

MATHEUS BARRETO GOMES

**PRECEDENTES JUDICIAIS
LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos

Salvador
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

MATHEUS BARRETO GOMES

PRECEDENTES JUDICIAIS LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO

Dissertação julgada aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Dr. Edilton Meireles _____
Doutor, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Dr. Fredie Didier Júnior _____
Doutor, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha _____
Doutor, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Salvador, 28 de Agosto de 2009

AGRADECIMENTOS

O Homem e tudo o que ele produz é a resultante da interação entre a sua essência e as pessoas que o cercam. Este espaço serve, pois, para agradecer as contribuições que tais pessoas trouxeram para o fechamento deste ciclo. Agradeço, inicialmente, a minha família, principalmente, aos meus pais, Juscelino e Rosana, pelo constante incentivo para os estudos, não poupando esforços de quaisquer naturezas para o meu avançar acadêmico.

Agradeço a minha namorada, Natássia Sarti, pelo companheirismo, pelo carinho e pela compreensão dos momentos em que estive ausente – que não foram poucos – para concluir este trabalho.

Agradeço ao meu professor e orientador, Edilton Meirelles, por ensinamentos, críticas e sugestões de extrema importância, os quais foram fundamentais para a realização deste trabalho.

Agradeço a Fredie Didier Jr, exemplo de jurista a ser seguido, professor que se tornou uma referência, seja pelo seu inquestionável saber jurídico, como também, pela presteza e atenção com que atende todos aqueles que a ele recorrem, de quem, inclusive, tive o prazer de ser tirocinista.

Agradeço a família MCS Advogados, pela pelas oportunidades profissionais e acadêmicas e pelas sempre atenciosas conversas a respeito deste trabalho e de aspectos a ele ligados. Agradecimentos especiais a: a) Ricardo Marfori Sampaio, pelos debates em torno do Direito e de sua aplicabilidade; b) Marcelo Cunha e Silva e Ricardo Cunha e Silva por serem exemplos de profissionais éticos que honram a profissão de advogado.

Agradeço a todos os professores do Mestrado da Universidade Federal da Bahia, pelo novo mundo apresentado, que me fez sair com a salutar sensação de inquietude e de consciência do quanto ainda desconheço.

Agradeço a todos os colegas do Mestrado da Universidade Federal da Bahia, pela convivência, pelos debates, pelo apoio nos momentos difíceis e pela companhia nos momentos de alegria. Agradecimentos especiais a: a) Rafael Santos Oliveira, amigo que acompanhou, diretamente, todo o percurso trilhado; b) Marcos Villas-Boas, que dispôs do seu tempo para discutir diversas questões do trabalho; c) Aos integrantes do CAIA por todas as resenhas – e olha que não foram poucas – e caixa de e-mails lotada,

Agradeço a Fernanda Machado Amarante pela revisão dos aspectos lingüísticos do texto.

Agradeço a Ana Carolina Mascarenhas, pela revisão do trabalho do ponto de vista formal, realizando a sua adequação às normas da ABNT.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Atos e Disposições Constitucionais Transitórias
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag.R	Agravo regimental
art.	artigo
CF/88	Constituição Federal
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
ED	Embargos de Declaração
HC	Habeas Corpus
LACP	Lei de Ação Civil Pública
Min.	Ministro
Rcl.	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
RT	Revista dos Tribunais
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TST	Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo instigar no pensamento da comunidade jurídica uma reflexão crítica e pragmática sobre a nova perspectiva pela qual é percebido o fenômeno dos precedentes judiciais na engrenagem do sistema jurídico brasileiro. Não restam dúvidas de que o papel desempenhado pelos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio mudou substancialmente nos últimos anos, é dizer, os precedentes judiciais passaram da condição de mais um dos parâmetros, às vezes, de somenos importância, a serem considerados quando do julgamento das ações, para o mais importante e, muitas vezes, o único parâmetro a ser considerado pelos julgadores na formação de seu convencimento e fundamentação de suas decisões. Neste sentido, demonstrar-se-á que passam os precedentes judiciais, agora, a serem dotados de um poder normativo para além do próprio efeito vinculante, este último, peculiar a alguns deles. Será possível notar, ainda, as implicações destas mudanças para a própria idéia de legitimidade democrática do Poder Judiciário e o papel deste como agente na implementação da Democracia. Para tanto, trabalhar-se-á, inicialmente, com o conceito lógico-jurídico de precedentes judiciais, bem assim, sua concepção e evolução histórica no Direito Comparado e no ordenamento jurídico brasileiro. Após, passa-se à apresentação de algumas noções conceituais imprescindíveis à compreensão do tema. Colacionar-se-ão, ainda, as razões jurídicas, políticas e pragmáticas que orientam as modificações legislativas e jurisprudenciais que conduzem os precedentes judiciais a desempenharem papel central no sistema jurídico pátrio. Apresenta-se, oportunamente, um panorama da superação da separação hermética das duas grandes famílias do Direito – *civil law e common law* –, bem como a flagrante adoção da uma teoria do *stare decisis* no direito brasileiro. Neste sentido, arrolar-se-ão alguns exemplos constantes em nossos textos legais que confirmam esta afirmação. Nesta esteira, demonstrar-se-á o novo caminho hermenêutico do Direito, propondo, como respaldo democrático para as alterações alhures mencionadas, a imperiosidade de uma interpretação aberta do Direito, cuja participação representativa dos cidadãos, ultrapasse, da condição de um direito potestativo, para um poder-dever jurídico a ser seguido pelos julgadores. Assente tais premissas, restarão demonstradas algumas alternativas procedimentais a serem implementadas nos processos judiciais donde advierem precedentes judiciais com efeito normativo e, portanto, com eficácia *erga omnes*, de modo que estes sejam consentâneos com o postulado do devido processo legal. Neste particular, apresentar-se-á a imprescindibilidade da participação da figura do *amicus curiae* neste novo perfil jurídico de construção de precedentes judiciais, em que este possui, como escopo primaz, dotar tal atividade judicante de legitimidade e conforme o princípio democrático, bem assim, de igual maneira, assegurar uma mobilidade do sistema, evitando, desse modo, um engessamento dogmático e, assim, um distanciamento do Direito da realidade que o cerca.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais; Efeito Vinculante; *Stare decisis*; Interpretação aberta do Direito; Devido processo legal; *Amicus curiae*.

ABSTRACT

The purpose of this study is to prompt, in the minds of those within the legal community, a critical and pragmatic reflection upon the new perspective in which the phenomenon of precedents are perceived in the Brazilian legal system. There's no doubt that the role played by the precedents changed substantially in the last few years. In other words, the judicial precedents transformed from a condition amongst other parameters, often considered to have little significance, to, in relation to court decisions, the condition of highest relevance and, many times, the only parameter considered by judges when preparing and substantiating their rulings. On this note, It will be demonstrated that precedents are now given a normative power beyond even the vinculatory affect, being that, such characteristic, is actually peculiar to some of them. It is possible to notice the impact of these changes on the concept of the democratic legitimacy within Judiciary Branch, and its role as agent responsible for the reinforcement of Democracy. Therefore, this work will, initially, using the *logico-juridico* concept of precedents, along with its birth and historic evolution in comparative law together the Brazilian Legal System. Moving along, some conceptual notions, that are crucial for the understanding of the present study, will be introduced. This work will gather, still, a judicial, political and pragmatic motive that usually propels the legislative and jurisprudential modifications leading the precedents to embody its current key position on our legal system. This scientific paper conveniently introduces a prospect, portraying the overcoming of the hermeneutical separation between two branches of the Law – the civil law and the common law – along with the obvious adoption of the *stare decisis* in Brazilian law. In addition, I will transcribe a few examples driven from our legal texts that can confirm my previous assertive. Moving along, It will further demonstrate the new path followed by the Legal Hermeneutic, purposing, always with a democratic view to the alterations mentioned above, the importance of an open interpretation of the Law, in which the represented participation of our citizens can be considered more than a potestative right, but also an obligation for the court system. Furthermore, other alternatives will be presented, they can be applied to the judicial cases that can be directly affected by precedents with normative power, in other words, precedents with *erga omnes* efficiency, allowing these cases to be examined through the due process of law. Moreover, this work will attempt to demonstrate the importance of the *amicus curiae*'s influence, and their role in this new judicial scenery of construction of precedents, having the responsibility and power to guarantee its legitimacy and compliance to all democratic principles, and also, ensure the flexibility of the system, thus avoiding a dogmatic hardening and a the Law's withdrawal from reality.

Key Words: Precedents; Vinculatory Effect; Stare decisis; Open interpretation of the Law; Due process of Law; Amicus Curiae.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PRECEDENTES JUDICIAIS	13
1.1 CONCEITO	13
1.2 NATUREZA JURÍDICA	18
1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	21
1.4 INTRODUÇÃO AO VOCABULÁRIO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	29
1.5 RECEPÇÃO DA TEORIA DO <i>STARE DECISIS</i> PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	48
1.6 A CONDUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS AO NÚCELO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	70
1.6.1 Razões alicerçais para mudança: pragmáticas, políticas e jurídicas	70
1.6.2 <i>Status quo</i> da aplicabilidade dos precedentes judiciais: uma crítica que se impõe	85
2 A NOVA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA DO DIREITO	103
2.1 O DIREITO E SEUS INTÉRPRETES	103
2.1.1 A interpretação e a condição humana	103
2.1.2 A sociedade e seus intérpretes	108
2.1.3 O direito e o homem	111
2.2 HERMENÊUTICA E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO	113
2.2.1 Evolução hermenêutica do direito	113
2.2.2 Sociedade aberta e interpretação do direito	118
2.3 ABERTURA INTERPRETIVA E DEMOCRACIA	122
2.4 O RACIONALISMO CRÍTICO E A FALSEABILIDADE POPPERIANA COMO GARANTES DA DEMOCRACIA JURISDICIONAL	124
2.4.1 A clareza científica como condição ótima de refutabilidade	124
2.4.2 O processo e o criticismo	130
3 ALTERNATIVAS PARA RECONSTRUÇÃO PROCEDIMENTAL DO PROCESSO NESTA QUADRA DA HISTÓRIA	134
3.1 A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PELO PROCEDIMENTO	134
3.1.1 Poder Judiciário de democracia	134

3.1.2 O papel concretizador do magistrado como condição de possibilidade para a implementação democrática	137
3.2 O <i>AMICUS CURIAE</i> COMO ABERTURA DEMOCRÁTICA DO PROCESSO	151
3.3 INTERPRETAÇÃO ABERTA EM MOVIMENTO	168
CONCLUSÕES	173
REFERÊNCIAS	XX

INTRODUÇÃO

O Homem é um ente gregário. A espécie humana passou a poder desenvolver o seu intelecto e construir, em maior escala, seus elementos culturais, a partir do momento em que uniu-se para viver em sociedade. O Homem, cujos interesses estavam voltados para a auto-defesa e o instituto de sobrevivência ante as contingências externas, acelerou seu processo de desenvolvimento social/intelectual no momento em que o elementos externos já não eram tão temidos a ponto de tornarem-se a principal causa de preocupação humana.

O Homem volta os olhos para dentro de si, bem como para o ser social que passa a ser sopesado quando da tomada de suas decisões, interferindo, desse modo, no seu livre arbítrio.

A sociedade, em contínua evolução, - contínua não no sentido cartesiano do termo, mas, sim, em movimentos de fluxo e contrafluxo -, careceu, em determinados momentos de sua escalada da criação, de algumas instituições que orientassem, bem assim, dessem condições de possibilidade para sua constante evolução, ou mesmo, existência. O Direito é uma dessas instituições que acompanha a sociedade desde o seu germe, mas também, que desempenhou importante papel para que se alcançasse o atual grau de desenvolvimento e complexidade social.

O Direito, elemento cambiante, dá forma e é conformado pela sociedade na qual faz o seu acontecer. Desse modo, em uma sociedade complexa como a que se vive em tempos correntes, outra não poderia ser a face do Direito, senão de um instrumento que amolda-se à idéia e aos contornos da complexidade.

Os elementos/instrumentos constitutivos do Direito, as denominadas instituições jurídicas, não podem resistir ao fato de lidarem com as situações sociais cada vez mais complexas. Neste processo, seus elementos, notadamente, os subjetivos, devem, haja vista a limitação da capacidade fática-intelectiva de cada um deles, ser influenciados por outros elementos subjetivos de outras áreas do conhecimento humano.

O Direito, portanto, para sua interpretação/aplicação demanda, cada vez mais, alguns dados que, muita vez, àquele a quem é dado o poder/dever de decidir são desconhecidos. Daí sobressair-se a imprescindibilidade da contribuição social para a interpretação/aplicação do Direito. Eis, pois, a síntese da idéia: O intérprete/aplicador do Direito, quando do desenvolvimento de sua atividade em uma sociedade manifestamente complexa, deve se socorrer de outros elementos do saber humano importantes para o deslinde da demanda,

através de mecanismos de diálogo com o corpo social. A este *modus* de interpretar/aplicar o Direito é dado o nome de interpretação/aplicação aberta do Direito.

Este método hermenêutico, inclusive, representa uma abertura democrática do Direito, de modo a ganhar em legitimidade as decisões advindas deste processo interpretativo/aplicativo.

Agora, sem fugir aos contornos do tema tratado acima, a complexificação da sociedade, analisada sob uma escala global, demanda uma unificação de conceitos jurídicos, principalmente, se se considerar a função do Direito enquanto elemento de resguardo das garantias concernentes aos negócios jurídicos que são travados, também, em escala global.

Para que se cumpra tal tarefa, o Direito, que em certo grau da escalada civilizatória sofrera contornos apenas setoriais, passou no atual momento civilizatório a demandar uma conformação mundial ou, ao menos, em contornos bem mais amplos do que de outrora.

Considerando-se, para os contornos deste trabalho, o mundo ocidental, pode-se afirmar que o mesmo era, até então, dividido em duas grandes famílias jurídicas, quais sejam, a família jurídica do *common law*, próprios dos países de cultura anglo-saxã, e a família do *civil law*, próprios dos países de cultura romano-germânica.

A interação econômica e cultural entre os países formadores dessas duas grandes famílias jurídicas, parte menor de um processo maior denominado globalização, fez com que características de ambas as famílias jurídicas fossem incorporadas uma pela outra. O ordenamento jurídico brasileiro, como não poderia deixar de ser, que, tradicionalmente, pode-se afirmar, filia-se à família do *civil law*, sofreu inúmeras influências da *common law*.

A constituição do ordenamento jurídico brasileiro mudou, substancialmente, nos últimos anos. Muitos foram os institutos jurídicos que aportaram por aqui, bem, assim, todas as áreas do Direito brasileiro foram influenciadas por tais alterações.

Dentro desta perspectiva, firmando o olhar nas normas que disciplinam o Direito Processual brasileiro, nota-se que as alterações ali ocorrentes, em alguns casos, conformaram o processo de tal forma, a fazê-lo enquadrar-se em um novo regime jurídico. É dizer, para além de alterações quantitativas em sua esfera normativa, com a saída de velhas e a entrada de novas leis, o ordenamento processual brasileiro passou por mudanças qualitativas, notadamente, se se pensar na aproximação do sistema brasileiro com alguns postulados da família do *common law*.

A maior de todas essas influências, sem sombras de dúvidas, concentra-se na incorporação pelo sistema jurídico pátrio da regra do *stare decisis* que, em suma, consiste em terem, para os casos de demandas similares, os precedentes judiciais efeito vinculante. É dizer, a tese jurídica construída no julgamento de uma demanda – norma jurídica abstrata –, por suas razões, vincula, considerando-se as regras de competência e hierarquia judiciária, os demais órgãos julgadores.

Os benefícios desta incorporação concentram-se basicamente em três questões: *i*) com a aplicação da regra do *stare decisis*, o ordenamento jurídico pátrio ganha um aporte de celeridade na prestação da atividade jurisdicional, haja vista ter surgido, a partir daí, instrumentos inibidores de recursos, ou mesmo de possibilidade de desenvolvimento de ação, para demandas cuja tese jurídica encontram-se assentes em precedentes judiciais, mormente, os de maior hierarquia; *ii*) o efeito vinculante dos precedentes judiciais garante, também, um tratamento mais isonômico àquelas pessoas que submetem suas demandas ao Poder Judiciário, haja vista que para demandas similares, ter-se-á a mesma solução de direito, o que, privilegia, em última instância, o princípio da democracia que orienta o tratamento igual aos que encontram-se em igualdade de condições; e *iii*) a segurança jurídica – e todo o respaldo de estabilidade das relações judiciais que lhe é próprio – é outra questão bastante considerada quando da recepção da regra do *stare decisis*, vez que, de antemão, já se pode antever o resultado jurídico para determinadas condutas.

Sucedo, entretanto, que a dinâmica da incorporação da regra do *stare decisis*, bem como sua aplicação, tem trazido, ao lado dos benefícios, alguns resultados que devem ser considerados, haja vista, em alguns destes, ver-se desrespeitada uma gama de direitos fundamentais e mesmo o método hermenêutico de interpretação/aplicação aberta do Direito.

Enfim, é a partir dessas duas premissas, quais sejam, a necessidade de uma interpretação/aplicação aberta e dialógica do Direito, como forma, inclusive, de legitimação de suas decisões e da incorporação do efeito vinculante dos precedentes judiciais ao ordenamento jurídico brasileiro que se estrutura o presente trabalho. As linhas que se seguem buscarão apresentar os resultados – sejam eles satisfatórios ou não – advindos das mudanças/evoluções antes narradas, bem assim o processo como se deram as referidas mudanças/evoluções, buscando, ao final, apresentar um mecanismo procedimental para uma aplicação que menor afete direitos fundamentais alheios.

1 PRECEDENTES JUDICIAIS

1.1 CONCEITO

Antes de adentrar-se no estudo dos precedentes judiciais propriamente ditos e dos efeitos deles decorrentes, faz-se necessário realizar, preliminarmente, visando, assim, elucidar uma confusão terminológica bastante verificada na doutrina e no “*uso*” dos operadores do Direito, um breve esclarecimento jurídico-conceitual sobre o que sejam: a jurisprudência; as súmulas; os enunciados e os precedentes judiciais.

Para grande parte da doutrina, a jurisprudência¹ seria o conjunto de decisões em um mesmo sentido, sobre uma mesma matéria, emanadas dos tribunais que devem – ou deveriam – basear-se no Direito vigente, este, constituído de normas jurídicas, sejam elas normas-princípios ou normas-regras², servindo, em regra, dada a ausência de força vinculante de grande parte dessa jurisprudência, de norte para o Juiz no momento da interpretação/aplicação das referidas normas ou textos jurídicos, como preferem alguns, ao caso concreto.

A jurisprudência, para a doutrina mais tradicional, – entendida, pois, como o produto de reiteradas decisões judiciais em um mesmo sentido – move-se dentro dos quadros estabelecidos para o Direito pelo legislador. A norma individual que o órgão jurisdicional extrai da demanda que lhe é posta à apreciação, deste modo, deverá, quando de sua concretização, amoldar-se ao quadro estabelecido pelo texto normativo previamente estabelecido.

Neste momento, é preciso ficar claro que a jurisprudência seria, então, *o conjunto* de decisões, ou seja, um elemento cuja natureza é ser formado por um conjunto de outros elementos, sendo

¹ Ensina Marcelo Alves Dias de Souza (2006, p. 41) que “é sempre bom lembrar que o termo jurisprudência é usado, no linguajar jurídico, em pelo menos quatro sentidos distintos: a) como sinônimo de filosofia ou ciência do direito; b) significando uma série de decisões judiciais uniformes sobre uma mesma questão jurídica; c) representando, de modo menos preciso, o conjunto de decisões judiciais de um país como um todo; e d) referindo-se, impropriamente, a uma decisão judicial isolada.”

² A proposta de Humberto Ávila (2007, p. 68-70) admite a coexistência das espécies normativas em razão de um dispositivo. Um ou mais dispositivos podem funcionar como ponto de referência para a construção regras, princípios e postulados. Ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado). Os dispositivos servem como ponto de partida para a construção normativa, ou seja, podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for autonomizado para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos.

verificável, pois, que entre jurisprudência e decisões judiciais há uma relação de continente e conteúdo, ou seja, aquela – jurisprudência – não se confunde com estas – decisões judiciais.

No que diz respeito ao vocábulo “súmula”, destaca-se consoante lição de Mônica Sifuentes (2005, p. 237-238) que:

A palavra *súmula*, do latim *summula*, significa sumário, resumo. No âmbito jurídico, a súmula de jurisprudência refere-se a teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais, das quais se retira um enunciado, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos. As palavras *súmula e enunciado*, embora tenham significados diferentes, acabaram por serem usadas indistintamente, de modo que, por súmula, atualmente entende-se comumente o próprio enunciado, ou seja, o preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada.

É preciso destacar, como observado acima, que o que a maioria dos operadores do Direito pensa serem súmulas, em verdade, são os enunciados da súmula dominante de um tribunal. Os enunciados são o resumo da uniformização jurisprudencial, são os textos gerados a partir dessa uniformização que são inseridos na súmula de um tribunal, em regra, identificada por uma numeração. São, pois, os enunciados, em *ultima ratio*, decorrentes os textos extraídos da tese jurídica formada – norma jurídica abstrata – quando do julgamento de uma demanda.

Costuma-se verificar, inclusive em fundamentações jurídicas das mais altas cortes do país a utilização do termo súmula, quando, em verdade, referem-se aquelas decisões aos enunciados da súmula. Assim, quando no julgamento de uma demanda aduzem os julgadores que ao caso concreto aplica-se a súmula de número tal, com o apuramento terminológico, deve-se dizer que: a partir da análise do caso concreto, nota-se ser possível a incidência do enunciado de número tal constante, *e. g.*, da súmula do Supremo Tribunal Federal.

É, pois, mais uma relação de continente e conteúdo, a súmula faz às vezes de continente, enquanto que os enunciados – que são os verdadeiros textos – fazem às vezes do conteúdo. A súmula é o instrumento que se deve buscar para verificação da uniformização jurisprudencial de um tribunal, enquanto que os enunciados são o próprio direito uniformizado, as teses jurídicas pacificadas por um tribunal.

Verifica-se, desse modo, o primeiro equívoco no qual grande parte dos agentes do Direito incorre, qual seja, a confusão entre os termos: enunciado e súmula. Como visto, a súmula é o resumo da jurisprudência consolidada de um tribunal, sendo formada por um conjunto de enunciados³.

³ Ao analisar o art. 479 do CPC, que assim dispõe; “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da

Também para Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha (2009, p. 567) “é incorreto falar em súmulas do tribunal. Só há uma súmula, que tem diversos enunciados”

Tratando sobre o tema, assim aduziu José Carlos Barbosa Moreira (2005, p. 378):

A Súmula, sempre no singular, foi publicada como anexo ao Regimento Interno, e a respectiva citação, feita pelo número do enunciado, dispensaria, perante a Corte, a indicação complementar de julgados no mesmo sentido. Mais tarde, outros tribunais seguiram o exemplo: O Superior Tribunal de Justiça tem sua própria Súmula, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a sua, e assim por diante. Em todos os casos a denominação oficial de Súmula corresponde ao conjunto, ao todo, à totalidade das teses compendiadas. O modo de citar a Súmula, pelo número do enunciado, levou a curiosa corruptela na linguagem forense. Era correto dizer ‘n. x. da Súmula’ ou ‘Súmula de n. x’. Mas passou-se a falar com freqüência de ‘Súmula n. x’, sem pausa, como se cada enunciado, individualmente, constituísse uma ‘súmula’(...) Pois bem. A Emenda Constitucional n. 45 rende-se ao uso informal, tolerável em conversas de corredor de Fórum, nunca porém em um documento oficial, e menos que alhures em texto que se incorpora à Constituição. O novo art. 103-A desta autoriza o Supremo Tribunal Federal a editar ‘súmula que (...) terá efeito vinculante’, e já se generalizou, até fora dos meios especializados a referência às futuras ‘súmulas vinculantes’, no plural, para designar as proposições ou teses a que a Corte, reunidos os pressupostos, imprimirá esse efeito.

Ocorre, entretanto, que, o apego irrestrito ao purismo terminológico não contribui para o estudo aqui proposto, pois, com um breve levantar de olhos, nota-se o fenômeno da evolução lingüística operando no seio de nossa comunidade jurídica. É dizer, o costume - o uso do termo súmula em lugar de enunciado - supera, certamente, as normas de semântica de uma língua e a própria diferenciação jurídico-terminológica, de modo a esvaziá-la.

Neste sentido, perceber-se-á, notadamente em algumas lições de doutrinadores que serão colacionados a este trabalho, o uso do termo súmula tanto para indicar o repositório dos enunciados, como também para indicar a idéia do próprio enunciado, o que, adianta-se, não prejudicará a clareza do trabalho, pois a contextualização do termo se incumbirá desta atividade.

Assentes tais premissas, segue-se com Lênio Luiz Streck (1998, p. 126) que, em suas lições, assim tratou do termo súmula:

Embora prevista pela primeira vez em lei no Direito brasileiro em 1973, no artigo 479 do Estatuto Adjetivo Civil, a Súmula, já tinha sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal desde o ano de 1964. De fato, organizada sua primeira publicação pela Comissão de Jurisprudência, composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal (relator) e Pedro Chaves, em janeiro daquele ano, com verbetes aprovados em sessão plenária de 13 de dezembro do ano anterior, as Súmulas passaram a vigorar a partir de 1º de março de 1964⁴.

jurisprudência”, nota-se ser o termo súmula utilizado corretamente, pois da leitura do referido artigo percebe-se a própria idéia de continente e conteúdo trabalhado no presente trabalho.

⁴ Note-se, que a confusão terminológica, neste caso, é marcante, pois o autor, em um mesmo parágrafo, fala de súmula tanto com o seu significado correto, como para tratar de enunciado.

Pelo vigente Código de Processo Civil, as súmulas/enunciados não são elaboradas mediante um processo autônomo. Na verdade, elas são o produto, enfim, o resultado do procedimento de uniformização da jurisprudência, este com natureza jurídica de incidente processual que visa à pacificação da divergência *interna corporis*, consoante art. 476 e seguintes do referido diploma processual.

Para Lênio Luiz Streck (1998) súmulas – aqui utilizadas na acepção de enunciado - são, em síntese, entendimentos firmados pelos tribunais que, depois de reiteradas decisões em um mesmo sentido, sobre determinado tema específico de sua competência, resolvem por editar um texto, de forma a demonstrar qual o entendimento da corte sobre o assunto, e que, no ordenamento jurídico brasileiro servem – ou deveriam servir – de referencial, em regra, não-obrigatório a toda comunidade jurídica.

Frise-se, ainda, que as súmulas possuem uma dupla função: além de reforçar o poder dos tribunais, por um lado representam a palavra final da jurisdição acerca dos sentidos das normas; por outro, quando editadas contra a lei ou contra a Constituição, ou, melhor dizendo, quando decorrentes de interpretações que afrontam a melhor interpretação/concretização dos textos legais ou constitucionais, quebram a dicotomia legislação-jurisdição a partir da concentração do processo de produção-decisão das normas em um único órgão, temas que serão melhor abordados nos capítulos seguintes.

Em suma, a Jurisprudência é o conjunto de soluções (normas jurídicas abstratas), em um mesmo sentido, dadas às questões de direito pelos tribunais ou juízes de primeiro grau, sendo fruto da interpretação reiterada que os órgãos jurisdicionais dão à lei – texto e princípios –, nos casos concretos submetidos a seu julgamento.

É preciso destacar que nem toda a jurisprudência ganha foros de ser alçada à condição de um enunciado e, portanto, fazer parte da súmula de um tribunal. Assim sendo, é possível afirmar que todo enunciado é jurisprudência, mas nem toda jurisprudência encontra-se na forma de enunciado de súmula.

Pois bem, clarificadas as idéias sobre o que seja: a súmula; a jurisprudência e o enunciado passa-se, neste momento, para a análise do que sejam os precedentes judiciais, bem como qual a faceta dessa terminologia guiará o estudo do tema que é proposto neste trabalho.

A idéia e o conceito de precedentes judiciais que, inclusive, será o aplicado ao presente trabalho, trazem a dimensão de ser um termo mais abrangente do que os três outros termos já analisados, quais sejam: as súmulas; os enunciado e a jurisprudência. Neste sentido, valendo-

se, mais uma vez, da concepção de conteúdo e continente, pode-se afirmar que, a jurisprudência, a súmula e o enunciado seriam círculos concêntricos sendo que os enunciados estariam dentro de um círculo maior que a súmula, esta, por sua vez, estaria inserida em um círculo maior que é a jurisprudência que, por fim, estaria dentro de um círculo maior, abarcador de todos os outros, denominado precedente judicial.

Com efeito, pode-se afirmar que uma súmula e seu conjunto de enunciados é um conjunto de precedentes. A jurisprudência é, desse modo, também, um conjunto de precedentes judiciais, melhor dizendo, uma reunião de precedentes judiciais em um mesmo sentido, sendo que, em sua acepção máxima, pode-se afirmar que existem precedentes judiciais que não estão sob a forma de enunciados, nem fazem parte de uma jurisprudência.

Em síntese, por precedentes judiciais entende-se ser todas as decisões judiciais tomadas em qualquer esfera e grau de jurisdição, precedentes judiciais estes que resolveu-se denominar neste trabalho de precedentes judiciais *lato sensu*.

Informa Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 180), ao tratar sobre o conceito de precedentes judiciais, que “na cultura jurídica norte-americana, o precedente constitui a regra jurídica utilizada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicada aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para a decisão.”

Todavia, conforme, afirmado linhas acima, o conceito de precedente utilizado neste trabalho é o mais amplo possível, sendo, pois, toda decisão judicial previamente tomada por um órgão jurisdicional seja ele de qualquer grau de jurisdição.

Seriam, pois, os precedentes judiciais *lato sensu* o conjunto de decisões proferidas por todos os órgãos julgadores de um ordenamento jurídico, não importando, para sua definição como tal, se sejam proferidos por órgãos de primeira, segunda ou terceira instâncias, bem como se teriam caráter vinculante ou não.

Neste sentido, seguem-se as palavras de Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 41):

O precedente judicial, de um modo bem objetivo, pode ser definido como um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito.

Para Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 381) “precedente judicial é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para julgamento posterior de casos análogos”.

Dada a sua própria natureza conceitual, não é demais verificar que, por uma razão muito simples, ele está presente em todo e qualquer sistema jurídico, em qualquer país, independentemente da sua filiação a esta ou àquela família, pois como se sabe não há ordenamento jurídico no mundo que não seja capaz de produzir uma decisão. É dizer, a decisão de um caso tomada anteriormente pelo Judiciário constitui, para os casos a ela semelhantes, um precedente judicial.

Sem sombra de dúvida, pode-se afirmar que residem os precedentes judiciais na categoria dos conceitos lógico-jurídicos⁵, ou seja, os precedentes judiciais são elementos fundantes, estruturais, pilares sustentadores da própria estrutura do Direito, entes, pois, que não podem ser extirpados do sistema jurídico de qualquer nação, sob pena de causar um dano substancial e mesmo descaracterizar o próprio papel do Direito na sociedade.

