworkin²³⁰, pois sempre haverá um espaço de discricionariedade para a atuação, todavia isso não pode significar arbitrariedade e é justamente nesse espaço que o precedente pode operar com extrema eficiência no sentido de unificar a resposta jurisdicional para que se chegue a alternativa que naquela conjuntura jurídica e social acredite-se ser a mais acertada para o momento, não necessariamente a resposta correta prevista por Dworkin, mas na resposta necessária para o momento, visto que a prática influencia na resposta e como escreve Hart:

[...] Juízes da envergadura de Oliver Wendell Holmes e Cardozo, nos Estados Unidos, ou Lorde Macmillan, Lorde Radcliffe ou Lorde Reid, na Inglaterra, além de um grande número de outros juristas, tanto acadêmicos como militantes, insistiram na ideia de que há casos incompletamente regulados pelo direito nos quais o juiz tem uma função legislativa inevitável, embora “intersticial”; e disseram que muitos casos poderiam, do ponto de vista jurídico estrito, ser decididos em qualquer sentido.²³¹

A tarefa do julgador é sempre um interpretar em um criar, principalmente em razão da textura aberta da linguagem, bem como a ampla utilização de termos

²²⁹ Cf HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 355: “[...] Pois, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se princípios distintos que autorizem analogias conflitantes, e o juiz é muitas vezes forçado a optar entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, em sua percepção do que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida que o direito lhe prescreva. A oportunidade para a criação judicial do direito seria não apenas adiada, mas também eliminada, somente se fosse sempre possível encontrar no direito existente, em todos esses casos, um conjunto único de princípios de ordem hierárquica superior que atribuisse peso ou prioridades relativas a esses princípios conflitantes hierarquicamente subordinados.

²³⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 132: “A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplica-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.

²³¹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2009. P. 354.

axiologicamente neutros que demandam construção para atribuir significado para eles, e nesse sentido a importância da consolidação de entendimento para que respostas aos problemas sejam as mesmas. Nessa tarefa entre replicar o passado e construir o futuro é que o magistrado está inserido e sempre haverá casos em que criará o direito e em outros que irá aplica-lo, essa é a visão de Hart, que ao comentar o nobre sonho e o pesadelo do direito estadunidense escreve

Para concluir, permitam-me dizer o seguinte: apresentei a teoria do direito norte-americana como situada entre dois extremos, o Pesadelo e o Nobre Sonho; o entendimento de que os juízes sempre criam e nunca encontram o direito que impõem às partes, e o entendimento oposto de que nunca o criam, a exemplo de qualquer outro pesadelo e de qualquer outro sonho, esses dois são, em minha opinião, ilusões, embora tenham muito valor para ensinar ao jurista enquanto este está acordado. A verdade, talvez não muito empolgante, é que ora os juízes fazem uma coisa, ora fazem outra.²³²

Joseph Raz, no mesmo sentido, demonstra a impossibilidade de se ter um arcabouço jurídico que consiga retirar a intenção daquele que julga.

Questions of intention and meaning may have no answer. It may be neither true or false that in making the remark a person intended to insult his colleague, and then it is also neither true or false that he did not so intend. Similarly it may be neither true nor false that this is a dwelling or a motor vehicle. It may be neither true nor false that this man is bald. Where the facts which are legal reasons are indeterminate, through vagueness, open texture, or some others factors, certain legal statements are neither true nor false. Such indeterminacy may make it neither true nor false that this structure is liable to tax as a dwelling, etc. a cause of legal gaps of the first type is the indeterminacy of language, of intention, and of others facts. It is worth noting that this kind of legal gap is not the law's peculiarity. They are totally dependent on and derive from gaps in statements of an ordinary and not a particularly legal kind such as statements about intentions and language. It is the indeterminacy of ordinary everyday facts which generate legal gaps.²³³

É impossível retirar o interprete do processo de aplicação e preenchimento de significados da lei. Assim, justamente por isso, e por não se desejar a coexistência de decisões em sentidos contrários, apesar de juridicamente viável, é que se

²³² HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 161.

