

DIREITO COMPARADO: UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO AMERICANO

Fernando Cristian Marques¹

Fecha de publicación: 01/10/2015

SUMÁRIO: Introdução. **1** Abordagem teórica. **2** Aproximação das culturas de civil law e common law. **3** conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho, ao longo dos fenômenos que marcaram o Direito Comparado, desenvolve-se a partir da aproximação da cultura jurídica da Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos da América, Peru, Brasil e Portugal. Ao longo desse processo, o ativismo judicial deve ser afastado ao máximo do Poder Judiciário, inclusive, na jurisdição constitucional. O presente trabalho analisou que a atuação do Supremo Tribunal Federal em matérias que não são de sua competência representa uma função atípica de uma corte constitucional, bem como transforma o Tribunal em um legislador positivo. Certamente, a recepção desenfreada de técnicas estrangeiras não é adequada a um Estado de Direito, isto porque a tradição brasileira aos poucos apaga as raízes históricas do *civil law*, mediante a instituição relativizada de mecanismos do *common law*. Por certo, o efeito vinculante não deve prevalecer frente à interpretação do direito, uma vez que o tratamento igualitário em casos iguais, por um lado efetiva o princípio da igualdade perante à jurisdição, mas o mesmo entendimento em casos análogos ofende os valores tutelados no Ordenamento Jurídico. Verificou-se que a aproximação de ambas as culturas não prescinde da interpretação do direito. Mas, vale ressaltar que, no precedente judicial, quando o juiz verificar a impossibilidade de

¹ Pós-graduando *Latu Sensu* em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas. Graduando em História- Licenciatura pela Universidade Federal de Ouro Preto, UFOP. Graduação em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito, FUPAC (2013). Atualmente é Professor de Filosofia e Sociologia.

aplicá-lo, não será obrigado a seguir a mesma decisão. Quanto à súmula vinculante, esta acarreta no cerceamento do princípio da livre convicção do magistrado, pois da decisão judicial que contradizer enunciado vinculante, caberá reclamação direta no Supremo. Caso seja procedente, o tribunal suspenderá os efeitos da decisão judicial impugnada. Por fim, conclui-se que a súmula vinculante, tipificada no artigo 103-A da Constituição Federal infringe os artigos 2º e 60§4º, incisos III e IV do mesmo Diploma Constitucional.

Palavras-Chave: Direito comparado. Constitucionalismo americano. Abordagem filosófica.

COMPARATIVE LAW: A PHILOSOPHICAL APPROACH FROM CONSTITUTIONALISM AMERICAN

ABSTRACT: The present paper, through phenomena that marked the Comparative Law, evolves from the approach of legal culture of Alemanha, England, the United States America, Peru, Brazil and Portugal. The judicial activism should be removed the greatest as possible of the judicial power, including in the constitutional jurisdiction. The current study that follows examined the role of the Brazilian Supreme Federal Court on matters which are not related as its competence, represents an atypical function of a constitutional court, as well as it transforms the court into a positive legislator. Undoubtedly, the uncontrolled foreign techniques acceptance is not appropriate to a State of Law, which happens because the Brazilian tradition gradually erases the historical roots of the Civil Law, towards the regarding institution of mechanisms from Common Law. Certainly, the binding effect should not prevail against the interpretation of Law, since the equivalent treatment in similar cases, on one hand makes the principle of equality effective under the jurisdiction, but the same understanding in analogous cases offends the values protected by the Legal System. It was considered that the approach of both cultures does not deprive by the interpretation of Law. But it is worthy to mention that in the judicial precedent, when the judge ascertains the impossibility of applying it, he will not be required to follow the same decision. Concerning the binding docket, it results in the restriction of the principle of free conviction of the magistrate, because if the court decision contradicts the binding statement, it will fit as a straight complaint to the Supreme Power. If derived, the court will repeal the contested resolution. Finally, it is concluded that the binding docket, typified in Article 103-A of the Brazilian Federal Constitution infringes Articles 2 and 60§ 4, sections III and IV of the same constitutional document.

Keywords: Comparative Law. Constitutionalism american.
Philosophical approach.

INTRODUÇÃO

As relações sociais e políticas aumentaram após a 2^o Guerra Mundial, expandindo-se o modelo do direito anglo-saxão em todo o mundo. No Direito Brasileiro não foi diferente. O Direito Constitucional foi americanizado, inclusive, com novas técnicas de controle e interpretação constitucional.

Para tanto, acerca da questão, apresenta-se os principais traços da ocidentalização, bem como alguns apontamentos entre precedente judicial e súmula vinculante.

No contexto do Ocidente, e entre nós, o Direito tem experimentado uma aproximação das culturas de *civil law* e da *common law*. Uma questão merece ser registrada: qual a tradição jurisdicional que o direito brasileiro vivencia frente à codificação e americanização do judiciário? E mais, constitucionalmente, o ativismo judicial do STF e a relativização dos precedentes são justificáveis? Essas são algumas questões para as quais se pretende encontrar uma possível solução.

Frente às influências políticas, econômicas, filosóficas e sociológicas, a atual posição do STF não corresponde à ideia de um Tribunal Constitucional, não pelo fato da Corte julgar matéria infraconstitucional, mas devido ao exercício desenfreado do ativismo judicial. A uma questão que merece ser explicada, quando um tribunal máximo do Ordenamento Jurídico insere-se, como órgão competente para a solução de questões atípicas, enfraquece a legitimidade constitucional do tribunal. Isto porque, vale registrar que uma verdadeira Corte Constitucional não deve atuar, como se fosse um órgão legislativo, pois, conforme pensamento de Canotilho (2003) em um Estado constitucional não é adequado à atuação legislativa.

Para alcançar uma resposta a tais levantamentos, nesta pesquisa, serão investigados alguns conceitos e institutos: Teoria da Tripartição de Funções do Estado, o ativismo judicial, a aproximação de ambas as culturas, o controle de constitucionalidade e, no último capítulo, o sistema vinculante brasileiro.

Desde a codificação, o Direito Brasileiro insere-se no contexto da admissão do direito fundado na lei, traduzindo-se, com isto, na certeza e segurança jurídica. Isto aconteceu devido à proibição estabelecida ao juiz do direito romano-germânico de interpretar a lei. Por outro lado, ao

contrário do modelo anglo-saxão, tal sistema não apagou as raízes históricas de seu direito, inclusive em algumas tradições, como na Inglaterra, onde o direito é definido pelo respeito de sua historicidade.

Em capítulo oportuno, será analisada a evolução histórica das súmulas vinculantes, inclusive acerca de alguns precedentes atuais no contexto da jurisprudência do STF. Apesar de ser um tema versado e defendido por vários juristas, inclusive pelos ministros do Supremo, ainda é um diálogo de intermináveis debates.

Essa polémica, que se instaura em uma pesquisa a partir da centralização do Judiciário, é o ponto central desta monografia: são as súmulas vinculantes constitucionalmente fundamentáveis? Caso seja positiva a resposta, algumas críticas aparecem: qual a sua finalidade? Em que fundamento constitucional ela consiste? O instituto da reclamação não infringe a livre convicção do magistrado?

Embora a Emenda Constitucional n° 45/2004 seja apontada como marco referencial de um novo Poder Judiciário, a jurisdição constitucional do STF, exercida por meio dos efeitos vinculantes, não encontrou a validade hermenêutica atribuída pelos ditames constitucionais.

Quanto à análise do direito comparado, frise-se que o estudo será voltado para os principais conceitos da tradição anglo-saxônica, uma vez que há várias jurisdições espalhadas pelo mundo. Aqui, é interessante perceber que as técnicas e os princípios do Direito inglês contribuíram para o processo de formação do Direito americano.

Também, merece registrar que, no controle de constitucionalidade, será analisado o famoso caso *Marbury Vs. Madison* de 1.803 e sua importância para a consolidação da supremacia constitucional.

A pesquisa, no entanto, cumpre a tarefa de provocar uma discussão acerca do problema que precisa ser repensado. Aquela atinente à americanização do Direito Constitucional, tese apresentada e debatida por Barroso (2010).

Para finalizar a pesquisa, serão investigados os efeitos que a codificação, junto com a americanização, provocaram no direito continental, como também as técnicas norte-americanas recepcionadas pelo Direito Brasileiro, cujo Ordenamento Jurídico não possui uma Teoria Geral de Precedentes Judiciais.

1 ABORDAGEM TEÓRICA

Ainda há uma tendência do Judiciário, depois da instauração do constitucionalismo, de que Supremo Tribunal Federal tem a função de resolver questões sociais e políticas na omissão do Legislativo e Executivo.

Ademais, tal aspecto refere-se ao instituto de que Silva (2013) denomina de função proativa do direito. Isto porque, em seu pensamento a atuação do STF em funções atípicas incide no fenômeno da constitucionalização de direitos.

Desse modo, algumas questões polêmicas não encontraram uma solução adequada: a ineficácia de precedentes judiciais e a função ativista do STF, cuja matéria será aprofundada em capítulo específico.

Apesar da lei 11.417 de 2006 ter regulamentado o sistema de revogação, cancelamento e edição de súmulas vinculantes, o *civil law* brasileiro não está preparado para a recepção americanizada de precedentes judiciais.

Assim, percebe-se que a aplicabilidade de um sistema vinculativo, deve obediência ao pensamento de Dworkin (2003), pelo qual entende o direito como integridade, ou seja, como um romance em cadeia.

De certo modo, cada jurisdição possui suas técnicas judiciais específicas. Há, então, algumas exceções, quanto, por exemplo, ao controle de constitucionalidade, típico do Direito Norte Americano que se espalhou por todo o Direito Romano Germânico e Anglo Saxônico.

Ademais, a supremacia da Constituição e o *judicial review* consolidaram-se com o famoso caso americano *Marbury Vs. Madison* de 1803, assim, o juiz direcionava o sentido e interpretação da norma conforme a Constituição.

Diante disso, a jurisdição se desenvolve quando o guardião da Constituição, ou seja, o Supremo Tribunal Federal não deslegitima a ideia de um Estado de direito, pois a atual posição do STF, na solução de questões atípicas do judiciário, enfraquece a Corte brasileira enquanto tribunal constitucional.