Apenas seus atributos, tais como seu poder criativo ou meramente declarativo, seu caráter persuasivo ou obrigatório, é que vão depender dos contornos atribuídos a eles pelo sistema jurídico legal estabelecido. Tais atributos seriam, pois, o que resolveu-se convencionar de conceitos jurídico-positivos, ou seja, conceitos que podem ser alterados pelo legislador em determinado ordenamento jurídico sem abalar a estrutura do ideal de Direito para o qual este ordenamento se presta. Estariam, pois, à mercê das contingências sociais momentâneas influenciadoras do processo legislativo.

Trata-se, pois, o precedente judicial de um conceito lógico-jurídico, cujas conseqüências em cada ordenamento serão reflexos dos conceitos jurídico-positivos adotados em cada um deles. Cogita-se, inclusive, de uma teoria dos precedentes, demonstrando-se, assim, a importância com que deve ser tratado esse tema na ciência do Direito.

1.2 NATUREZA JURÍDICA

⁵ Pode aferir-se do pensamento de José Souto Maior Borges (1999, p. 94) que os conceitos lógico-jurídicos não dependem de qualquer elemento empírico para sua caracterização. Ao contrário, são conceitos eminentemente formais, valendo para todo o conteúdo juridicamente possível. Continua José Souto Maior Borges: “Os conceitos jurídicos fundamentais são conceitos formais, no sentido de que prescindem dos conteúdos que lhes são conferidos pelas províncias especializadas do direito”. São os conceitos lógico-jurídicos, pois, como alicerces sobre o qual se sustentam os inúmeros ordenamentos jurídicos. Representam, desse modo, os conceitos mestres, abstratamente considerados, ou seja, a fonte de que se vale um determinado ordenamento para cunhar seus conceitos jurídico-positivos.

Para bem compreender os precedentes judiciais *lato sensu* restam necessárias, ainda, algumas palavras, de modo que adentra-se, neste ponto do trabalho, no âmbito de sua natureza jurídica. Trata-se, pois, de saber se o precedente judicial, ou o conjunto de precedentes, cria o próprio Direito ou apenas declara o Direito, legislado ou não, pré-existente. Duas são as teorias sobre essa característica dos precedentes judiciais.

Há aquela que afirma que o Direito sempre preexiste à decisão judicial, trata-se da teoria declarativa, neste caso o precedente judicial teria o condão de desvelar o Direito já existente em um determinado ordenamento jurídico.

Essa teoria, consoante lição de Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 43), tem sido, inclusive, adotada, em relevantes pronunciamentos judiciais tais como o julgamento *Ray v. Western Pennsylvania Gas Co.* (1981):

Os tribunais de mais alta autoridade em todos os Estados dos Estados Unidos estão, esporadicamente, obrigados a mudar suas regras sobre questões da maior importância. Ao fazerem isso, não significa que o Direito mudou, mas, sim, que o tribunal estava equivocado na sua primeira decisão, e que o Direito é, e na realidade sempre foi, como foi exposto na última decisão sobre a matéria. Não se pode dizer que os membros do Poder Judiciário fazem ou mudam o Direito. Eles simplesmente o expõem e aplicam aos casos individuais.

Para uma segunda teoria, hoje dominante, sobretudo, nos Estados Unidos, conhecida como teoria constitutiva, o Direito é criado pelas decisões judiciais – *judge make law*. Para esta teoria, toda e qualquer atividade judicante é, em sua essência, criativa de direito, o que não implica afirmar que a partir dessa atividade criativa possa-se aduzir como justa qualquer decisão proferida por órgão judicante, ao revés, deve-se sempre analisar tal teoria sobre a égide do temperamento do consenso, para que arbitrariedades não sejam observadas.

Essa Teoria, inclusive, será analisada, com mais afinco, em ponto específico deste trabalho em que analisar-se-á o papel criativo/concretizador dos magistrados nesta quadra da história.

Retornando à linha de raciocínio, pode-se afirmar, ainda, com Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 43-44) que:

A teoria constitutiva, que entende ser o Direito criado pelas decisões Judiciais, foi uma conseqüência natural da evolução histórica da teoria do precedente, uma vez que se estas decisões são praticamente a única fonte do Direito segura, é natural que os precedentes judiciais adquiram um significado muito mais diverso do que tinham nos países que se haviam mantidos fiéis aos quadros transmitidos pelo Direito Romano. Se a sentença revela o Direito, o precedente tem a tendência a tornar-se fonte do Direito.

Assentes nas palavras de Mauro Capelletti (1992) volta-se a afirmar que a interpretação judiciária, e conseqüente criação de precedentes judiciais, sempre foi, em alguma medida,

criativa do Direito. Neste sentido, são as palavras de Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 43-44):

Os principais argumentos em prol da teoria constitutiva nascem precisamente de críticas à teoria declarativa. A principal crítica – e que parece fundamental – decorre do fato de que os partidários da teoria declarativa afirmam, em linhas gerais, que o Direito sempre existiu e cabe ao juiz apenas descobri-lo e declará-lo. Para os constitutivistas, essa afirmação não procede. Inúmeras soluções hoje tomadas pelos tribunais cuidam de assunto sequer imaginado em passado remoto ou mesmo recente. São questões de Direito onde a regra só é encontrada nas decisões dos tribunais.

Vale, neste momento, colacionar a posição de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 388) sobre o tema:

Quanto ao seu conteúdo, os precedentes classificam em declarativos e criativos. Declarativo é o precedente que simplesmente reconhece e aplica uma norma jurídica previamente existente; criativo é o precedente, como o próprio nome sugere, cria e aplica uma norma jurídica. Assim, é declarativo o precedente que simplesmente se baseia num precedente anterior para dar solução a um caso concreto, como ocorre, por exemplo com a decisão que aplica “súmula vinculante” do STF ou decisão de tribunal (relator) que, monocraticamente, dá provimento a recurso interposto contra decisão que confrontara súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de tribunal superior (art. 557, §1º - A, CPC). É criativo, por exemplo, o precedente em que o magistrado precisa suprimir uma lacuna legislativa, ou ainda quando se depara com cláusulas gerais, que lhe permitem agir discricionariamente na solução a ser dada ao caso concreto (p. ex., art. 1109, CPC). O fato de ser declarativo o precedente não descaracteriza a criatividade judicial. Ainda que haja norma jurídica pré-existente, ao magistrado cabe, como se viu, (...), analisar cada caso concreto à luz da Constituição e dos direitos fundamentais, criando a partir daí, a norma jurídica individualizada que servirá de fundamento para sua decisão.

Pelas razões explanadas na parte final do entendimento doutrinário acima colacionado, entende-se razoável a compreensão de que aos precedentes judiciais deve-se dar uma característica constitutiva de norma jurídica, pois até mesmo quando o precedente judicial basear-se em outro antecedente em sua completude, este raciocínio decorrerá de uma cognição analógica realizada pelo julgador, trilhando, nesta tarefa, um caminho hermenêutico constitutivo da própria aplicação do precedente anterior ao caso presente.

Traduz-se como justo afirmar que o precedente judicial tem efeitos constitutivos, ainda que se argumente que o sistema jurídico é pleno – o que não se questiona, pois, por definição, nele não de serem encontradas as soluções para todas as questões jurídicas surgidas –, o que não implica em aceitar a idéia de que ele, desde a sua fundação, seja pronto e acabado. Deve-se entender que o mesmo é aberto e dialoga com as alterações sociais, ponto este que será melhor explanado em capítulo dedicado à nova conformação hermenêutica do Direito.

Após traçadas linhas de contorno do que sejam os precedentes judiciais *lato sensu*, tratar-se-á sobre a evolução histórica dos precedentes judiciais seja no direito comparado como também do ordenamento jurídico brasileiro.

1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Para melhor compreender a importância que se vem dando, em tempos correntes, aos precedentes judiciais *lato sensu* no ordenamento brasileiro e os reflexos daí decorrentes, torna-se imperioso rememorar alguns pontos caracterizadores dos dois grandes sistemas jurídicos do mundo ocidental – *civil law e common law*⁶ -, suas peculiaridades e, em especial, qual o papel dos precedentes judiciais em cada um deles, bem como qual a posição do ordenamento brasileiro nesta sistemática.

Para a doutrina clássica, a primeira – e mais importante – característica atribuída ao sistema jurídico anglo-americano é a sua natureza prática sendo, por isso, conhecido como o direito dos processualistas. Outro ponto curial desse sistema, que o diferencia do sistema romano-germânico, reside no fato de ser o direito inglês de base amplamente jurisprudencial, o que não quer dizer que não haja texto jurídico legislado – *statute law* –; este há, mas é algo secundário em face do primeiro.

Ainda numa visão tradicional da divisão existente entre as duas famílias, diversamente do sistema romano-germânico, os fundamentos jurídicos para solução de uma demanda – norma jurídica abstrata –, na *common law* ultrapassam os limites da lide entre as partes, constituindo fonte básica de criação do Direito. Assim, os denominados *precedents*, no Direito inglês e o *stare decisis*, nos Estados Unidos, impõem aos magistrados regras de direito destacadas em outras decisões⁷.

Para que se possa perceber a força que é dada aos precedentes no sistema jurídico *common law*, o presente estudo valeu-se, das palavras colacionadas, em nota de rodapé, por Lênio Luiz Streck (1998, p. 59) do juiz da Suprema Corte Americana, Benjamin Cardozo:

(...) atrás dos precedentes encontram as bases das concepções jurídicas, postulados do pensamento judicial, e ainda mais atrás estão os hábitos de vida, das instituições das sociedades, que são a origem daquelas concepções e que, por um processo de

⁶ Com efeito, dado o objetivo deste trabalho, a despeito de ser o tema de grande deleite intelectual, não poderemos nos aprofundar no estudo destas famílias jurídicas. Sobre distinções e similitudes ver Lênio Luiz Streck (1998, p. 37 e segs.).

⁷ Conforme lição do professor Lênio Luiz Streck (1998), nos Estados Unidos a regra do *stare decisis*, dada a existência de um sistema federativo não funciona com o mesmo rigor que os *precedents* no Direito Inglês. Assim, nos Estados Unidos, a Suprema Corte e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados as suas próprias decisões e podem desviar-se de sua jurisprudência. Vale ressaltar, ainda, que com a regra dos *stare decisis* e a soberania dos Estados americanos, os tribunais destes só se vinculam às matérias do domínio de competência dos Estados federados.

ação recíproca, são, por sua vez, modificados por elas. Não obstante, em um sistema altamente desenvolvido como o nosso, o campo já está de tal modo coberto de precedentes, que eles constituem o ponto de partida do trabalho do juiz.

Seguindo os caminhos de uma doutrina mais tradicional, pode-se afirmar que o sistema romano-germânico – *civil law* – também denominado de sistema de Direito continental, tem como embasamento teórico o primado da lei, sendo esta considerada a fonte primordial⁸ a ser buscada quando da solução dos conflitos.

Em tempos correntes, entretanto, já se sabe que nos países de família romano-germânica o Direito não somente é produto do processo legislativo, sendo seu produto final resultante da imbricação com o trabalho hermenêutico-concretizador dos juízes e tribunais. Torna-se imperioso ressaltar que, para a doutrina clássica, a decisão do juiz/tribunal na aplicação do direito deveria *sempre* estar em consonância com exposto pela norma jurídica – norma jurídica aqui definida no sentido de texto-jurídico –, seja ela norma-lei ou norma-princípio, ou seja, a norma jurídica individualizada sempre deveria estar em consonância com o texto jurídico que lhe serve como fonte, ainda que trata-se de princípio jurídico que, para tanto, deveria ser expresso.

Neste sentido, ante tal perspectiva hermenêutica, não é demais afirmar que entende-se como desvio qualquer decisão proferida no sistema jurídico da *civil law* que se suporte apenas em julgados anteriores, ou seja, decisões derivadas do raciocínio analógico, próprio da técnica de aplicação dos precedentes judiciais.

Vê-se, pois, que para a doutrina clássica o elemento diferenciador dos sistemas jurídicos anteriormente apresentados, reside, em sua grande maioria, na importância que se atribui aos julgados, bem assim como estes são utilizados dentro do sistema. No sistema romano-germânico, ao qual se filia o ordenamento brasileiro, a jurisprudência não possui – ou não deveria possuir – eficácia normativa/vinculante, ou seja, inexistiria nos ordenamentos dos países de *civil law* algo semelhante à regra do *stare decisis*.

Ver-se-á, adiante, contudo, que a aplicação da regra do *stare decisis* não é algo tão distante, como poderia-se imaginar, no ordenamento pátrio, ao revés, permeia todo o sistema, ganhando espaço cada vez mais dentro da engrenagem jurídica brasileira.

Consoante, inclusive, lição de Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 281):

⁸ Já está consolidado que a soberania da lei não passa de uma ficção, mormente ao se levar em conta a nova corrente do pós-positivismo que conduziu os princípios/valores ao centro do sistema jurídico, dotando-os de eficácia e fonte imediata do Direito.

No Brasil, o estudo da teoria do precedente judicial obrigatório (teoria do *binding precedent* ou teoria do *stare decisis*) tem sido, certamente por nossa filiação à tradição do *civil law* (tradição romano-germânica), indevidamente, relegado a segundo plano.

A crise de efetividade pela qual passa o Poder Judiciário e as inúmeras tentativas do legislador brasileiro em reparar esta mácula, somada à questão da insegurança jurídica, que ganha foros de dramaticidade em sociedade judicializada e da ofensa ao princípio da isonomia, entretanto, alçaram a questão dos precedentes judiciais à pauta do dia.

Retomando o raciocínio acima, já resta assente que para a doutrina clássica, os pontos caracterizadores/diferenciadores das duas grandes *famílias* jurídicas do Direito Ocidental, residem na importância e nos efeitos jurídicos atribuídos aos julgados proferidos nestes ordenamentos.

Assim sendo, ainda que se pudesse concordar com a doutrina tradicional, ou seja, que a regra do *stare decisis* somente se aplica a *common law*, é preciso aduzir que nem sempre foi assim, daí porque faz-se necessária uma abordagem histórica da construção da família do *common law* que, ao final, será útil à proposta que abaixo será apresentada.

Ensina José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 151) que “o período entre o ano de 1066 até o início da dinastia Tudor, em 1485, é caracterizado como a época de formação da *common law*, ou seja, quando se firma um novo sistema jurídico frente aos costumes locais”. As decisões judiciais, do rei e dos juízes, que continham o comando a seguir em um caso determinado, iam sendo catalogadas, ao longo dos anos, nos *statute books*, de modo que tais coletâneas passaram a guardar os costumes da corte.

Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 153) aduz que:

É interessante notar que na obra dos primeiros comentadores da *common law* já se manifesta preocupação com o problema dos julgamentos contraditórios. Toda essa ideologia que marcou o início de formação da *common law* favorecia a que, cada vez mais, os operadores do direito – juízes e advogados – invocassem os precedentes judiciais.

Sucedo, entretanto, que não havia, naquela época, regra jurídica ou comando costumeiro que impusesse efeito vinculante ao precedente. Contudo, com frequência, os juízes ressaltavam a relevância dos julgados como sendo os melhores intérpretes da lei, bem como que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao Direito. Criam-se, neste momento, os *Year Books* como repositórios de doutrina judicial, consistindo, em instrumento facilitador da busca pelos precedentes judiciais.

Em meados do século XVI, seguindo uma natural evolução, o estilo dessas compilações foi substituído pelos *Law Reports*, em formato muito próximo aos repertórios de época moderna, com a transcrição textual do caso e do respectivo julgamento. É evidente que esse novo método possibilitava maior precisão no estudo e manuseio das anteriores decisões à guisa de precedentes.

Aduza-se, por oportuno, que até o século XVIII os mencionados *Law Reports* eram coletâneas particulares e, portanto, assegurava-se aos juízes ampla discricionariedade em acolher ou não um determinado precedente judicial. Na verdade, os precedentes serviam para iluminar os princípios e para conferir-lhes estável certeza.

É, então, na Inglaterra, a partir das primeiras décadas do século XIX, que vem reconhecida a eficácia vinculante do precedente judicial. Neste momento histórico, especificamente no julgamento que assentou a denominada *doctrine of binding precedent* caso este conhecido como *London Tramways Company v. London County Council*, a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito vinculante do precedente para o próprio órgão julgador, como também estendeu a sua eficácia vinculativa para todos os órgãos de menor hierarquia.

Nos Estados Unidos da América, giza José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 165), “a estrutura constitucional assentada no federalismo e na rígida divisão de poderes acarretou ao ordenamento jurídico dos Estados Unidos profundos contrastes em relação ao direito inglês”.

O primeiro *Law Report* americano foi publicado em *Conecticut*, em 1789. Não demorou muito para que vários Estados regulamentassem a edição de coleções oficiais. Em outros, os próprios juízes das *Courts of Appeals* providenciavam a seleção e publicação por sua própria iniciativa.

Em solo brasileiro, foi somente a partir do Regulamento 737, de 1850, que o nosso sistema jurídico passou a ter leis próprias em matéria de organização judiciária e de processo civil. Da análise de tais normas é possível perceber que não havia qualquer texto legal que dispusesse sobre a dinâmica e o valor dos precedentes judiciais para suprir eventuais lacunas da lei e, muito menos, para prevenir divergência em casos considerados como semelhantes.

Ainda, não se pode olvidar que, como não podíamos contar com um acervo jurisprudencial próprio, os assentos preexistentes, em Portugal e no Brasil, foram todos implantados no novel ordenamento jurídico pátrio, com força de lei, pelo Decreto 2.684, de 23 de outubro de 1875. Assim sendo, o regime anterior dos assentos portugueses, em que estes eram revestidos de eficácia vinculante, perduraria até o advento da República, momento em que “se arrebitou”,

por todo o corpo ideológico trazido com a proclamação da República, com esta técnica de aplicação do direito.

A doutrina mais abalizada, por sua vez, tinha consciência da relevância dos precedentes judiciais como subsídio útil à interpretação da legislação.

Com a instalação do Supremo Tribunal Federal, em 1891, seguiu-se o modelo vigente nos Estados Unidos da América, pelo qual, dentre outras hipóteses, cabia recurso extraordinário contra acórdãos de tribunais estaduais, quando ocorresse a divergência de interpretação de lei federal. A finalidade era exercer o controle sobre a distribuição de justiça pelos órgãos jurisdicionais inferiores.

Não obstante, na tentativa de uniformizar a interpretação e aplicação do Direito pátrio, o Decreto 16.273 de 20 de dezembro de 1923, criara o mecanismo de prejudgado, restrito à Corte de Apelação do então Distrito Federal, pelo qual a decisão da *questio iuris* controvertida, no âmbito de órgãos fracionários do tribunal, era submetida à apreciação de todos os integrantes daquele, reunidos em plenário.

Em plena época da dualidade processual, em que aos Estados era dada a possibilidade de legislar sobre Direito Processual, o Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo também acolheu o mecanismo de aplicação do prejudgado. A determinação seguia o sentido de que o prejudgado seria norma aconselhável para os casos futuros, salvo relevantes motivos de direito, que justifiquem a mudança de rumos.

No momento em que se restabeleceu a hegemonia da União para legislar, com exclusividade, em matéria processual, o Código de Processo Civil de 1939 conservou, especificamente no art. 861, o instituto do prejudgado, com o mesmo escopo de uniformizar a jurisprudência dos tribunais pátrios e assim evitar julgados distintos, priorizando a idéia inabalável de busca de segurança jurídica, própria de seu momento histórico.

Neste caminho histórico, frise-se que, com o advento da Emenda Constitucional de 28 de agosto de 1963, abriu-se a possibilidade para que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal instituísse as denominadas súmulas da jurisprudência dominante, ou, melhor dizendo, instituísse uma súmula em que nesta deveriam ser plasmados os enunciados advindos da jurisprudência dominante da casa.

Copiando o Supremo Tribunal Federal, essas súmulas passaram a ser editadas por outros tribunais. Ressalte-se que nenhuma dessas súmulas ostentava eficácia de precedente judicial vinculante, mas, tão-somente, eram consideradas como um parâmetro de julgamento relevante

com considerável influência persuasiva sobre os julgados futuros a serem proferidos em cada Órgão Jurisdicional.

Ressalte-se, ainda, que o anteprojeto do Código de Processo Civil em vigor disciplinava, nos arts. 516 a 520, um procedimento de uniformização de jurisprudência, perante o Supremo Tribunal Federal, que se encerrava com a edição de assento. O art. 518 do anteprojeto do Código de Processo Civil dispunha que as súmulas teriam força de lei em todo o território nacional.

Sucedo, entretanto, que durante o desenrolar do processo legislativo para aprovação do novo código processual brasileiro esta orientação foi integralmente modificada, não tendo sido contemplada na versão definitiva do código Buzaid, visto que o instituto regrado nos arts. 476 a 479 tem por escopo precípua o de produzir precedente de uniformização da interpretação e aplicação do direito, embora despido de eficácia vinculante *inter alios*.

Conforme lição de Lênio Luiz Streck (1998), o efeito vinculante dado aos precedentes judiciais retorna ao ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Emenda Constitucional nº. 3, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade cujas decisões têm caráter vinculante e obrigatório para todos os demais órgãos dos poderes da república. É dizer, até o advento desta norma constitucional, não havia qualquer dispositivo legal-constitucional, com exceção dos regimentos internos dos tribunais superiores e dos Tribunais de Justiça dos Estados, que apontassem, expressamente, na direção de que as decisões judiciárias pudessem ter efeito vinculante.

Consoante Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 178):

Com a Emenda Constitucional nº 3/93, introduziu-se no sistema de controle concentrado, a ação declaratória de constitucionalidade, prevendo-se expressamente, que as decisões nela proferidas produziram eficácia contra todos e efeitos vinculantes com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Esta última disposição, por sua vez, levou à pacificação da discussão sobre a conferência de efeitos vinculantes à própria ação direta de inconstitucionalidade, sob a alegação de que esta última e a aquela constituiriam a mesma ação “com o sinal trocado”.

A partir daí, um pacote legislativo, composto, tanto por emenda constitucional - reforma do Judiciário – quanto por legislação infraconstitucional, regulamentando em grande parte as novas normas constitucionais, vem depositando no ordenamento pátrio – alterando, profundamente o perfil deste – institutos que, mais que o efeito vinculante – ainda que nem todos possuam efeito vinculante apontado expressamente –, exercem uma controlabilidade

difusa, própria sua força normativa, sobre a comunidade jurídica brasileira, buscando, assim, o respeito aos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Para exemplificar o que fora mencionado acima, ressalta-se que com o advento do art. 38 da lei 8.038/90 o relator do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal passou a poder, de plano, fulminar recurso se a matéria nele versada estivesse em contrariedade ao constante em súmula elaborada por aquelas cortes. Viu-se, portanto, na tentativa de esvaziamento de prateleiras das mais altas cortes, a criação de um instituto que limitava o acesso àqueles tribunais, vez que em uma segunda análise de admissibilidade e em um singular exame de mérito fora atribuído ao relator o poder de fulminar tais recursos discordantes.

Em 1998, a lei 9.756 modificou a redação do art. 557 da norma adjetiva pátria e ampliou a faculdade conferida aos relatores dos órgãos jurisdicionais máximos do país para inadmitir recursos se contrários aos enunciados de suas súmulas. Estendeu, pois, a referida lei, tal faculdade a todos os relatores dos tribunais do país, acrescentando, ainda, na parte final do citado artigo, prescindir, o posicionamento jurisprudencial que respalda o ato do relator, estar consolidado em enunciado das súmulas do STF ou do STJ ou, até mesmo, da súmula do respectivo tribunal, bastando, para tanto, a ocorrência de um entendimento jurisprudencial sobre a respectiva matéria.

No ano seguinte, a lei 9868/99 que regulamentou o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade seguiu a premissa de conceder efeito vinculante nas hipóteses de controle de constitucionalidade, inclusive no caso de interpretação conforme a Constituição e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. No mesmo ano, a lei 9882/99 que disciplinou a ADPF, concedeu a esta técnica de controle abstrato de constitucionalidade a eficácia vinculante das decisões advindas de seu processamento.

Passados mais de seis anos, o poder público, em resposta à crise do Poder Judiciário, publica a emenda constitucional de nº. 45/2004, que ficou conhecida como a reforma do Poder Judiciário. Dentre as diversas inovações advindas com a publicação da referida emenda uma chamou a atenção por ter sido alçada a instituto salvador do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja a possibilidade de se editar súmula de caráter vinculante pelo STF⁹, que, como ver-

⁹ Para Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 179): “a recém-criada súmula vinculante, fruto da Emenda Constitucional 45/04, aparece como mais um capítulo de uma jurisdição constitucional que tem se dirigido à

se-á a seguir, era somente a ponta do *iceberg*, no quesito de dotar alguns precedentes judiciais de eficácia vinculante e força normativa.

Enfim, entre as principais modificações, advindas com as referidas reformas, encontram-se: a implantação dos institutos da súmula vinculante; da súmula impeditiva de recurso; do precedente impeditivo de instância ou improcedência *prima facie*; do efeito *erga omnes* das decisões no controle difuso de constitucionalidade¹⁰ e transcendência dos motivos determinantes; o julgamento monocrático de recursos pelo relator; possibilidade de julgamento em bloco de Recurso Extraordinário e Recurso Especial; o instituto da repercussão geral; dentre outros.

Atentos aos fatos anteriormente narrados Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 19-20) assim aduzem:

Expedientes de compatibilização vertical das decisões judiciais já de algum tempo vêm sendo introduzidos no direito brasileiro. Assim é que se possibilita ao relator nos juízos colegiados, negar seguimento a recurso “em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou Tribunal Superior (art. 557, *caput*, do CPC), assim como se lhe consente, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com “súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” dar provimento ao respectivo recurso (art. 557, § 1º-A, do CPC). Nosso Código de Processo Civil refere que “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal” (art. 518, §1.º, do CPC). Em nosso sistema, ainda, possibilita-se o julgamento liminar de improcedência em processos com casos idênticos, desde que no juízo já se tenha decidido a mesma controvérsia observando-se a forma ordinária (art. 285-A do CPC). Nossa Constituição consente, ademais, ao Supremo Tribunal Federal editar súmulas vinculantes em matéria constitucional (art. 103-A).

Esse panorama histórico serviu para perceber que a doutrina do *binding precedent* e do *stare decisis* não é conseqüência imediata da família da *common law*, mas, sim, uma característica atribuída aos julgados no intuito de prestigiar-se a segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade, trata-se, pois, de conceito jurídico-positivo. Nesta premissa, a aplicabilidade ou não da regra do *stare decisis* em um ordenamento não possui como pressuposto a sua filiação a esta ou àquela família do Direito ocidental.

De igual maneira, já é possível verificar a ausência de razões para os fundamentos da doutrina clássica que não vislumbra possibilidade de precedentes judiciais com efeito vinculante em um ordenamento jurídico filiado ao sistema romano-germânico.

construção de um sistema de precedentes judiciais com caráter normativo, a despeito da adoção pelo Brasil do modelo de direito estatutário.”

¹⁰ Como sabido, a referida característica fora concedida ao controle direto/abstrato de constitucionalidade, exercido por meio de ADC, ADIN, ADIN-Omissão e ADPF.

1.4 INTRODUÇÃO AO VOCABULÁRIO DOS PRECEDENTES.

Como dito linhas acima, o tema apresentado neste trabalho que, grosso modo, pode ser compreendido como um efeito, dentre os variados, da recolocação dos precedentes judiciais na dinâmica do sistema jurídico brasileiro, consta na pauta do dia dos operadores do Direito.

Sucedee, todavia, que essa concentração de olhares nos precedentes judiciais no ordenamento pátrio trata-se de mudança recente e, portanto, ainda não muito trabalhada pelos doutrinadores como, de fato, deveria sê-lo¹¹.

Sobre o tema não se calou Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 141) ao perceber que:

A importância dos precedentes judiciais na elaboração e desenvolvimento do direito tem crescido sobremaneira nas últimas décadas no sistema jurídico pátrio. Paulatinamente, parte da doutrina nacional já tem caminhado para o reconhecimento da jurisprudência como uma verdadeira fonte formal do nosso sistema legal. A legislatura também tem caminhado na direção do fortalecimento da jurisprudência através de várias alterações legislativas no campo processual, que passaram a reconhecer a adequação ao entendimento sumulado ou à jurisprudência dominante dos tribunais superiores, como um verdadeiro pressuposto processual para os recursos dirigidos aos tribunais.

Pensando nisso e ciente de que para alguns faz-se imprescindível, preliminarmente, uma maior aproximação com o tema, bem assim visando, inclusive, A partir daí, conceder maior suporte intelectual para a crítica do presente estudo, busca-se, nas linhas que se seguem, uma breve apresentação, para que não se perca o foco do trabalho, do vocabulário próprio desta seara jurídica¹².

Aduz Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 180), ao tratar do sistema de aplicação dos precedentes:

De acordo com tal sistema, a parte, ao buscar um precedente aplicável à ação a ser julgada, precisa, primeiramente, identificar os fatos relevantes do caso concreto e, então, a questão legal que será decidida pela Corte em sua apreciação. Em seguida a parte buscará um precedente que trata das mesmas questões de direito e no qual se constate, ainda, que a discussão sobre tais questões de direito se baseou

¹¹ Neste contexto, aduz Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 179) que há de se indagar: “quais as modificações e os novos métodos que a inserção e a ampliação dos efeitos vinculantes das decisões judiciais produzem (ou produzirão) na hermenêutica constitucional? A atribuição de tais efeitos aos precedentes interfere na forma de se pensar o direito ou na forma de argumentação e de fundamentação das decisões judiciais? Como se extraem legitimamente as regras vinculantes de um precedente? Como se identificam ou se diferenciam os precedentes, de modo a atrair ou afastar a aplicação de decisões anteriores? Como se dá a superação/revogação de um precedente?”

¹² Enuncia Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 203) que: “o trabalho com precedentes vinculantes demanda o desenvolvimento de uma doutrina específica, que organize as ferramentas necessárias ao empreendimento de uma raciocínio analógico, pelo qual se efetuará o confronto de peculiaridades do caso antecedente com as peculiaridades do caso em exame, de modo a se decidir pela aplicação (ou não) da regra oriunda do primeiro ao segundo.”

essencialmente na mesma situação de fato relevante para a decisão do caso concreto sob exame, hipótese em que o precedente e o caso concreto a ser decidido serão considerados como análogos e, por conseguinte, em que estará justificada a aplicação do precedente como vinculante. Tal raciocínio analógico, por sua vez, apóia-se em alguns conceitos essenciais – os conceitos de *holding*, *rationale* e *obiter dictum*.

Neste diapasão, para que a compreensão da teoria do efeito vinculante dos precedentes judiciais e, portanto, para que uma racional e democrática incorporação da doutrina do *stare decisis* seja implementada no Brasil, faz-se imperioso apresentar alguns dos elementos formadores de uma decisão judicial pretérita – precedente *lato sensu* -, bem como diversos institutos jurídicos relativos ao tema, notadamente suas técnicas de aplicação, interpretação e superação.

Não se pode, pois, partir para um estudo do efeito vinculante dos precedentes judiciais sem ter bem assentados alguns significados, tais como os significados de *ratio decidendi*, ou *holding* como preferem os norte-americanos, *obiter dictum* (*obiter dicta*, plural), e identificá-los no precedente apontado. Não se pode olvidar, ainda, dos elementos que influenciam diretamente na dinâmica do efeito vinculante. São elas: as possibilidades de aplicação do *distinguishing*; decisão *per incuriam*; *overruling*; *overrinding*; *prospective overruling* e *retrospective overruling* para poder, devidamente, aplicar ou deixar de aplicar a norma abstrata do caso precedente no julgamento do segundo caso, que parte deve deixar se aplicada, ou mesmo, quando deixar de aplicar o primeiro no julgamento do segundo, dentre outras que serão estudadas nas linhas que se seguem.