²³³ RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 72-73.

acredita que a consolidação de entendimento pelos tribunais superiores, e pela vinculação aos inferiores, isso propicia ao jurisdicionado senão certeza quanto ao resultado de sua demanda, pelo menos estabilidade e confiança, na medida em que as respostas do Poder Judiciário as demandas a ele propostas não podem ser fruto da sorte. Isso não significa, necessariamente, que a decisão estabelecida seja a melhor para a causa, mas evita a incongruência de órgãos de mesma hierarquia jurisdicional proferirem decisões em sentido oposto. O jurisdicionado não pode ficar com o destino da sua demanda vinculado ao “sorteio” da competência de sua causa ser distribuída para uma vara ou para outra, que ocorre no momento da distribuição²³⁴ de sua petição inicial ou de seu recurso.

²³⁴ Art. 251 do Código de Processo Civil: “Todos os processos estão sujeitos a registro, devendo ser distribuídos onde houver mais de um juiz ou mais de um escrivão.”.

5 CONCLUSÃO

Extraír uma única conclusão dos assuntos que aqui foram tratados talvez não seja a melhor alternativa, visto que não existem respostas tão simples para problemas muito complexos. Todavia, podem ser delineados alguns apontamentos que sirvam de rumo a novas empreitadas que busquem rever os temas aqui tratados e desvendar respostas ainda não respondidas e até mesmo mudar aquilo que se pretende como certo.

Dessa forma, buscou-se analisar a tradição da *common law* com o intuito de compreender a ideia de vinculação e precedentes. Constatou-se que a ideia da *stare decisis* operou de forma distinta conforme a época, bem como foi algo cunhado pela prática da Câmara dos Lordes e que apenas tornou-se realidade devido ao momento histórico em que foi concebida, já que sem a tecnologia para redigir as decisões e torna-las públicas isso não teria sentido algum. Por sua vez, a tendência de se afastar de maneira formal dos precedentes estabelecidos teve como marco a chamada *Practice Statement* em 1966. Esse enunciado, teve o particular de ter sido de forma autônoma, ou seja, não estava inserido em uma decisão jurisdicional. Passou-se, portanto, por anos a dúvida se essa manifestação vincularia ou não, já que não estava inserida em uma decisão, mas prevaleceu a ideia de que ela era vinculante.

Por sua vez, nos Estados Unidos da América a ideia de vinculação sempre foi mais temperada e não existiu uma descontinuidade, porque apesar da ideia de vinculação, a *Supreme Court* sempre realizou a superação ou a modificação de seus entendimentos quando por questões políticas, jurídicas ou sociais achou que deveria fazê-lo.

Verifica-se nesses dois grandes sistemas jurídicos da tradição da *common law* uma aproximação com a tradição da *civil law*. Cresce a importância dos diplomas legais escritos tanto nos Estados Unidos da América, bem como no Reino Unido, neste último, em especial devido à consolidação da União Europeia e a submissão ao Convenção Europeia de Direitos Humanos, operou-se grande modificação na estrutura organizacional do Estado, pois a Câmara dos Lordes foi extinta, criaram-se as regras escritas sobre o processo civil e também foi feita uma Constituição.

Por sua vez a aproximação do lado da *civil law*, tendo o Brasil como paradigma, os influxos também acontecem no sentido da ideia de vinculação as decisões dos tribunais superiores. Apesar disso, a experiência brasileira tem maior proximidade com o direito português e, portanto, com os assentos, que existiram desde a época em que provinham da Casa de Suplicação até o ano de 1993 quando foram declarados inconstitucionais. No Brasil a vinculação tem origem, sob o texto constitucional de 1988, com as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Por sua vez, em relação as súmulas, que são aqui equivalentes aos assentos portugueses, a vinculação jurídica apenas tornou-se possível com a criação da súmula vinculante. Como se demonstrou ao longo do estudo o problema não está na vinculação e sim na maneira como se atinge ela, já que da mesma forma como se busca segurança jurídica ao se uniformizar a aplicação do direito, os mecanismos que servem a este fim não podem ser perpetradores de injustiças e inibidores de mudanças.