Assim, pode-se afirmar que o judiciário brasileiro, ao se vincular ao sistema de súmulas ou resumos de decisões, não caracteriza o mesmo resultado das técnicas de precedentes judiciais do *common law*.

Desta forma, como exemplo, a Suprema Corte Norte Americana não edita normas, como ocorre com as súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Tal instituto, que será analisado em momento adequado, juntamente com a EC n° 45/2004 não mereciam ser inseridos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, pois a Constituição Federal prevê o controle de constitucionalidade concentrado no art. 102, inciso III §2°.

A pesquisa acerca de precedentes judiciais não prescinde do estudo da separação de poderes. Por isso, faz-se necessária, nas próximas páginas, uma breve abordagem filosófica na obra de Montesquieu.

1.1 John Locke e Montesquieu: uma leitura das funções do Estado

Em Montesquieu, os poderes se classificavam em nível funcional, ou seja, na seguinte ordem: Legislativo, Executivo e Judiciário. Na primeira função, o Legislativo se dividia em Câmara Baixa e Câmara Alta. Enquanto o Executivo representava-se pela Coroa, Governo e Administração. Por último, o Judiciário era composto mediante tribunais independentes (CANOTILHO, 2003).

Considerado um clássico do liberalismo, a doutrina do Filósofo é contrária aos efeitos do absolutismo. Desta forma, um dos marcos importantes da filosofia política, na doutrina do referido autor, insere-se a partir dos efeitos práticos de cada função e organização estatal.

No entanto, a intercomunicação entre as funções legislativa, executiva e judiciária atribui uma aproximação ativista desenfreada do sistema jurídico, uma vez que, se o Estado respeitasse o princípio clássico da tripartição de poderes, talvez o STF, frente à modernização e recepção de técnicas judiciais estrangeiras, não editasse súmula com efeito vinculante. Aqui vale ressaltar que esta pesquisa não adota o pensamento de que o juiz é apenas a voz que pronuncia a lei, mas apenas, exclusivamente, a ideia relativizada de que as funções do Estado não devem ser exercidas conjuntamente.

Para Locke (2005, p.104-105): “[...] o legislativo não deve nem pode transferir o poder de legislar a quem quer que seja, ou fazer dele outra coisa que não o indicado pelo povo”.

Com o surgimento da Teoria de Montesquieu, não há dúvidas de que a elaboração de leis é de competência do Legislativo, a gestão e a administração pertence ao Executivo, e a de julgamento compete ao Judiciário. Há, então, a seguinte conclusão: o legislativo exerce função do judiciário no seguinte exemplo: se o Presidente da República cometer um crime de responsabilidade, o Senado Federal é o competente para julgamento e não o judiciário. Na mesma via, o judiciário exerce função de legislativo na seguinte situação: os próprios tribunais elaboram seus regimentos internos. Também, o judiciário faz valer de executivo quando o tribunal estabelece as férias de seus servidores. Por último, o Poder Executivo exerce função de legislativo quando o Presidente decreta medida provisória (LENZA, 2010).

Uma Corte Suprema não deve editar normas constitucionais (súmulas vinculantes), pelo contrário, sua função originária é a manutenção da jurisdição constitucional. Vale destacar que a pretensão do Direito Constitucional é o alcance de sua essência nas Cortes constitucionais, e não apenas de seu conteúdo normativo vinculante.

Pode-se afirmar que, a recepção abrandada da teoria em análise configura-se num retrocesso, isto porque o judiciário, frequentemente, ao atuar no exercício de matérias dos outros poderes se transforma em um órgão jurídico-legislativo. Ainda, vale registrar que esta concepção, parece que insere o Judiciário num sistema institucionalizado.

Ora, a interpretação da Constituição deve ser direcionada como um ato de constituir direitos. Desta forma, não se admite um raciocínio jurídico em desconformidade com o texto constitucional, uma vez que a função de todo tribunal incide no alcance do princípio da segurança jurídica.

As funções do poder, também, encontram-se no pensamento filosófico clássico, inclusive, na doutrina de Aristóteles. Desse modo, a concentração de poder era considerada uma opressão da liberdade dos cidadãos. Talvez por isto, a ideia do Filósofo acerca da interferência do Legislativo com as demais funções afasta a liberdade política e coloca em risco o surgimento de normas cruéis elaboradas pelo legislativo. Da mesma maneira, o magistrado, nas palavras do autor, tornar-se-á o Judiciário inapropriado para o julgamento quando não se afasta do Senado (MONTESQUIEU, 2009).

Como se vê, a liberdade do cidadão corrompe-se quando uma função originária do Estado não se afasta da outra. No primeiro caso, na aproximação do Legislativo, há então uma tendência do juiz se transformar num órgão arbitrário. Quanto à segunda situação, verifica-se a possibilidade do magistrado, na atuação com o Executivo, inserir-se enquanto um opressor da liberdade.

Entende-se que, após a leitura do capítulo XI, portanto, o ideal seria que as funções do poder respeitassem a liberdade política de forma harmônica e equilibrada nos diferentes tipos de Estados².

Daí surge a seguinte ideia: os aspectos da teoria, como núcleo da constituição, qualificam-se, até mesmo, como cláusula pétrea, vez que sua aplicabilidade contribui para um sistema de freios e contrapesos, ou seja, um controle rígido entre as funções do poder (FERRAZ, 1994 *apud* ZARDO FILHO, 2012).

A Constituição Federal prevê, expressamente, no art. 2º, o princípio da separação de poderes, no sentido de uma imposição garantista, estruturante e orgânica contra os abusos do poder estatal.

Frise-se que, a interpretação constitucional tem a seguinte pretensão: frear a atuação do Estado frente à liberdade política do cidadão, uma vez que é preciso absorver o conteúdo axiológico da ordem constitucional. Por isto, o intérprete não deve atuar como um legislador/positivo,

² Aqui, tal capítulo refere-se à obra *Do Espírito das Leis*.

principalmente, no ato de julgamento, em que a autoridade tornar-se-ia opressora dos direitos civis. Aqui, percebe-se a importância crucial da eficácia plena da separação de poderes, pois o exercício típico de cada função contribui para a realização dos direitos fundamentais.

Para Montesquieu (2009, p.166) “[...] Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.

Desse modo, em seus escritos, Montesquieu insere uma rígida opinião quando as três funções são exercidas por uma única pessoa ou grupo de nobres. Para ele, neste cenário, não há organização estatal e tudo estaria perdido, inclusive o próprio Estado.

A partir daí, o filósofo defende que o Magistrado³ do senado não deveria julgar, mas o exercício desse poder deveria ser outorgado ao conjunto de pessoas do povo para a formação do tribunal. Percebe-se que, no pensamento do autor, o julgamento não prescinde da observância da lei, sendo inadmissível o tratamento individual do juiz no exercício jurisdicional.

Percebe-se então que há uma contradição no texto constitucional brasileiro ao recepcioná-la nos artigos 2º e 60º§4º, inciso III, pois, no comando legal do artigo 52, inciso I da CF, assegura-se a prerrogativa do Senado de processar e julgar representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como membros do judiciário.

Apesar da previsão normativa da separação de poderes, merece destacar que, mesmo diante do controle de constitucionalidade não se deve afastar o pensamento de que a relativização do referido princípio é contrária à democracia, pois, não é ajustado o entendimento consolidado pelo Supremo.

Neste sentido, seria imprescindível que a liberdade de cada função não desrespeitasse a efetividade da outra. Isto porque, no ato de julgamento, talvez o STF não se transformasse numa corte ativista.

Após esses questionamentos, há então uma vertente que deve ser analisada. Trata-se dos direitos fundamentais, pois a jurisdição prestada pelo STF, enquanto tribunal constitucional é, portanto, um direito mínimo fundamental implícito na Constituição. Assim, frente à separação das funções do poder, os direitos fundamentais devem ser interpretados ou efetivados constitucionalmente. Como se nota, a questão aborda a faculdade da melhor forma de interpretá-los.

³ A palavra magistrado, na obra do autor francês, corresponde no sentido de autoridade.

Entende-se que, a jurisdição quando prestada por um tribunal ativista deslegitima a identidade do estado constitucional. Pois, aqui é prescindível a atuação da corte brasileira como legislador/positivo.

Nessa direção de pensamento, aponta-se, na doutrina, que a Teoria da Divisão de Funções do Estado não deve partir de sua origem monárquica, porém, deve-se, preliminarmente, adaptá-la às novas características de ordem constitucional em prol da relação harmônica de poder e da liberdade do cidadão (BONAVIDES, 2004).

2 APROXIMAÇÃO DAS CULTURAS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Após um breve discurso teórico, a seguir, pretende-se apresentar uma abordagem específica das principais características fundantes do *common law*.

Em primeira linha, ambas as tradições são fundamentais para o desenvolvimento do direito ocidental. Para tanto, apesar das diferentes características de cada jurisdição, frequentemente, o direito continental⁴ recepcionou técnicas processuais do Direito americano e afirmou sua contextualização nas vertentes históricas do direito comparado.

A partir daí, verifica-se que alguns institutos do direito anglo-saxônico são inseridos em projetos de lei, como por exemplo, a proposta de um sistema de precedentes no Direito brasileiro⁵. Por isso, há então uma tendência, na cultura brasileira, de instituir a regra vinculativa de decisões. Neste tocante, tal técnica processual surgiu no decorrer do direito costumeiro, em que apenas consolidaram-se a regra de precedentes judiciais e o princípio da igualdade perante a jurisdição.

Desse modo, no pensamento dos escritores americanos, num Estado democrático, casos iguais não deveriam ser interpretados de forma desigual, pois a ausência de estabilidade jurisprudencial contribui para a inaplicabilidade do princípio da isonomia jurisdicional.

Assim, o Tribunal Supremo deve uniformizar a interpretação constitucional, como acontece, atualmente, na jurisdição do STF. De fato, no *stare decisis* as decisões do juiz de primeira instância não devem ir de encontro com a interpretação da Corte Suprema. Uma vez que, o magistrado, aqui, portanto, pertence ao Ordenamento Jurídico Americano, ou seja, o mesmo não é autorizado a decidir conforme o seu pensamento,

⁴ Por questões de ordem direito continental refere-se ao Direito brasileiro.