Como observou-se, linhas acima, quando fala-se, neste trabalho, em precedente judicial, deve-se ter em conta a acepção da palavra em seu sentido mais amplo, ou seja, precedente judicial entendido como toda decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cuja tese jurídica – norma jurídica abstrata – extraída de sua fundamentação possa servir como norte para julgamento posterior de casos análogos.

Tais decisões – todas elas, portanto -, aptas a transformarem-se em precedentes judiciais *lato sensu*, consoante afirmam Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 382), são revestidas de uma pluralidade, pois:

Ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto de sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo, Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise.

Assim, ao afirmar-se que um precedente judicial produz uma norma jurídica de caráter geral, pode-se dizer que toda decisão judicial possui um elemento de autoridade para as demais

demandas similares àquela. Este elemento de autoridade estaria na tese jurídica – interpretação do sistema jurídico – a que se chega quando do julgamento de uma demanda.

Essa tese jurídica, essa norma jurídica abstrata, elemento constitutivo e, portanto, presente em toda decisão é denominada de *holding* ou *ratio decidendi*.

Neste sentido, afirma Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 224 -225) que:

O *holding* do caso vinculante é, na verdade, um princípio mais abstrato, geral e amplo, extraído da fundamentação da sentença que, a exemplo de uma norma legislada, se dirige de um lado a todos os membros da coletividade como uma pauta geral de conduta a ser observada, e de outro, se refere a um grupo ou coletividade de fatos e circunstâncias dos quais, os fatos do caso vinculante representam apenas uma individualização (...). Com efeito, em se admitindo que o efeito vinculante, dada a generalidade do *holding*, abrange não apenas a parte dispositiva do julgado, mas igualmente os fundamentos determinantes da decisão, força é reconhecer que, para além da solução para o caso concreto, a decisão vinculante contém assertivas gerais e abstratas, apontando para o dever de observância por parte de outros atores jurídicos distintos daqueles envolvidos na questão decidida, de considerar que, na mesma circunstância, conduta semelhante é permitida ou proibida.

A autoridade do precedente reside, pois, na norma jurídica abstrata localizada na fundamentação/motivação da decisão e não na norma jurídica concreta encontrada na parte dispositiva da desta. A autoridade desta advém da autoridade própria da coisa julgada, mas não do efeito vinculante do precedente judicial.

Assim, conforme lição de Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 125):

Embora comumente se diga que a doutrina do *stare decisis* (ou do precedente obrigatório) significa que as cortes devem seguir o precedente existente quanto ao caso em julgamento na verdade, o que as cortes estão obrigadas a seguir, é a *ratio decidendi* deste precedente.

Na lição de José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12) “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”

Do pouco que fora explanado, já pode-se notar a imperiosidade, para o estudo da teoria dos precedentes judiciais, de se saber o conceito de *ratio decidendi*. Assim sendo, então, o que seria a *ratio decidendi*?

Importante conceituação nos fornece Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 182):

Preliminarmente, impende esclarecer que as expressões *holding* e *ratio decidendi* se referem ao mesmo elemento da decisão judicial. Em outro dizer, são expressões sinônimas. A primeira delas é própria do direito norte-americano, enquanto que a segunda, do direito inglês. Quando se tem em vista a específica decisão proferida no caso concreto, o *holding* nada mais é do que a opinião da corte sobre a questão de direito que lhe é posta para análise. Em termos descritivos, a *ratio decidendi* implica simplesmente na explanação da justificação da corte para a sua decisão baseada em uma análise sociológica, histórica ou até mesmo psicológica. O resultado dessa

análise é considerado verdadeiro ou falso como uma questão de fato. Em termos prescritivos, a *ratio decidendi* se refere ao julgamento normativo, ou seja, uma questão de direito. Neste último sentido, portanto, o *holding* é o princípio jurídico que o Tribunal estabeleceu para decidir aquele específico caso. Assim, a *ratio decidendi*, é uma regra expressa ou implicitamente prolatada por um juiz que é suficiente para resolver uma questão de direito colocada em discussão pelos argumentos da partes em um caso, sendo uma questão sobre a qual uma regra era necessária para justificar a decisão no caso.

Para Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 126) a *ratio decidendi* seria “a regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de Direito do caso”.

Ensina José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 175) que a *ratio decidendi* “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*”.

Nos dizeres de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 382), “*ratio decidendi* seria a tese jurídica consubstanciada em uma norma jurídica abstrata que em todo caso concreto o magistrado termina por criar”.

Sem olvidar do conceito trazido por Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 180), esta, respaldada pela doutrina norte-americana, aduz ser o *holding* “a norma extraída do caso concreto, que vincula os tribunais inferiores, o princípio jurídico que o tribunal estabeleceu para decidir; a regra necessária à solução do caso”.

Enfim, Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 183) aduz que: “A concreta decisão é vinculante para as partes, mas é a abstrata *ratio decidendi* que sozinha possui força de lei com relação ao resto do mundo.”

Vê-se, pois, que a *ratio decidendi* é elemento constitutivo, formador de um precedente judicial. A verificação de sua ausência ou de sua insuficiência – o que não é tão raro, notadamente nas decisões advindas dos sistemas do *civil law* – em um precedente judicial, implica, mesmo, em afirmar o impedimento de se utilizar aquela decisão defeituosa como precedente para decisões futuras.

Ensina Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 183) que:

A *rationale*, ou seja, a razão dada pela corte para adotar a norma que decide a lide, é essencial para a definição da própria norma e para a delimitação de sua generalidade. Assim não é possível determinar a regra vinculante sem recorrer à fundamentação do julgado

A fundamentação das decisões, ou como querem alguns, a motivação das decisões, é algo fundamental em um sistema jurídico que adota a doutrina do *stare decisis*, pois, como visto,

não é bem a decisão judicial contida no dispositivo do julgado do caso que é obrigatória, mas, sim, sua *ratio decidendi*, determinada através da cuidadosa análise da fundamentação dada pelo juiz ou tribunal. Há casos, todavia, em que é extremamente difícil identificar a *ratio decidendi*. São decisões com fundamentação insuficiente, ou mesmo inexistentes, sem uma tese jurídica clara, mesmo que implícita.

Sobre o tema tratou Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 181):

São dificuldades enfrentadas no trabalho como o conceito de *holding*: (a) a definição de quais são as formulações efetivamente imprescindíveis à decisão, a questão e absoluta relevância, uma vez que justamente tais formulações corresponderão ao enunciado vinculante para as demais cortes; (b) a determinação dos limites do *holding*, se abrangentes ou não da fundamentação; (c) a existência de diversas teorias sobre o seu conteúdo e a afirmação de diversos métodos para sua identificação; (d) a definição de regra vinculante de modo mais ou menos amplo.

Em ponto específico deste trabalho, questionar-se-á, se as qualidades das fundamentações das decisões em solo brasileiro estão sendo aptas para darem funcionalidade à teoria do *stare decisis* vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre esse ponto, também manifestaram igual preocupação Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 384).

Não bastasse a exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação de seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações.

Daí poder chegar-se, sem muita dificuldade, à conclusão de que o principal elemento constitutivo de um precedente reside na *ratio decidendi* da sentença^{13 14}. De igual maneira, pode-se afirmar que é este elemento e suas peculiaridades quem concedem a própria lógica da aplicação da teoria do *stare decisis*.

¹³ Sentença, aqui, utilizada como sinônimo de decisão judicial, como o faz o Código de Processo Civil em muitos de seus artigos.

¹⁴ Em tentativa de síntese do que seja o holding Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 185) aduz que: “(a) o *holding*, regra geral decorrente da decisão proferida no precedente e necessária à solução da demanda, é a parte da decisão à qual se atribuem efeitos vinculantes; (b) a identificação de tal regra depende de uma compreensão dos fatos considerados relevantes pelo tribunal vinculante, ou seja, dos *material facts*, e dos fundamentos, *rationale*, da decisão, razão pela qual alguns entendem que os próprios motivos necessários à solução do caso integram o *holding* e, portanto, também vinculam; (c) em verdade, nota-se que a fragmentação radical das partes de um julgado é artificial e não possibilita uma abordagem adequada do problema do conteúdo vinculante, sendo possível afirmar que há uma interação, em especial com a fundamentação, a extração da regra vinculante; (d) reconhecida a importância da *rationale* para identificação/conformação do holding, debate-se acerca de seus efeitos vinculantes, bem como da generalidade com que se virá a formular a regra emergente do precedente, a partir de sua compreensão; (e) *obiter dictum* ou considerações marginais, não necessárias à decisão, não possuem eficácia vinculante, podendo, contudo, possuir eficácia persuasiva, conforme o caso”.

Retomando a tarefa de apresentar os institutos jurídicos próprios à teoria dos precedentes, não se pode furtar, por razões lógicas, da análise sobre a questão de saber quais são as formulações efetivamente imprescindíveis à decisão, pois é a partir dessa análise que poderá conceber-se o próximo elemento constitutivo dos precedentes judiciais.

Nesta tarefa, Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 181) aduz que:

No que concerne à definição das proposições necessárias à decisão, esta dependerá de um exame dos fatos do caso concreto, da fundamentação e do que restou decidido. Em caso de dúvida, recorre-se ao seguinte método: destaca-se a formulação sobre cuja essencialidade se debate e procede-se à inversão de seu significado. Se disto decorrer uma alteração do resultado da decisão, será possível afirmar que tal formulação constitui preceito essencial à solução do caso. Do contrário, configurará mera consideração marginal não necessária à conclusão.

Dito isto, passa-se a análise de outro elemento constitutivo dos precedentes judiciais, qual seja, o *obiter dictum*.

Para Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 383):

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (prescindível para o deslinde da controvérsia). Normalmente é definido de forma negativa: é *obiter dictum* a proposição ou regra de Direito que não compuser a *ratio decidendi*. É apenas algo que faz constar “de passagem” não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão.

Nas palavras de Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 139-140):

Se uma proposição ou regra de Direito constante de um caso não faz parte de sua *ratio decidendi*, ela é, por definição, *dictum*, e, conseqüentemente, não obrigatória. Quanto à precisão terminológica, diz-se que *dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento do precedente, que, apesar de não ser *ratio decidendi*, tem considerável relação com a matéria do caso julgado e maior poder de persuasão. Em comparação, *obiter dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso e pouquíssimo persuasivo.

Assevera José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 177) que: “o *obiter dictum* seria a passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia.”

Como não poderia faltar, Celso de Albuquerque Silva (2005, p.184-185) apresenta a seguinte definição do que seja *obiter dictum*:

O conceito de *obiter dictum* ou simplesmente *dictum*, está firmemente ligado ao conceito de *holding*. De fato, o *dictum* corresponde exatamente à contraface do *holding* (...). Como visto, *holding* é a regra ou princípio enunciado pelo juiz em um determinado caso que era necessário para a resolução de uma questão. Assim, toda e qualquer regra elaborada pela corte que não era necessária para a solução da questão é considerada *dictum*. Considerando que as cortes podem criar regras de direito, mas com a limitação de que elas devem estar relacionadas com os fatos postos sob adjudicação, esse poder está confinado pelas necessidades das controvérsias que lhe

são submetidas para decisão. Qualquer pronunciamento que vá além da necessidade, não pode exercer autoridade obrigatória sobre casos futuros.

Os *dictum*, portanto, são aquelas considerações jurídicas elaboradas pelo Tribunal não relacionadas com o caso, embora as considerem desnecessárias para justificar a decisão proferida. São pronunciamentos que se afastam do princípio justificador daquela decisão. A partir do momento em que dele se afastam, o tribunal passa a falar “extrajudicialmente e nenhuma opinião que possa expressar é considerada vinculante”.

Deve-se deixar claro que uma *dictum* pode ter importante poder persuasivo sobre demandas futuras, mas jamais força vinculante. Sobre o tema, tratou Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 140-141):

Dicta podem ser de grande peso persuasivo, mas não podem, sob circunstância alguma, ser obrigatórias para qualquer corte. A afirmação mais cuidadosamente considerada e elaborada do Direito, apesar de feita por todos os cinco *Law Lords*, mas que é uma *dictum*, não pode obrigar nem mesmo o juiz de grau mais inferior do país. Tecnicamente, ele está livre para seguir seu próprio caminho. Na prática, é claro, as fortes decisões *obiter* das cortes superiores são seguidas e certamente receberão a maior atenção; mas nos termos precisos da teoria, elas não são obrigatórias.

Ao final, assevera Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 184):

Constitui *obiter dictum* qualquer manifestação do Tribunal não necessária à solução do caso concreto, a exemplo de considerações marginais efetuadas pela corte, argumentos lançados por um dos membros do colegiado e não acolhidos ou não apreciados pelo órgão, dissensos constantes de votos divergentes.

É dizer, se um Ministro do Supremo Tribunal Federal aduzir, em seu voto, razões marginais que, inclusive, o fizeram chegar à tese jurídica desenvolvida para o deslinde da demanda, tais razões não vinculam os demais julgadores, nem mesmo os magistrados de primeiro grau. Não se pode ter, entretanto, visão lúdica ao estudar-se a dinâmica da aplicação do Direito, de modo a permanecer atento, em muitos casos, às tais “passagens”, pois estas acabam por traduzirem orientações sinalizadoras de como o órgão pretende julgar casos futuros, daí a importância de sempre tê-las em conta na análise de um julgado¹⁵.

Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 178) ao tratar sobre os votos divergentes vencidos em julgamento e suas razões, que na decisão final passam a ter natureza de *dictum*,

¹⁵ Enriquecem o tema as palavras de José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 177-178) que assim aduz: “Se delineia possível entre os juízes ingleses, em particular, aos membros da *House of Lords*, emitirem *opinions* ou *speeches* individuais, e que são igualmente publicados nos *Law Reports*. Tal prática acarreta, com efeito, situações muitas vezes inusitadas e que convidam à reflexão. Pode ocorrer, por exemplo, que a corte esteja de acordo com a solução a ser dada em determinada causa, mas apresente divergência no legal *reasoning*, ou seja, na fundamentação jurídica. Qual seria o princípio vinculante do precedente? É certo que *reasons* unânimes dão vida a uma única *ratio decidendi*. No entanto, pontos de vista convergentes no dispositivo e discordantes da motivação, quando compatíveis em relação ao tema debatido, proporcionam ao intérprete a possibilidade de escolha por uma das duas posições, sendo até possível ser invocada *a posteriori*. Já a situação inversa, ou seja, quando a fundamentação divergente descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto, não vinculante no que concerne à solução dada ao caso. Nesta hipótese, as *opinions* podem até gozar de algum valor, dependendo do prestígio pessoal do juiz que a emitiu”.

assim aduziu: “Esses votos divergentes, em algumas situações também acabam destacando as fissuras da interpretação do paradigma consolidado e, de certo modo, sinalizam possível mudança na apreciação posterior de questão semelhante.”

Papel importante do *obiter dictum* é verificado por Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 184-185), ao afirmar que:

Tais manifestações não estão sujeitas à vinculação justamente porque a idéia do *judge made law* se centra na extração indutiva da regra vinculante a partir do caso concreto, e, se determinadas considerações constantes de uma decisão não são necessárias à solução da demanda, as mesmas não derivam do caso concreto, mas de formulações hipotéticas, cujas especificidades, no plano abstrato, o Judiciário não teria como ponderar, não lhe competindo tal atribuição; cabendo-lhe apenas decidir lides. O *obiter dictum* poderá ter alguma eficácia persuasiva, conforme o caso.

Sobre o tema, inclusive, manifestaram Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 27):

Este é um ponto de congruência entre os sistemas americano e alemão. Tanto num quanto noutro só irradiam efeitos vinculantes os motivos determinantes da decisão, isto é, a própria *ratio decidendi*. Questões ditas de passagem (*obiter dicta*) não têm força vinculante, como de resto também reconhece o nosso Supremo Tribunal Federal.

Antes, porém, de se seguir adiante, compete, apresentar interessante comentário da lavra dos autores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 385) que, tratando, ainda, dos elementos constitutivos do precedente judicial, assim aduziram:

Em uma decisão, o órgão judicial não indica expressamente, qual é a *ratio decidendi* – ressalvado a decisão que julga o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476-479 do CPC) ou o incidente de decretação de inconstitucionalidade (arts. 480-482 do CPC), que têm esse objetivo. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a norma legal (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta.

Assim também pontuou José Rogério Cruz e Tucci (2004, p.175):

Cumpre esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como *precedente*, extrair a “norma legal” (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir a situação concreta.

Como visto, compete ao operador do direito quando da análise dos precedentes judiciais, notadamente quando quiser valer-se destes e a norma jurídica abstrata dos mesmos não estiverem uniformizadas nos enunciados da súmula do órgão julgador prolator do precedente, ter o cuidado de saber diferenciar o que seja *ratio decidendi* do que seja *obiter dictum*, sob pena de invalidação de sua argumentação.

Assentes os institutos jurídicos constitutivos do precedente judicial, quais sejam, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, faz-se necessário tratar, no desiderato, ainda, de uma maior

aproximação e esclarecimento da teoria dos precedentes, da mecânica e das técnicas utilizadas na aplicação, ou não, dos precedentes.

Com esta visão, o primeiro instituto jurídico que se deve ter em conta quando da aplicação dos precedentes é o *distinguishing* ou a distinção.

Como visto alhures, um precedente pode ser seguido tanto por sua força persuasiva ou não obrigatória, como também pelo efeito vinculante de que, em alguns casos, são dotados os mesmos.

Ensina Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 142) que:

A própria doutrina do *stare decisis*, desenvolvida com o passar dos anos pela tradição do *common law*, prevê técnicas ou circunstâncias que, cuidadosamente analisadas, implicam a não aplicação do precedente, muito embora, à primeira vista, pareça ser ele de seguimento obrigatório.

Com efeito, dentro da dinâmica de aplicação ou não de um precedente a um caso futuro, a verificação de similitude entre as demandas relacionadas, ou seja, a confrontação de analogia entre os casos será sempre utilizada.

Dentro de um modelo de aplicação do precedente obrigatório, o magistrado deve, sempre, considerar, no seu julgamento, os precedentes proferidos em casos análogos ao que lhe é posto a julgar. Para identificar se há julgados passados com algum grau de semelhança com o caso atual, o magistrado deve analisar os elementos objetivos de ambas as demandas. Analisado-os, constatando a similitude dos casos, parte-se para a verificação da norma geral abstrata – *ratio decidendi* – do caso anterior. Em havendo analogia entre o caso concreto e o precedente paradigma, está obrigado o magistrado a aplicá-lo sob pena de cassação de sua decisão.

Sucedo, todavia, que, no confronto de um caso concreto atual com um precedente paradigma, pode o magistrado constatar uma dessemelhança entre os mesmos. Neste momento deve o julgador, valendo-se da técnica da *distinguishing*, afastar o precedente paradigma para ou proferir uma nova decisão ou confrontá-lo com novos precedentes.

Comungam neste pensamento Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 393), ao aduzirem que:

Notando, pois, o magistrado que há distinção (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores,

por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica que é aplicável (*ampliative distinguishing*).

O conceito de *distinguishing* para Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 247-248) traduz-se em:

A distinção, portanto, só ocorre quando a regra fixada no precedente coloca sob seu âmbito normativo o caso atual e, ainda assim, o juiz decide contrariamente àquela regra. O *distinguishing*, portanto, significa criar uma exceção à regra geral na medida em que, como o caso que atualmente se decide se encontra por ela abrangido, deveria ser, mas de fato não é por ela alcançado (...)

Na versão normativa moderada, a corte vinculada pode fazer distinções, temperando e flexibilizando a aplicação da regra firmada no caso vinculante nas seguintes hipóteses: a) quando houver concorrência com outras regras derivadas de outros precedentes vinculantes que não tenham sido revogados; b) quando a regra se baseou em um claro e inadvertido erro; c) quando a corte vinculada se defrontar diante de situações que claramente a corte vinculante não queria abranger quando fixou a regra; d) quando houver um desenvolvimento posterior do direito.

Como fora observado linhas acima, a técnica da distinção (*distinguishing*) consiste na confrontação e não aplicação dos elementos do caso posto em julgamento com os elementos do caso donde adveio um precedente judicial.

Esse é o entendimento de Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 186), ao afirmar que o *distinguishing*:

Corresponde à não aplicação de um precedente, a despeito de o caso concreto incluir-se no âmbito normativo de seu holding, basicamente ao argumento de que os fatos relevantes (*material facts*) ou a lógica da decisão, de sua fundamentação (*substantive rationale*), não são aplicáveis aos fatos específicos do caso a ser decidido, por suas peculiaridades¹⁶.

Antes de se passar para análise de outra técnica, contudo, é preciso analisar ponto importante que diz respeito ao caráter discricionário desta técnica. Como atividade intelectual que é, o processo de distinção abre margem ao exercício de certa discricionariedade pelo magistrado que irá se valer desta técnica. Neste momento, inclusive, pode aquele julgador, que é voto vencido de uma posição firmada de uma corte, tentar mascarar os fatos para fugir à regra do *stare decisis*.

Compartilha semelhante verificação Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 144-145), no momento em que aduz:

Às vezes (não é comum, pois os tribunais tendem a seguir os precedentes, mesmo os apenas persuasivos), um tribunal se empenha em distinguir os fatos do precedente e

¹⁶ Para Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 186) constituem hipóteses de *distinguishing*, exemplificativamente: “(a) o conflito com normas derivadas de outros precedentes vinculantes, ensejando limitação da aplicação do precedente anterior; (b) a existência de regra vinculante baseada em calor e inadvertido erro, ensejando a limitação da aplicação do precedente anterior; (c) o reconhecimento de situações que a corte vinculante claramente não queria abranger quando fixou a regra, igualmente ensejando limitação da aplicação do precedente anterior; (d) a constatação da existência no caso a ser decidido, de peculiaridades fáticas que justificam um tratamento diferenciado do problema”.

os do caso em julgamento, como única forma de afastar esse precedente, que considera injusto e incorreto, e que, de outra forma, estaria obrigado a aplicar. O poder de distinguir é importante – não se nega – como meio de dar flexibilidade ao sistema e de fazer justiça no caso concreto. Entretanto, não pode ser levado ao extremo, sobre tudo por assim ferir, com uma injustiça gritante, o princípio da isonomia. Sem falar que o uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que, com certeza, não é desejado.

Neste sentido, é necessário que o poder de distinguir seja relativizado quando a discricionariedade, nesta técnica verificada, ameaçar e desvirtuar a própria lógica da teoria dos precedentes. Dessa forma, compete aos próprios órgãos jurisdicionais, donde advierem os precedentes desrespeitados, atividade fiscalizadora intensa (*self restraint*), visando, assim, a funcionalidade do sistema jurídico.

Outro ponto de destaque na obra de Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 145) reside no fato de a dinâmica de aplicação dos precedentes ter em conta a cláusula do *rebus sic stantibus*. É dizer:

Deve-se dar a devida valoração às circunstâncias em que o caso precedente foi julgado. O juiz, apesar de reconhecer que, acerca do caso em julgamento, há decisão anterior, pode se afastar dela reconhecendo a alteração das circunstâncias que impõem uma decisão noutro sentido.

Não se confunde, entretanto, a chamada decisão *per incuriam*¹⁷, com a distinção inadvertida de uma precedente. Quando um órgão jurisdicional, ao julgar uma demanda que lhe foi submetida, desconhece um precedente obrigatório ou uma lei relacionada ao caso, não os aplicando tem-se, pois, uma decisão *per incuriam*. Assim, o ponto nevrálgico para que uma decisão seja considerada como decisão *per incuriam* reside justamente no desconhecimento, de modo a afirmar que caso o órgão julgador tivesse conhecimento do precedente, o aplicaria, concedendo ao caso outro deslinde.

Destaca-se, com Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 146), que:

É importante lembrar que somente o fato de um precedente obrigatório ou uma lei não terem sido referidos no julgamento, ou mesmo não terem sido discutidos totalmente, não basta para caracterizar uma decisão como *per incuriam*.

Sabe-se, e este tema será mais aprofundado em ponto específico do presente trabalho, que o Direito não é uma ciência estática, ao revés, tende a evoluir conjuntamente com as demandas impostas pela sociedade que o cria. De igual modo, ainda que um dos fundamentos da re colocação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro seja a

¹⁷ Para Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 146) A definição mais corriqueira de decisão *per incuriam* diz que uma decisão é assim considerada quando foi dada na ignorância de um precedente obrigatório ou de uma lei relativos ao caso.

estabilidade/segurança jurídica, os precedentes judiciais não têm a pretensão de tornarem-se comandos eternos.

Sobre o tema, assim manifestou-se José Rogério Cruz e Tucci (2004, 178-179):

Em princípio, como visto, todo precedente deve ser considerado nos julgamentos futuros de casos análogos. Todavia, a inexorável evolução do direito determinada pela dinâmica social dos países que se orientam pela *doctrine of binding precedent* permite que, em certas circunstâncias, venha oposta exceção à referida regra.

Observa-se, contudo, que nem sempre foi assim, como sustentado por Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 148-149):

Em tese, é possível ter-se um sistema baseado na premissa de que o precedente não pode, em hipótese alguma, deixar de ser aplicado. Até o ano de 1966, a *House of Lords*, formalmente renunciando ao poder de superar decisões anteriores, seguia estritamente essa visão da doutrina do *binding precedent*. Mas, nesse ano, a corte anunciou, em *Practice Statement*, que seus juízes (e, conseqüentemente a corte como um todo) poderiam se afastar de suas anteriores decisões quando assim achassem correto. (...). De fato e de Direito, a doutrina do *stare decisis* não exige obediência cega às decisões dos casos anteriores. Ela sugere – e com muita ênfase – que os juízes se abeberem da sabedoria do passado, mas permite, em muitos casos, que se afastem do que consideram incorreto.

Pois bem, sabe-se, então que os precedentes não são imutáveis. Mas, qual a técnica utilizada para a superação de um precedente?

Antes de responder a tal questionamento, é necessário esclarecer que a referida superação pode ocorrer de maneira a superar totalmente um precedente e, portanto, seu comando abstrato, bem como essa superação pode se dar de maneira parcial, mas, também, pode, nesta tarefa, o órgão que visa superar um precedente, modular os seus efeitos, de modo a que os mesmos possam incidir *ex tunc*, *ex nunc* e *pro-futuro*.

Com efeito, pode-se afirmar que as técnicas de superação dos precedentes são duas, quais sejam: o *overruling* e o *overrinding*.

Antes, porém, como saber se um precedente judicial não deve ser mais aplicado à qualquer caso e, portanto, superado?

Sobre o tema, tratou Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 150):

Avaliar a conveniência de revogar um precedente não é tarefa fácil. Várias questões devem ser sopesadas, sobretudo porque tal atitude implica uma forte contestação aos fundamentos do sistema do *binding precedent*. A incorreção, injustiça e inconveniência do precedente devem ser claramente constatadas, como também avaliado o “prejuízo” para a estabilidade e predicabilidade do sistema, que, sem dúvida, provoca, em maior ou menor grau, qualquer alteração do direito.

Rol extenso de razões, enumeradas por Lindel Prott, para a superação de um precedente, é apresentado por Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 263):

Argumentos para abandono da doutrina: 1) em regra, o precedente deve ser reputado errado; 2) o precedente causa uma óbvia injustiça; 3) o precedente não representa mais uma boa política pública; 4) circunstâncias se alteraram desde que o caso precedente foi decidido; 5) o parlamento legislou sobre o assunto e modificou o entendimento do tribunal sobre o tema; 6) o precedente se refere a uma questão mais abrangente; 7) é uma decisão recente; 8) é uma decisão antiga; 9) o precedente está impedindo o desenvolvimento do direito; 10) a regra fixada no precedente é mais processual do que substancial; 11) o precedente tem conduzido uma série de distinções muito detalhistas com o que aumentou a incerteza do direito; 12) o precedente é constitucional e a decisão não decorre de manifestação da corte superior; 13) a decisão decorreu de um claro erro ou está em conflito com outras decisões ou princípios já pacificados; 14) a composição da corte mudou; 15) a decisão foi posteriormente utilizada pelo Poder Legislativo para ameaçar o equilíbrio da Constituição.

As inúmeras razões acima transcritas, a despeito de traduzirem-se em boas premissas para não mais se aplicarem, são somente premissas, não sendo, pois, razões exaustivas para superação de um precedente. Assim, parece mais correto afirmar, sobretudo considerando-se a dinâmica do Direito, que as razões para superação de um precedente são cambiantes e somente poderão ser verificadas quando da análise do caso concreto.

Com efeito, a análise se tais razões serão mais ou menos corretas, suficientes ou não para a superação de um precedente, depende, umbilicalmente, da análise dos fatores postos ao alcance do julgador na demanda que lhe fora submetida.

De igual modo, Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 265), ao tratar o tema:

Como uma simples diferença de opinião quanto à justiça ou injustiça, correção ou incorreção da decisão precedente, em virtude do dever de deferência aos valores decorrentes do princípio da certeza jurídica, não pode ser razão suficientemente forte para que se ignore o progresso humano derivado da adoção de regras e se desconsidere o direito dos outros que derivam da observância uniforme dessas mesmas regras, o sentido da locução “razões suficientemente fortes”, só pode haurido através de uma casuística e cuidadosa ponderação entre as exigências derivadas na necessidade de adoção de boas políticas sociais e as demandas da segurança jurídica.

Ainda, vale pontuar que, não se deve encarar a superação de um precedente como algo pernicioso ao sistema jurídico, ou, como aduz Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 150), uma revolução. Ao revés, deve-se encarar como técnica inerente ao próprio sistema, traduzindo-se, em verdade, em válvula de oxigenação e, desse modo, técnica bastante cara – para não dizer imprescindível – ao mesmo.

Compartilha tal entendimento Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 267), ao afirmar que:

O direito se desenvolve pelo equilíbrio de uma dupla exigência, uma de ordem sistemática que demanda a elaboração de uma ordem jurídica consistente e outra de ordem pragmática, que implica na busca de soluções aceitáveis pelo meio social em que se inserem, porque conforme ao que lhe parece justo e razoável. Ocorre que o desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito não são causados unicamente pela descoberta e exclusão de erros do passado, mas também e, acréscito ainda, principalmente pela adoção de novos pontos de vista. A necessidade de repensar, de

reavaliar velhos valores para reajustá-los a condições mutáveis – tão vital em todas as áreas das atividades humanas – aplica-se igualmente ao direito.

Dentro de um sistema jurídico em que os precedentes judiciais possuem força normativa, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro, umas das formas de operacionalizar essa dialética é a técnica do *overruling* que, agora, passar-se a tratar.

Na tarefa de esclarecer o significado da técnica processual do *overruling*, utiliza-se das lições sucintas e claras de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 395): “*Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por um outro precedente”.

Tratando sobre a questão da superação dos precedentes, aduz Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 149) que: “Um dos mecanismos utilizados para tanto é denominado *overruling* (que, fazendo um paralelo com a lei em sentido estrito, pode ser traduzido como revogação de precedente)¹⁸.”