Há sim que se pensar em vinculação, não apenas em sede das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, mas também em relação a todo e qualquer processo que venha a ser decidido pelo STJ e pelo STF. Tal qual na *common law*, a *ratio decidendi* lá, e aqui os motivos determinantes da decisão, devem transcender o caso sob julgamento a fim de que possam iluminar todas as causas acerca do mesmo assunto jurídico. Assim, insustentável querer que as decisões do STF devam ter eficácia distinta consoante o modo como o controle de constitucionalidade é realizado, deve ser *erga omnes* em qualquer forma como seja realizado. Esse entendimento ganha força ainda mais pela objetivação do Recurso Extraordinário, que a partir da necessidade de demonstração de Repercussão Geral o STF não mais decide causas em sentido estrito, mas sim assuntos contidos em causas e o fato de superar o juízo de admissibilidade não está ligado ao caso concreto, mas sim ao direito em voga e ao alcance que ele tem.

Em relação ao direito federal e a jurisdição exercida pelo STJ verifica-se que este tribunal veio com o fito de tentar solucionar o excessivo número de demandas que assolavam o STF. Ocorre que operou-se uma cisão do Recurso Extraordinário e passou a existir o Especial e o Extraordinário, com a divisão das matérias que antes eram recorríveis pelo Recurso Extraordinário. Com o STJ em crise, já que assolado pelo mesmo problema que atingia o STF antes da Constituição de 1988, inserem-se mecanismos para filtrar as causas, a fim de que nem todas as questões que

tecnicamente seriam recorríveis pelo Especial possam sê-lo. Constatase que as reformas, desde a criação do STJ, sempre tiveram como objetivo solucionar o problema das demandas em excesso e conseqüentemente os recursos demasiados. Todavia, ao se observar que o Brasil é uma federação, isso consiste em tarefa impossível de ser contida, pois a problemática jamais enfrentada por reforma alguma consiste na competência legislativa reservada aos Estados e a União. Em tese os entes federados deveriam ter competências legislativas materiais e processuais e, assim, apenas questões constitucionais é que, eventualmente, seriam recorríveis para o STF. Entretanto, assim não é, a União concentra quase que com exclusividade toda a competência legislativa material e processual, conseqüentemente é de importância fulcral um órgão acima dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais para que haja uma tentativa de uniformização das decisões. A existência do Recurso Especial se explica por meio das competências legislativas e não propriamente pela importância jurídica desse recurso. Se os Estados tivessem maior amplitude legislativa seria absolutamente desnecessário esse tribunal, pelo menos em relação as questões decididas pelos Tribunais de Justiça.

Porém, com os olhos no presente naquilo que existe, indispensável que as decisões do STJ sejam vinculantes e não se deixe espaço para arbitrariedades dos julgadores de primeira e segunda instâncias. É inconcebível que o jurisdicionado tenha que recorrer até a via especial para ter a sua pretensão salvaguardada pelo Poder Judiciário. Nesse cenário de respeito hierárquico é que se enxerga na atuação judiciária um potencial que deve ir além do caso em julgamento. As decisões jurisdicionais devem ter força e isso apenas será possível por meio de uma atuação coerente e congruente de todas as instâncias. Por sua vez, a vinculação à semelhança dos precedentes na *common law* e não por meio de súmulas deixa em aberto a todas as instâncias as diversas possibilidades de *distinguish*, desde que fundamentadas. Isso preserva a importante possibilidade de as teses jurídicas serem contestadas e superadas. Entretanto, combater um precedente não pode ser uma faculdade incentivada e nesse ponto é que se faz necessária a compreensão de que o litígio não pode ser banalizado e a garantia de acesso ao Poder Judiciário somente deve ser exercida com extrema cautela, pois demandas aventureiras e temerárias deveriam ser punidas por meio de custas punitivas, dirigidas tanto ao patrono da causa como a parte.