⁵ Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010 (Novo Código de Processo Civil).

pelo contrário, incumbe-se apenas de manter o mesmo entendimento do tribunal hierarquicamente superior.

Por essa razão, a partir do princípio que casos análogos devem ser interpretados da mesma forma, tal pensamento está instaurado na atividade do juiz brasileiro no controle de constitucionalidade no caso concreto, ou seja, controle difuso.

Sabe-se que no Direito saxônico, quanto à atividade dos juristas, o interprete do direito utiliza-se dos precedentes como um todo, por outro lado, no *civil law* o raciocínio do juiz é diferente do primeiro, vez que, neste, o juiz apenas busca a solução na lei e nas fontes do direito. Pode-se afirmar que o traço diferencial de ambas as jurisdições é o modo de pensar do juiz na solução da lide.

Diante deste cenário, segue um estudo da formação histórica, das técnicas judiciais do *common law* e sua influência no Direito brasileiro. É claro que há outras jurisdições espalhadas pelo mundo, mas interessa, exclusivamente, apenas os conceitos peculiares das referidas tradições.

2.1 Principais traços do Direito Anglo-Saxônico

Aqui, serão situados, preliminarmente, os conceitos centrais do *common law*.

No decorrer da formação do Direito americano e com o famoso caso *Marbury Vs. Madison*, o princípio da supremacia constitucional passou a ser um dos pressupostos de validade da jurisdição constitucional.

A supremacia do Direito inglês, inclusive do parlamento, foi uma passagem essencial para o fortalecimento do *judicial review*, ou seja, do controle judicial nos Estados Unidos da América. Assim, nos escritos de Cappelletti (1999), seu posicionamento é o mesmo na visão de Marinoni (2011), pois defende o autor que o constitucionalismo, nos EUA, ocorreu com a supremacia da constituição, ou seja, com a ideia de que o texto constitucional era superior às leis ordinárias. Também, a Constituição Americana de 1.787 somente seria revisada por um procedimento constitucional e nunca reformada pelo trâmite de uma lei ordinária.

Também, registra-se que a supremacia do judiciário surgiu quando o juiz americano John Marshall, no caso *Marbury Vs. Madison* de 1.803, consolidou o princípio da supremacia da constituição americana no ato de controle de constitucionalidade. Desse modo, no mesmo julgamento, o juiz defendeu a ideia de que o judiciário deve negar qualquer lei contra os ditames constitucionais. Para o magistrado, o ato legislativo que for de encontro à Constituição não deveria ser considerado lei, pois, então, seria o

mesmo que equiparasse a Constituição a um simples diploma legislativo (MARINONI, 2011).

Marinoni (2011) defende que há uma aproximação entre os juízes do direito romano-germânico e do anglo-saxônico, sendo que no primeiro se declarava o direito, e no segundo o juiz, principalmente, o estadunidense criava o direito no controle de constitucionalidade concreto.

Neste sentido, percebe-se que o controle de constitucionalidade americano muito se aproxima da origem inglesa do que de um novo traço acerca desse direito. Como se vê, aqui, melhor seria a formação histórica do *common law* americano não como um novo rumo unificado, mas enquanto um seguimento de origem inglesa, principalmente, no ato de controle judicial (MARINONI, 2011).

Ademais, a natureza da jurisdição, nos escritos do direito costumeiro, não encontrou uma possível definição. Em um diálogo acerca do tema, Marinoni (2011) em sua obra, apresenta um comentário entre Ronald Dworkin e Herbert Hart quanto à questão posta. Para àquele, a natureza da jurisdição deve seguir a forma interpretativa, ou seja, o filósofo nega o papel codificador do sistema de precedentes, para ele o *stare decisis* não prescinde de uma técnica interpretativa. No pensamento de Hart, parece que o autor defende a função criativa da jurisdição, ou seja, sua visão constitutiva de direitos. Em suma, fala-se, então numa reconstrução da tese do juiz Blackstone, em que defendia a declaração da lei pelos precedentes judiciais. Desse modo, pode-se afirmar que, então, na visão deste, o precedente não deveria ser utilizado como técnica de elaboração de leis e atos normativos.

O juiz Edward Coke, um dos defensores do Direito inglês, advogava contra o parlamento soberano e defendia a supremacia anglo-saxônica contra o absolutismo. Naquela época, o legislativo se denominava como Magistrado do Estado⁶.

Assim, Cappelletti (1999) defende que tal soberania inglesa repercutiu na formação do controle judicial de atos legislativos, principalmente, na Colônia da América e logo depois em outras colônias.

Faz necessário preceituar a diferença entre as famílias romano-germânica e anglo-saxônica, na primeira há uma falsa ideologia de que a lei é por si só suficiente para a resolução de litígios judiciais, ou seja, para o juiz a normatividade é completa para a interpretação e solução da demanda. Isto porque, com alguns respaldos da Revolução Francesa, a segurança jurídica, nessa concepção, era tutelada pelo princípio da legalidade. Assim, quanto à segunda tradição, esta não se limita na codificação, posto que para

⁶ Aqui, remete-se o leitor ao primeiro capítulo.

o magistrado, independentemente, da lei garantir a previsibilidade jurídica, o juiz não se vinculava na norma, pelo contrário, ele não pensava que uma situação estivesse regulamentada em lei.

Como se vê, esta situação depende de cada cultura jurisdicional, pois, no direito continental, o juiz não está vinculado a um sistema de precedentes, porém, o magistrado deve estrita obediência ao texto previsto na lei. Já, no direito costumeiro, o juiz deve seguir as decisões do tribunal superior em que ele é vinculado. Vale registrar que precedente judicial não é o mesmo que jurisprudência, isto porque no primeiro, a Suprema Corte Americana, como exemplo, não precisa de várias decisões para consolidar a decisão judicial. Ao contrário do Direito Brasileiro em que não prescinde desta condição.

Diante do exposto, um dos fatores que contribuíram para as funções de cada juiz foi a formação histórica de ambos os sistemas. No *civil law*, o magistrado era proibido de interpretar a lei, caso fosse necessária, a sua interpretação deveria solicitar a um órgão legislativo (MARINONI, 2011). Então, para esse sistema, o problema era resolvido dentro da moldura. Por outro lado, na cultura anglo-saxônica, inclusive na inglesa, o juiz deveria utilizar-se dos métodos interpretativos para a solução da lide (precedentes judiciais).

2.2 Ativismo judicial: abordagem geral

Aqui não se pretende aprofundar na doutrina de Garapon (1996)⁷, mas visa-se destacar seus principais conceitos. Então, para o autor, o ativismo judicial representa uma interferência jurídica no campo da política, da moral e da própria vida social.

Desse modo, o ativismo judicial tem como traço principal a imagem do magistrado como um defensor da sociedade, ou seja, na atuação proativa do judiciário em matérias relativas às políticas públicas.

Então, percebe-se que a democracia, de certo modo, procura uma proteção na justiça, pois, se o magistrado é visto como um representante, árbitro, conciliador ou mediador, tal concepção leva o autor a denominá-la de: “desmoronamento do homem democrático” (GARAPON, 1996, p.23).

Para tanto, o aumento desenfreado da desigualdade e o número imensurável de processos correspondem a um acontecimento social, cuja

⁷ Antoine Garapon é Secretário Geral do instituto de Altos Estudos sobre a Justiça. Foi durante vários anos juiz. É membro do comitê de redação da revista *Esprit*. A obra em comento é O Guardador de Promessas Justiça e Democracia com Prefácio de Paul Ricoeur. Uma das questões comentadas refere-se aos estudos avançados da Justiça e democracia.

justiça torna-se a última esperança da sociedade para resolvê-los. Com isto, a forma de organização política é uma das causas que leva o problema político para o âmbito judicial, inclusive, esse método político cada vez mais autoriza a democracia a legitimar-se, diuturnamente, na justiça. Isto porque a estrutura e organização do Estado conduz a sociedade a enxergar a figura do juiz como o último meio para a solução dos problemas (GARAPON, 1996).

Esta função não pertence ao direito, cujo fenômeno, frequentemente, atua como se a justiça fosse a única forma que resolvesse todos os litígios do homem. Então, em ambas as culturas, a finalidade de sua aproximação explica os reflexos provocados pelo impacto no direito, seja na família costumeira ou continental.

Esta relação com o *common law* gera, atualmente, impactos na distribuição da justiça brasileira, principalmente na jurisprudência do STF. Assim, sem demais antecipações, a própria súmula vinculante caracteriza uma técnica imprudente do Direito Brasileiro, isto porque, como que o Poder Legislativo recepcionou esta técnica sem constituir uma base teórica de precedentes? Conforme já registrado anteriormente, seria fundamental o desenvolvimento de uma Teoria Geral de Precedentes Judiciais, na cultura brasileira, para, em seguida, caso seja conveniente e necessário, recepcionar as técnicas do direito anglo-saxônico.

Em outras palavras, na mesma obra, o autor interpreta que a politização do pensamento judicial ocorre com a judicialização da política, ou seja, os fatores políticos manifestam-se melhor, juridicamente, do que no discurso político (GARAPON, 1996). Este fenômeno representa uma espécie de instância administrativa judiciária, em que a justiça resolve questões que seriam melhor solucionadas pelo Estado. Isto explica a pergunta do referido autor: pois por qual razão as questões de políticas públicas seriam resolvidas pela justiça? Não seria coerente a solução pelo próprio Estado? Desse modo, na visão dele, os meios de justiça reconhecem que a politização não prescinde do conhecimento jurídico.

Esta questão se inicia com o poder do juiz, pois, muitas vezes, o magistrado faz valer de uma decisão ou interfere diretamente no problema político e social. Assim, no *common law*, sendo a carreira de juiz independente, ou seja, os advogados são nomeados para decidirem casos difíceis e passam a ter direito adquirido na função. Aqui, observa-se, expressamente, a aproximação da política no direito.