Já para Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 266-267):

O *overruling* nada mais é do que a uma decisão que cria (ou da qual emerge) uma regra que invalida outra regra anteriormente firmada, embora aparentemente pareça ser uma decisão radicalmente revolucionária, a mudança não é, no final das contas, totalmente revolucionária, pois é feita por oficiais dentro do sistema que têm autoridade para decidir casos de acordo com a razão.

Sucedo, contudo, que a superação da tese jurídica posta em um precedente, pode ser superada de modo parcial.

Para Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 396):

Há *overrinding* quando tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overrinding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.

Informa Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 297) que:

Na teoria, o *overrinding* nada mais seria do que um caso de revogação parcial de uma doutrina precedente geral, em virtude de uma norma especial superveniente que afastaria de forma ilimitada, através de uma distinção consistente, o âmbito de aplicação da doutrina vinculante. Nessa hipótese, a corte lida com um tipo de situação que não estava envolvida nos precedentes que estabeleceram a doutrina anterior e, assim, conclui que dado o desenvolvimento ulterior do ordenamento jurídico que justificava a doutrina anterior, a situação sob análise deve ser separada para um tratamento diferenciado sob a nova regra. Na prática, porém, quando a corte revoga parcialmente uma doutrina precedente, frequentemente lida com os mesmos tipos de situações que estavam envolvidas nos precedentes.

¹⁸ Esclarece Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 153): “É importante distinguir *overruling* e *reversal*. O segundo é algo bastante conhecido por nós brasileiros, sendo simplesmente a reforma de uma decisão de uma corte *a quo*, feita por uma corte *ad quem*, através de um recurso, dentro de um mesmo processo”.

Tais substituições, afirmam Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 395) podem ser:

(i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou (ii) tácita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última – trata-se de hipótese rara.

Parece mais correto, a se considerar o princípio da publicidade que norteia a forma dos atos públicos, que a melhor técnica processual exige que qualquer superação de precedente deva se dar de maneira explícita, sob pena de violação em, *ultima ratio*, do próprio princípio do devido processo legal em sua feição substancial.

Ademais, como observar-se-á nas linhas que se seguem, inúmeros são os problemas decorrentes da incorporação da regra do *stare decisis* em um ordenamento jurídico que se desenvolveu sob a égide do primado da lei. De modo que o apuramento técnico do sistema de concessão de efeito vinculante aos precedentes judiciais, como é o caso publicização da superação de um precedente, facilitará, sobremodo essa passagem pela qual passa o ordenamento jurídico pátrio.

No que concerne à motivação da superação de um precedente, importante lição nos traz José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 180-181) ao afirmar que:

Não obstante, o “abandono” do precedente, sobretudo, no ambiente de uma experiência jurídica dominada pelo *case law*, exige do órgão judicial uma carga de argumentação que supõe não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão, mas, ainda, justificação complementar. Essa imposição natural é geralmente esclarecida pelo denominado princípio da inércia, segundo o qual a orientação já adotada em várias oportunidades deve ser mantida no futuro (por ser presumivelmente correta, pelo desejo de coerência e pela força do hábito). Não pode, pois, ser desprezada sem uma motivação satisfatória.

Tal característica representa, ainda, uma técnica processual que privilegia o princípio da boa-fé objetiva que deve regular a participação dos sujeitos processuais na relação jurídica da qual são partes ou nela atuam.

Certo, pois, de que os precedentes podem, ou mesmo, devem, em prol da “saúde” do sistema, ser modificados e que a técnica utilizada para tanto é o *overruling* ou *overrinding* - a depender se o precedente será total ou parcialmente superado, respectivamente -, tais técnicas nem sempre produzem os efeitos dessa superação total ou parcial de igual maneira.

Por fim, aduz Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 303):

Em virtude do reconhecimento das cortes como fontes de produção normativa e da superação da visão clássica de que elas apenas descobrem o direito, foi possível afastar a visão de que qualquer modificação na doutrina vinculante representava um abrupto rompimento com a idéia pretérita sobre o que o direito significava, sendo o

abandono da doutrina reputado como uma revolucionária mudança de curso no presente com a finalidade de corrigir um erro cometido no passado, modelo no qual, tanto o *overruling* quanto o *overrinding* eram vistos como antitéticos a uma doutrina do efeito vinculante.

De outro lado, conforme enuncia Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 151):

Toda revogação requer que um preço seja pago: perda de estabilidade e confiança, dano à eficiência do sistema, redução na possibilidade de previsão. Uma corte deve analisar estes fatores para que possa traçar um equilíbrio entre perdas e ganhos a serem obtidos com a revogação.

Para minorar tais danos à eficiência do sistema, o órgão julgador pode valer-se de uma técnica de modulação dos efeitos da superação de precedentes, que é traduzido nas técnicas do *retrospective overruling*, *prospective overruling* e *overruling pro futuro*.

É dizer, o princípio da segurança jurídica e, em última instância, o princípio da igualdade, princípios este norteadores da adoção do efeito vinculante dos precedentes judiciais em um ordenamento jurídico, podem ser mitigados, sobremaneira, quando da ocorrência do *overruling*.

Eis a afirmação de Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 187-188), que corrobora o dizer pretérito:

O trabalho com tais idéias e com a decisão sobre a revogação ou não de precedentes se centra, no cotejo do acerto, desacerto, inconveniência ou obsolescência do precedente que se pretende revogar, portanto, de sua (in)congruência social e/ou de sua (in)consistência sistêmica, justamente com os dois valores principais que justificam a adoção de precedentes com efeitos vinculantes: (a) segurança jurídica/proteção da confiança dos cidadãos; e (b) isonomia. Isso porque, estabelecido um precedente, os jurisdicionados tomam diversas decisões (por exemplo, econômicas), com base no entendimento nele expressado, de modo que sua alteração pode gerar sérias repercussões e um grave sentimento de incerteza. Além disso, a modificação de um entendimento implica em conferir tratamento diferenciado e, por conseguinte, desigual, àqueles que ajuizarão suas demandas após tal evento, efeitos que o sistema de precedentes vinculantes não pode evitar, mas que, em certa medida, objetiva mitigar. Por tal razão, a superação de precedentes sempre levará em conta tais valores de segurança e isonomia, ponderando-os com aqueles que militam em favor da mudança.

Continua Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 189) aduzindo que:

Nas hipóteses, contudo, em que razões de segurança jurídica e/ou de isonomia desaconselham a revogação do precedente, há possibilidade de recurso a formas intermediárias de decisão, como técnica que possibilita otimizar a eficácia de todos os valores em tensão e impor sacrifício mínimo a cada um.

Com efeito, a regra do sistema, assim como ocorre nos casos de declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade é que a decisão possa surtir efeitos para todas as causas ainda não transitadas em julgado. Eis a hipótese do *retrospective overruling*.

Informa, neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 179) que ocorre a *retrospective overruling* “quando a revogação opera efeitos *ex tunc*, não permitindo que a anterior decisão,

então substituída, seja invocada como paradigma em casos pretéritos, que aguardam julgamento”.

Todavia, como dito acima, pode ocorrer que a superação de um precedente com efeitos retroativos possa gerar, no seio da comunidade, uma insegurança jurídica tal, que valores outros, inclusive, valores plasmados no texto constitucional, possam ser atingidos desproporcionalmente. Pensando nisso, a mesma lógica aplicada à modulação de efeitos na técnica do controle de constitucionalidade deve ser aplicada à técnica de superação de precedentes.

Tratando o tema Teori Albino Zavascki (2001, p. 49-50) aduz que:

Com efeito, não é nenhuma novidade, na rotina dos juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo*. Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedora de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e este é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima.

Neste passo, o órgão julgador pode, considerando os princípios da segurança jurídica, igualdade e o postulado da razoabilidade, modular os efeitos da superação de um precedente, visando, assim, evitar o caos social.

Essa técnica é conhecida como *prospective overruling*, que no dizer de José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 180) é:

Instituída pela Suprema Corte Americana, na qual o precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, isto é, somente em relação aos casos sucessivos, significando que a *ratio decidendi* substituída continua a ser emblemática, como precedente vinculante, aos fatos anteriormente ocorridos.

Tratando sobre a natureza da técnica do *prospective overruling*, Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 295) assevera:

Pode-se afirmar que a técnica do *prospective overruling* se presta tanto para mudanças atuais quanto futuras. Na verdade, é uma técnica que cresce de importância à medida que as sociedades tornam mais complexas e os problemas aumentam quantitativa e qualitativamente. Ninguém precisa possuir o dom da profecia para prever que mudanças ocorrerão em um futuro próximo. Qualquer solução legal adequada para lidar com a tendência do direito se tornar defasado e obsoleto deve ser uma solução que possa funcionar adequadamente não só no presente quanto no futuro e o *prospective overruling* se apresenta com credenciais para ser essa solução. Isso se torna evidente, quando se reconhece que as cortes judiciais, para além da função de resolver disputas, exercem de forma autônoma uma outra função social não menos importante: a de criação e desenvolvimento do direito.

Entende Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p.189) o *prospective overruling* como:

Uma forma de decisão intermediária, pela qual, a despeito da aplicação do precedente antigo ao caso concreto que ensejou sua superação, acrescenta-se à decisão a informação de que, para os eventos ocorridos a partir de então ou de determinada data fixada na própria decisão, o precedente antigo não mais será aplicado, considerando-se superado.

Insta observar, ainda, que, como ocorre no sistema de controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro, pensa-se ser possível, sobretudo, pelas razões acima elencadas, aplicar a técnica de decretação de efeitos *pro futuro* à técnica de superação de precedentes. Tal técnica, como sabido, consiste em que os efeitos de uma decisão, que declara a inconstitucionalidade de uma regra, surjam, com base, amplamente, no princípio da segurança jurídica, a partir de uma determinada data futura. Traduz-se, pois, em um aperfeiçoamento da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*.

O Supremo Tribunal Federal¹⁹ no julgamento do recurso extraordinário 197917/SP, ocorrido em 06 de junho de 2002, tendo como relator o Ministro Maurício Corrêa proferiu julgamento no sentido de decretar a inconstitucionalidade de uma regra, mas, entendeu que os seus efeitos deveriam iniciar-se em data futura, considerando, neste caso, o princípio da segurança jurídica, prevenindo danos à ordem e aos ditames da justiça.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.

Neste sentido, entende-se, pelas mesmas razões sustentadoras da aplicação da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro*, que à técnica de superação de precedentes deva ser concedida a mesma possibilidade.

Não se pode confundir, entretanto, a referida técnica com a técnica chamada de sinalização/aviso (*signaling/caveat*).

Essa técnica do “aviso”, ensina Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 296), traduz-se em:

Uma técnica pela qual a corte segue um precedente, ao mesmo tempo em que coloca a comunidade em alerta sobre o fato de que aquele precedente já não é mais confiável. Pelo uso da sinalização, a corte “pavimenta o caminho para invalidar uma doutrina que, de outro modo, teria que ser preservada em razão de uma justificada confiança nela depositada”. Após o aviso prévio, porém, nenhuma confiança, ao menos justificada, pode ser utilizada como argumento para manutenção da doutrina, tanto que, muitas vezes, quando a antiga regra é invalidada, não é incomum que as cortes façam retroagir sua decisão até a data em que houve a sinalização, pois à partir daí não se justificaria mais a confiança na regra.

Assevera Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p.189) que:

Outra modalidade de decisão intermediária consiste na técnica do *signaling*, em que o tribunal vinculante, ao apreciar determinado caso concreto, aplica-lhe o precedente antigo, mas informa, sinaliza à comunidade jurídica a intenção de alterá-lo, o que afasta, a partir do novo aviso, a justificada confiança em sua aplicação, abrindo caminho para a sua superação.

Percebe-se, desse modo, que a diferença entre a técnica da superação de precedente com efeito *pro futuro* e a técnica da sinalização, consiste em que a própria fundamentação em que procede-se a superação do precedente já é alterada, mas somente passa a ter efeitos após a dilação de um tempo.

Neste caso, é preciso ressaltar que a norma jurídica individualizada, constante do dispositivo da decisão, nos casos de superação de precedentes com efeito *pro futuro* pautar-se-ia pela nova interpretação, de modo a produzir efeitos de acordo com o que restou definido como nova tese jurídica a ser aplicada para casos similares.

Em suma, valendo-se da expressão cunhada por Patrícia Perrone Campos Mello (2005, *passim*) toda a dinâmica de aplicação dos precedentes judiciais demanda um raciocínio analógico, sendo fundamental para a boa desenvoltura desse sistema a obtenção do máximo de informações sobre o caso precedente, a fim de se poder conhecer adequadamente seus fatos e sua lógica, de modo a efetuar seu confronto com o caso a decidir.

Enfim, após uma breve apresentação dos principais conceitos lógico-jurídicos pertinentes à teoria dos precedentes, passa-se a verificar se no ordenamento jurídico brasileiro estes já são aplicados com efeito vinculante.

1.5 A RECEPÇÃO DA TEORIA DO *STARE DECISIS* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Como dito linhas acima, a separação entre os dois grandes sistemas jurídicos – *civil law* e *common law* – tem perdido muito de sua força nos ordenamentos jurídicos ocidentais e, ultimamente, o que se presencia é, em verdade, uma imbricação entre tais sistemas.

É sensível a esta aproximação das duas grandes famílias do sistema jurídico ocidental, Mauro Cappelletti (1992, p. 133-134), notadamente, ao aduzir que:

Com referência a essas duas famílias jurídicas, contudo, parece-me justificada pelos resultados da presente investigação a seguinte conclusão geral: para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao “terceiro poder”, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por sim mesma a conseqüência profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua causa, tal necessidade é certamente um fenômeno arriscado e aventureiro. Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas, se é verdade que semelhante fenômeno, no nosso mundo perigosamente dividido, já esta conduzindo à aproximação dos sistemas jurídicos, aproximação que, à distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica.

Desse sentimento exposto acima, compartilha Chaïm Perelman (2000, p. 185), ao elucidar que:

Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Mas é-lhe permitido para realizar a síntese buscada entre equidade e a lei tornar flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais de direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. Esta nova concepção acresce a importância do direito pretoriano, fazendo o juiz o auxiliar e o complemento indispensável do legislador: inevitavelmente ela aproxima a concepção continental do direito da concepção anglo-saxã, regida pela tradição da *common law*.

Um pouco mais ousado, Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 167-168) ensina que:

De fato, quem ainda atrevera a afirmar, com razoável grau de seriedade e realismo que o direito norte-americano e mesmo o inglês, tão ciosos de suas tradições, estão estruturados sobre um direito não legislado? As leis norte-americanas são de uma precisão e detalhamento tão intensos, que muitas vezes as nossas próprias leis parecem até outorgar mais discricionariedade ao juiz. No direito inglês, a realidade não é diferente, sendo objeto de legislação detalhada inúmeras e importantes áreas que tratam tanto da relação Estado e cidadão, como das relações jurídicas travadas entre particulares. Assim, por exemplo, as leis que regulam os serviços de utilidade pública como água, gás, luz e telecomunicações, a lei de proteção ambiental e da

desregulação e contratação, que são ou até mais detalhadas que nossas leis. Daí a atual advertência de MacCormick, de que, embora os precedentes seja a fonte da qual certo tipo de direito é derivado – qual seja o *case law* - modernamente o puro *case law* é muito raro, e muito do direito derivado de precedentes é resultado de decisões judiciais relativas a interpretação de regras e princípios extraídos de textos legislativos. Da mesma forma, a função criativa do juiz nos sistemas jurídicos de tradição *civil law* tem aumentado sobremaneira, notadamente, através da adoção de cláusulas abertas como boa-fé, abusividade, interesse público, dentre outras, que aproximam sua atuação desenvolvida pelo juiz anglo-saxão.

Sucedo, contudo, que em decorrência da impossibilidade material de legislar todas as matérias em uma sociedade complexa como apresenta-se a sociedade brasileira, tem-se elevado o papel criativo da atividade judicial. Assim sendo, não há como negar que as decisões judiciais no Brasil vêm sendo alçada a uma relevante fonte de direito, notadamente quando se trata de casos semelhantes aos já decididos.

Nesta premissa, ainda tratando da aproximação dos dois grandes sistemas jurídicos ocidentais, Glauco Salomão Leite (2007, p. 131) enuncia:

Sob essa perspectiva, percebe-se que a aproximação entre os sistemas anglo-saxão judicialista e o continental codicista decorre de alterações estruturais que este vem experimentando ao longo dos anos, com a falência dos postulados do Estado de Direito Legalitário, o que tem gerado uma valorização da jurisprudência dos tribunais superiores, notadamente dos que exercem a jurisdição constitucional em caráter definitivo. É nessa perspectiva que se considera a aproximação entre esses sistemas jurídicos, isto é, por força da crescente importância que tem assumido a jurisdição constitucional nos países europeus continentais. Isso, de fato, tem provocado, a prática uma aproximação entre tais modelos, de modo que a jurisprudência criada pela jurisdição constitucional tem assumido extrema relevância na concretização dos conteúdos constitucionais.

Neste passo, é preciso frisar que, a teoria do *stare decisis* (da expressão latina: *stare decisis et non quieta movere*) que significa: “mantenha-se a decisão não se moleste o que foi decidido”, característica marcante da família do *common law*, vem ganhando força nos sistemas jurídicos filiados à família do *civil law* e, portanto, influenciando os contornos do ordenamento pátrio²⁰.

Por *stare decisis*, entendem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 22):

Trata-se de um comando mediante o qual as cortes devem dar o devido peso ao precedente. Ela afirma que uma questão de direito já estabelecida deveria ser seguida sem reconsideração, desde que a decisão anterior fosse impositiva.

Para Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 150), o instituto do *stare decisis* – ou seja, a vinculação das decisões judiciais aos precedentes jurisdicionais que trataram do mesmo tema:

É, sem dúvida alguma, pedra angular dos ordenamentos jurídicos pertencentes ao sistema da *common law*. Para bem compreender-se o instituto do *stare decisis* é fundamental a percepção da função desempenhada pela decisão judicial no sistema jurídico da *common law*. Nesse sistema de origem anglo-saxã a decisão judicial, a

²⁰ Informam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 22) que “no direito estadunidense, a doutrina da *stare decisis* (oriunda, de seu turno, da sentença latina *stare decisis et non quieta movere*), de origem inglesa, tem foro constitucional”.

exemplo do que ocorre nos sistemas originários das fontes romano-germânicas, resolve uma determinada controvérsia, uma específica pretensão resistida, e, nesse ponto, pacifica o tecido social através do instituto da coisa julgada que impede a eternização das demandas.

Agora, como dito em ponto anterior deste trabalho, é preciso ter em conta que a idéia de que a regra do *stare decisis* é peculiar à família da *common law* é errônea, haja vista tratar-se de um conceito lógico-jurídico e, portanto, conceito aplicável a qualquer ordenamento jurídico – ao menos os ordenamentos jurídicos ocidentais.

Prova, o que se afirmou acima, o fato de, nas últimas décadas, o ordenamento jurídico brasileiro ter albergado, como se viu longamente demonstrado linhas acima, institutos processuais que privilegiam, sobremaneira, as decisões uniformizadas ou não dos órgãos jurisdicionais – precedentes -, máxime os de mais alta “estirpe”. Eis a pormenorização - prévia e necessária - de mais alguns exemplos além dos acima descritos, sem, aqui, ter a pretensão de esgotar os institutos jurídicos com tais características vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A Emenda Constitucional 45/04 trouxe ao ordenamento pátrio o velho sonho de poder-se editar súmula/enunciado com efeito vinculante. Acrescentou-se, para tanto, ao texto da CF/88 o artigo 103-A – já regulamentado pela lei 11.417/06²¹ - em que este outorga poderes ao Supremo Tribunal Federal²² para “aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração direta e indireta”.

Institucionalizou-se, assim, o efeito que parcela da doutrina, dentre eles, o professor Lênio Luiz Streck (1998) já vislumbrava, de forma prática, nas súmulas e jurisprudência do tribunal constitucional. Essa postura, inclusive, é a defendida no presente trabalho, haja vista que pretende-se afirmar que os precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro atual, de forma prática, possui força normativa para além do efeito vinculante.

²¹ A fim de regulamentar o referido artigo, foi editada em 19 de dezembro de 2006, quase dois anos após a Reforma do Poder Judiciário, a Lei nº 11.417. De forma bastante tautológica a regulamentação da Súmula Vinculante repete de maneira mais alongada suas características. A única ressalva que se faz é quanto à ampliação do rol de legitimados ativos para propor a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante perante o pleno do Pretório Excelso: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o Defensor Público-Geral da União; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

²² A segunda parte da Reforma do Judiciário, que retornou à Câmara dos Deputados para a aprovação das emendas propostas no Senado Federal, estenderá esse efeito vinculante às decisões proferidas pelo STJ e pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Neste sentido é a lição de Glauco Salomão Leite (2007, p. 54), ao aduzir que:

Mesmo desprovidas de força vinculante, as súmulas passaram a ser consideradas importantes guias na resolução de litígios na prática jurídica, reforçando o valor da jurisprudência que sustenta, havendo quem tenha sustentado serem elas uma espécie de *stare decisis* de fato.

Para a edição do instituto, e também para dar força vinculante às súmulas já editadas, a Corte Constitucional deverá observar alguns requisitos, tais como: as súmulas devem ser editadas após reiteradas decisões sobre a matéria, deve ser editada em uma votação por *quorum* qualificado, em que se exige a aprovação de dois terços de seus membros. Em sendo assim, uma vez que o STF é composto por onze membros, a súmula deverá ser aprovada por no mínimo oito deles. Sucede, como se verá abaixo, que nem todos esses requisitos são preenchidos na prática atual de elaboração das súmulas vinculantes.

Importante ponto de vista é apresentado por Glauco Salomão Leite (2007, p. 59), ao afirmar que:

Considerando que a própria experiência brasileira já reconhecia força e utilidade à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal na resolução de casos futuros e que o efeito vinculante está presente nas decisões proferidas por este Tribunal nas ações de controle abstrato de normas, a súmula vinculante ostenta a junção desses dois elementos, quais sejam, a jurisprudência dominante mais o efeito vinculante. Por isso, ela não deve ser vista como um elemento de ruptura ou de inovação radical do Direito brasileiro.

A Emenda Constitucional nº. 45 de dezembro de 2004 trouxe, ainda, dois preceitos que não podem passar despercebidos no estudo que se vem fazendo da importância atribuída aos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro. O primeiro refere-se ao acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, cujo teor, em suma, assegura ao cidadão um processo judicial e um procedimento administrativo céleres. O segundo, a despeito de não incorporado ao texto constitucional, fazendo, todavia, parte do denominado bloco de constitucionalidade, trata-se do art. 7º da supracitada emenda, cujo teor aqui se transcreve:

Art. 7º. O Congresso Nacional instalará, imediatamente à promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à justiça e mais célere a prestação jurisdicional

Essa complexa reengenharia das normas processuais constitucionais acabou por demandar alterações na legislação infraconstitucional. Com efeito, a conjunção destes preceitos fez surgir no cenário nacional a lei 11.276/06 que alterou a redação do art. 518 do CPC, acrescentando-lhe um §1º, denominada pela doutrina como súmula impeditiva de recurso e a

lei 11.277/06 que acresceu o art. 285-A ao Código de Processo Civil, denominada pela doutrina como precedente impeditivo de instância ou improcedência *prima facie*.

Por súmula impeditiva de recurso – art. 518 §1º do CPC - entende-se a faculdade atribuída ao juiz de primeiro grau para, no exame de admissibilidade, inadmitir recurso quando a sentença apelada estiver em consonância com Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal. Percebe-se, neste caso, que a brevidade na entrega da tutela jurisdicional é buscada por meio da redução da possibilidade de interposição de recurso contrário a precedente judicial assente em enunciado de súmula do STJ ou do STF.

Por precedente impeditivo de instância ou improcedência *prima facie*²³ – art. 285-A do CPC -, entende-se a possibilidade conferida ao juiz, quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, reproduzir o teor da anteriormente proferida, de forma sumária^{24 25}.

Tratando o novo artigo inserido ao CPC, Fredie Didier Jr (2009, p. 458-459) aduz estar a prolação de decisão de improcedência *prima facie* atrelada a dois pressupostos, sendo que um deles residiria no fato de que:

Nessas causas, discute-se normalmente a mesma tese jurídica, distinguindo-se apenas os sujeitos da relação jurídica discutida. São causas que poderiam ter sido reunidas em uma ação coletiva. São exemplos: discussão de reajuste para categoria profissional, inexigibilidade de certo tributo, determinado direito em face de uma concessionária de serviço público etc. Se o magistrado já tiver concluído, em outros processos, que aquela pretensão não deve ser acolhida, fica dispensado de citar o réu, podendo julgar antecipadamente o mérito da causa. “O dispositivo não autoriza a simples juntada de uma cópia da sentença-tipo, ou seja, uma cópia reprográfica da sentença já proferida, mas sim que seu teor, seu conteúdo, seja reaproveitado para

²³ Aduz Fredie Didier Jr (2009, p. 449) que: “Há três exemplos de *improcedência prima facie* previstos na legislação brasileira: o indeferimento em razão da prescrição ou decadência (arts. 219 §5º, 267, I, 269 IV, e 295, IV, CPC), o julgamento imediato das causas repetitivas (285-A, CPC) e a rejeição liminar dos embargos à execução manifestamente protelatórios (art. 739, III, CPC)”.

²⁴ Alguma semelhança possui o instituto, com o indeferimento liminar da petição inicial, previsto no arts. 267, I e 295 do CPC, todavia, na hipótese do art. 285-A o julgamento é com resolução de mérito. Não se pode olvidar, ainda, da diferença que confere a este instituto a mácula da inconstitucionalidade, enquanto o indeferimento liminar dos arts. 267 I e 295 têm como fundamento o descumprimento de algum preceito legal, o art. 285-A tem como fundamento o desrespeito a precedentes judiciais.

²⁵ Parte da Doutrina, dentre eles Lênio Luiz Streck (2006a, p. 21-22), tecem severas críticas ao presente instituto, a saber: “Não fosse pela violação flagrante de vários princípios constitucionais, como o da inafastabilidade, do devido processo legal substancial – *substantive due process* – e seus corolários, âncoras do exercício da cidadania e da jurisdição no Estado Democrático de Direito, a lei incorre no vício – herdado da revolução francesa – que separa *questão de fato* da *questão de direito*. Além disso, o novo dispositivo institucionaliza a “jurisprudência de um juízo só”. Como interpretar o enunciado “e no juízo já houver sido proferida a sentença”? E o que são “casos idênticos”? Se são casos não podem ser somente “de direito”, pois não? E o que é proferir sentença “reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”? E o que dizer na nova figura jurídica criada: o juiz pode revogar sua própria decisão...! Ou seja, o novel dispositivo permitira que o juiz – de primeiro grau – decida de forma terminativa duas vezes...!”

solucionar a nova demanda”. É preciso demonstrar que a *ratio decidendi* da sentença-paradigma serve à solução do caso ora apresentado ao magistrado.

Neste diapasão, dentre os institutos e mecanismos, acrescentados ao ordenamento brasileiro, que convalidam as teses de que há um robustecimento dos precedentes judiciais no Brasil, elenca-se mais um *novel* mecanismo que confere a possibilidade de julgamento em bloco de recursos extraordinários pelo STF, fazendo uso, para tanto, do que fora publicado no informativo 455 daquele tribunal:

Julgamento de Listas pelo Plenário: Concessão de Benefício Previdenciário e Legislação Aplicável.

O Tribunal deu provimento a 4.908 recursos extraordinários interpostos pelo INSS nos quais se discutia se a Lei 9.032/95 seria aplicável a pensões por morte e aposentadorias concedidas antes de sua vigência. Inicialmente, o Tribunal, por maioria, salientando a homogeneidade da questão tratada nos recursos em pauta e, prestando homenagem ao que disposto no art 5º, LXXVIII, da CF, que determina a solução dos litígios em prazo razoável, rejeitou questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio — no sentido de que esses recursos fossem retirados de pauta para que cada relator, ante os precedentes do plenário, acima relatados (RE 416827/SC e RE 415454/SC), atuasse de forma individual —, e deliberou dar prosseguimento ao julgamento conjunto dos recursos. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio que entendia que o procedimento adotado geraria dispêndios para a Corte e, ressaltando a existência de situações diversificadas, situações anteriores à legislação previdenciária que está em vigor e situações posteriores a essa mesma legislação, vislumbrava a possibilidade de interposição quase que desenfreada de embargos declaratórios. Quanto ao mérito, o Tribunal, por unanimidade, aplicou a orientação fixada no julgamento dos dois referidos recursos extraordinários julgados na sessão do dia 8.2.2007²⁶.

Invocando mais uma vez o direito fundamental à celeridade processual, atribuiu-se efeito vinculante aos julgados da Corte Constitucional, desta vez valendo-se do *novel* instituto do julgamento em bloco. Como se vê, usa-se o julgamento de uma lide paradigma, ampliando seus efeitos aos processos, ditos “idênticos”, pendentes de julgamentos.

Não se pode olvidar nesta tarefa, do recentíssimo instrumento da repercussão geral, acrescentado ao nosso sistema jurídico com o advento da EC 45/04 que introduziu no art. 102 da Constituição da República um novo parágrafo (§ 3º) em que exige-se, para o conhecimento do recurso extraordinário, a demonstração de repercussão geral da violação constitucional objeto do mesmo.

A referida norma constitucional fora regulamentada pela lei federal 11.418/06 que fez nascer dois novos artigos em nosso diploma processual, quais sejam, os artigos 543-A e 543-B²⁷.

²⁶ Texto publicado no Informativo do STF n. 455.

²⁷ Aduzem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 28) que “no direito brasileiro, a adoção da aferição de repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e conseguinte eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência contribuem decisivamente para a concretização do direito fundamental ao processo com duração razoável. A vinculação dá-se, tal como no direito

Em obra específica, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 21-22) assim trataram o tema:

A decisão atinente a existência ou inexistência de repercussão geral da controvérsia debatida no recurso extraordinário é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 102, § 3º, da CF c/c art. 543-A do CPC). Seu julgamento a respeito vincula o próprio Supremo Tribunal Federal, importando em vinculação horizontal (art. 543-A, §5º, do CPC). A referente à inexistência no caso de repercussão geral em processos com idêntica controvérsia produz ainda, em certa perspectiva, vinculação vertical (art. 543-B, §2º, do CPC), na medida em que os Tribunais de origem, em casos que tais, encontram-se impedidos de remeter ao Supremo Tribunal Federal recursos cujas controvérsias já foram examinadas e tidas como despidas de repercussão geral.

Quanto ao julgamento em bloco frise-se que inicialmente somente era dado ao STF proferir julgamento valendo-se desta possibilidade, conforme o art. 543-B do CPC, todavia, corroborando com o que exaustivamente refere-se neste trabalho, com a tentativa de esvaziar as prateleiras dos órgãos julgadores de mais alta estirpe, alteração recente acresceu ao CPC o art. 543-C, ampliando a possibilidade julgamento em bloco para os processos em análise e julgamento no Superior Tribunal de Justiça.

Não se pretende, como dito, apresentar rol exaustivo, demonstrando, pois, todos os exemplos de aplicação da teoria do *stare decisis* no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, alonga-se, mais um pouco, neste ponto do trabalho, para tratar das inovações advindas com as leis 11.232/05 e 11.382/06, quais sejam, os artigos 475-L §1º e 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil.