Indispensável deixar a vinculação de fato, que é a existente no Brasil quanto as decisões proferidas no processo subjetivo, para aceitar que independentemente da via de acesso, os tribunais superiores têm uma prerrogativa extremamente importante na prática judiciária. A tradição da *common law* mostra que a vinculação advinda do caso concreto, mas que empresta efeitos aos casos semelhantes parece ser a melhor técnica, visto não engessar o tribunal prolator da decisão, já que esse precedente ganhará força à medida em que for ratificado com o passar do tempo, tanto pelo próprio tribunal como pelas instâncias inferiores, e a possibilidade de superação desse entendimento sempre está aberta, podendo ser feita em um julgamento ordinário e não por um incidente que vise cancelar, revogar ou modificar uma súmula. O caso concreto com as suas variações fornece substrato fundamental para o desenvolvimento, por isso, o precedente ligado aos motivos determinantes da decisão se mostram mais acertados, diferentemente das súmulas, as quais seguem com o mesmo vício das leis, visto que apesar de oriundas de um caso concreto, elas ganham um caráter geral e abstrato que distancia do caso e se assemelha à lei.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- AMAR, Akhil Reed. **America's unwritten constitution: the precedents and principles we live by**. Nova Iorque: Basic Books, 2012.
- ANEDREWS, Neil. **O moderno processo civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- AZAMBUJA, Carmen Luisa Dias de. **Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito erga omnes de seu julgamento**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- AZZONI, Clara Moreira. **Recurso especial e extraordinário: aspectos gerais e efeitos**. São Paulo: Atlas, 2009.
- BANKOVSKI, Zenon et al. Rationales for Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Brookfield: Ashgate Publishing Company, 1997. p. 481-502.
- BANKS, Christopher P.. Reversals of precedent and judicial policy making: how judicial conceptions of the stare decisis in the U.S. Supreme Court influence social change. **Akron Law Review**, Akron, v. 32, n. 2, p.233-258, jan. 1999. Disponível em: <Reversals of Precedent and Judicial Policy-Making: How Judicial Conceptions of Stare Decisis in the U.S. Supreme Court Influence Social Change>. Acesso em: 01 nov. 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Traduzido por: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2.ed. Traduzido por: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 6. ed. Traduzido por: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi et. al. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário**: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei nº 11.418/06 (repercussão geral). São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. Constituição (1969). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de janeiro de 1992**. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL - SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO SUL. **História**. Disponível em: <http://www2.jfrs.jus.br/?page_id=2969>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. **Lei Nº 11.417, de 19 de Dezembro de 2006**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 166, de 2010**. Anteprojeto do novo código de processo civil. Brasília, Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J.. **Stare indecisis**: the alternation of precedente on the Supreme Court, 1946-1992. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia. Traduzido por Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CALABRESI, Steven G.. Text vs. precedent in constitutional law.. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, v. 31, n. 3, p.947-959, jun. 2008. Disponível em: <[http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2009/02/31-3/Calabresi Online -- precedent.pdf](http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2009/02/31-3/Calabresi%20Online%20--%20precedent.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2013.

CAMINKER, Evan H.. Why must inferior courts obey superior court precedent. **Stanford Law Review**, Stanfords, v. 46, n. 4, p.817-873, abr. 1994. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1229094>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPONI, Remo. **Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (inmargine a Cass. n. 19246 del 2010)**. Disponível em: <https://www.academia.edu/346234/2010_R._Caponi_Overruling_in_materia_processuale_e_garanzie_costituzionali_in_margine_a_Cassie_n_19246_del_2010_>. Acesso em: 03 fev. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Traduzido por: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Traduzido por: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo e a evolucao do direito**. 3. ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CHASE, Oscar G.. Direito processual comparado. In: World congress of procedural law, 12., 2007, Salvador. **Understanding judicial ceremony in comparative perspective**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 650 - 657.

CICCONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Traduzido por: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Traduzido por María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal.** Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DAVID, René. **O direito inglês.** Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOBBINS, Jeffrey C.. Structure and precedent. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 108, n. 1, p.1453-1496, jun. 2010.

DOUGLAS, William O.. Stare decisis. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 49, n. 6, p.735-758, jun. 1949. Disponível em: <[http://links.jstor.org/sici?sici=0010-1958\(194906\)49:62.0.CO;2-N](http://links.jstor.org/sici?sici=0010-1958(194906)49:62.0.CO;2-N)>. Acesso em: 01 nov. 2013.