Sendo assim, não incumbe ao judiciário substituir a função do legislativo e executivo. Aqui não se refere às questões em que a justiça determina os outros poderes a materializar os direitos quanto à saúde,

educação e segurança, mas, principalmente, da realização dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a atuação legislativa do STF.

Silva (2013) defende a tese de que a função ativista do Supremo Tribunal Federal se insere numa modalidade criativa do direito. Desse modo, para o constitucionalista, o ativismo judicial é um modo proativo em que os ministros vão além do caso concreto e criam novas interpretações constitucionais⁸.

Para o professor: “O ativismo judicial é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva”⁹.

Então, pode-se afirmar que, a partir dessa ideia, o judiciário torna-se competente para fazer valer da função ativista somente nos casos em que o legislador regulamentar a disposição normativa de forma deficiente e lacunosa (SILVA, 2013). A criação de novos direitos, principalmente pela via ação, ou seja, mediante controle concentrado incide numa verdadeira função legislativa, cujo constituinte originário não atribuiu esta função à corte máxima do judiciário brasileiro.

Uma corte constitucional não deveria atuar como um órgão legislativo, isto porque a criação, proativa de direitos, insere uma típica função legislativa, e, como bem dispõe a Constituição Federal, as funções do Estado são independentes e harmônicas entre si. Ou seja, o Poder Legislativo é quem deveria regulamentar toda matéria legislativa em desconformidade com a evolução social. O que, de fato, impõe ao STF a competência relativizada de criar novas construções constitucionais, como por exemplo, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e várias questões relativas às políticas públicas.

Será analisado, oportunamente, que o controle concentrado realizado, mediante ações abstratas, incide numa função legislativa, cuja obrigação não é de competência da Corte brasileira, apesar da Constituição regulamentar a matéria. Isto porque as ações abstratas configuram uma forma de reconstruir a norma constitucional com efeitos *erga omnes*, ou seja, uma aproximação típica da ordem legislativa.

Apesar do respeitável posicionamento de Silva (2013) seu pensamento não será recepcionado nesta pesquisa, isto porque o modo proativo do Supremo não é típico e compatível com a cultura clássica do Direito

⁸ SILVA, José Afonso. Ativismo Judicial e seus limites. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/>

jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>. Acesso em 16 set.2013.

⁹ *ibid*, 2013.

brasileiro, mas adequado e ajustado aos sistemas jurídicos que adotam o *common law*.

2.3 *Stare decisis*: igualdade perante a jurisdição?

Um dos momentos marcantes do *common law* foi sua incorporação com a doutrina da *equity*, pois, tal instituto surgiu como meio de impedir a resolução de questões judiciais pelo rei. Então, no decorrer do desenvolvimento do direito anglo-saxônico, esta tradição passou a ser regulamentada pelos precedentes judiciais (MARINONI, 2011).

Não se pode confundir que o *stare decisis* configura a natureza jurídica do direito costumeiro, uma vez que esta técnica é apenas um instrumento moderno de origem inglesa. Sua formação histórica teve início numa decisão da Câmara dos Lordes em que a Corte entendeu que sua sentença não deveria contrariar um caso idêntico (ORTOLAN, 2012).

Uma questão merece ser registrada, pois a ideia de criação do direito, mencionada anteriormente, não diferencia o juiz entre as duas tradições, isto porque o juiz do *civil law* atua, frequentemente, como um ativista judicial, o que o aproxima muito da atividade do magistrado no direito anglo-saxônico.

Quanto aos principais conceitos que diferenciam ambas as culturas, vale destacar as seguintes peculiaridades: a Constituição rígida dos EUA e a supremacia constitucional. Assim, ao contrário, na Inglaterra, há uma Constituição flexível, cujo princípio da supremacia do parlamento inglês, teve influência marcante no seu processo de formação histórico (ODAHARA, 2012).

O precedente obrigatório é, portanto, uma atividade jurisdicional em que o corpo de magistrados deve seguir as decisões da mesma forma que foram interpretadas. Então, o conceito de força vinculante se insere quando a Suprema Corte Norte Americana decide questão constitucional, cuja eficácia possui efeitos *erga omnes*. Assim, verifica-se que a evolução do Direito americano é marcada por traços jurisprudenciais proporcionais à Constituição estadunidense (MARINONI, 2011).

Um dos fundamentos da tradição saxônica se justifica pelo controle judicial dos atos do parlamento, ou seja, compete ao tribunal anular o ato caso seja contrário aos princípios e regras do direito costumeiro. Nesta cultura, o que se destaca, talvez, seja o fato do direito americano acompanhar o desenvolvimento jurisprudencial, mesmo diante de uma Constituição escrita. Desse modo, a relação constitucional não se encerra na codificação, pelo contrário, a tradição americana aceita o pensamento de que o direito deve ser aprimorado em cada decisão judicial.

Este instituto reflete a obrigatoriedade dos juízes continuarem com essa cultura, instituída na ideia do direito enquanto construção histórica e evolutiva em todos os tempos.

Nos EUA, a aplicação de precedentes representa o respeito das decisões superiores, vez que a jurisdição rege-se pela vinculação jurisprudencial. Nessa corrente, para *Justice Kennedy*, em respeitável decisão prolatada: “a doutrina do *stare decisis* é essencial para o respeito devido aos julgamentos da Corte e para a estabilidade do direito” (MARINONI, 2011, p.77).

Já a doutrina italiana, comandada por Cappelletti (1999), defende que um sistema, cuja jurisdição não rege pela vinculação de precedentes, contribui para a não racionalização da justiça. Na mesma obra, preceitua Marinoni (2011, p.83) ao citar o dispositivo § 31,1 da lei orgânica do Direito alemão: “As decisões do Tribunal Federal Constitucional vinculam os órgãos constitucionais federais e estaduais, bem como todos os Tribunais e autoridades administrativas”.

Há, no entanto, uma questão que não deve ser omitida, diante da diferença de ambas as tradições, costuma-se afirmar que, na cultura fundada nos precedentes, sua vinculação reflete que uma Constituição escrita não traduz segurança jurídica. Enquanto na tradição romano-germânico, apesar de não viger a teoria de precedentes, existem as súmulas persuasivas e vinculativas, cujo efeito da última vincula o Poder Judiciário e Administração Pública Direta e Indireta.

Após compreender os principais aspectos do *common law*, não seria arriscado afirmar que, no Direito Brasileiro, após a emenda constitucional de número 45, certeza e segurança jurídicas tornam-se duas pretensões de uma mesma cultura (MARINONI, 2011). Ressalta-se a importância dos precedentes na sistemática do *common law*, cujo objetivo não afasta a eficácia de vinculação fundada na previsibilidade, segurança e certeza jurídica. Assim, a técnica da vinculação incide no princípio da igualdade, tratando-se casos análogos da mesma forma.

Não se deve prosperar a fundamentação de que os precedentes possuem força vinculante na ausência de atuação do Poder Legislativo, pois é comum nessa tradição, a regra de que o precedente explica a vontade da lei. Para MacCormick (2005, p.176 *apud* MARINONI, 2011, p.99), “em tempos recentes, mesmo nos países do *common law*, direito jurisprudencial puro é relativamente raro. Muito do direito jurisprudencial agora toma a forma de interpretações explicativas (*glosses*) da lei”.

Como dito, a vinculação de precedentes tem como marco crucial a segurança jurídica, da mesma forma que no *civil law*, mas em contextos diferentes. Se, na primeira tradição, as decisões prévias devem ser

respeitadas, a partir daí surge a ideia de que casos iguais devem ser interpretados na mesma direção. Ao contrário do direito Romano-Germânico, tal sistema é fundado na relação do juiz com a lei, isto porque a segurança jurídica seria alcançada na aplicação do ato normativo.

2.3.1 Os defeitos da aplicação do *stare decisis*

O primeiro defeito é a rigidez do sistema. Os países que adotam a vinculação de precedentes são considerados rígidos. Mas, o fato do precedente apresentar esta característica não impede a utilização da flexibilidade, pois há técnicas procedimentais para revogação de um precedente.

A complexidade é a segunda desvantagem do *stare decisis*. Ou seja, este defeito incide na fundamentação, pois não é fácil diferenciar as razões de direito e, de fato, em cada precedente judicial. Para Souza (2013, p.286): “O uso exagerado do poder de distinguir, pode levar a que certas questões do direito se tornem complexas demais [...] e as decisões tomadas parecem, de certo modo, ilógicas”.

Quanto à morosidade no aperfeiçoamento, a vinculação de precedentes insere uma lentidão na evolução jurisprudencial, isto porque, para o conhecimento de uma decisão chegar a um tribunal supremo, como a Suprema Corte Norte Americana, deve ocorrer a obediência de decisões pretéritas. Por outro lado, há alguns juristas, como Rosas e Aragão (1988 *apud* SOUZA, 2013), que entendem que um sistema fundado na legalidade pode incidir numa lentidão, pois o procedimento legislativo é mais estático do que um sistema instituído em precedentes judiciais.

Acerca do princípio da persuasão racional do juiz, primeiramente, trata-se de um dos temas mais polêmicos no Sistema Brasileiro, bem como para a súmula vinculante. Isto porque, a obediência de precedentes ou súmulas vinculantes transformaria as decisões de primeira instância em meras cópias de decisões consolidadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, a vinculação de precedente não impede que o juiz decida conforme sua livre convicção, isto porque este, como membro do Sistema Jurídico, deve manter estabilidade e coerência jurisprudencial. Apesar do STF, posicionar-se quanto a não ofensa ao princípio, a teoria em análise preceitua que o juiz deve seguir as decisões consolidadas. Então, no *common law*, não haveria ofensa à liberdade de julgamento. Enquanto no Sistema Brasileiro, instituído na legalidade, a incorporação da Teoria dos Precedentes Judiciais não comporta compatibilidade, uma vez que o juiz seria vinculado ao tribunal superior, a ponto de transformasse numa máquina que apenas obedece as decisões do Supremo.