No primeiro caso – art. 475-L do CPC – em seu §1º, dispõe o texto de lei:

A impugnação somente poderá versar (...) § 1º Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

No segundo artigo – art. 741 do CPC – em seu parágrafo único, é o teor do texto legal:

Na execução contra Fazenda Pública os embargos somente poderão versar sobre (...). Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

estadunidense, tanto horizontal como verticalmente. Ocorre, ainda, à semelhança do direito germânico, pela fundamentação despendida pelo Supremo na análise da controvérsia constitucional. Há, aí, mais um instrumento para consecução da unidade do Direito por intermédio da compatibilização das decisões judiciais. Uma vez decidida a questão, qualquer nova apreciação, sem o fito de revisão de tese, importa dilação indevida no processamento da causa. Com a repercussão geral, encurta-se o procedimento com flagrante economia de atos processuais”.

Em ambos os casos, vê-se que, mais uma vez, os precedentes judiciais possuem força vinculante para, inclusive, como é o caso do primeiro exemplo tornar-se instrumento de revisão da coisa julgada.

Extrai-se, por consecutivo, dos exemplos arrolados em epígrafe, mais algumas demonstrações da condução dos precedentes judiciais ao ápice do sistema jurídico nacional. Desse modo, restam comprometidas as argumentações contrárias que vão ao sentido de que no Brasil não se admite a concessão efeito vinculante aos precedentes judiciais *lato sensu* e, portanto, a regra do *stare decisis*, haja vista que inúmeros institutos no ordenamento jurídico pátrio já albergam esta teoria.

Com efeito, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 24) que:

A atual conformação da jurisdição constitucional no Brasil não leva a outra conclusão senão da aplicabilidade da doutrina do *stare decisis* entre nós. A propósito já se disse que aqueles que não reconhecem a existência da *stare decisis* no sistema da Civil Law estão apenas iludindo e compactuando com o que a autorizada doutrina entende ser um verdadeiro *folklore*.

Para Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 388) os precedentes judiciais podem, quanto aos seus efeitos, ser vinculante/obrigatório, obstativo da revisão de decisões ou persuasivo.

Por precedente vinculante/obrigatório entendem os autores (2009, p. 388) que “o precedente é vinculante/obrigatório (*binding precedent*), ou dotado de *binding authority* (autoridade vinculante), quanto tiver eficácia vinculativa”. Seguem os autores (2009, p. 389):

No Brasil, há três hipóteses em que os precedentes têm força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante: (i) a “súmula vinculante” em matéria constitucional, editada pelo Supremo Tribunal Federal na forma do art. 103-A, da Constituição Federal, e da Lei Federal n. 11.417/2006, tem eficácia vinculante em relação ao próprio STF, a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; (ii) o entendimento consolidado na súmula de cada um dos tribunais tem força vinculante em relação ao próprio tribunal; (iii) em função da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, pensamos que os precedentes oriundos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em matéria de controle difuso de constitucionalidade, ainda que não submetidos ao procedimento de consolidação em súmula vinculante, tem força vinculante em relação ao próprio STF e a todos os demais órgãos jurisdicionais do país.

Como visto, para Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 390), outra espécie de precedente seria aquele cujo efeito seria “obstativo da revisão de decisões”. Para os autores:

Há precedentes que têm o condão de obstar a apreciação de recursos ou obstar a remessa necessária. O efeito obstativo não deixa de ser, em última análise, um desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes. Com efeito, em algumas situações, o legislador autoriza que o magistrado negue seguimento, a determinados

recursos ou dispense a remessa necessária quando estiverem eles em confronto com precedentes judiciais, sobretudo aqueles emanados das cortes superiores. Exemplo disso são os arts. 475, §3º, 518, §1º, 544, §§3º e 4º e 557, todos do CPC. Há, nesses casos, uma espécie de vinculação do órgão competente para apreciar a admissibilidade recursal às diretrizes já lançadas em precedentes anteriores, de modo que este órgão fica autorizado a negar seguimento a tais recursos ou dispensar a remessa necessária.

Por fim, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 390-391) aduzem existirem precedentes judiciais com capacidade meramente persuasiva para a formação de cognição futura de outro juízo, eis as palavras dos autores:

O precedente persuasivo (*persuasive precedent*) não tem eficácia vinculante; possui apenas força persuasiva (*persuasive authority*) na medida em que constitui indício de uma solução racional e socialmente adequada. Nenhum magistrado está obrigado a segui-lo; se o segue, é por estar convencido de sua correção. Há situações em que o próprio legislador reconhece a autoridade do precedente persuasivo e isso tem o condão de repercutir em processos posteriores. Isso ocorre, por exemplo, quando: (i) confere ao magistrado a possibilidade de julgar liminarmente improcedentes as causas repetitivas, nos casos em que a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos (art. 285-A, CPC); (ii) admite a instauração do incidente de uniformização de jurisprudência nos casos em que houver divergência *interna corporis* entre precedentes do próprio tribunal, entre um precedente do tribunal e um julgamento em curso no próprio tribunal ou entre um precedente do tribunal e uma decisão proferida por órgãos jurisdicional singular ou colegiado vinculado àquele tribunal (arts. 476 a 479, CPC); (iii) admite a interposição de recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, tais como os embargos de divergência (art. 546, CPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, c, CF).

De acordo com o pensamento acima transcrito, neste trabalho entende-se que, para além dos efeitos obstativos da revisão de decisões, os precedentes classificados naquela categoria, em última análise, possuem efeito vinculante e força normativa. Ainda, como já pôde notar-se pelas linhas acima traçadas, bem assim do que será dito abaixo, que até mesmo os precedentes classificados como persuasivos possuem, em *ultima ratio*, na maneira com vêm sendo aplicados, um poder de controlabilidade difusa e força normativa próprios do efeito vinculante que se concedem aos precedentes judiciais.

Ao lado das alterações legislativas antes apresentadas, o próprio pensamento da Corte Maior do País, notadamente quando tratou de recentes efeitos do julgamento do controle difuso de constitucionalidade, segue o sentido de que aos precedentes judiciais, ainda que não dotados de eficácia vinculante legal, deve ser dado o atributo de vincular decisões futuras.

O Supremo Tribunal Federal trilha caminho, liderado pelo eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no sentido, pois, de atribuir eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle concreto e difuso de constitucionalidade daquela Corte, de modo a prescindir da interferência do Senado Federal, passando a resolução senatorial a servir

apenas para conferir publicidade à decisão, ou seja, transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões²⁸.

A proposta doutrinária capitaneada pelo presidente da Corte é a de uma mutação constitucional do art. 52, X, da Lei Maior, atribuindo-se, pois, àquele Tribunal, para além do poder de extrair uma norma de um texto constitucional, o poder de alterar o próprio texto constitucional em comento²⁹.

O altiplano em que a recente polêmica tem seu desenrolar é a Reclamação Constitucional³⁰ nº 4335-5/ACRE³¹, cuja relatoria coube ao multicitado ministro, em que este, no seu voto, perfilhou caminho no sentido de dar provimento à referida medida e reconhecer a eficácia *erga omnes* da decisão do STF prolatada, em controle concreto e difuso, no HC nº 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em sessão plenária de 23.2.2006. A linha argumentativa do Ministro Relator da supracitada Reclamação segue senda em que a exigência de que a eficácia geral da declaração da inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada pela Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas.

Aduzem Fredie Didier Jr, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 373) que:

É importante ressaltar que mesmo as decisões proferidas em controle difuso servem como paradigma para a aplicação do mencionado dispositivo, tendo em vista a eficácia *ultra partes* e paradigmática que vem sendo adotada pelo STF a tais

²⁸ Posicionam-se contrários a essa possibilidade Lênio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2007, p.1), de modo a aduzirem que: essa nova concepção alteraria não somente o modelo atual do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, mas também as noções de poder constituinte, de equilíbrio entre os Poderes da República e de sistema federativo.

²⁹ Elucida Humberto Ávila (2007, p. 30) que “não se pode confundir normas com texto, nem com o conjunto deles, mas, sim, deve-se entender por normas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro”.

³⁰ O Ministro Gilmar Mendes acrescenta aos seus argumentos que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Rcl. nº 1880, 23.05.2002), o Tribunal reconhece o cabimento de reclamações que comprovem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do Supremo Tribunal Federal, em reconhecimento a eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.

³¹ A Reclamação Constitucional em epígrafe foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em face da decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de vários réus que cumprem penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos. O reclamante alega o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o §1º, do artigo 2º, da Lei n. 8072/1990 (Lei de crimes hediondos).

decisões, em fenômeno que já se designou de “objetivação do controle difuso de constitucionalidade”. Para a aplicação do dispositivo é desnecessária a resolução do Senado (art. 52, X, CF/88), suspendendo a vigência da lei.

Na tarefa, ainda, de demonstrar a recepção da regra do *stare decisis* no Brasil, passa-se a explicitação prévia dos dois grandes modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade existentes, quais sejam, o controle difuso e concreto de constitucionalidade e controle abstrato e concentrado de constitucionalidade e os efeitos de suas decisões.

A primeira grande distinção existente entre os dois modelos acima mencionados diz respeito aos órgãos aos quais pertence o poder de controle. O sistema difuso é aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência. Já o sistema concentrado, o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário.

Consoante as palavras de Mauro Cappelletti (1999, p. 67):

O sistema difuso foi também chamado, por alguns, sistema ou tipo americano de controle, dado que não é de todo inexato julgar que este sistema tenha sido posto em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos da América, de cujo ordenamento jurídico ele ainda agora constitui, como escreveu um constitucionalista daquele País, ‘*the most and the most characteristic institution*’.

Analogamente, o sistema concentrado poderia também ser designado como o tipo austríaco de controle. De fato, o arquétipo foi posto em prática pela Constituição austríaca de 1º de Outubro de 1920 (chamada *Oktoberverfassung*), redigida com base em um projeto elaborado, a pedido do governo, pelo Mestre da escola jurídica de Viena, Hans Kelsen, e posta em vigor na Áustria, no último pós-guerra, no texto da emenda de 1929, que tinha sofrido notáveis modificações exatamente em matéria de justiça constitucional.

O sistema mais antigo, ou seja, o difuso, tem em sua base doutrinária, na célebre lição posta na motivação da famosa sentença de 1803, redigida pelo *Chief Justice* John Marshall, no *leading case Marbury vs. Madison*. Para Marshall a função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos ao seu julgamento; uma das regras mais óbvias de interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contradição entre si, o juiz deve aplicar a prevalente, tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios “*lex posterior derogat legi priori*”, “*lex specialis derogat legi generali*”.

Esses modelos de superação de antinomias, não possuem viabilidade quando a incompatibilidade seja entre preceitos de diversa força normativa. A norma constitucional, quando a Constituição for rígida prevalece sempre sobre a norma ordinária com ela incompatível, análise esta, como dito alhures, passível de ser realizada por qualquer juiz.

Não obstante a clareza e a linearidade do raciocínio desenvolvido pelo *Justice* John Marshall, razões não faltaram para a concepção de um novo sistema de controle judicial de constitucionalidade. A principal delas, apresentada por Mauro Cappelletti (1999, p. 76-79), merece ser transcrita:

No método de controle difuso de constitucionalidade – no denominado método americano, em suma – todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho – uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns Países, ou seja, na Noruega, Dinamarca, Suécia, Suíça e foi posta em prática, por poucos anos, também na Alemanha e na Itália – a introdução deste método difuso de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, mais em geral, nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do ‘*stare decisis*’. Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método americano de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formarem-se verdadeiros contrastes de tendências, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos de justiça ordinária e os da justiça administrativa, - ou entre órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens e, portanto, menos ligado a um certo passado, a declara a inconstitucionalidade de leis de juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julga válidas (...). A consequência extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, mesmo reiterada, de uma lei por parte do órgão supremo da justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário, nem, muito menos, uma mudança de opinião do órgão supremo.

Mas não basta. Ulteriores inconvenientes do método difuso de controle, porque concretizado em ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio do *stare decisis*, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo (...)

Tão graves inconvenientes práticos, com sérias consequências de conflito e incerteza, poderiam ser evitados ou, como foi feito na Suíça, atribuindo-se ao órgão supremo da justiça ordinária um poder de decisão que é susceptível de se estender, também, além do caso concreto e de anular, com eficácia *erga omnes*, a lei considerada inconstitucional – mas se cria, então, um sistema que está, no mínimo, a meio caminho entre o difuso e o concentrado de controle (...).

Vê-se, pois, que os países da Europa Continental, cujas tradições são, em regra, alheias ao princípio do *stare decisis*, operaram a construção de instrumentos jurídicos bem diversos daqueles adotados no controle judicial difuso e concreto de constitucionalidade. Para tanto, perceberam a imprescindibilidade de se criar um órgão judiciário ao qual se pudesse atribuir a função primaz de analisar e decidir sobre as questões de constitucionalidade dos atos

normativos, com eficácia *erga omnes* de modo a preservar a segurança jurídica e evitar as mazelas que a incerteza do direito gera em um ordenamento jurídico.

A principal característica, pois, do controle concentrado de constitucionalidade reside na unicidade de competência para analisar a compatibilidade constitucional de determinados atos normativos.

Sucedo, entretanto, que seria uma impropriedade afirmar que todo controle concentrado de constitucionalidade é abstrato³², isso porque em países como Itália, Alemanha, os juízes comuns, a despeito de incompetentes para conhecer a validade das leis, podem suspender o processo diante deles pendente, a fim de argüir, perante o Tribunal especial Constitucional, a questão de constitucionalidade surgida por ocasião do processo.

Extrai-se, do que fora dito alhures, alguns excertos que corroboram com a fundamentação do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, haja vista que este, ao afirmar que a necessidade de comunicação ao Senado Federal da decretação de inconstitucionalidade instituída no ordenamento brasileiro na Constituição de 1934 perdeu sua importância com a instituição de um modelo de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, em verdade, quer dizer que, uma vez dotado o STF do poder de atribuir às suas decisões o efeito *erga omnes* – controle concentrado –, não há porque limitar-se este poder a um único modelo de controle judicial de constitucionalidade, se as decisões são proferidas pelo mesmo órgão.

A tentativa, como se verá, é a inserção, no ordenamento jurídico pátrio, de um modelo de controle judicial de constitucionalidade, como o da Suíça, ou seja, em que os conceitos jurídico-positivos estão a meio caminho entre as concepções clássicas do modelo americano e austríaco.

No modelo difuso de controle de constitucionalidade, as questões de constitucionalidade não podem ser submetidas ao julgamento dos órgãos judiciários pela via principal – ação –, ou seja, em um adequado e autônomo processo constitucional instaurado, com adequada ação. Ditas questões pode sem argüidas apenas *incidenter*, isto é, no curso e por ocasião de um *case or controversy*, ou seja, de um concreto processo comum e só na medida em que a lei, cuja constitucionalidade se discute, seja relevante para a decisão do caso concreto.

Como aduz Mauro Cappelletti (1999, p. 104):

³² Não se pode olvidar que no sistema positivo Constitucional brasileiro há uma possibilidade de controle concentrado e concreto de constitucionalidade, trata-se da hipótese elencada nos artigos 34 inciso VII cumulado com o 36 inciso III.

Em posição diametralmente oposta ao sistema americano, colocou-se o sistema austríaco de controle de constitucionalidade das leis (...). De fato, a Constituição de 1º de outubro de 1920 criou uma especial Corte Constitucional – o *Verfassungsgerichtshof* – na qual concentrou a competência exclusiva para decidir as questões de constitucionalidade, mas, além disso, a Constituição austríaca confiou a esta Corte um poder de controle que, para ser exercido, necessitava de um pedido especial (*Antrag*), isto é, do exercício de uma ação especial por parte de alguns órgãos políticos.

Ainda na tarefa de apresentar as características dos dois modelos de controle judicial de constitucionalidade, leciona Mauro Cappelletti (1999, p. 117):

Enquanto o sistema norte-americano de controle judicial de legitimidade constitucional das leis tem – pelos menos segundo a concepção tradicional que, no entanto, nos últimos decênios sofreu notáveis oscilações e atenuações – o caráter de um controle meramente declarativo, o sistema austríaco assume, ao invés, o caráter de um controle constitutivo de invalidade e da conseqüente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição; e disto, com total coerência, deriva, ainda, que, enquanto primeiro sistema, a eficácia (meramente declarativa) opera, em princípio, *ex tunc*, retroativamente – trata-se, de fato repito, de mero acertamento de uma pré-existente nulidade absoluta – no sistema austríaco, ao contrário, a eficácia (constitutiva, ou seja, anulação) do pronunciamento de inconstitucionalidade opera *ex nunc* ou, com toda certeza, pro futuro, não se admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação.

Ante a tais apontamentos, não se pode deixar de notar que a natureza e as conseqüências das decisões tomadas em ambos os modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade traduzem-se em conceitos jurídico-positivos, ou seja, alteráveis ante as contingências da sociedade que pesam sobre os legisladores, sem, contudo, alterarem o conceito lógico-jurídico maior, que é a análise de compatibilidade de atos normativos tendo como parâmetro a Lei Maior de um Estado.

Nesta esteira, colaciona-se postura doutrinária de Mauro Cappelletti (1999, p. 118), que trabalhando com os conceitos jurídico-positivos aplicáveis aos modelos de controle judicial de constitucionalidade da época, assim afirmou:

Com efeito, o sistema austríaco tem além do caráter constitutivo, também caráter geral, ou seja, dá origem, a uma anulação que, não obstante com eficácia retroativa, mas *ex nunc* ou *pro futuro*, opera, porém efeitos *erga omnes*, pelo que se fala, precisamente, de uma *Allgemeinwirkung* (eficácia geral). A lei, em outras palavras, uma vez sobrevindo o pronunciamento de inconstitucionalidade, torna-se ineficaz para todos, do mesmo modo como se tivesse sido abrogada por uma lei posterior; e entram, de novo, em vigor – aquelas disposições legislativas que pré-existiam à lei inconstitucional (art. 140, secção 4ª, da Constituição austríaca).

Justamente o contrário acontece no sistema norte-americano e, igualmente nos sistemas que o imitaram, como por exemplo, no japonês; e o mesmo pode-se dizer, até em sistema totalmente originais, como no sistema mexicano, segundo o *'principio de la relatividad'* correspondente à chamada formula de Otero. Em todos esses sistemas, de fato, a regra fundamental é a de que o juiz deve limitar-se a não aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto; pelo que o controle judicial de constitucionalidade das leis não tem, como na Áustria, eficácia geral, *erga omnes*, mas só eficácia especial, *inter partes*, isto é limitada ao caso concreto (*individualwirkung*) – embora seja verdadeiro que esta característica é depois, em

boa parte eliminada nos Estados Unidos (especialmente quando se trata de controle exercido pela Suprema Court), por força do princípio do *stare decisis* (...).

Informa, ainda, Mauro Cappelletti (1999, p. 119) que:

A solução adotada, no último pós-guerra, na Itália e na Alemanha, está, repito, em certo sentido, a meio caminho entre a adotada pelo sistema americano e o austríaco. Tanto na Itália quanto na Alemanha, considera-se, de fato, que a sentença, com que as Cortes Constitucionais declaram a inconstitucionalidade de uma lei, tem eficácia *erga omnes*, “*Allgemeinwirkung*”, do mesmo modo que na Áustria; pelo que a lei inconstitucional torna-se ineficaz para todos e para sempre, e não meramente não aplicada em um caso concreto. Tanto na Itália quanto na Alemanha – e neste País ainda mais decididamente que naquele – não se admite que as sentenças de inconstitucionalidade emanem a sua eficácia apenas *ex nunc* ou *pro futuro*, como na Áustria, e afirma-se, ao invés, que se trata, em geral, de uma eficácia que opera *ex tunc*, ou seja, também para o passado. Em outras palavras, quer na Itália quer na Alemanha, considera-se – como nos Estados Unidos da América – que o mero fato da inconstitucionalidade é causa de absoluta nulidade e, por conseguinte, de ineficácia *ipso iure* das leis, antes mesmo que esta inconstitucionalidade seja declarada, solenemente e vinculatoriamente, pela sentença da Corte Constitucional.

Uma vez mais, é preciso frisar que estas últimas diferenciações não passam de conceitos jurídico-positivos, ou seja, alteráveis e modificáveis, consoante as conveniências legislativas do momento e do Estado em que vigoram.

Nesta esteira de pensamento, a argumentação de que restaria incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro e a família jurídica romano-germânica, da qual pertence este, a adoção de um controle difuso de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* é fraca, podendo ser superada por simples alteração legislativa vez tratem-se de conceitos jurídico-positivos, cuja adoção pelo ordenamento não desnatura a idéia do controle de constitucionalidade.

A *ratio decidendi* – declaração de inconstitucionalidade ou da constitucionalidade de um ato normativo - que fundamenta e, desse modo, respalda a decisão do caso concreto –, passa, de igual modo, a possuir eficácia vinculante. Não se deve confundir, efeito *erga omnes* do dispositivo da decisão, com eficácia vinculante da *ratio decidendi*, a vinculação *erga omnes* e, portanto, vinculante para todos é da *ratio decidendi*, pois, dos motivos determinantes do julgamento do caso concreto.

Uma hipótese prática de efeitos *erga omnes* das decisões de controle difuso de constitucionalidade, que não se confunde com efeito vinculante dos motivos determinantes do julgamento do mesmo, é encontrado nas ações que viabilizam direitos difusos, *e. g.*, a ação civil pública que protege direitos de todos os cidadãos brasileiros.

Não deixou passar sem análise tal consequência o professor Dirley da Cunha Jr (2007, p. 108-109) para quem:

A sentença proferida em sede de ação civil pública, fugindo excepcionalmente à regra dos efeitos *inter partes*, fará coisa julgada *erga omnes*, limitada, porém, à competência territorial do órgão judicial prolator (LACP, art. 16, com a nova redação dada pela Lei nº 9494/97). Os efeitos da coisa julgada, entretanto, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente. Contudo, se procedente o pedido formulado na ação, os efeitos beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução da sentença (CDC art. 103,§3º). Essa extensão dos limites subjetivos da coisa julgada confere aos titulares de direito individual que não fizeram parte do processo da ação civil pública, o benefício de valer-se da condenação genérica decorrente desta ação coletiva para buscar a satisfação de seu direito individual sem a necessidade de propor nova ação de conhecimento (...)

Em razão, fundamentalmente, da eficácia *erga omnes* da sentença proferida na ação civil pública, alguns autores pregam a inidoneidade desta ação como meio de provocar o controle incidental de constitucionalidade dos atos do poder público. Alegam, em suma, que a ação civil pública, em face desses efeitos *erga omnes*, funcionaria como um sucedâneo da Ação direta de inconstitucionalidade, o que acarretaria, em consequência, uma usurpação da competência concentrada do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, a) ou dos tribunais de justiça dos Estados (CF, art. 125, §2º). O próprio Supremo Tribunal Federal, a princípio, adotou cegamente essa orientação doutrinária. Contudo, em arestos posteriores, a Corte foi mudando seu entendimento para admitir, em certos casos, a ação civil pública como meio idôneo de provocação de controle de constitucionalidade, desde que a questão constitucional configure simples questão prejudicial.

A eficácia *erga omnes*, neste caso, é da coisa julgada e não da *ratio decidendi* da decisão que julgou a ação civil pública, não se deve baralhar tais conceitos.

Enfim, Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 208) afirma que o controle difuso no Brasil é capenga, uma vez que “inspirados no exemplo americano, nós adotamos esse modelo de controle, mas sem adotarmos a doutrina do *stare decisis*”.

Como se vê, seria essa falha que pretendem os Ministros do STF suprimir a partir de uma interpretação mais elástica do micro-sistema jurídico do controle de constitucionalidade.

Continua Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 208):

Isso é causa determinante da falta de uniformidade decisória do controle de constitucionalidade entre nós. Enquanto que, nos Estados Unidos, as decisões do controle difuso são razoavelmente uniformizadas pela aplicação da doutrina do *stare decisis*, no Brasil, exatamente pela ausência desta doutrina, essa uniformidade não existe.

E o pior ainda está por vir. Uma mesma norma é objeto de ação direta junto ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula encarregado do controle concentrado e em abstrato, e, ao mesmo tempo, é também objeto de controle difuso, incidentalmente em casos concretos, em um ou vários (corriqueiramente, vários) órgãos judicantes do país. Se a multiplicidade de processos no controle difuso gera, comumente, decisões contraditórias – o que, dado a igualdade perante a lei, já não é desejável – o problema ganha feição bem mais grave quando essa contradição se dá em relação às decisões, em sede de controle concentrado, do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela guarda da Constituição.

Evidente, pois, a necessidade de harmonização de ambos os modelos, com o desiderato de equilibrar suas relações, visando, pois, minorar o problema de falta de uniformidade, segurança jurídica e igualdade que, como se sabe, não é benéfico a nenhum sistema jurídico.

Para Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 18):

A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos de natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria idéia de Direito. Assim a exigência de ordem resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar (conseqüentemente) os valores encontrados, pensando-os até o fim, em todas as suas conseqüências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais, - ou, por outras palavras: estão adstritos a proceder com adequação (...)

Dos excertos da obra de Claus-Wilhelm Canaris, extrai-se a necessidade de se pensar a teoria do Direito e, conseqüentemente, o controle de constitucionalidade à luz da boa-fé, de modo a exortar dos sistemas decisões distintas para situações iguais.

Ainda, algumas palavras de Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 290) sobre as benesses de uma uniformização das decisões em controle difuso de constitucionalidade:

Esta visão refratária é de um de pragmatismo inconcebível, pois, em prol de um suposto livre convencimento do juiz, joga fora todas as vantagens da doutrina do *binding precedent*. Cuida-se de uma visão romântica, irreal e, sobretudo, contrária ao interesse público.

Tome-se, como exemplo, a questão do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos em nosso país, onde convivendo ao mesmo tempo os modelos concentrado e difuso, estamos vivendo um momento de forte embate entre eles. A multiplicidade de processos com decisões diversas, relativas à legislação tributária, previdenciária, administrativa, para ficar apenas nas mais palpantes, requer mecanismos eficazes, sob pena de chegarmos ao total descrédito da Justiça por parte da população. Não se quer simplesmente enfraquecer o papel dos juízes de primeiro grau; o que se quer, para os processos de massa, é um reforço de jurisdição concentrada, que se faz necessária em busca de soluções expeditas e de uniformização das decisões. A questão é que, na harmonização dos dois modelos, é absolutamente necessário, pela própria natureza das coisas, que haja a predominância do sistema concentrado sobre o difuso. Em outras palavras, sendo o *imperium erga omnes* algo inerente às decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade (aqui, entenda-se tanto a ação direta de inconstitucionalidade com a ação declaratória de constitucionalidade), seus julgados não podem ser desrespeitados, sob pena de verem gravemente comprometidas as elevadas funções deste tribunal e, o que é pior, do nosso sistema constitucional como um todo.

Enfim, a vinculação dos motivos determinantes no julgamento em controle difuso de constitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, como querem os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, é mais um passo que assegura, de uma vez por todas, a aplicação da teoria do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro.

Em termos ideais: Não devemos pensar que a atuação do precedente e, aqui, fala-se do precedente advindo de uma decisão da questão constitucional no controle difuso de constitucionalidade, torna a solução do caso uma atividade mecânica, em que ao juiz cabe a

posição passiva de verificar se algum tribunal se pronunciou já sobre a matéria para, depois, decidir da mesma forma.

Para compreender o funcionamento da doutrina do *stare decisis* – e fazê-la funcionar, se for o caso – impôs-se, antes mesmo da análise acurada de pormenores do precedente e do caso em julgamento, uma prévia e exata compreensão dos significados diversos institutos jurídicos pertinentes à temática. Daí a necessidade de compreender os significados de institutos como *ratio decidendi* e *obiter dicta*, e identificá-los no precedente apontado; fora necessário, também, entre outras coisas, compreender e reconhecer, no cotejo entre o precedente e o caso em julgamento, a possibilidade de *distinguishing*, *overruling* e *overrinding*, para poder, devidamente, aplicar ou deixar de aplicar o primeiro no julgamento do segundo, como visto em ponto destinado à introdução ao vocabulário dos precedentes.

Como visto, o que as cortes estão obrigadas a seguir, é a *ratio decidendi* deste precedente. Daí ser conceito de *ratio decidendi* fundamental para o estudo da teoria do precedente obrigatório; e a primeira coisa que o operador do direito deve fazer, ao analisar o precedente judicial, é tentar identificar, distinguindo o que seja *obiter dictum* da parte da fundamentação que forma a *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* é a regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, como visto, a tese jurídica surgida a partir da análise do caso concreto.

No caso do controle de constitucionalidade difuso, a *ratio decidendi* será a questão de direito que envolve a compatibilidade do ato normativo com a Constituição.

Nesta quadra, não se pode olvidar, máxime pela aproximação – equiparação – dos institutos do controle concentrado e controle difuso de constitucionalidade da teoria que ganha foros de unanimidade do Supremo Tribunal Federal. Está-se, aqui, a falar da teoria da transcendência dos motivos determinantes que, em suma, traduz-se pela ampliação do efeito vinculante também à motivação das ações abstratas que instrumentalizam o controle concentrado de constitucionalidade³³.