DUNN, Pintip Hompluem. How judges overrule: speech act theory and the doctrine of stare decisis. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 113, n. 1, p.493-531, 30 out. 2003.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law.** Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **Comentários ao código de processo civil**, v. 7: do processo de conhecimento, arts. 496 a 565. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado moderno en europa instituciones y derecho.** Madrid: Trotta, 2004.

Gélio, Aulo. **Noches aticas.** Traduzido por Santiago López Moreda. Madri: Akal, 2009. livro XIV.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional:** art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Traduzido por Emilio Mikunda. Madri: Editorial Tecnos, 2002.

HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American civil procedure**: an introduction. Binghampton: Vail-Ballou Press, 1993.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Traduzido por María Hernández. 3. ed. Madri: Alianza Editorial, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HISTÓRIA da Democracia - Entrevista com Professor Pietro Costa. Realização de Ricardo Marcelo Fonseca. Intérpretes: Pietro Costa. Curitiba: Ufpr-tv, 2011. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=t31W-1e9rNM>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

ITURRALDE SESMA, Victoria. **El precedente en el common law**. 1. ed. Madri: Civitas, 1995.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KERSTEN, Ignácio Mendez. **O direito como um médium democrático**: o quociente de coligação e seu paradoxo democrático. 2013. 127 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KOMÁREK, Jan. **Judicial lawmaking and precedent in Supreme Courts**. 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1793219>. Acesso em: 01 nov. 2013.

LAWSON, Gary. Stare decisis and constitutional meaning: the constitutional case against precedent. **Harvard Journal Of Law & Public Policy**, Cambridge, v. 17, n. 1, p.22-33, dez. 1994.

LEE, James. **The doctrine of precedent and the Supreme Court**. Disponível em: <www.innertemple.org.uk/.../lecture_james_lee.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2013.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank C.. Stability, predictability and the rule of law: stare decisis as reciprocity norm. In: GEYH, Charles. **What's law got to do with it?**. Stanford: Stanford University Press, 2011. p. 1-31.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história – lições Introdutórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). **Interpretating precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Traduzido por Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO, Elaine Harzheim. O sistema recursal, a jurisdição constitucional e a federativa: um novo paradigma. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski et al (Org.). **A constitucionalização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 175-188.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p.149-168, jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. v: arts. 476 a 565. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEVES, António Castanheira. **O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Números da Repercussão. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>> Acesso em: 10 jul. 2011.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso dos precedentes judiciais na prática judiciária brasileira: uma perspectiva. **Rev. Fac. Direito Ufmg**, Belo Horizonte, v. 1, n. 62, p.179-208, jan. 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAULSEN, Michael Stokes. Abrogating stare decisis by statute: may congress remove the precedential effect of Roe and Casey? **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 109, n. 7, p.1535-1602, 23 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/797601>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade**: direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

POUND, Roscoe. **The spirit of the common law**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999.

- RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira?. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 7, p.217-237, jan. 2013.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RAMOS MENDEZ, Francisco. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979.
- RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Traduzido por: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ISAIA, Cristiano Becker. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p.5-26, 01 jan. 2010. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay**. Princeton: Princeton University Press, 1998.
- SCHAFER, Gilberto. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- SCHAFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. **Jurisdicción, acción y proceso**. Barcelona: Atelier, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SINCLAIR, Michael. Precedent, super-precedent. **George Mason Law Review**, Arlington, v. 14, n. 2, p.363-411, 23 dez. 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **Considerações preliminares**: a mutação como caminho (ou condição) para a decisão. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 19 nov. 2013.

TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Madri: Marcial Pons, 2009.

TARUFFO, Michelle. Precedente y jurisprudencia. **Precedente** - anuario jurídico, Cali, v. 1, n. 8, p.85-99, abr. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/2184>. Acesso em: 19 nov. 2013.

TARUFFO, Michele. **Proceso civil comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Zuckerman, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Org.). **Reform of civil procedure**: essays on 'access to justice'. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.