Em um dos julgados do STF:

[...] O STF é a cúpula do sistema, mas qualquer magistrado desta nação há de poder decidir com independência. Estou certo, porém, de que deferida a cautelar, com eficácia vinculante, a partir de agora, nenhum juiz, em se tratando de hipótese em que a norma em causa seria aplicável, deixará de fazê-lo, por uma razão de sensatez, porque o magistrado sabe que, se o fizer, estará prejudicando a parte, a qual será, então, compelida a vir ao Supremo Tribunal Federal e, em reclamação, pedir a cassação do *decisum* de instância inferior, por desrespeito a esta Corte. Ressalvo, porém, que o juiz não correrá risco de sanção disciplinar, se decidir, motivadamente, sempre de acordo com sua consciência e independência. ADC –STF-Pleno-Rel. Min. Sydney Sanches –j .em 11.02.1998 (BRASIL, 1988, p.432-433).

O último defeito é a violação ao princípio da separação de funções do estado. A vinculação de precedentes, na doutrina do *stare decisis*, principalmente acerca do precedente como criador do direito, incide na ofensa à separação de poderes. Isto porque, o sistema de precedentes substituiria a atividade do Poder Legislativo, pois um dos efeitos dos precedentes é a eficácia *erga omnes*, muito próxima do mesmo efeito gerado na legislação. Apesar de o precedente partir de um caso concreto (controle difuso), a decisão atinge a todos no âmbito do Judiciário e Administração Pública Direta e Indireta. Isto porque, incide numa função ativista do Poder Judiciário contrária às raízes históricas do Direito Romano-Germânico.

Conforme defendido neste trabalho, o princípio da separação de poderes não deve ser abandonado, mas adequado à nova realidade filosófica e sociológica do Direito Brasileiro. Então, a Teoria Vinculativa de Precedentes, caso seja recepcionada, deve ser relativizada não a ponto de ofender a independência dos juízes e a separação de poderes, bem como acontece no sistema sumular com o instituto da reclamação.

2.3.2 As vantagens da aplicação do *stare decisis*

Após um breve estudo dos defeitos da vinculação de precedentes, passa-se a analisar seus aspectos positivos. O primeiro, ao instituir um sistema de precedentes, sem sombra de dúvidas, é a estabilidade. Trata-se de uniformidade jurisprudencial em que os precedentes podem resolver a instabilidade no Sistema Brasileiro. Isto porque, o tratamento desigual em situações semelhantes contribui para o fortalecimento da desigualdade perante à jurisdição.

Acerca da previsibilidade do direito, este aspecto está interligado à vantagem anterior, diz respeito a uma das funções do direito que é conferir certeza jurídica ao jurisdicionado, pois o caminho percorrido até a sentença será refletido pelo instituto da previsibilidade de decisões judiciais. Então, a regra vinculativa de precedentes conduz ao desenvolvimento do direito e à uniformidade jurisprudencial.

Quanto à precisão e celeridade, na primeira, o direito torna-se preciso, pois os princípios são aplicados no caso concreto que chegam aos tribunais superiores (SOUZA, 2013). No caso da celeridade, o sistema de precedentes atende ao princípio da duração razoável do processo, tema versado por várias reformas legislativas.

Uma vantagem crucial da Teoria dos Precedentes é o aprimoramento do trabalho decisório do juiz. Para Souza (2013, p.303): “A doutrina do *stare decisis* enseja, via de regra, um aprimoramento do resultado do trabalho decisório do juiz e, conseqüentemente, um fortalecimento institucional do Poder Judiciário”.

Este precedente contribui para o aperfeiçoamento da decisão e auxilia o juiz na fundamentação da sentença ou acórdão. Vale destacar que, o precedente representa a historicidade de julgados de uma corte constitucional e a experiência tradicional dos juízes.

Quanto ao último aspecto positivo, trata-se da igualdade perante a jurisdição. Neste princípio, o direito a igualdade, perante a lei, estende-se ao sistema jurisdicional, ou seja, a igualdade será aplicada no caso concreto, bem como ocorre nos países que adotam o *common law*.

Desse modo, uma das funções da Teoria dos Precedentes é o tratamento igualitário em casos semelhantes, como forma de impedir a desigualdade jurisdicional. Ou seja, a força do precedente, como descrição narrativa de um fato pretérito, incide numa mesma fundamentação para tratar casos análogos da mesma forma.

Conforme mencionado nos capítulos anteriores, a Teoria Declaratória da Jurisdição define que o precedente declara o direito e não o constitui. Adeptos à esta teoria, entendem que os julgados dos EUA demonstram o significado real do *common law*, como uma técnica processual que conserva suas raízes históricas. Desse modo, o inglês William Blackstone afirmava que as decisões judiciais constituíam a razão do que o direito consuetudinário realmente é (MARINONI, 2011).

A técnica dos precedentes obrigatórios, embora não seja utilizada no Direito Brasileiro é um método eficaz que visa a tutela da confiança depositada no Tribunal Supremo. Por vezes, quando acontecer uma revogação de jurisprudência consolidada ou de um precedente obrigatório,

isto pode gerar uma insegurança jurídica aos jurisdicionados que pautam suas ações nos respectivos tribunais (MARINONI, 2011).

Fala-se então, frente à onda reformista, que passa o CPC, na observância hermenêutica dos precedentes no Sistema Jurídico Brasileiro¹⁰. Pois, como dito, é imprescindível a prevalência do direito, como fenômeno histórico-cultural diante das modificações dos conceitos positivo-jurídicos do direito (DIDIER, 2013).

Neste contexto, a aproximação da Teoria dos Precedentes Obrigatórios, na jurisdição brasileira, leva o intérprete a refletir acerca dos acontecimentos extrínsecos que norteiam a relação jurídica. Isto porque, percebe-se que o Direito brasileiro está apagando suas raízes históricas em troca da relativização de técnicas processuais americanas.

Sendo assim, o Direito Costumeiro é o sistema que mais atribui certeza jurídica aos jurisdicionados, pois a previsibilidade na Teoria dos Precedentes se insere como elemento indispensável do exercício jurisdicional.

Neste sentido, há uma ligação da segurança jurídica com a decisão proferida, vez que reflete previsibilidade do direito tutelado. Vale destacar mais uma decisão do STF acerca da recepção relativizada do *stare decisis*:

[...] O Supremo Tribunal Federal deve evitar a adoção de soluções divergentes, principalmente em relação a matérias exaustivamente discutidas por seu plenário. A manutenção de decisões contraditórias compromete a segurança jurídica, porque provoca nos jurisdicionados inaceitável dúvida quanto à adequada interpretação da matéria submetida a esta Suprema Corte. Supremo Tribunal Federal. Pleno. 198604. Rel.Min.Cezar Peluso, Rel. para acórdão Min. Ellen Gracie, jul.26 mar.2009 (BRASIL, 2011, p.1211).

A interpretação de diversas normas, em casos semelhantes, gera uma insegurança na ordem jurídica, sendo necessário utilizar o mesmo entendimento em casos iguais. O objetivo dos precedentes obrigatórios, ao vincular os juízes de primeira instância às decisões dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, enfraquece o princípio da interpretação, conforme a Constituição, pois o sistema de precedentes pretende abordar a falha histórica da tradição do *civil law*, advinda da Revolução Francesa, em que a lei era suficiente para garantir a segurança jurídica (MARINONI, 2011).

¹⁰ A comissão de reforme do novo CPC não recepcionou a Teoria dos Precedentes, mas ao aumentar os requisitos da modulação dos efeitos de uma ação inconstitucional aproxima aos poucos da vinculação de precedentes judiciais.

Para tanto, o Poder Judiciário deve ser coerente na interpretação da lei, uma vez que somente é realizado um Estado de Direito, quando os direitos fundamentais e a igualdade jurisdicional são equilibrados. Logo, a partir dos precedentes, é possível que o ordenamento seja incoerente quando se trata casos iguais de forma desigual, ou um sistema jurídico com jurisprudências diferentes sobre um mesmo litígio.

Acrescente-se, ainda, que a fixação de jurisprudência consolidada materializa a ideia de intangibilidade do sistema judiciário, contribuindo para um direito mais acessível, estável e aberto para novos pensamentos.

Acerca do Direito colombiano, a hermenêutica jurídica é favorável ao sistema de precedentes, nos seguintes termos: “*El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales em los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano*”(MARINONI, 2011, p.176).

Um sistema judicial instituído mediante estabilidade reduz a litigiosidade e gastos com multas protelatórias. Isto porque é fundamental para a ideia de um judiciário célere à prestação da tutela jurisdicional dentro de um tempo razoável e equilibrado.

Neste sentido, uma decisão judicial não pode ser prestada em pouco tempo, a ponto de se tornar injusta, da mesma forma, é necessário um tempo-limite, pois uma decisão proferida, em longo prazo, pode ser tão injusta quanto à situação anterior.

Como se vê, a previsibilidade flexibiliza o conflito, fazendo com que as partes desistam da litigiosidade e optem pelo acordo, mediação ou arbitragem. Quanto à economia processual, o respeito aos precedentes fortalece esta concepção, uma vez que reduz as despesas processuais e a carga de demandas do tribunal. É notório que, neste aspecto, a ideia dos precedentes contribui para um Poder Judiciário menos oneroso e materializa o princípio da duração razoável do processo, instituído pela EC de nº45-2004.

Frente a um precedente americano, a Suprema Corte posicionou-se no sentido de que os princípios do direito natural são legitimados para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Trata-se de uma lei que modificava o direito adquirido em contratos lícitos constituídos antes da vigência do diploma normativo. O juiz Justice Chase, em seu voto, fundamentou que deve prevalecer a supremacia do direito constitucional e dos princípios do direito natural, isto porque para ele a autorização pretendida pela lei não afrontava os princípios gerais de direito (MARTEL, 2005).

A declaração de inconstitucionalidade, no caso investigado, representou um questionamento da utilização de princípios implícitos na

Constituição. Por sua vez, a doutrina estadunidense entende que a aplicabilidade de princípios não incorporados na Constituição insere a ideia de adequação ao princípio do devido processo legal substantivo (MARTEL, 2005).