³³ Colaciona o professor Dirley da Cunha Jr (2007, p. 194-196) em nota de rodapé decisão do STF na Reclamação nº 2986, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 18.03.2005: "FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ QUE DEFINIU PARA FINS DO ART. 100 § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, O SIGNIFICADO DE OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. DECISÃO JUDICIAL, DE QUE ORA SE RECLAMA QUE ENTENDEU INCONSTITUCIONAL LEGISLAÇÃO, DE IDÊNTICO CONTEÚDO, EDITADA PELO ESTADO DE SERGIPE. ALEGADO DESRESPEITO AO JULGAMENTO AO JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA ADI 2.868 (PIAUÍ). EXAME DA QUESTÃO RELATIVA AO EFEITO TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES QUE DÃO SUPORTE AO JULGAMENTO, 'IN ABSTRACTO', DE

CONSTITUCIONALIDADE OU DE INCONSTITUCIONALIDADE. DOUTRINA. PRECEDENTES. ADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. DECISÃO: Sustenta-se, nesta sede processual – presentes os motivos determinantes que substanciaram a decisão que esta Corte proferiu na ADI 2.868/PI – que o ato, de que ora se reclama, teria desrespeitado a autoridade desse julgamento plenário, que restou consubstanciado em acórdão assim ementado: ‘AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5250/2002 DO ESTADO DO PIAUÍ. PRECATÓRIOS. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. CF, ART. 100, § 3º, ADCT, ART. 87. Possibilidade de fixação pelos estados-membros de valor referencial inferior ao do art. 87 da ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37/2002. Ação direta julgada improcedente’. O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI), examinado na perspectiva de ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl. 1987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da ‘transcendência dos motivos que embasaram a decisão’ proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, a própria ‘*ratio decidendi*’, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, ‘*in abstracto*’, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que doutrina vem externando a propósito desta específica questão consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes que o Supremo Tribunal Federal vem a proferir em sede de controle abstrato especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de IVES GRANDA DA SILVA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES (‘o controle concentrado de constitucionalidade’, p. 338-345, itens ns. 7.3.6.1 à 7.3.6.3, 2001, Saraiva) e de ALEXANDRE DE MORAIS (‘Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional’, p. 2405-2406 item n. 27.5, 2ª edição, 2003, Atlas). Na realidade essa preocupação realçada pelo magistério doutrinário tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade por isso mesmo, hão de ser valorizadas em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatiza o magistério doutrinário (ALEXANDRE DE MORAIS, OSWALDO LUIZ PALU, ‘controle de constitucionalidade’, p. 50/57, 1999, RT; RITINHA AUZIRA STEVESON, TERCIO SAMPIO FERRAZ JR. MARIA HELENA DINIZ ‘Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia e supremacia’, p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, ‘Tribunal e Jurisdição Constituição’, p. 8/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos editor, CLEMERSON MERLIN CLÉVE, ‘A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 215-208, item n. 3 1995, RT, v.g). Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional proferidas pelo Supremo Tribunal Federal cuja função institucional de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivas no texto da lei fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência dessa Corte Suprema: ‘(...) a interpretação do texto constitucional do STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. (...) a não observância da decisão desta corte debilita a força normativa da constituição (...).’ (RE 203.498-AgR-DF, Rel. Min. GILMAR MENDES’ (grifei). Impende examinar, no entanto, antes de quaisquer outras considerações se se revelar cabível, ou não, na espécie o emprego da Reclamação quando ajuizada em face de situações de alegados desrespeitos das decisões que a Suprema Corte tenha proferido em sede de fiscalização normativa abstrata. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar esse aspecto da questão tem enfatizado em sucessivas decisões que a reclamação reveste-se de idoneidade jurídico-processual, se utilizada com objetivo de fazer prevalecer autoridade decisório dos julgamentos emanados dessa corte, notadamente quando impregnados de eficácia vinculantes: ‘O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO. – O descumprimento, por quaisquer juízes ou tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada em sua específica função processual a resguardar e fazer prevalecer no que concerne a Suprema Corte, a integridade a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente: Rcl. 1722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno). ‘(RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno)) cabe verificar, de outro lado, se terceiros ‘que não intervieram no processo objetivo de controle normativo abstrato dispõe, ou não, de legitimidade ativa para ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, quando promovida com o objetivo de fazer restaurar ‘*imperium*’ inerente às decisões emanadas desta corte proferida em sede de ação

Ensina Dirley da Cunha Jr (2007, 194):

Com efeito, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição, quando realizada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato, devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para supremacia e desenvolvimento da ordem constitucional, nada mais justificável que se aplique, fora da ação direta, o que ficou nela consubstanciado a título de fundamentos determinantes que basearam a decisão.

Como preleciona Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 139):

Aparentemente, a motivação das decisões é algo fundamental em um sistema jurídico como o inglês, que adota a doutrina do *stare decisis*, uma vez que, segundo essa doutrina, não é bem a decisão judicial do caso que é obrigatória, mas, sim, sua *ratio decidendi*, determinada através da cuidadosa análise da fundamentação dada pelo juiz ou tribunal. Há casos, todavia, em que é extremamente difícil identificar a

direta da inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, a propósito de tal questão, ao analisar o alcance da norma inscrita no art. 28 da lei n. 9868/98 (Rcl. 1880 AgR/SP, Rel. Min. MAURICIO CORRÊA), firmou orientação que reconhece a terceiros qualidade para agir em sede reclamatória, quando necessário se torne assegurar o efetivo respeito aos julgamentos desta Suprema Corte, proferidos no âmbito de processos de controle normativo abstrato: '(...) LEGITIMIDADE ATIVA PARA RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE. – Assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação àquele ‘particular ou não’ que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica por decisões de outros magistrados ou tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado em caráter vinculante pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de processos objetivos de controle normativo abstrato instaurado mediante ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade. Precedente. (...) (RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). Ver-se, portanto, que assiste ao ora reclamante pela legitimidade ativa ‘*ad causam*’ para fazer instaurar esse processo reclamatório. Impende verificar, agora, se a situação exposta pelo Estado de Sergipe na presente reclamação pode traduzir, ou não, hipótese de ofensa a autoridade da decisão que o Supremo Tribunal Federal proferiu, com eficácia vinculante em sede de fiscalização normativa abstrata no julgamento de ação direta ajuizada em face de diploma legislativo editado por outra unidade da Federação. Ou, em outras palavras, cumpre analisar, presente o contexto ora em exame se a ‘*ratio decidendi*’, que substancia o julgamento desta Corte proferida na ADI 2868/PI, apresenta-se, ou não, revestida de efeito transcendente, em ordem a viabilizar, processualmente a utilização do instrumento reclamatório. Parece-me que sim, ao menos em juízo de estrita delibação especialmente se considerada a decisão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu na Rcl. 1987/DF, Rel. Min. MAURICIO CORREA: ‘(...) ausente a existência de preterição que autorize o seqüestro revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionado ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva, dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.’ (Rcl. 1987/DF, Rel. Min. MAURICIO CORREA (Grifei). Essa mesma orientação, que reconhece o caráter transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes de decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de controle normativo abstrato veio a ser reafirmada no julgamento plenário da Rcl. 2363/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES, quando o eminente relator da causa fez consignar em expressiva passagem do seu douto voto, o que se segue: ‘(...) assinala-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um ‘*leading case*’ em hipóteses semelhantes tem se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário pude constatar que muitos juízes deste Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no ‘*caput*’ e § 1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade da lei em sede de controle difuso emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame. ‘(...) não há razão, para deixar de reconhecer o efeito vinculante da decisão proferida na ADIn. Nestes termos, meu voto é no sentido da procedência da presente reclamação.’ .

ratio decidendi. São decisões com fundamentação insuficiente, sem um princípio claro mesmo que implícito.

Daí afirmar-se que para a concessão de efeitos *erga omnes* ao controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, resta umbilicalmente ligada à necessidade de fundamentação substancial das decisões neste sentido.

O sistema constitucional brasileiro resguarda, expressamente, o direito fundamental a decisões judiciais motivadas em seu art. 96 inc. IX. Sucede, todavia, que, muita vez, esse direito fundamental tem sido aplicado em sua feição formal. Desse modo, propugna-se que seja o referido direito fundamental assegurado em sua dimensão substancial, sob pena de ferir o devido processo legal e inviabilizar a própria mecânica do controle difuso de constitucionalidade dotado de eficácia *erga omnes*. Parafraseia-se Lênio Luiz Streck para dizer que é necessário “fundamentar a fundamentação”.

Vê-se, pois, que um precedente judicial, no caso em apreço, uma decisão sobre uma questão de constitucionalidade, pode ser seguido em um caso posterior por possuir considerável poder de persuasão, ou ser seguido obrigatoriamente se presentes os lineamentos da doutrina do *stare decisis*.

Outro ponto, bastante tortuoso do tema, que não deve ser confundido com o efeito vinculante dos precedentes judiciais advindos do julgamento em controle difuso de constitucionalidade no STF, é saber se as decisões sobre as questões de constitucionalidade transitam ou não em julgado.

A tese dos ministros do STF segue, ainda que pela via argumentativa da mutação constitucional, caminho em que tais questões tenham força de lei somente podendo ser superadas por novo ato do poder legislativo, portanto, fazendo coisa julgada. Anui a esta tese, notadamente, em prol de uma segurança jurídica, bem assim pela aproximação que o controle difuso alcança junto ao controle concentrado.

Não se deve confundir, entretanto, coisa julgada com efeito vinculante do precedente judicial. Não é necessário, pois, qualquer alteração do art. 469 inc. III do CPC que expressamente expõe que não fazem coisa julgada a apreciação da questão prejudicial sobre a constitucionalidade de uma norma.

Neste sentido, aduzem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 24):

Partindo-se de um ponto de vista prático, a *stare decisis* em sentido horizontal corresponderia à nossa coisa julgada *erga omnes* em matéria constitucional, já que impede a rediscussão da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. Já a *stare decisis*

em sentido vertical, esta sim, sem dúvida, é idêntica ao efeito vinculante que emana das decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

Por fim, necessário frisar que, avaliar a conveniência de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo não é tarefa fácil. Várias questões devem ser sopesadas, sobretudo porque tal atitude implica uma forte contestação sobre a legitimidade do Poder Judiciário para tanto, bem como devem ser claramente constatadas, como também avaliado o “prejuízo” para a estabilidade das relações negociais constituídas sob a égide da lei declarada inconstitucional.

A proposta ora apresentada percorre senda que já é bastante difundida no modelo concentrado de controle de constitucionalidade, qual seja, a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Em regra, o controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro produz eficácia *ex tunc* às partes e eficácia *ex nunc*, caso o Senado Federal edite resolução que atribua à decisão efeitos contra todos.

O entendimento que ora se apresenta vai além, no sentido de que, ao decidir a questão de constitucionalidade no controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, ciente da eficácia *erga omnes*, possa, como o faz no controle concentrado e abstrato – art. 27 da lei 9868/99 -, modular os efeitos da decisão, caso haja excepcional interesse, para que esta produza efeitos a partir da decisão ou mesmo à partir de uma data futura estipulada pelo mesmo – *pro futuro*.

Como asseverado em outro ponto deste trabalho, com a notória aplicação da regra do *stare decisis* no Brasil, o que se propõe é que a possibilidade de modulação de efeitos das decisões possam, desde que tais decisões possam influenciar em número considerável de pessoas, ser aplicadas para além das fronteiras das decisões do controle de constitucionalidade, bem como para decisões que tratem, também, do posicionamento de um órgão judicial sobre normas infraconstitucionais.

Enfim, seria a necessidade de se levar em conta, na acepção de Antônio Menezes de Cordeiro (2002, p. 110-111), a sinécia, ou seja, um conjunto de regras que habilitando o intérprete-aplicador a pensar em conseqüências, permitem o conhecimento e a ponderação dos efeitos da decisão. Assim, deve-se ter em conta que “perante um problema a resolver, não se aplica apenas a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor.

Após alongada demonstração normativo-jurisprudencial da aplicação da regra do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro. Compete-nos, agora, tentar elucidar quais as razões para

adoção dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, é o que se observará nas linhas que se seguem

1.6 A CONDUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS AO NÚCLEO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

1.6.1 Razões alicerçais para a mudança: pragmáticas, políticas e jurídicas

Não restam mais dúvidas de que, com o advento do modelo político do Estado Democrático de Direito, instituído no Brasil, a partir da Constituição Cidadã, a Função³⁴ Judiciária estatal passou a ser detentora de um poder/dever para além do que possuía no modelo garantista do Estado Liberal ou mesmo do modelo provedor do Estado Social (*welfare state*) – que, para muitos, não ocorreu no Brasil -, qual seja, o de transformar a sociedade, tendo como norte os valores/princípios plasmados na Lei Maior pela Constituinte de 1988.

Neste contexto, o Direito passa a ser um instrumento de transformação da sociedade, seja porque regula a intervenção do Estado na economia, ou porque estabelece a obrigação de realização de políticas públicas, sempre sob o prisma dos direitos e garantias fundamentais, mormente o direito fundamental à efetivação da Constituição³⁵. Deste modo, é possível afirmar que esse modelo político de Estado assume, perante seus cidadãos, além das obrigações de fazer e de não-fazer, próprias dos modelos anteriores, verdadeiras *obrigações de transformar*³⁶, conferindo aos mesmos o direito subjetivo de exigí-las. Antes, porém, de seguir tratando da mudança constitucional nacional, é necessário ter em mente o cronograma histórico de tais mudanças no mundo ocidental.

³⁴ Alguns autores optam pela denominação Função Judiciária por entender mais adequada, tendo em vista que o Poder do Estado é uno, não podendo ser dividido, senão as funções deste poder, quais sejam: as Funções Legislativa, Executiva e Judiciária. Em nosso trabalho, entretanto, serão utilizados ora o vocábulo Função ora o vocábulo Poder por entendermos inócua tal diferenciação.

³⁵ Ensina Manoel Jorge e Silva Neto (1999, p. 25) que, a atuação do princípio da máxima efetividade se dar com maior reflexo no tratamento das normas com eficácia complementável de princípio programático, de modo que, à luz deste princípio, de tais normas, pode-se extrair os seguintes efeitos: a) impõem um dever para o legislador; b) condicionam legislação ulterior, na medida em que a normatividade editada poderá ser constratada com as cláusulas programáticas, examinando-se, desse modo, a sua adequação ao programa do Estado; c) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; e, por fim d) criam situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem.

³⁶ Pede a *vênia*, o autor deste estudo, para cunhar o neologismo jurídico, vez que nosso propósito reside na ênfase que se pretende dar ao novo papel do Direito como um potencial instrumento de transformação da sociedade inserida em um Estado que se pretende democrático.

A Europa, traumatizada pela 2ª Guerra Mundial, foi solo fértil para o nascimento de um novo Direito Constitucional. Essa reconstitucionalização, que fora iniciada imediatamente após a tragédia universal e se desenvolveu ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático.

Consoante Luis Roberto Barroso (2006, p. 2):

“A principal referência no desenvolvimento do novo Direito Constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí, teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional”.

Na seara dos Direitos Humanos, que foram, imensamente, relativizados – um eufemismo que, por hora, vale-se – durante a tragédia da segunda grande guerra, surge a Declaração dos Direitos do Homem de 10 de Dezembro de 1948, caracterizada pelo cunho universal e positivo dado à tutela de tais direitos: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido em que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

Para Norberto Bobbio³⁷ (1992), a Declaração Universal dos Direitos do Homem continha, em germe, a síntese de um movimento dialético. E quando se diz germe, é porque a Declaração Universal era apenas início de um longo processo, um ponto de partida para uma meta progressiva, cuja realização final não se podia ver.

A positivação dos Direitos Humanos em cada Estado deu-se com a incorporação de seus enunciados aos respectivos textos constitucionais, direitos estes que, quando incorporados aos referidos textos, eram denominados direitos fundamentais dos cidadãos.

³⁷ Ponto devidamente acentuado por Norberto Bobbio (1992), diz respeito à historicidade dos direitos do homem. Para ele deve-se levar em conta sempre o contexto histórico, uma vez que a vida do homem é dinâmica e como tal os seus valores. Logo a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do séc. XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro e como tal deve ser um sistema aberto a novos processos hermenêuticos, pois sua verdadeira efetivação depende, umbilicalmente, de tal processo de “diálogo” com a realidade histórica.

Na esteira das lições de Carl Schmitt, citado por Paulo Bonavides (2005, p. 251), pode-se dizer que os direitos fundamentais possuem dois critérios formais de caracterização. A *uma*, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. A *duas*, os direitos fundamentais, são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelos menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, os direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.

Aduz Luis Roberto Barroso (2006, p. 6), nesta esteira:

No caso brasileiro, o renascimento do Direito Constitucional deu-se, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado Democrático de Direito.

Esse segundo pós-guerra incorporou direitos de terceira dimensão³⁸³⁹ ao rol dos direitos individuais, garantidos pelo Estado Liberal (primeira dimensão), e sociais, providos pelo Estado Social (segunda dimensão). Para alguns autores, como Paulo Bonavides (2005, *passim*), a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta dimensão, que seriam os direitos à democracia, à informação e o direito ao pluralismo^{40 41}.

Já para Lênio Luiz Streck (2006a) o Direito, nessa nova concepção política de Estado, passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de

³⁸ Para Paulo Bonavides (2005), os direitos de terceira geração, dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, não se destinam especificamente à proteção dos interesses dos indivíduos. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como um valor supremo em termos de existencialidade concreto. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum a humanidade.

³⁹ O vocábulo dimensão substitui com vantagem lógica e qualitativa o termo “geração”, vez que por esse último induz a idéia de sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos de gerações antecedentes, o que não é verdade.

⁴⁰ Paulo Bonavides (2005) ensina que a democracia positivada enquanto direito de quarta dimensão há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia da comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo da exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.

⁴¹ Ainda, menciona Paulo Bonavides (2005), que a Democracia deve cumprir com sua obrigação de educar as Massas de maneira que não sejam facilmente manipuladas por “flibusteiros do totalitarismo”, tornando-as mais politizadas, conseqüentemente, mais cientes de seus direitos, tendo, ao final, a ciência de que lhe é de direito exigir aquilo que seja melhor para toda a coletividade. Por conseguinte, conclui o Autor que, apesar de algumas imperfeições é a Democracia o meio para a conformação de uma sociedade desigual como é a nossa em uma realmente Justa.

resgate das promessas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil.

Resultou deste contexto, ainda, o resgate do pensamento de Konrad Hess⁴²(1991) - defensor do método interpretativo hermenêutico-concretizador -, para quem a Constituição de um país possui força normativa, não devendo ser repositório de promessas vagas e espelho dos “fatores reais de poder”, como pretendia Ferdinand Lassalle⁴³(2001), sendo, portanto, em consonância com a realidade, dotada de uma força transformadora da sociedade e mais que um ser, um dever ser.

Na esteira do pensamento de Konrad Hess (1991) é possível afirmar que, com a promulgação da Constituição Cidadã – usando a denominação cunhada por Ulisses Guimarães – estabeleceu-se em nosso país um texto constitucional com potencial força normativa, continente de promessas de uma efetiva democracia, em um país onde nem mesmo se concebeu o modelo do Estado-provedor do início do século passado, vez que em solo brasileiro tal modelo não passou de um simulacro.

No mesmo diapasão, Gustavo Amaral (2001, p. 70-71) fala de uma “viragem paradigmática que envolve a idéia de que a Constituição não existe apenas para limitar a atuação do Poder Público, mas, sim, para converter-se em aliada do cidadão”.

Decorreu daí, com a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, a constitucionalização do Direito no Brasil, passando, aquela a exercer uma supremacia não apenas formal, mas substancial sobre todo o ordenamento. Neste sentido, toda a ordem jurídica deveria ser interpretada conforme os valores/princípios estatuídos na Constituição Federal de 1988. Logo, toda interpretação/aplicação jurídica deveria ser também uma interpretação constitucional.

Percebeu-se, portanto, uma ampliação substancial dos direitos e garantias fundamentais – tanto em sua concepção material como formal –, que, em uma Constituição analítica como a

⁴² Diferentemente de Lassalle (2001), Konrad Hesse (1991) defende que a Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser. Assim, ela procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Desse modo, a Constituição jurídica e a Constituição real estão em relação de coordenação, condicionam-se mutuamente, mas não dependem uma da outra.

⁴³ Ferdinand Lassalle (2001) entende ser, em síntese, a essência da Constituição de um país e assim a Constituição real e efetiva deste: “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”. Mas como explicar a formação de uma Constituição jurídica? Seria, para Lassalle, a Constituição jurídica de uma nação: “a disposição em uma folha de papel desses fatores reais de poder que ao adquirirem expressão escrita deixam de ser simples fatores reais de poder para se tornarem verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra lei e, por conseguinte é punido”.

brasileira, encontram-se dissolvidos por todo seu texto e não somente – como alguns, equivocadamente, advogam – no título II da Constituição, sem, logicamente, não olvidar-se dos denominados direitos fundamentais implícitos, que a despeito de não expressamente postos no texto, possuem valor igual àqueles, exemplo desses direitos é, o já consagrado pela Corte Constitucional, princípio/postulado da proporcionalidade/razoabilidade.

Deve aliar-se a essa percepção o fato de que, com a constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro e a necessidade deste ser interpretado *conforme* a Constituição Federal, esses direitos e garantias irradiaram-se por todas as searas jurídicas, tanto as de caráter público, como também as de caráter privado.

À evidência, assevera Lênio Luiz Streck (2006b) que o novo constitucionalismo, nascido da revolução copernicana do Direito Público traz, para dentro do Direito, temáticas que antes se colocavam à margem da discussão pública: a política, representada pelos conflitos sociais, os direitos fundamentais sociais historicamente sonegados e as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas no e a partir do Direito.

Diante desse novo paradigma, constata-se que o modelo positivista clássico de interpretação/aplicação do Direito queda-se por demais obsoleto e reticente – a despeito de ainda dominante no senso comum teórico dos juristas⁴⁴ –, haja vista que não se concebe mais o afastamento das discussões jurídicas das questões concretas da sociedade em prol de uma pureza normativa. Surge, daí, consubstanciada nas teses do constitucionalismo pós-guerra, a tentativa de aplicação de uma corrente de pensamento denominada, até então, de pós-positivismo; corrente esta em consonância com o neoconstitucionalismo, que tem como desiderato a condução dos valores – lêem-se princípios – ao centro do sistema jurídico e, dessa forma, dar efetividade substancial às normas constitucionais – não comportando

⁴⁴ Conceito cunhado por Luis Alberto Warat, citado por Lênio Luiz Streck (2006a). Para Warat, em termos gerais, o sentido comum teórico envolve todo o saber acumulado e toda a ideologia dos juristas, permitindo-lhes, assim, imprimir um caráter científico a seu discurso técnico normal. É o conhecimento que, difusamente se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. O sentido comum teórico tem uma função normativa na medida em que, por meio dele, os juristas podem atribuir significados aos textos legais, estabelecendo critérios redefinitórios. Dessa maneira, as convicções difusas – o de dirigir as relações sociais e o de legitimar a ação dos juristas. A segunda função é ideológica, uma vez que o sentido comum torna homogêneos os valores sociais e jurídicos, cria uma cosmovisão do mundo social e do Direito, e silencia o papel histórico deste, apresentando os deveres jurídicos como ética e socialmente necessários. A terceira função é retórica, complementando a anterior, no sentido de efetivá-la mediante um conjunto de argumentos para o raciocínio jurídico. Finalmente, derivada das anteriores, a quarta função é política: o saber acumulado assegura as relações de poder, isto é, permitindo apresentar os dispositivos de poder-plurais, dispersos e dependentes de múltiplas tendências – como um conjunto unívoco e ordenado.

decisicionismo ou voluntarismo⁴⁵ -, conferindo à Carta Maior, segundo Konrad Hess (1991), força normativa.

O embasamento filosófico para a efetividade deste novo paradigma constitucional deu-se com constatação da superação do modelo exegético-positivista de interpretação/aplicação do Direito, por restar este insuficiente à concretização das promessas do Estado Democrático de Direito, e o apogeu de uma corrente denominada pós-positivismo. A partir dessa corrente, ficou caracterizada a efetividade dos princípios/valores constitucionais, passando estes a ocupar *status* de norma jurídica plenamente aplicável mediante ponderação, cabendo ao magistrado, no momento da sua atividade de julgador, proceder à interação entre fato e norma – regras ou princípios/valores – e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa do caso concreto, sem cair, à evidência, no ativismo judicial.

Sobre o tema bem versou Mauro Cappelletti (1992, p. 41):

Constitui um dado da realidade que a legislação social do *welfare* conduz inevitavelmente o estado a superar os limites das funções tradicionais de “proteção” e “repressão”. O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um “gendarme” ou “*night wachman*”; ao contrário, o Estado Social – o “*État providence*”, como o chama, expressivamente, os franceses – deve fazer sua técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de promocional. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre “certo” e “errado”, ou seja, entre o caso “justo” e o “injusto”, *right and wrong*. E mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de direitos sociais do que meramente individuais.

Enfim, as promessas são percebidas. A pergunta que deve ser feita agora é: Como implementá-las? Como dar real força normativa à Constituição? A resposta, para tanto, não parece ser simples, haja vista tornar-se imperioso o rompimento paradigmático com o *modus* interpretativo/aplicativo do positivismo, uma aproximação entre constitucionalismo e democracia, a incorporação substancial de direitos fundamentais de terceira dimensão, quais sejam: direitos difusos e coletivos, também denominados direitos solidários, o resgate do pensamento da força normativa da Constituição, dentre outras tarefas.

Tudo isso simboliza os instrumentos para a consolidação das promessas do pós-guerra, promessas que se cumpridas, atribuiriam força normativa da constituição – o que desaguaria

⁴⁵ Para Luís Roberto Barroso (2006), o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

na idéia do poder transformador do Direito – e, por conseguinte, faria a travessia para uma verdadeira experiência democrática brasileira.

Em contrapartida, todavia, o aumento de atribuições conferidas ao Estado, com a instituição de um constitucionalismo compromissório e dirigente, trouxe ao âmbito público matérias antes reservadas à esfera privada, o que fez com que o pólo de tensão, que no Estado Liberal se manteve no Legislativo e no Estado Social, no Executivo, migrasse para o Judiciário⁴⁶. Este fato vem gerando um aumento considerável no número de demandas que, em sua maioria, tem como causa de pedir as promessas instituídas – porém, não cumpridas – pelo Estado Democrático de Direito, em que, frise-se, o Direito assume o papel transformador, em um país de democracia tardia como o Brasil.

Quanto ao referido deslocamento de forças asseverou Mauro Cappelletti (1992, p.45):

Certamente, o declínio da confiança nos parlamentos constitui fenômeno que se apresenta com diversos sentidos e gravidade em muitos países, em certa medida, porém, constitui elemento característico de todo mundo ocidental. De outro lado, causou problemas não menos sérios também a emergência do estado administrativo. Desnecessário mencionar o perigo de abusos por parte da burocracia, a ameaça da “tutela” paternalística, quando não opressão autoritária, sobre os cidadãos por parte do onipresente aparelho administrativo e, por isso, ao mesmo tempo distante, inacessível e ao orientado para o seu serviço, o sentimento de impotência e abandono que termina por invadir todos os cidadãos incapazes, ou sem vontade, de se reunirem em grupos poderosos, com condições de obter acesso às inumeráveis alavancas da máquina burocrática, exercitando pressões sobre ela, a abulia e o anonimato, enfim, da grande maioria dos que também tiveram aquela capacidade ou vontade, por meio da qual uniram-se à massa dos participantes de tais grupos poderosos de pressão. Não é decerto sem boas razões que tão grande parte da filosofia, psicologia e sociologia modernas trata exatamente dos termos da solidão e do sentido de abandono e alienação do indivíduo atual a sua “solidão na multidão”, tornados de escaldante atualidade. Paradoxalmente, o ideal do bem estar geral, em que se fundou o “estado social”, o *État providence* ou *welfare state*, terminou por lavar o campo no qual cresce a planta tentacular da infelicidade geral, com os seus agudos e perversos fenômenos, que conduzem, no limite, à droga e ao terrorismo.

Com a notável ampliação dos direitos e garantias fundamentais e com a característica transformadora atribuída ao Direito que, neste novo modelo político de Estado, deve, não só deixar de fazer ou fazer, conferindo garantias e direitos, respectivamente, mas também transformar substancialmente a sociedade, conferiram-se aos cidadãos o direito subjetivo de exigir a efetivação de tais promessas/direitos.

Tema que será mais aprofundado em capítulo específico deste trabalho, mas que não pode faltar neste momento por razões de clareza, é a percepção de que para o desempenho dessas

⁴⁶ Relevante, neste sentido, o dizer de Campilongo, citado por Lênio Luiz Streck (2005, p.257), para quem, no Estado Democrático de Direito, a Função Judiciária passa a integrar o circuito de negociação política: “garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça distributiva”.

novas atividades do Poder Judiciário, é preciso uma nova categoria de juízes, ou, melhor dizendo, juízes com novas atribuições para além daquelas que eram incumbidos nos estágios anteriores de desenvolvimento do Estado.

Neste sentido, são as palavras de Mauro Cappelletti (1992, p. 49):

Todos os juízes, e não apenas alguns daqueles novos juízes especiais (ou quase-judiciais), tornaram-se dessa maneira, os controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos, como também dos “poderes políticos”, nada obstante o enorme crescimento destes no Estado moderno, e talvez justamente em virtude desse crescimento.

Ocorre que a prestação desta jurisdição constitucional e a máquina judiciária, esta instrumento para efetivação daquela, nos moldes em que se apresentam, não conseguem dar vazão e, conseqüentemente, efetividade às pretensões que lhes são submetidas. As razões para tal estado de coisas são inúmeras: partindo-se de uma estrutura arcaica e burocrática, passando pela ausência de material humano nos órgãos desta Função, bem como por um sistema processual que privilegia a via recursal nas demandas em que é parte o Estado, por um modelo interpretativo fundado em um positivismo-legalista, culminando com a decisão política do poder público que, invocando a “cláusula da reserva do possível”⁴⁷, diz possuir recursos finitos para as pretensões infinitas de seus cidadãos, e assim, não cumpre, em muitos casos, nem o “mínimo existencial”⁴⁸.

Consoante Lênio Luiz Streck (2006b), presencia-se, no entanto, uma verdadeira crise que decorre da distância entre, de um lado, os direitos proclamados por esse novo paradigma constitucional e, de outro, as demandas decorrentes de uma sociedade carente de atendimento dos mais básicos direitos fundamentais sociais, assim como, até mesmo, dos próprios direitos de primeira dimensão – basta verificar como são tratados os pobres no plano da justiça criminal.

Com efeito, a busca por uma efetivação das promessas do novo modelo constitucional, uma vez que, sob o posicionamento da Corte Constitucional, entendeu-se que a Função Executiva estava de mãos atadas, pois dependia, a maioria das normas constitucionais, que prescreviam tais direitos/promessas, para sua implementação, de normas infraconstitucionais que as

⁴⁷ JJ Gomes Canotilho (1991, p. 131) vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais.

⁴⁸ Para Ricardo Lobo Torres (2004 p. 68): “O mínimo existencial, como condição de liberdade, postula as *prestações positivas* estatais de natureza assistencial e ainda exhibe o *status negativus*, das imunidades fiscais: o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência”.

regulamentassem – indo de encontro à inteligência do §1º do art. 5º da CF/88⁴⁹. –, aliada à morosidade da Função Legislativa em implementá-las, deu início a uma corrida ao Judiciário que, em pouco tempo, se viu abarrotado de pedidos de efetivação das promessas/direitos não cumpridos – muitas vezes não respeitados nem o mínimo existencial atribuído a tais direitos – , e sem a mínima condição de julgá-los com a celeridade com que deve ser concedida a prestação jurisdicional.

Aduzem Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 20), ao tratarem a questão que envolve o tempo da prestação jurisdicional que:

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece, explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um “prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível.

Não se pretende aqui afirmar que antes da Constituição Federal de 1988 a Função Judiciária do Estado era exercida de maneira ágil, mas, sim, aduzir que a morosidade se tornou caótica e incontrolável pelas razões acima mencionadas.

Impôs-se, desse modo, em especial na última década, uma “Cruzada” contra a morosidade do Judiciário. Uma das técnicas para conceder maior celeridade ao julgamento das demandas é a recepção da teoria do *stare decisis* no ordenamento e, portanto, concessão do efeito vinculante aos precedentes judiciais.

Entretanto, como se verá adiante, no afã de combater a mácula da morosidade, vem-se concedendo um tratamento ainda mais penoso àquela função, pois, a despeito da recepção da teoria do *stare decisis*, a sua aplicação vem sendo caracterizada por erros grosseiros e próprios de um ordenamento jurídico que sempre perfilhou os caminhos mais tradicionais da família do *civil law*.

Neste sentido, na base da inefetividade Constitucional, para além do problema relacionado à configuração política e econômica brasileira (democracia em consolidação, alternando longos espaços de ausência de Estado de Direito, a histórica desigualdade social, a cultura paternalista) encontra-se consolidada uma cultura jurídica positivista que, em tempos de força

⁴⁹ Nesse sentido, ensina o professor Dirley da Cunha Júnior (2004): “(...) as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais têm aplicação imediata, o que significa afirmar que, em princípio, essas normas têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem efetividade ou eficácia social. Defendemos que o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário)”.

normativa de precedentes, não consegue conjugar a celeridade com a legitimidade na aplicação do direito.