Desse modo, o sentido da palavra isonomia deve ser interpretado sob o enfoque da igualdade material, ou seja, a igualdade pensada por Aristóteles. Frente a dois casos iguais, seria justo aplicar a força dos precedentes obrigatórios? Neste ponto, pretende-se demonstrar que cada situação possui sujeitos diferentes, logo, como que seria possível respeitar um precedente em casos iguais com valores diferentes? Será que o fim do direito é a segurança jurídica ou justiça? Pois não há segurança jurídica sem justiça, e o contrário também. Desse modo, a aplicabilidade de precedentes judiciais fortalece as concepções de segurança jurídica e a estabilidade jurisdicional, mas, por outro lado, impede o desenvolvimento hermenêutico do direito.

Nesta dimensão, o direito fundamental no aspecto processual, não prescinde das inovações processuais, mas a recepção desenfreada de técnicas do *common law*, principalmente da vinculação de precedentes, que podem apagar aos poucos as raízes deixadas pelo Direito Romano-Germânico, bem como americanizar o Direito Constitucional Brasileiro (BARROSO, 2010).

2.4 Revogação de precedentes: sua aplicabilidade equivocada no Direito Brasileiro

Aqui, pretende-se realizar um estudo acerca da revogação de precedentes, cuja matéria é divergente na doutrina, principalmente em termos teóricos de ambas as tradições.

No *common law*, há técnicas processuais para revogar decisões pretéritas, como a revogação total ou parcial de um precedente. A revogação não parte do interesse das partes, mas do julgamento de um processo pela Corte. Assim, quando o tribunal se deparar com a necessidade de corrigir uma decisão prévia deve valer do instrumento de revogação.

Em capítulo oportuno, será investigada a súmula no Direito brasileiro, assim, percebe-se que a revogação de súmula vinculante, provocada pelas partes, configura uma desconformidade com a origem do instituto¹¹, isto porque a lei prevê a legitimidade das mesmas pessoas que podem propor

¹¹ Aqui, refere-se aos precedentes obrigatórios.

ADC e ADIN provocarem o STF para cancelar ou editar súmula com efeito vinculante.

Cabe destacar que a mesma ideologia da vinculação de decisões não é diferente das regras e características da revogação de precedentes, uma vez que esta técnica de origem inglesa representa uma forma de desenvolvimento do direito, cuja matéria não significa uma ruptura com o sistema de precedentes judiciais, pelo contrário, a revogação possui o mesmo trâmite de consolidação do *stare decisis*.

Todo juiz preocupa-se com duas peculiaridades: uniformidade e certeza jurídica. Desta forma, há princípios que regem a sua revogação, como exemplo, o precedente que não atender a congruência social e sistemática deve ser revogado. Então, os precedentes cuja decisão não seja motivada devem ser revogados pela Corte Suprema.

Uma técnica conhecida como *obiter dictum* refere-se às questões de votos divergentes, ou opiniões da corte de matérias prescindíveis à resolução da lide. Para Streck (1998, p.48 *apud* CRUZ, 2004, p.405): “[...] o princípio legal no qual se baseia um precedente deve ser essencial para a decisão a tomar. Essa parte substancial do princípio legal é chamada de *Ratio decidendi* do caso [...]”.

Importa salientar algumas considerações para uma análise específica das técnicas de revogação de precedentes. Então, a motivação do precedente, instituto de suma importância para o Direito norte-americano, insere-se como elemento fundamental na formação da decisão jurisdicional, mediante a seguinte ordem: a) definição dos fatos relevantes, b) interpretação ordenada e lógica c) órgão jurisdicional (juízo) (MARINONI, 2011).

Assim, no *common law*, o precedente se traduz no discurso sobre questões de fatos e direitos trazidos à lide, ou seja, aqui, o elemento factual não precisa ser o mesmo, mas a interpretação utilizada, na decisão, deve ser respeitada, sob pena de inobservância da regra de precedentes.

No Direito Romano-Germânico, inclusive no Direito Brasileiro, para se chegar numa uniformidade jurisdicional são necessárias várias decisões análogas, ao contrário da Tradição Saxônica, em que uma decisão judicial já se torna suficiente para tal pretensão.

Nesta concepção, uma classificação não deve ser esquecida, ou seja, trata-se da divisão do precedente em: vinculativo e persuasivo. No primeiro, verifica-se a aplicação da decisão motivada ou *ratio decidendi*, em que, nos casos posteriores, seja observada a mesma interpretação. Ou seja, a mesma fundamentação ou o entendimento jurídico devem ser utilizados nos casos iguais por força do *stare decisis*. Quanto à segunda modalidade, a qual se refere na obediência da tese adotada em decisões

prévias, cujo conteúdo não define a decisão final, ou seja, não determina a decisão seguida pelo juiz. Não afasta outra conclusão, pois se insere na primeira técnica a indispensabilidade de fundamentação ou tese jurídica, que será vinculante em casos supervenientes. Enquanto que no precedente persuasivo se refere à *obter dicta*, pela qual correspondem as matérias que não influenciam a decisão a ser registrada pelo tribunal.

Uma questão, que será comentada em páginas específicas, não encontrou uma precisa definição. Ou seja, a súmula engessa o sistema jurídico? Está certo que existem mecanismos de revogação de precedentes, mas o ponto crucial está centralizado quanto à inexistência de uma base teórica de precedentes judiciais no Direito brasileiro. Assim, tal questionamento será aprofundado oportunamente.

Desse modo, para Madeira (2011, p.535-536), “[...] um novo precedente se junta ao corpo de precedentes anteriores e é nisto que consiste a *common law*. A consagração da fórmula anteriormente criada será consagrada na *ratio decidendi*”.

Os precedentes judiciais, no sistema saxônico, não impedem evolução do direito, vez que em cada caso o juiz deve avaliar as circunstâncias fáticas. É por isso, que a sua aplicação não prescinde do instituto de revogação.

Há, na doutrina, uma controvérsia acerca dos efeitos da revogação de precedentes judiciais, a partir daí, a questão se divide em duas matérias: quais são os efeitos gerados pela revogação de um precedente? Sabendo que tal revogação pode ser parcial ou total, os efeitos são os mesmos, no Direito brasileiro, ou seja, efeito *ex tunc* e *ex nunc*.

Por questões de lógica, interessa para a presente monografia o segundo efeito, visto que o novo precedente, surgido após a revogação, somente será aplicado em casos posteriores. Isto porque, quando na ausência de motivos para utilização do precedente, sua revogação não afeta as decisões prolatadas. A fundamentação do novo precedente não altera a *ratio decidendi*, valendo-se do efeito *ex nunc*.

É pacífica, na doutrina, a prerrogativa de uma Corte revogar seus próprios precedentes, desde que seja atendida a exigência prevista em lei. Então, por exemplo, a auto revogação pode acontecer quando um tribunal verificar que sua nova interpretação contribuirá para a evolução do direito. Sendo assim, nos países de *common law*, cujo sistema jurídico é rígido, não prescinde de pressupostos específicos para a revogação de um precedente, isto porque, conforme registrado com ênfase, o *stare decisis* insere uma estrita obediência de decisões pretéritas.

A partir daí, verifica-se que, no Direito Brasileiro, o sistema de revogação de uma súmula também caracteriza um procedimento exigível,

conforme previsto no art.103-A da Constituição Federal e na Lei 11.417/06, mas a questão está na legitimidade, pois, se no Direito Anglo-Saxônico a revogação é uma exceção que não prescinde de fundamentação, por qual motivo a lei brasileira não exigiu a precisa disposição motivada de tal instrumento processual? A simples remessa do legislador, ao dispor que sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei o cancelamento, sinônimo de revogação, poderá ser provocado pelas pessoas que podem propor ações de inconstitucionalidade. Como visto, talvez a matéria constitucional não prescinda de uma PEC, isto porque os efeitos de um precedente revogado pode mudar a vida de várias pessoas que ajuízam suas ações. É por isto que a legitimidade para revogação ou cancelamento de uma súmula deveria ser de exclusividade do STF, como também sua edição e modificação.

Mesmo diante da validade do controle de constitucionalidade e do cumprimento ao processo legislativo, o dispositivo 103-A da CF apresenta incompatibilidade com o disposto no artigo 93, inciso IX, cuja redação exige motivação das decisões judiciais. Vale destacar que, o pressuposto de reiteradas decisões judiciais autoriza o raciocínio de que a fundamentação para revogar súmula vinculante é prescindível, isto porque a motivação para tal ato estaria preexistente naquelas decisões.

Contudo, pode-se concluir que, apesar da existência de motivação nos reiterados entendimentos jurídicos, a sua indicação pelo Supremo é necessária, visto que a interpretação do direito não deve ser encerrada no tempo.

2.5 O Sistema de Precedentes no Direito Comparado

É comum ao tribunal constitucional, em face de controvérsias jurisdicionais, efetivar a uniformização de decisões. Conforme visto, o *common law* incide no sistema de precedentes, cuja jurisprudência consiste na garantia do princípio da igualdade perante à jurisdição.

Desse modo, o precedente obrigatório consiste na vinculação do juiz às decisões do tribunal superior. Então, em busca de estabilidade jurídica e igualdade jurisprudencial, os precedentes judiciais tornam-se uma das principais pretensões das cortes constitucionais.

Interessante registrar que, no Direito Alemão, a vinculação de precedentes judiciais não configura uma regra nos tribunais de justiça. Isto porque sua jurisprudência não recepcionou a técnica do *stare decisis*, cuja regra não prescinde da observância de decisões prévias. Neste sentido, mais uma vez, vale registrar o pensamento de Madeira (2011, p.558): “[...] Neste sistema, as decisões prolatadas pelo Tribunal Constitucional Federal

têm força de lei, quando invalida norma legal, possuindo em outros casos os precedentes judiciais alta força persuasiva”.

Desta forma, a ausência de vinculação de precedentes não afasta a possibilidade dos advogados alemães se valerem da técnica costumeira, desde que seja de forma indireta, ou seja, apenas no aspecto material que será motivo de vinculação na decisão judicial.

Pode-se afirmar que esta característica demonstra que a doutrina alemã é derivada do *civil law*. Assim, diferentemente do STF, o Tribunal Federal Alemão é um típico exemplo de uma corte constitucional, cujas decisões são vinculantes. Desta forma, segue o disposto na lei alemã: “§31 as decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais federais e locais, bem como todos os tribunais e autoridades” (CLARO, 2012, p.465).