Seguem, enquanto isso, os operadores do direito, como meros operadores, longe de serem protagonistas, vez que não conhecem suas possibilidades hermenêuticas de produção de sentido. Consideram, pois, que sua missão e seu labor é o de apenas reproduzir os sentidos previamente dados que possuem a fala autorizada. Não se consideram, pois, dignos de dizer o verbo, de criar o discurso próprio.

Constata-se, assim, em tempos correntes, como consequência da crise de efetividade qualitativa e quantitativa em que está mergulhada a operacionalidade *stricto sensu* do Direito, uma busca incessante pelo desafogo e aceleração da Função judiciária, em especial nos graus mais altos desta.

Com efeito, o diagnóstico é preciso: O Judiciário está abarrotado e moroso. Entretanto, com o escopo de desafogá-lo e restabelecer sua legitimidade dando-lhe celeridade, vem se lançando mão de um paliativo inapropriado à gravidade da chaga que macula aquele, qual seja: uma reforma legislativa incompleta, valendo-se, todavia o Legislativo, da pirotecnia midiática para anunciar um *Messias* a cada lei elaborada num espírito de legislação de emergência.

Com efeito, no que tange às razões pragmáticas, salta aos olhos que, visa o Estado, com a condução dos precedentes judiciais *lato sensu* ao centro do sistema jurídico pátrio, por tudo que já fora exposto linhas acima, a diminuição dos números de processos colocados sob análise das órgãos jurisdicionais do país, notadamente, os processos em trâmite nas altas cortes do Poder Judiciário, razão, inclusive, bastante justa, haja vista que, ante aos números de processos incumbidos a cada Ministro, o que se tem, em verdade, é uma ilusão de justiça.

Há uma frase de Ruy Barbosa (2005) que diz: “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. O magistério do jusfilósofo baiano é de uma atualidade tal que nem parece já transcorrido mais de um século desde então.

A lentidão da prestação jurisdicional já incrustada no inconsciente coletivo da comunidade jurídica brasileira tornou-se, mormente no final do último século e início deste, o nó Górdio⁵⁰

⁵⁰ Referência ao conto da Mitologia em que se relata a estória de Midas – aquele que transformava tudo que tocava em ouro -, este era rei da Frígia e filho de Górdio, um pobre camponês, que foi escolhido pelo povo para rei, em obediência à profecia do oráculo, segundo a qual o futuro rei chegaria numa carroça, com a mulher e o filho. Tornando-se rei, Górdio dedicou a carroça à divindade do oráculo, amarrando-a com um nó, o famoso nó górdio, a propósito do qual se dizia que, quem fosse capaz de desatá-lo, tornar-se-ia senhor de toda a Ásia. Muitos tentaram em vão, até que Alexandre Magno chegou à Frígia, com suas conquistas. Tentou também desatar o nó, com o mesmo insucesso dos outros, até que, impacientando-se, arrancou da espada e cortou-o.

a ser desatado pelo poder público, a fim de que se reincorpore legitimidade a essa Função Estatal.

À toda evidência, faz-se necessário dar celeridade ao Judiciário brasileiro, tendo em vista que a sua morosidade gera, como visto, a sensação de injustiça. Ainda, é a morosidade da justiça um dos entraves ao crescimento socioeconômico do país, principalmente no que tange aos investimentos feitos por capital estrangeiro, haja vista que aquela fomenta o denominado “Custo Brasil”, este, ponto nevrálgico para a ausência de um investimento maior de empresas estrangeiras, como se dá em outros países denominados emergentes.

Ante a tal estado de coisas, o Estado brasileiro viu-se obrigado a criar mecanismos que otimizassem o Poder Judiciário em nome da efetividade, produtos derivados, pois, de construção legislativa e jurisprudencial. Um deles, não resta dúvida, é a concessão de efeitos vinculante aos motivos determinantes no julgamento de um recurso extraordinário, precisamente, da questão constitucional posta sob análise do Supremo Tribunal Federal, como exaustivamente explanado no tópico anterior.

As razões políticas também restam claras, notadamente se se considerar a concessão de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante aos motivos determinantes do julgamento – *ratio decidendi* - dos precedentes advindos do controle difuso de constitucionalidade desenvolvido pela atual composição do STF. Em verdade, essa mudança de rumos visa a aproximação das atividades do Supremo Tribunal Federal e de sua concepção, enquanto órgão estatal, dos Tribunais Constitucionais da Europa-continental. Isso passaria pelo esvaziamento da função de corte de apelação que é atribuída ao Supremo Tribunal Federal, resumindo suas atividades às questões mais complexas, donde poder-se-ia extrair teses e não meras decisões em situações jurídicas concretas.

As razões jurídicas dessa mudança sustentam-se, como visto, no fundamento de que tais alterações não alcançam os conceitos lógico-jurídicos do sistema jurídico, mas também, busca-se, em verdade a regulamentação de normas regras e normas princípios constitucionais que prezam pelo princípio da prestação jurisdicional célere, do princípio da igualdade, do princípio democrático e do princípio da segurança jurídica.

Neste sentido, são as palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 20):

Esses mecanismos processuais visam compatibilizar as decisões jurisdicionais, uniformizando-as, concretizando, dessa ordem, o valor constitucional da igualdade

Quando, depois, conseguiu subjugar toda a Ásia, começou-se a pensar se ele cumprira os termos do oráculo em sua verdadeira significação.

no formalismo processual. Acabam por velar, nesse azo, pela unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, sobre racionalizar a atividade judiciária, importando em notável economia de atos processuais. Além disso, têm por desiderato racionalizar a atividade judiciária, impedindo que recursos em confronto com a orientação dos Tribunais Superiores tenham seguimento, ocupando inutilmente a estrutura judiciária.

Para Celso de Albuquerque Silva (2005), classicamente, o efeito vinculante tem sido considerado a melhor política judicial porque permite concretizar a regra da justiça consubstanciada no mandamento isonômico de que os iguais devem ser tratados igualmente. Desse princípio defluiu a regra de que litígios judiciais substancialmente semelhantes devem ser destinatários de decisões judiciais idênticas. Essa regra de justiça, portanto, exige um coerente tratamento dos casos judiciais. As decisões judiciais precisam ser justificadas e é essa necessidade de justificação que impõe uma exigência de coerência com padrões públicos de justiça. Um desses princípios públicos de justiça é, como visto, o de que casos iguais devem ter tratamento igual. Como a coerência das decisões judiciais se dá com princípios públicos de justiça, esses princípios são externos à própria decisão e se aplicam tanto a decisões concomitantes como a decisões futuras, e essa aplicação a decisões futuras é que forma a base legitimadora da adoção do efeito vinculante de precedentes judiciais, conferindo uniformidade no tratamento jurídico dos litígios sociais.

Neste passo, ainda, aduz Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 177) que, a redução da carga de trabalho dos Tribunais superiores não é a única razão pela qual deve ser seguido o modelo de vinculação aos precedentes judiciais, a saber:

O efeito vinculante, do qual a súmula vinculante é apenas a forma de operacionalização no contencioso concreto, tem finalidades muito mais amplas e nobres do que simplesmente reduzir a carga de trabalho dos Tribunais Superiores. Essa também é uma vantagem decorrente de sua adoção, mas não é a única, menos ainda, a primeira ou mais importante. Como visto, o efeito vinculante visa assegurar um tratamento igualitário entre os jurisdicionados, notadamente os menos favorecidos que têm sido excluídos dos benefícios da cidadania, naquelas causas de repetição. Visa ainda garantir a imparcial aplicação da lei, assegurando previsibilidade dos efeitos decorrentes dos preceitos normativos, maximizando, por conseqüência, o âmbito de liberdade dos cidadãos. Dessa previsibilidade e da estabilidade do direito é que, mediatemente, decorre a maior eficiência da máquina judiciária, inclusive, com a redução de sua carga de trabalho em virtude da diminuição das demandas civis e penais face à estabilização do sentido do direito vigente naquela coletividade. É também um grande instrumento para coartar o arbítrio judicial, pois reforça o *judicial restraint* e o princípio da maioria que pertence ao Legislativo, promovendo de forma indireta o princípio democrático.

O princípio da igualdade – inerente em todas as concepções de justiça –, bem como os princípios da legalidade e da democracia, são, neste sentido, razões jurídicas para o acolhimento de uma teoria do *stare decisis* em nosso ordenamento.

Ciente de que toda e qualquer norma jurídica fornece, em maior ou menor grau, uma margem de discricionariedade quando da sua concretização, nada impede afirmar, contudo, que é necessário que tais decisões contenham um grau mínimo de coerência. Informa Celso de Albuquerque Silva (2005) a necessidade de verificação de duas coerências, a atual e a futura, sendo que a primeira consiste na exigência de coerência na aplicação da lei em decisões concomitantes e contemporâneas – que deflui do princípio de justiça formal da igualdade de que os iguais devem ser tratados igualmente –, já a segunda, consiste no fato de que as decisões judiciais, em princípio, não se alteram quando se passa de decisões concomitantes para decisões futuras, ou seja, aquelas separadas por um determinado lapso temporal.

No que se refere ao princípio da legalidade⁵¹, o efeito vinculante substancia tal princípio no momento em que é capaz de, ao estabilizar a jurisprudência, fornecer orientações à conduta humana e padrões de crítica de tal conduta.

Vê-se ser decorrente do princípio da legalidade a própria idéia de segurança jurídica que tanto busca-se assegurar com a aplicação do efeito vinculante aos precedentes judiciais.

Aduz, sobre o tema, Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 78-79) que:

Os valores que subjazem à adoção do efeito vinculante em razão do princípio da legalidade podem ser assim resumidos: 1) maximiza a liberdade ao tornar previsíveis as conseqüências legais na sua aplicação ao comportamento dos cidadãos, permitindo-lhes, então, planejar melhor seu futuro; 2) maximiza a justiça substancial por não frustrar a confiança dos cidadãos na história institucional pretérita; 3) a eficiência que se obtém, em termos de tempo de corte e dos demais operadores do direito, ao se ter conseqüências legais previsíveis para possíveis lides; 4) o ganho de igualdade obtido toda vez que a questão envolvendo um grande número de pessoas é conferindo o mesmo resultado.

Neste sentido, ainda, prossegue Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 79-80):

A estabilidade e certeza do direito são um forte argumento em favor da adoção do efeito vinculante. A ausência de uma diretriz relativamente segura para a solução de determinada controvérsia conduz inevitavelmente a um permanente estado de insegurança e, conseqüentemente, injustiça. A uniformidade, estreitamente relacionada com a questão da estabilidade, é outro argumento em favor da adoção desse instituto. A uniformidade serve a vários interesses: Em primeiro lugar dá previsibilidade às decisões judiciais, como o que se capacita qualquer sistema jurídico alcançar seus objetivos. Isso porque essa mesma previsibilidade proporciona a redução do custo de manutenção de todo o sistema legal, na medida em que quanto mais previsíveis são os sentidos das normas legais é menos provável que os

⁵¹ Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 82-83) assevera que “o efeito vinculante é corolário do princípio da legalidade, pois sua adoção é uma das formas de sua concretização. O efeito vinculante roborá o princípio de que ninguém está acima da lei nem mesmo o juiz. Assim, se temos em conta a possibilidade de que as decisões dos juízes, porque expressamente contrárias ao entendimento já esposado pelos Tribunais Superiores, embora necessariamente não o sejam, possam vir a ser interpretadas pelo público leigo, como sendo frutos não de uma reflexão racional, mas de uma manifestação arbitrária da vontade de um único juiz, isso tiraria, dessa decisão, muito do seu poder moral que impede os jurisdicionados a obedecê-la”.

indivíduos as transgridam, o que implica numa geral redução de demandas civis e penais.

Tratando, neste ponto, sobre o princípio democrático como razão jurídica para implementação do efeito vinculante no sistema jurídico brasileiro, Celso de Albuquerque Silva (2002, p. 306-307) ensina que:

O princípio democrático importa no reconhecimento da supremacia do Poder Legislativo para a elaboração das diretrizes políticas a serem desenvolvidas e implementadas com o objetivo de assegurar a boa vida dos cidadãos, através de uma melhoria das condições econômicas, sociais ou mesmo políticas da comunidade, em razão do princípio da maioria decorrente da forma representativa de sua estruturação. A adoção do efeito vinculante presta respeito ao princípio da maioria decorrente da forma representativa de sua estruturação. A adoção do efeito vinculante presta respeito ao princípio da maioria ao capacitar o judiciário a resistir à tentação de repentinamente “legislar” ainda que para o caso concreto, quanto a questões em que existem sérias divergências na comunidade sobre o que é melhor para ela. O judiciário vinculando-se a uma determinada interpretação sobre tais temas, de um lado impede que o Legislativo se demita dessa sua função essencial e, de outro, possibilita à coletividade que inste os seus representantes legitimamente eleitos a corrigir qualquer interpretação judicial porventura incorreta ou inconveniente. O efeito vinculante, portanto, atua como um autocontrole da função normativa dos tribunais (*judicial self-restraint*) e reduz o impacto de uma possível arbitrariedade judicial no manejo desse poder criativo que deve se submeter, tanto qualitativa quanto quantitativamente, ao poder normativo do Poder Legislativo.

Ademais, no que tange às alterações dos precedentes advindos do controle difuso de constitucionalidade, observa-se a fundamentação adotada pelo Ministro Gilmar Mendes, quando da prolação da decisão que concedeu ao precedente judicial advindo do controle difuso de constitucionalidade eficácia *erga omnes*, bem como vinculação aos motivos determinantes do julgamento. Servindo, pois tais argumentos, como fundamentação jurídica para essa específica alteração.

Informa o Ministro Gilmar Mendes que com a inserção do modelo de controle concentrado no ordenamento jurídico brasileiro a partir da EC 16/1965, bem assim, como o recrudescimento do referido modelo, com as ampliações trazidas pela Constituição Federal de 1988, ficou inócuo o dispositivo albergado pelo constitucionalismo brasileiro desde 1934, que preceitua que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade difuso necessitariam de intervenção do Senado Federal para adquirir foros de generalidade. Isso porque, a autorização concedida ao Supremo Tribunal Federal em uma hipótese de controle de constitucionalidade – concentrado – resvalaria na hipótese dessa mesma característica ser aplicada ao controle difuso de constitucionalidade.

Verifica-se, ainda, na argumentação constante do voto do Ministro Relator, corroborando com a possibilidade de generalização de efeitos do controle difuso de constitucionalidade, a assertiva de que o próprio Supremo Tribunal Federal optou pela dispensabilidade de se

encaminhar ao Pleno da Corte decisão tomada por uma de suas Turmas sobre constitucionalidade/inconstitucionalidade, desde que já tenha ocorrido manifestação do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido.

Seria, como asseverou o Ministro Gilmar Mendes, uma hipótese de evolução das formas e dos métodos de controle de constitucionalidade⁵².

Para tanto, pugnam por uma mutação constitucional⁵³, de modo a que a interpretação da Constituição possa levar a que o STF produza novos textos, isto é, interpretações que, levadas

⁵² Eis o conteúdo do informativo publicado no site do STF na segunda semana de Fevereiro de 2007: *Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle de Constitucionalidade*: O Tribunal iniciou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O Min. Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Preliminarmente, quanto ao cabimento da reclamação, o relator afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada. No ponto, afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, depois, superada essa questão, examinar o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia *erga omnes* da decisão no HC 82959/SP dependeria da expedição da resolução do Senado suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X). Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade.

Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335)”

⁵³ Informam Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2007, p. 20) que: “Essa tese foi formulada pela primeira vez em fins do século XIX e inícios do século XX por autores como Laband (*Wandlugen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1895) e Jellinek

aos limites, façam soçobrar os limites semânticos do texto no que ele vinha sendo entendido na tradição constitucional.

As razões alhures apresentadas fundamentam a postura do Estado nas alterações dos conceitos jurídico-positivos que informam o sistema de aplicação dos precedentes judiciais *lato sensu*, dentre eles, os precedentes advindos do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio. Sucede que, neste caso, as alterações não são feitas pelo legislador constituinte derivado, mas pelo próprio Tribunal Maior.

Verifica-se, pois, serem as razões políticas, pragmáticas e jurídicas bastante justas para que ocorram as referidas mudanças.

Sucede, contudo, que a maneira como vem sendo implementado esse deslocamento de forças no sistema jurídico nacional, trilha caminho movediço e tortuoso, de modo que passa-se, neste momento, às críticas quanto a esta tese.

1.6.2 *Status quo* da aplicabilidade dos precedentes judiciais: uma crítica que se impõe

Como dito linhas acima, faz-se necessário tornar a prestação jurisdicional mais célere e uniforme e, portanto, consentânea com o postulado do devido processo legal em sua feição substancial.

Observa-se, todavia, que a busca e a implementação de meios que possam dar maior celeridade e uniformidade à prestação jurisdicional – ressoado como um mantra entres os operadores do direito – vem, da maneira como são implementados e aplicados, eivados de algumas imperfeições.

Neste sentido, a despeito de a vinculação aos precedentes judiciais não estar expressamente disposta como atributo da maioria dos institutos anteriormente analisados, não restam mais dúvidas quanto à vinculação tácita que lhes é peculiar. Partindo dessa premissa, passar-se-á a

(*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berli, 1906), e mereceu mais tarde conhecidos desenvolvimentos de Hsü-Dau-Lin (*Die Verfassungswandlung*, Leipzig, 1932). Como bem afirmam os professores Artur J. Jacobson (New York) e Bernhard Schlink (Berlim), em sua obra *Weimar: A jurisprudence of crisis* (Berkeley: *University of California*, 2000, p. 45-46), o dualismo metodológico positivismo legalista-positivismo sociológico que perpassa toda a obra de Jellinek *Verfassungsänderung e Verfassungswandlung* (Berlim, Häring, 1906) e que serve de base para a tese de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), impediu o jurista alemão de lidar normativamente como o reconhecimento daquelas que seriam as influências das realidades sociais do Direito. A mutação constitucional é assim tida como fenômeno empírico e não é resolvido normativamente: Jellinek não apresenta um substituto para o positivismo legalista, mas apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais”.

análise dos efeitos do poder vinculante e conseqüente força normativa atribuídos aos precedentes, bem como do *status quo* dos precedentes judiciais *lato sensu*.

Necessário registrar, mais uma vez, que é bastante temerário o efeito vinculante conferidos aos precedentes judiciais, nos termos como está se aplicando. A vinculação às decisões anteriores, como vem sendo posta – ou imposta –, traduz-se em uma camisa-de-força que fere de morte, inexoravelmente, as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro. O Ministro Celso de Mello, quando no exercício da presidência do STF, já afirmara que a eficácia prática do princípio da súmula vinculante – exemplo que, *ex expositis*, pode ser estendido aos precedentes como um todo – é altamente questionável, vez que faz transparecer um perigoso dirigismo estatal, que frustra a função transformadora e criadora dos magistrados de primeiro grau.

Tal estado de coisas faz surgir, ainda, um perigoso ecletismo, isso porque, no sistema da *common law* há uma cultura jurídica já consolidada e mais bem desenvolvida no que tange à fundamentação das decisões. Já no sistema da *civil law*, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, não se percebe uma cultura robusta que enalteça a fundamentação substancial das decisões. Assim, com a força vinculante concedida aos precedentes, bastará que a decisão mencione um deles para ser válida. Ora, nessa perspectiva, haverá no sistema jurídico brasileiro o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de fundamentação.

É dizer, a fundamentação das decisões, que no direito brasileiro, a despeito de ser um direito fundamental, não é muito desenvolvida, quando se considera a clareza e substancialidade desta fundamentação em muitas decisões, adquire no sistema da *common law* uma propriedade fundante de qualquer decisão.

Por tudo que aqui já fora explanado, a lógica da aplicação do efeito vinculante não prescinde de decisões judiciais com fundamentações bem desenvolvidas, dotadas, portanto, de clareza e abordagem fática suficientes para fácil detecção da *ratio decidendi* e da facilitação na realização do *distinguishing*.

Sobre o tema trataram Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 384):

Quando se estuda a força vinculativa dos precedentes judiciais (enunciado da súmula da jurisprudência predominante de um tribunal, por exemplo), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação. Assim, as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por indução uma regra geral que pode se aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode generalizada (...). Tudo isso nos leva a uma importância

advertência: não bastasse a exigência constitucional de a decisão ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação de seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra a ser observada em outras situações.

Corroboram o tema Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 189), pois, ao tratar sobre o conteúdo das decisões judiciais:

Pode-se constatar a importância para o trabalho com precedentes: (a) da produção de um relatório detalhado sobre os fatos relevantes para a decisão; (b) de uma ampla e transparente fundamentação dos julgados, estes dois primeiros, requisitos essenciais à adequada extração da regra vinculante; (c) da divulgação adequada e célere das decisões judiciais; (d) de sua sistematização/organização por assuntos, a fim de facilitar a pesquisa; (e) do desenvolvimento de técnicas de argumentação e do treinamento de profissionais no raciocínio analógico.

Não se viu, entretanto, ao lado da condução dos precedentes judiciais ao centro do sistema jurídico brasileiro e, pois, conseqüente recepção da teoria do *stare decisis* um incremento da consciência da necessidade de uma fundamentação substancial das decisões, notadamente daquelas advindas dos tribunais superiores.

Para Wilson Alves de Souza (2008, p. 200):

A motivação das decisões judiciais se insere no princípio do processo devido em direito. Isso significa dizer que não atende ao princípio do processo devido em direito – este, inquestionavelmente, um direito fundamental, sob todos os aspectos – um sistema jurídico que permita aos seus juízes decidir a respeito da vida, da liberdade, da propriedade e demais bens das pessoas, em atenção especial às partes, mas também à sociedade, ainda mais quando tal sistema se proclama um Estado democrático de direito.

É dizer, a despeito de ser a motivação das decisões judiciais um direito fundamental do cidadão, direito este plasmado no art. 93 inc. IV da CF/88, a motivação dos julgados não passa de um simulacro, vez que não se vê uma fundamentação substantiva das decisões.

Aduzem Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 289) que:

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado. A própria Constituição Federal, em seu art. 93, IX, estabelece que toda decisão judicial deve ser motivada e, fugindo um pouco à sua linha, normalmente principiológica e descritiva, prescreve norma sancionadora, cominando com pena de nulidade para as decisões judiciais desmotivadas. Ainda, porém, que não houvesse disposição constitucional nesse sentido, o princípio da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito.

Neste sentido, corroboram as palavras de Mauro Cappelletti (1992, p. 132):

Numa sociedade aberta e democrática devem ser patentes as reais razões de qualquer escolha judiciária e revelados os conflitos entre as várias soluções possíveis, evidenciando-se, de tal maneira, também os elementos de incerteza, abrindo-se caminho, se for o caso, para intervenções reparadoras do legislador.

A fundamentação no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo com a recepção da teoria do *stare decisis* que concebe efeito vinculante à *ratio decidendi* dos precedentes judiciais é praticada, ainda – o que leva a graves problemas quando se fala em efeito vinculante dos precedentes judiciais –, amplamente em sua feição formal.

Prova o que aqui se alega o fato de comumente se verificar em decisões interlocutórias expressões como: “presentes os pressupostos legais autorizadores da tutela antecipatória, eis que a concedo”, “indefiro o pedido liminar por falta de amparo legal”. Essa prática, inclusive, é verificada em sentenças de mérito – e aqui reside o maior perigo –, em que é possível encontrar-se expressões como: “tendo em vista as provas produzidas nos autos são convincentes, acolho o pedido”.

Em segunda instância não é diferente, haja vista que não raro vislumbramos acórdãos cujo teor consiste em: “Confirmam a sentença apelada pelos seus próprios fundamentos”.

Exemplos como estes demonstram que o direito fundamental à motivação das decisões judiciais não tem sido observado em sua feição substancial, mas, em muitos casos, somente formalmente é atendido.

Essa questão fora tratada por Wilson Alves de Souza (2008, p. 209), que assim aduz:

Em verdade, pensamos que não existe esta distinção entre fundamentação formal e fundamentação substancial. Ao que se chama de fundamentação formal, fundamentação não é. A motivação da sentença posta em termos concisos não pode, absolutamente, ser confundida com essa falsa fundamentação, equivocadamente qualificada como formal. Qualificar de tal modo de proceder do juiz como fundamentação formal é oferecer algum merecimento ao que só merece crítica contundente e desqualificação, pelo desprezo que se dá às partes e ao público em geral e pelo arbítrio que revela. O que existe aí é uma verdadeira mistificação, jamais uma fundamentação. De certo modo, melhor seria nada dizer à guisa de fundamentação, porque quem nada diz, apesar de não ser menos arbitrário, ao menos não ilude aos incautos ou não tenta enganar os mais capacitados.

Cumula-se ao que fora asseverado acima o fato de que no Direito brasileiro os precedentes judiciais – uniformizados ou não – são aplicados de forma descontextualizada e automática, enquanto que na doutrina do *stare decisis* americana o *precedent* é analisado de forma pormenorizada, analisando-se as similitudes dos fatos e do direito, e, só a partir daí, aplica-se ou não a tese jurídica anterior ao caso novo.

Verifica-se, pois, a ausência de uma aproximação – que pode ser qualificada como desconhecimento – com o manejo da técnica do *distinguishing*.

Outros problemas, advindos com a nova conformação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, são apresentados por Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 190):

Em uma análise das diferenças entre os sistemas de *common law* e de *civil law* no que concerne à metodologia de trabalho com precedentes, Neil MacCormick e Robert S. Summers identificaram, dentre outros, os seguintes pontos de distinção quanto ao manejo de precedentes em países do *civil law*: (a) publicação das decisões, com escasso detalhamento dos fatos e da fundamentação; (b) ausência detalhada do precedente a ser aplicado e do caso concreto à luz dos *material facts*; (c) não diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*; (d) não desenvolvimento de uma metodologia de distinção entre precedentes já fixados e novos casos trazidos a julgamento; (e) insuficiência de um único precedente para gerar vinculação, sendo necessária a *line of precedents*; (f) superação ou distinção de precedentes sem sequer mencionar o fato ou fundamentá-lo.

Outro ponto de crítica à função dada aos precedentes judiciais no ordenamento foi tratado por Eros Roberto Grau (2005). Com efeito, fazendo a distinção entre texto normativo, que é alográfico, e produzido pelo Poder Legislativo, e normas⁵⁴, que são produzidas pelo intérprete autêntico (juiz, tribunal) no quadro de um determinado caso, o Ministro lembra que as decisões do STF – podendo ser o entendimento estendido a quaisquer precedentes – são o resultado de sua produção normativa, atividade que envolve interpretação/aplicação, pois, é desempenhada não apenas a partir de elementos que se depreendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Tais decisões são, portanto, normas.

Continua, Eros Grau (2005, p. 87), ensinando:

Essas normas são transformadas em textos no momento em que assumem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos da Função Judiciária e da Administração Pública. As normas – produzidas pela Função Judiciária em face de um caso concreto – são o produto final de interpretação/aplicação de um texto normativo. Desse modo, a ampliação da eficácia da decisão judicial, ao ponto de alcançar quem não tenha participação no caso ao qual o direito foi aplicado/interpretado, apenas se pode dar na medida em que se expresse como eficácia do texto, não da norma contida na decisão. Da mesma forma, o efeito vinculante que transcende os limites do caso objeto da decisão é efeito do texto não daquela mesma norma. Com isso, é imperioso dizer, assevera o mestre paulista, que a atribuição de eficácia contra todos e de efeitos vinculantes às decisões de que trata – e, acrescento, às Súmulas editadas – sejam dos Tribunais Superiores, como dos tribunais de segundo grau e, em última análise, juízes singulares – nestes não se aplicando o que fora dito às Súmulas –, importa em atribuir-lhes função legislativa.

Ora, com o poder dado aos precedentes judiciais proferidos, tanto pela cúpula do Judiciário como pelos Tribunais de segunda instância e, ao que se vê, pelos juízes singulares, passa o Poder Judiciário do Estado a mitigar a harmonia e a independência que deve existir entre os

⁵⁴ Para Eros Roberto Grau a norma jurídica é, enquanto texto normativo, um direito em potencial, e é somente com o proferimento de uma decisão que teremos o direito em si, o que o Ministro da Corte Constitucional denomina de norma-decisão.

poderes da república, transparecendo – da maneira como são aplicados – a total ilegitimidade do poder vinculante e normativo conferido aos julgados.⁵⁵

Essa linha de pensamento leva a seguinte questão: Possui o Poder Judiciário legitimidade para tal? A resposta nos é dada por Lênio Luiz Streck (1998) que, por sua vez, aduz ser, a tentativa de elevar o Judiciário, que não é eleito, sobre o Legislativo, que o é, antidemocrática. Frise-se que, num sistema democrático, a despeito de se conferir aos juízes independência funcional para que logrem o desiderato do democraticamente justo declarado pela Constituição Federal, não lhes é facultado lançar mão de decisionismos ou voluntarismos.

Lord Devlin *apud* Lênio Luiz Streck (1998, p. 243), com agudeza, reconhece:

É grande a tentação de reconhecer o Judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparente e provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho ao estado totalitário.

Outro ponto merece ser destacado e surge como consequência óbvia da constatação da força normativa conferida aos precedentes judiciais, diz respeito ao controle de constitucionalidade dos mesmos, inclusive porque ao órgão a quem se atribui o exercício do referido controle é dado o poder de criar precedentes judiciais que, em verdade, são os que mais influenciam os juristas, dada a divisão hierárquica do ordenamento brasileiro.

O que se tem visto, até então, são interpretações no sentido de que o sistema jurídico brasileiro não admite que se argua a inconstitucionalidade de um enunciado – entende-se que, em tempos correntes, pode estender-se esse debate aos precedentes *lato sensu* –, vez que este não se constitui, formalmente, um ato normativo passível de ser questionado mediante o uso de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Para melhor elucidar a matéria, acresce-se à discussão, o julgamento do Agravo regimental na ADPF de nº. 80, proferido em 20.06.2006, cujo relator foi o Ministro Eros Grau:

ADPF e Enunciado de Súmula

Os Enunciados das Súmulas do Supremo não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental. Nesse sentido concluiu o Tribunal ao desprover agravo regimental interposto contra decisão que negara seguimento a arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, na qual se indicava como ato lesivo o Enunciado da Súmula 666 da Corte (“A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.”), e se

⁵⁵ Castanheira Neves, citado por Lênio Luiz Streck (1998, p. 266), lembra que “o princípio da separação de poderes já não tem hoje o sentido, nem se reivindica com rigidez ou sequer se vê nela a absoluta garantia política que se lhe ligava na instituição e nos começos do Estado Liberal”.

pleiteava, mediante a revogação do verbete, a alteração do entendimento do Tribunal quanto à questão relativa à restrição da exigência da contribuição confederativa prevista no aludido dispositivo constitucional aos filiados ao sindicato respectivo. Ressaltou-se que os enunciados de Súmula são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, assim como se formam os entendimentos jurisprudenciais que resultam na edição dos verbetes. Precedente citado: ADI 594/DF (DJU de 15.4.94).

Do que se percebe, fora negada, por unanimidade de votos, aos enunciados do Supremo Tribunal Federal, a capacidade de lesar preceito fundamental e, desse modo, negou-se também seu efeito vinculante – tácito – e sua força normativa – meio que de uma forma esquizofrênica –, como se verá a seguir. Todavia, o que demonstra o total equívoco do julgamento acima transcrito, corroborando com o que se advoga neste trabalho, é o debate que girou em torno do julgamento desse agravo regimental na ADPF nº. 80, debate esse que passa a ser analisado.