É relevante ressaltar que três elementares dos precedentes devem ser diferenciados, tratam-se da força de lei, da vinculação e da coisa julgada. Então, passa-se a investigá-los. No primeiro, as decisões do TCFA (Tribunal Constitucional Federal Alemão) possuem os mesmos efeitos de uma lei, ou seja, quando o legislativo elaborava uma lei contrária à Constituição, incumbia ao TCFA valer do controle de constitucionalidade, cujo efeito é o mesmo de uma lei que fosse elaborada pelo Poder Legislativo.

No que tange a coisa julgada, toda matéria decidida pelo Tribunal Constitucional Alemão, como ocorre nos demais tribunais, refere-se ao dispositivo acerca da sentença, cujo direito não admite uma nova discussão da controvérsia. Desse modo, aduz Claro (2012,466): “[...] uma vez decidida a controvérsia constitucional, forma-se sobre a decisão a coisa julgada material que impedirá qualquer rediscussão da controvérsia pelo próprio *BVerfG* ou por qualquer outro órgão judicial”.

Por último, trata-se do efeito vinculante, como já adiantado no Direito alemão, que só há o mesmo a partir das decisões do TCFA, pois aqui o escopo seria encerrar uma discussão judicial.

Posto isto, percebe-se que a vinculação de precedentes refere-se tanto aos dispositivos da sentença, quanto à fundamentação jurídica ou razão motivada.

Na tradição portuguesa, a vinculação de decisões judiciais se insere mediante o instituto dos assentos. Então, tudo começou quando a Casa de Suplicação editava verdadeiras normas à mandado do rei, cuja força vinculava todos os juízes e tribunais. Tal instituto, muito parecido com a súmula vinculante, representa uma soberania parlamentar que até mesmo o judiciário não poderia revogar os enunciados (assentos), pois ao poder legislativo incumbia de tal prerrogativa (MADEIRA, 2011).

Portanto, a Casa de Suplicação foi revogada pelo Supremo Tribunal de Justiça, que, no ato imposto pela lei, incumbe uniformizar a jurisprudência no caso de contradição de decisões judiciais sobre matéria de direito. Ou seja, ao tribunal competia editar assentos com força normativa. Isto aos poucos se tornou inconstitucional, visto que o Tribunal Constitucional Português declarou que a atividade do judiciário, na edição de assentos com força de lei, ofende o princípio da separação de poderes, cuja reforma legislativa revogou ou suprimiu os assentos no Direito lusitano.

Neste sentido, mais uma vez, merece apontar um escrito de Madeira (2011, p.556): “finalmente, com o Decreto-Lei n.329-A/95, foi definitivamente suprimida a figura do assento no Direito lusitano, com a revogação dos artigos 763 a 770 do seu Código Processual”.

No Direito Peruano, o precedente visa a unificação jurisprudencial. Assim, tal sistema não prescinde das técnicas de revogação e cancelamento de precedentes. Todo sistema jurídico deve ser interpretado acerca da segurança jurídica, mas como que o direito alcança esse princípio? Um ordenamento jurídico, instituído mediante estabilidade jurisdicional, previsibilidade e a na própria segurança jurídica, incide na moderna visão saxônica, ou seja, na ocidentalização do direito.

Acerca da legislação peruana, não há qualificação dos precedentes como fonte de direito. Na lei de Introdução, as Normas do Direito Brasileiro não se verificam como fonte a precisa definição de precedentes judiciais, mas apenas a indicação da jurisprudência. Por outro lado, na Constituição Peruana, tipificado no art.138, dispõe que: “a potestade de administrar justiça provém do povo e é exercida pelo Poder Judiciário através de seus órgãos hierárquicos sujeitos à Constituição e às leis” (MADEIRA, 2011, p.493). Por outro lado, no título preliminar, assim segue a lei peruana:

no caso de vazio normativo ou defeito nas disposições deste Código, o órgão deverá recorrer aos princípios gerais do direito processual, à doutrina e à jurisprudência em atenção às particularidades do caso (MADEIRA, 2011, p.492-493).

Pelo exposto, como acontece no *common law*, o CPC (Código Processual Constitucional) estabelece que, na lei peruana, o precedente será revogado desde que seja demonstrada a fundamentação de fato e de direito que levam a revogação do precedente.

3 CONCLUSÃO

Seguem as conclusões dos principais traços do *common law*, bem como a análise das súmulas vinculantes e sua relação com o *stare decisis* no Direito Comparado.

Ao longo do trabalho, alguns questionamentos foram apresentados, quanto ao primeiro, às súmulas vinculantes não são constitucionalmente fundamentáveis, visto que sua edição infringe os artigos 2º e 60§4º, incisos III e IV da Constituição da República Federativa do Brasil.

Pode-se afirmar que, além de limitar a interpretação e o diálogo entre as partes, o enunciado vinculante flexibiliza a liberdade de julgamento, isto porque o instituto brasileiro prevê a reclamação cujo efeito impede o magistrado de discordar da súmula vinculante.

A partir daí, afirma-se que: o ativismo judicial configura uma postura saxônica, típica no sistema de precedentes. Numa tradição fundada no princípio da legalidade, a atuação do Supremo, em matérias que não deveriam ser resolvidas no Judiciário, não é compatível com as características de uma corte constitucional, uma vez que o tribunal se transforma num órgão legislativo.

Os direitos fundamentais, inclusive a jurisdição, devem ser interpretados conforme prescreve a Constituição Federal. Isto porque, a judicialização do direito não é peculiar ao *civil law* brasileiro, cuja característica insere a justiça como o único meio de solução dos litígios (GARAPON, 1996).

Outro aspecto crítico é a imprudência do Direito Brasileiro ao recepcionar técnicas estrangeiras, sem constituir uma base teórica de precedentes judiciais. Como visto anteriormente, a Emenda Constitucional de nº45, ao instituir o efeito vinculante, regulamentada pela Lei 11.417/2006, enfraqueceu a livre convicção do magistrado, pois o instituto da reclamação impede o desenvolvimento interpretativo do direito, uma vez que, com o efeito vinculante, o juiz não precisa interpretar, pois o STF, em sede de súmula, já encerra o diálogo.

Desse modo, quanto ao *stare decisis*, sua aplicação incide na mesma interpretação para casos iguais. Ou seja, a Teoria dos Precedentes prevê que o princípio da igualdade perante a jurisdição deve ser respeitado em situações semelhantes. Não se pode esquecer que, no sistema de precedentes, a previsibilidade é pressuposto para a aplicação do princípio em comento.

Então, no precedente, o juiz deve seguir as decisões pretéritas, mas, quando o magistrado entender que a sua aplicação é incabível, o mesmo poderá não utilizá-lo de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Até no *common law*, os precedentes obrigatórios admitem ao magistrado a possibilidade de não aplicá-lo, conforme visto acima. Então, a súmula vinculante, em comparação ao precedente, insere-se em mais complexa e verdadeira ameaça à democracia brasileira.

O sentido da súmula vinculante insere-se adequado na visão de Schäfer (2012, p.176):

A súmula vinculante é apenas um importante instrumento de resolução dos casos, que causa- é verdade- algumas perplexidades, porém não acaba com a atividade jurisdicional, especialmente se não houver abuso aplicativo. Continua-se a exigir uma posição prudente e equilibrada do STF, com uma adequada concepção de sua função e com uma adequada concepção da separação dos poderes, e a prudência a todos os aplicadores do direito.

Percebe-se que, apesar de o Juiz defender a validade e aplicação do instituto, o efeito vinculante incide-se em situações complexas a ponto de transformar as decisões do Judiciário em expressões lógicas, como se as pessoas, fonte de direito não tivessem valores (REALE, 2002).

Agora, passa-se a analisar as principais críticas do controle judicial de constitucionalidade. Até aqui, verificou-se que o efeito vinculante teve uma influência evolutiva, isto porque a uniformização jurisprudencial foi o marco que consolidou o princípio da supremacia constitucional.

Com a Constituição de 1988, o rol de legitimados que pode propor ADIN e ADC duplicou-se, pois, até partido político com representação no Congresso Nacional tem legitimidade ativa.

Desse modo, o controle de constitucionalidade concentrado gera efeitos *erga omnes* e vinculativo, bem como ocorre com o *stare decisis* do *common law*. Já o controle difuso, este incide efeito entre as partes e vinculativo. Neste sentido, alguns doutrinadores, como Marinoni (2011), defende que não é adequado a um sistema que rege o *civil law* o efeito vinculante, sem a recepção integral do sistema de precedentes. Caso não seja recepcionado, é ajustado apenas manter o controle concentrado, cujos efeitos são os mesmos da vinculação de precedentes.

É relevante ressaltar Cruz (2004), que entende que é necessário aplicar o posicionamento de Habermas (1997), visto que, para o autor, o controle via ação insere-se competência do Poder Legislativo, isto porque não cabe

ao Judiciário reestruturar a norma mediante ações autônomas, como acontece na ação declaratória de constitucionalidade.

Ainda no pensamento de Cruz (2004), o Direito Brasileiro comete um erro ao atribuir efeito vinculativo e *erga omnes* às ADCS, visto que a finalidade da ação seria corrigir a norma e adequá-la ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, bem como previsto do Direito Português.

Pode-se afirmar que o efeito vinculante não é adequado a uma tradição fundada na legalidade, mas comum a um sistema instituído na previsibilidade de decisões judiciais. Então, entende-se ajustada a seguinte decisão: se a súmula não deve prevalecer numa cultura que visa o direito, como a forma de diálogo entre as partes, o único recurso pertinente à recepção do efeito vinculante seria a sua instituição no controle concentrado a partir da via difusa.

Em outros termos, o exercício do controle via ação não deve substituir a função do Poder Legislativo, isto porque os efeitos de uma ação declaratória de constitucionalidade são os mesmos de uma lei.

Então, há esta possibilidade, cuja pretensão visa reduzir ao máximo a função ativista do Judiciário brasileiro, principalmente do STF.

Em suma, vale registrar uma das lições de Streck (2003, p.309):

Quero, pois, afirmar a hermenêutica como modo de deixar o fenômeno Constitucional tornar-se visível, deixando-o vir à presença, ao contrário da dogmática jurídica, que vê a Constituição como uma (mera) ferramenta jurídica a ser confirmada (ou não) pela técnica interpretativa, por muitos denominada de hermenêutica constitucional. Dizendo de um modo mais amplo, temos que des-objetificar a Constituição, a tarefa que somente será possível com a superação do paradigma metafísico que (prá)domina o imaginário dos juristas. Essa superação, na linguagem heideggeriana, significa um questionar originário da pergunta pelo sentido da Constituição, isto é, pelo âmbito do projeto constitucionalizador e, conseqüentemente, pela verdade do ser da Constituição (e do próprio Direito, razão de ser de nossa atividade de ser jurista!). Afinal de contas, não são os objetos que explicam o mundo e, sim, é o mundo que é condição de possibilidade do acontecer da explicação dos objetos!

Atualmente, no *common law* e *civil law*, os objetos, como referiu Streck (2003), são modificados mediante à diversidade e à relação do homem com o mundo. Isto porque, o Direito é um fenômeno histórico e cultural, conforme o pensamento de Reale (2002), pois diante de várias

interpretações jurídicas, a modificação jurisprudencial é necessária para o aprimoramento e aplicação da lei no Ordenamento Jurídico.

Como se vê, a súmula vinculante é um objeto que deve ser modificado pelas novas interpretações, porque não compete ao Supremo Tribunal Federal concentrar o entendimento do direito fundado no princípio da legalidade.

Diante do exposto, a súmula vinculante e a função ativista desenfreada do STF, bem como a recepção de técnicas estrangeiras incompatíveis com a cultura brasileira, trazem efeitos e impactos contrários à ideia de um Estado de direito, cujo diálogo, contraditório e a liberdade de decisão não devem ser restringidos pela instituição do efeito vinculante.

Certamente, numa tradição que prevê expressamente a Teoria da Separação de Funções do Estado, nos artigos 2º e 60,§4º, faz-se necessário ajustá-la às novas interpretações filosóficas e sociológicas (BONAVIDES, 2010).

Por certo, o pensamento do direito, como fato, valor e norma deve prevalecer contra a americanização desenfreada, a ponto do Direito Brasileiro apagar, aos poucos, a sua origem histórica e transformar-se de vez numa tradição americanizada (BARROSO, 2010).

Diante das razões acima, não resta dúvida de que o fenômeno do direito não estaria equiparado ou reduzido ao entendimento lógico, mas sim, movido pelo diálogo e liberdade de decisão.

Contudo, a americanização do Direito, bem como a institucionalização da súmula vinculante infringe os preceitos constitucionais e a ideia de que a decisão judicial não deve ser proferida mediante o cerceamento da liberdade do magistrado.

Pelo exposto, a literalidade do §2º do artigo 7º da Lei 11.417/2006, inclusive do artigo 103-A da Constituição não mereciam ser recepcionados pela EC de nº45, visto que os efeitos da reclamação são contrários ao princípio da motivação das decisões judiciais e da livre convicção do magistrado.

4 REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Tratado de Direito Processual Civil. 2ºed.v.2. São Paulo: RT, 1990 *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. 2ºed. Curitiba: Juruá, 2013.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law***. 2011. 264 f. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

- BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal 5^ov. São Paulo: Saraiva, 1934 *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25^oed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/americanizacao_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acesso em: 11 agosto. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25^oed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7^oed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Pleno-Rel. Min. Sydney Sanches –j. em 11.02.1998. **A Constituição e o Supremo**. 4^oed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 11 agosto. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. 198604. Rel. Cezar Peluso, Rel. para acórdão Min. Ellen Gracie, jul.26 mar.2009. **A Constituição e o Supremo**. 4^oed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 11 agosto. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. 209, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 20/05/1998, Plenário, DJ de 11/9/1998. **A Constituição e o Supremo**. 4^oed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 11 agosto. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Rcl 3.979 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, julgamento em 3-5-2006, Plenário, DJ de 2-6-2006. No mesmo sentido: Rcl 10.707 MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 20-10-2010 DJE de 4-11-2010; Rcl 3.284 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 1-7-2009, Plenário, DJE de 28-8-2009. **A Constituição e o Supremo**. 4^oed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 11 agosto. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 198604. Ação declaratória de inconstitucionalidade. Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. para acórdão Min.

Ellen Gracie, jul.26 mar.2009. **A Constituição e o Supremo**. 4ºed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 11 agosto. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar. 2.390MCREF, Rel.Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19/8/2010, Plenário, DJE de 2/5/2011. **A Constituição e o Supremo**. 4ºed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 11 agosto. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de inconstitucionalidade. 2.950 AgR, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 6-10-2004, Plenário, DJ de 9-02-2007. **A Constituição e o Supremo**. 4ºed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 11 agosto. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de inconstitucionalidade.594, Rel.Min. Carlos Velloso, julgamento em 19 /02/1992, Plenário, DJ de 15/04/1994. No mesmo sentido: RE 584,188 AgR, Rel.Min. Ayres Britto, julgamento em 28/09/2010. Segunda Turma, DJE de 3/12/2010. **A Constituição e o Supremo**. 4ºed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 11 agosto. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de inconstitucionalidade. 3.205, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19/10/2006, Plenário, DJ de 17/11/2006. **A Constituição e o Supremo**. 4ºed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 11 agosto. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de inconstitucionalidade. 1.063/MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18/5/1994, Plenário, DJ de 27/4/2001). **A Constituição e o Supremo**. 4ºed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 11 agosto. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Rcl 3.979 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, julgamento em 3-5-2006, Plenário, DJ de 2-6-2006. No mesmo sentido: Rcl 10.707 MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 20-10-2010 DJE de 4-11-2010; Rcl 3.284 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 1-7-2009, Plenário, DJE de 28-8-2009. **A Constituição e o Supremo**. 4ºed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 11 agosto. 2015.

- BRASIL. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Lei 11.417, de 19 dezembro de 2006. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 34^oed. Organizador: Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^oed.Coimbra: Almeida, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2^oed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 17^o ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- CLARO, Roberto Del. Coisa julgada e efeito vinculante na jurisprudência do Tribunal constitucional federal alemão. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A Força dos Precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Precedentes Reguladores: uma afronta à Separação de Poderes e À independência judicial**. Paraná: JusPodivm, 2012.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade. Porto Alegre: Fabris, 1997 *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 17^o ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiro. **Direito Constitucional Comparado**. 4^oed.rev.atul. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994 *apud* ZARDO FILHO, Ricardo Leão de Souza. **Precedentes Reguladores: Uma afronta à separação de poderes e**

- à independência judicial? *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A Força dos Precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Precedentes Reguladores: uma afronta à Separação de Poderes e À independência judicial**. Paraná: JusPodivm, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1989 *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 17° ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo de. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 2001 *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 17° ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia. Entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 *apud* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- HABER, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- JUNIOR, Fredie Didier. **Sobre a Teoria Geral do Processo essa desconhecida**. Salvador: JusPODIVM, 2013.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1985 *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26°ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- LASSALE, Ferdinand. O que é uma constituição? Trad. Walter Stonner. Porto Alegre: Vila Martha, 1980 *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 17° ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14°ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

- LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law*. New Yorke: Oxford University Press, 2005 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MADEIRA, Daniela Pereira. A Força da Jurisprudência. *In*: FUX, Luiz (coord). **O Novo Processo Civil Brasileiro. Direito em Expectativa. Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 *apud* ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARMELSTEIN, George. **Controle Judicial dos Direitos Fundamentais**. Módulo 5°. TRF 4ª Região. Currículo Permanente. Caderno de Direito Constitucional. Porto Alegre: 2008. Disponível em <www.trf4.jus.br>. Acesso em: 28 out. 2013.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A linha decisória da Suprema Corte Estadunidense**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra editora, 1999 *apud* FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiro. **Direito Constitucional Comparado**. 4°ed.rev.atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes no Brasil**. Disponível em: <<http://www.alexandredemoraesadvogados.com.br/categoria/publicacoes/artigos/>>. Acesso em 4 jun. 2013.
- _____. **Direito Constitucional**. 26°ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- NEVES, António Castanheira. O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Editora Coimbra, 1983 *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. 2°ed. Curitiba: Juruá, 2013.

- _____. O problema da constitucionalidade dos assentos: comentário ao Acórdão n.810/1993 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Editora Coimbra, 1994 *apud* TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19/12/2006**. 3ªed. Método: São Paulo, 2009.
- ODAHARA, Bruno Periolo. Adriano Barbosa. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A Força dos Precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Precedentes Reguladores: uma afronta à Separação de Poderes e À independência judicial**. Paraná: JusPodivm, 2012.
- ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. Common Law, judicial review e stare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A Força dos Precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Precedentes Reguladores: uma afronta à Separação de Poderes e À independência judicial**. Paraná: JusPodivm, 2012.
- PEIRCE, Charles Sanders. **A Fixação da Crença**. p. 1-15. Trad. Anabela Gradim Alves. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/peirce-charles-fixacao-crenca.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.
- PEIRCE, Charles Sanders. **Como tornar as nossas ideias claras**. V, 388-410. Trad. António Fidalgo. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/peirce-charles-fixacao-crenca.pdf>>. Acesso em 21 jun. 2015.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.
- ROSA, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ªed.São Paulo: RT, 1998 *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. 2ªed. Curitiba: Juruá, 2013.
- SCHÄFER, Gilberto. **Súmulas Vinculantes Análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30^oed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Ativismo judicial**. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em 11 agosto 2015.

SILVA, de Plácido. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Anchieta da. A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998 *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 17^o ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. 2^oed. Curitiba: Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4^oed. ver.atual. Poro Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2^oed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988 *apud* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *In.* AGRA, Walber de Moura. **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005 *apud* TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19/12/2006**. 3^oed. Método: São Paulo, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19/12/2006**. 3^oed. Método: São Paulo, 2009.