A argüente agravou sustentando: [I] “a emissão de uma súmula não torna a imutável e intocável a matéria nela contida” [II] que “na prática os enunciados do Supremo Tribunal Federal já vinham funcionando como verdadeiras súmulas vinculantes”.

No relatório o Ministro Eros Grau cita, para fundamentar seu posicionamento, o entendimento do ex-Ministro Carlos Velloso sobre a natureza jurídica das súmulas, proferido no julgamento da ADI 594, eis as palavras do ex-Ministro:

Súmulas não obrigam, simplesmente predominam (...) ela simplesmente dá maior estabilidade à jurisprudência, conferindo maior segurança aos julgamentos, porque propicia decisões uniformes para casos semelhantes, além de acelerar o andamento dos processos (...).

Continuando o seu relatório o Ministro Eros Grau manifesta que: “para os enunciados das súmulas resta o instituto da revisão que deve ocorrer paulatinamente, qual se formam os entendimentos jurisprudenciais que culminam na edição dos verbetes”, por fim assevera que a argüição de descumprimento de preceito fundamental não é adequada a essa finalidade.

Ocorre que, na prolação do seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence, de forma coerente, advertiu a presidente daquela corte, a Ministra Ellen Gracie, do fato de que:

O tema não prescindiria de uma nova reflexão, não só em função da chamada “súmula vinculante”, mas também dos “efeitos normativos” de qualquer súmula sobre a admissão, o processamento e o julgamento individual de recursos, a reserva de Plenário na declaração de inconstitucionalidade e outras tantas inovações legislativas.

Na esteira do Ministro Sepúlveda, o Ministro Gilmar Mendes ensina:

Hoje, esta tese já encontra dificuldades, como Vossa Excelência já percebeu, porque estamos na seara da súmula obstativa, na medida em que, provê, ou não, recursos, a partir da súmula, ela adquire uma força normativa.

Assentando, o Ministro Sepúlveda acrescenta: “Há a decisão monocrática em outros tribunais e uma série de efeitos externos ao Supremo Tribunal.”.

O Ministro Gilmar Mendes segue dizendo: “Sim, ela tem uma força normativa, na época afirmou-se que não cabia ADI⁵⁶ porque ela não teria esse caráter normativo”.

Continua o Ministro Sepúlveda: “O que a súmula permitia quando ela surgiu? Apenas que o relator arquivasse agravos ou recursos extraordinários que a contrariassem. Nada mais”.

Arremata Gilmar Mendes:

Lembro-me de que, quando se discutiu, no Congresso Nacional, inicialmente, a reforma do judiciário, na versão do relatório do ministro Nelson Jobim, dizia-se, expressamente, que haveria súmula vinculante – mas, contra ela caberia, então, ação direta de inconstitucionalidade, admitido já o seu caráter normativo. Isso é inequívoco.

Em manifestação o Ministro Carlos Brito acrescenta: “Caráter normativo e primário”.

O Ministro Eros Grau – conforme seu posicionamento arrolado alhures – leciona: “É aquela história de a norma se transformar em texto”.

Arremata o debate aquele que, de forma bastante sensata, o suscitou: “Apenas deixo a ressalva de que o Tribunal terá que se haver com esse novo plexo de eficácia das súmulas, particularmente das súmulas vinculantes”.

Usando da ressalva do Ministro Sepúlveda Pertence para ampliá-la, assevera-se consoante o que até aqui vem se defendendo, corroborado pelo oportuno debate acima transcrito, que aos precedentes judiciais *lato sensu*, dada a sua alta carga normativa, é devido o controle de constitucionalidade.

Não se está falando aqui do modelo tradicional de superação de precedentes – *overruling e overrinding* – mas, sim, de um modelo próprio para o controle de constitucionalidade dos precedentes judiciais tidos como inconstitucionais.

De outro lado, não se pode esquecer questão aqui já discutida, qual seja, a irradiação dos efeitos de um precedente judicial para outros direitos, sem que os detentores destes direitos, ainda que por meio de um representante, possam ter se manifestado em uma prestação jurisdicional suficiente para interferir em sua situação jurídica.

⁵⁶ ADI 594.

Não é demais dizer, então, que, respaldado no fundamento da efetivação do direito fundamental à prestação jurisdicional em tempo razoável, do respeito à segurança jurídica, da proteção do princípio da igualdade, vem passando-se por cima, em alguns casos de aplicação de fundamentação jurídica já explanada em precedentes judiciais, de forma, muita vez, desproporcional e antinômica⁵⁷, de inúmeros outros direitos/promessas conferidos ao cidadão pela CF/88.

Em uma análise mais aprofundada, pode dizer-se que a busca da celeridade tanto clamada pela comunidade jurídica, da maneira como está sendo implementada, se alcançar seu objetivo – o que não se entende, como será demonstrado adiante – será à custa da total negação das promessas do neoconstitucionalismo, notadamente do princípio democrático.

Em uma visão crítica, é possível afirmar a possibilidade de discursos previamente fundamentados e imensamente politizados, em consonância com os interesses dos gestores da máquina pública – que, não raras vezes, destoam dos interesses dos cidadãos comuns –, ecoarem das altas cortes e, dado o poder de violência simbólica e a controlabilidade difusa que lhe são peculiares, emudeçam a fala dos magistrados de primeiro grau, estes, muitas vezes a tábua de salvação de grande parcela da sociedade no mar de descompromisso político em que se encontram.

Como restará demonstrada a seguir, o Direito não é uma ciência lógica, como já se pretendeu afirmar em tempos de outrora, ao revés disso, o Direito é ciência formada pelo sentimento social, pois é criado pelo Homem e para ele cumpre sua função. Daí poder-se dizer que a aplicação do Direito afastada da sociedade, ou seja, a aplicação do Direito sem legitimação social, ser um arremedo de Direito.

Neste passo, não se pode coadunar com o fato de que, em busca de uma celeridade quantitativa, se possa passar por cima de pilares da sociedade para qual este Direito presta seu serviço, como é o caso do princípio democrático e poder de influenciar, ainda que indiretamente, nas decisões sociais que são afetas à sociedade.

Assim, ao arrepio do texto constitucional e da total ausência de vontade de constituição, chegar-se-á a um ponto em que o uso da pena, advinda das canetas *mont blanc* das altas

⁵⁷ Lembre-se as lições de Robert Alexy (2002), para quem, dada a sua natureza, não podem os princípios fundamentais constitucionais, conflitantes no caso concreto, se anularem, ou seja, serem antinômicos, o que há é, à vista do caso em questão, um “sopesamento” de valores – ponderação – de modo que a aplicação de um princípio não implica a negação de outro que, em uma situação diversa, pode prevalecer sobre aquele prevalecente em situação diversa.

cortes, terá um impacto maior que várias armas, jogando por terra séculos de luta e de sangue derramado por direitos/promessas, hoje, conquistados.

É válido ressaltar, com Lênio Luiz Streck, (2006a), que se os diversos mecanismos que buscaram resolver a multiplicidade e conseqüente celeridade das demandas não tiveram sucesso até hoje – e todos eles possuem um perfil que busca colocar em segundo plano a substancialidade do direito, ver, para tanto, o exemplo dos assentos portugueses, mormente pela similitude entre as Constituições destes e a brasileira – é porque está sendo atacada a contradição secundária do problema.

Outra questão que não pode deixar de ser analisada quando da verificação do *status quo* dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro diz respeito às falhas cometidas na técnica de redação dos ditos precedentes. Neste sentido, ensinam Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 391):

Porque produzida a partir do caso concreto, a *ratio decidendi* não pode ter algumas características que normalmente aparecem no direito legislado. Por exemplo: não há razão para que, na formulação da *ratio decidendi*, se ponham termos de sentido vago. A vagueza na posição normativa jurisprudencial é um contra-senso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos de direito legislado, a *ratio decidendi* deve ser formulada com termos de percepção precisa, para que não crie dúvidas quando a sua aplicação em casos futuros.

Sucedo, entretanto, conforme será demonstrado linhas abaixo, que na construção de precedentes, até mesmo nos casos dos precedentes formalmente vinculativos, a técnica redacional dos julgadores na sedimentação dos mesmos tem pecado bastante. Verifica-se a presença de termos vagos o que abre brecha para que um mesmo precedente seja aplicado a situações fáticas distintas, pois estará a aplicação deste precedente – haja vista a vagueza terminológica que lhe é peculiar – dentro da margem de discricionariedade de um julgador.

Estar-se-á diante da possibilidade de enquadramento de um precedente judicial em casos concretos distintos, o que traduz-se em contradição em si mesmo, pois este precedente será, em verdade, um desserviço à segurança jurídica e pacificação jurisprudencial.

Observa-se o equívoco redacional acima indicado no enunciado de n. 11 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal que assim dispõe: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo a integridade própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiro, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Duas são as falhas redacionais deste precedente, quais sejam, a sua amplitude e a vagueza de diversos de seus termos.

Para Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p.392):

Este enunciado é tão extenso, e composto de termos de acepção tão vaga (fundado receio de fuga, perigo a integridade física própria ou alheia, justificada a excepcionalidade por escrito, etc), que mais parece um texto legislativo. As dificuldades de sua aplicação serão tantas, que certamente deverão surgir outras “súmulas” concretizando o disposto no enunciado n. 11.

Continuam, tratando do mesmo problema, os doutrinadores baianos (2009, p. 392):

A “súmula vinculante, cuja existência se justifica para dar segurança/previsibilidade à solução de “determinadas situações típicas”, neste caso terá pouca serventia. Não se quer aqui entrar no mérito da questão do uso ou não de algemas. A proposta não é esta. A preocupação é com a má técnica do STF na formulação do precedente que é vinculante. O STF deve lembrar que o papel normativo da jurisprudência tem outras características. Situações como essas não poderiam ser “sumuladas”, exatamente porque, em razão de suas peculiaridades concretas, devem ser sempre examinadas a *posteriori*, e não a *priori*.

Ora, é flagrante que o papel dos precedentes no sistema jurídico é dar maior segurança e pacificação jurisprudencial. Assim sendo, na hipótese de criação de precedentes passíveis de interpretações distintas, estar-se-ia diante um contra-fluxo da busca de celeridade da prestação jurisdicional.

Sobre o tema, enuncia Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 205) que:

Os precedentes vinculantes representam o reconhecimento do papel construtivo da jurisprudência e se destinam a conferir maior eficiência, isonomia e segurança ao sistema, gerando, contudo, normas gerais, que, como quaisquer outras, estão sujeitas a interpretação e ambigüidades. Este é o paradoxo.

Neste sentido finalizam Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 392):

Se é certo que o papel da jurisprudência é cada vez mais importante, também é certo que é preciso um estudo mais rigoroso da teoria do precedente e um aprimoramento na utilização das técnicas desenvolvidas a partir desse conjunto teórico. E uma das técnicas mais importantes é, justamente, a técnica de “redação do preceito normativo jurisprudencial”, a *ratio decidendi*, a “norma jurídica geral” construída a partir de casos concretos.

Ainda, vale ressaltar que o dissenso interpretativo gera, muita vez, no sucumbente de uma demanda, a irresignação capaz de sustentar, por si só, a busca da via recursal, pois em alguns casos poderia transparecer hipótese em que um precedente aplicado a um caso concreto fosse favorável ao sucumbente e, portanto, precedente diverso do aplicado em outros órgãos julgadores, dentre eles, aquele que lhe colocou na condição de sucumbente.

Os percalços dessa atecnia já são percebidos em outros tribunais superiores, como é o caso do Tribunal Superior do Trabalho, que em total desacordo com a melhor técnica de redação de precedentes, editou o enunciado 331 de sua súmula da jurisprudência dominante.

Em primeiro lugar, verdade deve ser dita, resta manifesto o equívoco técnico ao redigir um enunciado com quatro incisos, sendo que em um deles, qual seja, o inciso de nº. III temos acepções vagas como o termo “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador”, que produz nos mais diversos órgãos de jurisdição trabalhista do país, interpretações das mais variadas.

Nesta senda, vale lembrar, ainda, o descumprimento de alguns requisitos para edição de enunciados, notadamente aqueles de eficácia vinculante legal.

Na elaboração do enunciado de n. 11 da súmula vinculante do STF, o Ministro Marco Aurélio de Mello, com a lucidez que lhe é peculiar, apontou que, a despeito da importância do objeto jurídico em debate, a consolidação da jurisprudência a ponto de torná-la um enunciado com eficácia vinculante não tinha preenchido o requisitos de ser decisão tomada “após reiterados julgamentos sobre a matéria”. Ora, viu-se, em verdade, a consolidação da jurisprudência por meio da prolação de enunciado de eficácia vinculante, sem que a *ratio decidendi* ali consolidada fosse a fundamentação de outras decisões naquele sentido⁵⁸.

Sobre o ponto, afirma Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 191) que:

As súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal deverão, necessariamente, nos termos da Emenda 45/04, decorrer de reiteradas decisões, sobre a matéria constitucional. Deverão, ainda, versar sobre validade, interpretação ou eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação e processos. Em síntese, os julgados que derem origem à súmula terão efetivamente de ter examinado e decidido a questão jurídica correspondente à proposição vinculante, sob pena de não decorrer a súmula de reiteradas decisões sobre a matéria, representando, por conseguinte, um exercício inconstitucional e ilegítimo de poder vinculante.

Com efeito, afirma-se, mais uma vez, ser imprescindível, para bem aplicar o efeito vinculante dos precedentes judiciais, as idéias de *holding* (regra necessária à decisão do caso), *obiter dictum* (considerações marginais desnecessárias à solução do caso), *rationale* (lógica da decisão) e *material facts* (fatos relevantes para a solução do caso), bem como as discussões sobre limites e conteúdo do *holding* e o grau de generalidade na formulação da norma vinculante.

A verificação da redação de algumas súmulas no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso das súmulas 622⁵⁹, 625⁶⁰ e 626⁶¹ todas do STF – estas por não perfilharem a idéia de

⁵⁸ Sabe-se que toda a discussão em torno da prolação da referida súmula vinculante deu-se em verdade a partir dos contornos planfetários que a prisão do banqueiro Daniel Dantas na operação Satia Ghrara produziu, bem assim da discordância entre o Ministro presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, e o Superintendente da Polícia Federal Paulo Lacerda.

⁵⁹ Súmula 622: “Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”.

reiteradas e recentes decisões no mesmo sentido, para que haja consolidação - e a súmula 301⁶² do STJ – esta por demonstrar a falha dos julgadores em criar uma presunção judicial, fato este que afronta a própria lógica jurídica – demonstram a falta de técnica e o risco da aplicação da teoria do *stare decisis* em solo brasileiro como vem sendo realizada.

Após análise da técnica de elaboração de algumas súmulas do STF, Leonardo Greco (2004, p. 9) assevera que:

A sucinta análise dá uma pequena amostra, resultante do exame de apenas 3%, das inúmeras deficiências na elaboração das novas súmulas pelo Supremo Tribunal Federal; assinala a esdrúxula autonomia que os seus enunciados adotam em relação aos precedentes em que se basearam, tornando-se verdadeiras normas genéricas e abstratas semelhantes às emanadas do Poder Legislativo; evidenciam que o mecanismo continua a ser manipulado de forma absolutamente autoritária, dissociada de qualquer critério que valorize a função da jurisprudência como instrumento de equilíbrio na evolução gradual da ordem jurídica; mostram que é preciso distinguir, quanto à eficácia, as que decorrem do exercício da missão do STF como guardião da Constituição, daqueles em que o Tribunal decide como qualquer outro órgão jurisdicional, (...); revelam que, em muitos casos, ao contrário de pacificarem divergências existentes, as novas súmulas vão estimulá-las, suscitando jurisprudência sobre a jurisprudência; e, o que parece mais grave e preocupante, indicam a falta de legitimidade de imposição de doutrinas fundadas em julgamentos proferidos por composição totalmente ultrapassada do próprio Tribunal, a que os novos ministros não deveriam estar dando o seu endosso sem revelarem publicamente, em votos proferidos em causas judiciais, porque aderem às orientações cuja cristalização referendam e que, na verdade, estão sendo impostas à sociedade com base em decisões pretéritas mal costuradas, em cuja elaboração não tiveram eles qualquer influência.

Tratando sobre as atecnias do *stare decisis* brasileiro, acrescenta Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 189) que:

No caso das súmulas brasileiras, a questão do *distinguish* adquire alguns contornos especiais. É que, nestas, a regra vinculante é extraída a partir de diversos paradigmas e formulada sem especificar os fatos que a ensejaram, de modo que, para o desenvolvimento de uma argumentação consistente no sentido de se efetuar uma distinção entre o caso a ser decidido e aqueles que geraram as súmulas, tornar-se-á necessário identificar os fatos relevantes para a decisão de cada acórdão paradigma a que a súmula faz remissão e confrontá-lo entre si, de modo a efetivamente traçar um padrão de diferenciação.

Outra frente de crítica é posta por Lênio Luiz Streck (2006a, p. 21), quando trata da alteração do art. 518 do CPC, com a inserção do seu §1º. Informa o autor que o referido dispositivo, além de caracterizar violação do devido processo legal, afronta o princípio da legalidade

⁶⁰ Súmula 625: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

⁶¹ Súmula 626: “A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou havendo recurso, até a sua manutenção pelo SupremoTribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida total ou parcialmente com o da impetração”.

⁶² Súmula 301: “Em ação investigatória, a recusa do suposta pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

(afinal a Constituição Federal, em seu art. 5º §2º estabelece que ninguém poderá fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei e não em virtude de súmula!). Segue o professor:

Ora, as súmulas a par de constituírem conceitos que pretendem aprisionar os “fatos”, não são também textos? Conseqüentemente, em sendo textos, não são, assim, interpretáveis? Mas, então se isso é assim, qual o problema das súmulas? A razão principal pode estar na denúncia que Kaufmann faz acerca do mundo como os juristas interpretam e aplicam as leis ainda nos dias atuais: *‘se examinarmos a prática judicial actual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no séc. XIX’*. O perigo maior representado pelas súmulas vinculantes – e agora, das súmulas impeditivas de recurso – está no fato de que cada uma delas transforma-se em uma “premissa maior” ou “categoria” (significante) própria para a elaboração de deduções/subsunções. Trata-se, entre outras coisas, de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar leis; se o fizerem caberá recurso. O que os juízes não podem é ousar contrariar súmulas. Ou seja, em *terrae brasilis* a lei não vincula; a súmula sim, mesmo que ela seja contrária à lei e a Constituição!

Por precedente impeditivo de instância. Como visto, instituído com o acréscimo do art. 285-A ao CPC –, entende-se a possibilidade conferida ao juiz, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, reproduzir o teor da anteriormente proferida, de forma sumária.

Alguma semelhança possui o instituto, com o indeferimento liminar da petição inicial, previsto nos arts. 267 I e 295 do CPC, todavia, na hipótese do art. 285-A o julgamento é com resolução de mérito. Não se pode olvidar, ainda, da diferença que confere a este instituto a mácula da inconstitucionalidade, enquanto o indeferimento liminar dos arts. 267 I e 295 tem como fundamento o descumprimento de algum preceito legal, o art. 285-A tem como fundamento o desrespeito a precedentes judiciais, sem qualquer participação do interessado.

Para Fredie Didier Jr (2009, p. 450), contudo, tratando especificamente do art. 285-A do CPC:

O contraditório, em relação autor, fica garantido pelo efeito regressivo da apelação contra a sentença, que permite-se ao magistrado retratar-se, após ouvir as razões do autor (art. 296 e 285-A, §1º, CPC). O juízo de retratação homenageia, também, o princípio da cooperação, pois permite que o magistrado “ouça” o que tem a dizer o autor sobre a questão. É importante essa observação, notadamente nos casos de indeferimento da petição inicial pelo reconhecimento da prescrição, pois o autor/credor poderá, por exemplo, demonstrar ao magistrado a ocorrência de algum fato que interrompeu e suspendeu o curso do prazo prescricional. Se não houvesse a possibilidade de juízo de retratação, a improcedência *prima facie* seria inconstitucional, por violar o princípio do contraditório, em seu aspecto substancial.

Vê-se, pois, que para o autor baiano a possibilidade do juízo de retratação “salva” o artigo da falta de legitimidade, para não dizer, da inconstitucionalidade.

Próxima da posição do professor baiano é a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que, tratando sobre o art. 285-A do CPC, assim aduziram (2007, p. 98):

Nesses casos, não há sequer espaço para pensar em agressão ao direito de defesa, mas apenas em violação ao direito de ação, aí compreendido como o direito de influir sobre o convencimento do juiz. Porém, para se evitar a violação do direito de influir, confere-se ao autor o direito de interpor recurso de apelação, mostrando as dessemelhanças entre a sua situação concreta e a que foi definida na sentença que julgou o caso tomado como idêntico⁶³.

A nosso ver, todavia, a só possibilidade de retratação, no primeiro caso, e a recorribilidade da decisão, no segundo, sozinhas, não são suficientes para livrar a pecha de ilegítimo/inconstitucional do supracitado artigo. Frise-se, todavia, que com a proposta que será feita ao final deste trabalho, a possibilidade de aplicação deste artigo restará plenamente constitucional, pois o contraditório, aqui mitigado, será exercido previamente por um representante dos possíveis afetados pela decisão.

Ensina Lênio Luiz Streck (2006a, p. 21-22), ainda em tom de crítica, que:

Não fosse pela violação flagrante de vários princípios constitucionais, como o da inafastabilidade, do devido processo legal substancial – *substantive due process* – e seus corolários, âncoras do exercício da cidadania e da jurisdição no Estado Democrático de Direito, a lei incorre no vício – herdado da revolução francesa – que separa *questão de fato* da *questão de direito*. Além disso, o novo dispositivo institucionaliza a “jurisprudência de um juízo só”. Como interpretar o enunciado “e no juízo já houver sido proferida a sentença”? E o que são “casos idênticos”? Se são casos não podem ser somente “de direito”, pois não? E o que é proferir sentença “reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”? E o que dizer na nova figura jurídica criada: o juiz pode revogar sua própria decisão...! Ou seja, o novel dispositivo permitira que o juiz – de primeiro grau – decida de forma terminativa duas vezes...!

Conforme, ainda, Lênio Luiz Streck (2006a, p.22):

Tais questões não chocam por sua explicitude; na verdade, chocam pelo silêncio eloqüente que produzem, enfim, chocam pelo não-dito. Isto ocorre porque projetos deste jaez encontram terreno fértil no imaginário dos juristas. E, por isto, devem ser analisados no contexto do estado d'arte da crise de paradigmas que atravessa o direito. Numa palavra: como recorrer de algo do qual não se participou a não ser pedindo pela nulidade do processo?

Vê-se, pois, como dito alhures, que inúmeros são os problemas advindos com a atribuição de efeito vinculante aos precedentes judiciais. Todavia, não se pode negar que o maior deles resulta da possibilidade de situações jurídicas serem alteradas sem a participação em processo jurisdicional devido. É dizer, a afetação de direitos alheios sem que seus detentores possam se manifestar, exercendo assim o seu direito democrático processual de influenciar na tomada de decisão que possa causar alteração em sua situação jurídica, é ofensa direta ao direito que se tem a um processo devido e, em última análise, ao direito de acesso à justiça.

⁶³ Afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2007, p. 96) “Somente muita desatenção pode permitir que essa norma fere o direito de defesa. Por isto mesmo, parece que a afirmação de inconstitucionalidade do art. 285-A tem mais a ver com a intenção de garantir alguma reserva de mercado, já que sabidamente interessante, do ponto de vista financeiro, reproduzir, por meio de máquinas, petições e recursos absolutamente iguais.

Neste caminho é preciso frisar que outra possível e recentíssima forma de vinculação aos precedentes judiciais foi vista em um voto de relatoria, da lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que julgando reclamação constitucional, que teve como causa de pedir o descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal, decisão esta proferida no controle difuso de constitucionalidade que, na teoria clássica, possui, em regra, efeitos *inter partes*, somente podendo possuir efeitos *erga omnes* e vinculante, se se percorrer o procedimento estabelecido no art. 52 inc X da CF/88. O Ministro votou pela procedência do pedido, admitindo, portanto, o efeito *erga omnes* da decisão proferida em controle concreto de constitucionalidade, bem como vinculação aos motivos determinantes de seu julgamento, desde que a decisão seja proferida pelo Plenário daquele, prescindido, deste modo, do procedimento anteriormente referido, qual seja, o de remeter o teor da decisão ao Senado Federal para que essa possa suspender – lembrando que trata-se de um ato discricionário – no todo ou em parte a lei declarada inconstitucional.

A decisão tomada no bojo da reclamação constitucional, como visto, é um marco, pois ratifica essa mudança paradigmática do controle de constitucionalidade brasileiro e, via de consequência, dos precedentes judiciais. Por isso, dada a importância do tema, o presente trabalho transcreve o voto do Ministro Gilmar Mendes proferido no bojo da Reclamação Constitucional nº 4335:

O Tribunal iniciou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O Min. Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Preliminarmente, quanto ao cabimento da reclamação, o relator afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada. No ponto, afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, depois, superada essa questão, examinar o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia *erga omnes* da decisão no HC 82959/SP dependeria da expedição da resolução do Senado suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X). Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de

constitucionalidade.

Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1.2.2007.

Ora, o posicionamento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes exemplifica, como visto, mais um mecanismo capaz de atribuir efeito vinculante às decisões daquele Tribunal. A consequência disto não será diferente das advindas dos outros institutos anteriormente analisados, qual seja, a afetação do *status quo* de direitos alheios sem a devida participação dos interessados.

À evidência, com a introdução dos institutos e mecanismos, acima elencados, ao ordenamento jurídico pátrio, atribuiu-se aos precedentes judiciais *lato sensu*, tanto os dos tribunais, sejam eles superiores ou de segundo grau, quanto os dos juízos singulares uma força normativa – muitas vezes contrária a textos constitucionais – que além de vincular, vem exercendo um poder de violência simbólica e uma controlabilidade difusa no cotidiano dos protagonistas do direito.

Prova disso é o *habitus* no qual estão inseridos os juristas, cujas práticas cotidianas são carentes de uma boa técnica de argumentação jurídica e que estão intimamente ligadas à necessidade de se vincularem a um precedente jurisdicional. Vislumbra-se, neste cenário, a invocação acrítica de precedentes judiciais como espécie de reforço argumentativo nos casos concretos, sem que haja relação de pertinência entre esses e aqueles, bem como a elaboração

de sentenças fundadas em enunciados de súmula que não têm consistência justificativa, por lhes faltar correlação entre os próprios enunciados e as razões decisórias.

Enfim, dentre todas as críticas realizadas ao *status quo* da aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, um fato está no cerne de todos os problemas, qual seja, a possibilidade de afetação de uma situação jurídica alheia – sem que para isso tenha o sujeito da posição jurídica participado da decisão que lhe afetará diretamente – por uma decisão previamente tomada.

Essa percepção é compartilhada Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 37), ao tratar dos efeitos dos precedentes judiciais na atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro:

Se há nisso ecos de “previsibilidade”, de “igualdade” e de “segurança jurídica”, não há como negar que também se pode ouvir uma questão que vem facilmente à tona: como alguém pode ser afetado de maneira tão intensa por um julgamento do qual não se participou, do qual não podia participar e sequer sabe que existiu?

Não se pode ser, todavia, ingênuo ao ponto de se acreditar que tal conjuntura, na qual se enquadram os precedentes judiciais *lato sensu* no Brasil, seja passageira e retroagirá ao *status quo ante*.

Salta aos olhos, notadamente, por tudo que restou demonstrado, que trata-se de um novo panorama jurídico, de modo que não se pode fixar os olhos somente no criticar ou elogiar as modificações legais, jurisprudenciais e doutrinárias. É preciso ter em mente, sim, essa realidade, para, ciente da modificação de conjuntura, agir.

Como se percebe, pois, as mudanças vieram para ficar. Sucede, entretanto, que o propósito deste trabalho não se resume apenas a apontar as falhas dessa nova concepção da estrutura jurídica. Ao lado das críticas já feitas, buscar-se-á apresentar mecanismos cujo escopo traduz-se em minorar os problemas na aplicação dos precedentes judiciais vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes, porém, faz-se necessário apresentar o quadro jurídico hermenêutico donde essas mudanças poderão buscar seus fundamentos legitimadores.

Os próximos capítulos do presente trabalho seguiram tal senda.

2 A NOVA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA DO DIREITO

2.1 O DIREITO E SEUS INTÉRPRETES

2.1.1 A interpretação e a condição humana

O Direito é um fenômeno elaborado e percebido pelo *logos*. Definitivamente, não é o Direito um fenômeno natural captado pelos sentidos do Homem, por sua alteridade, mas, sim, trata-se de um fenômeno que não prescinde da percepção/condição humana dotada de inteligência, de racionalidade, sendo, pois, um elemento cultural, haja vista ser criado pelo Homem, para servir ao Homem.

Enquanto elemento cultural, o Direito é multifacetário e cambiante, o que não faz soar tão despropositado a seguinte afirmação: O Direito não é, está sendo. Fenômeno fluído, o Direito serviu e foi servido pela Humanidade em sua escalada civilizatória. Sob este aspecto foi e continua sendo analisado sob vários prismas, o que é visto nas inúmeras escolas doutrinárias que são desenvolvidas para dele tratar, a título de exemplificação: a análise econômica do Direito; a análise sociológica; a análise psicológica; a análise jurídica, dentre outras, das mais abalizadas às mais despropositadas. O que muitas delas não percebem, todavia, é que tratam do mesmo fenômeno, analisando-o sob um ponto de vista peculiar, próprio de seu ângulo de visão. É dizer, trata-se de um olhar viciado sob uma estrutura que não é senão um amálgama cultural de *per si*.

O Direito é linguagem que encontra-se por toda parte. O Direito é cotidiano. O pensamento humano busca elaborar uma representação dessa linguagem e o faz por meio da interpretação. Dito isto, a pergunta que surge ao leitor é: quem deve, pois, interpretar o Direito? Dar o seu significado, ainda que provisório. Pessoas escolhidas por um consenso? Pessoas escolhidas por critérios meritórios? Uma pessoa? Alguma pessoa? Todas as pessoas? Ninguém?

O ser Homem implica, necessariamente, em ser intérprete. Desse modo, perante o mundo que se apresenta, outra postura não é dada ao ser humano senão a de um constante interpretar.

Interpretam-se as coisas, os fenômenos naturais, os outros seres, bem como as entidades culturais criadas pelo homem, dentre as quais, identifica-se o Direito.

Neste sentido, são as palavras de Manoel Jorge e Silva Neto (2001, p. 66):

A interpretação é um plano preconcebido de ação do homem tendente a modificar a realidade circundante através do pensamento, que se constitui um pressuposto para o agir. O pensamento, precedido pela alteração (estado conflitual em que elementos externos “roubam” a capacidade de interiorização do ser humano), desencadeador, por sua vez, da ação, configura fenômeno que não pode ser extirpado da natureza humana, porque o homem só é homem porque age após consumir a contemplação, o pensamento.

A idéia de que o Homem percebe o mundo por meio da interpretação é corroborada, notadamente, por René Descartes (2006, p. 42) que atribui ao pensar e, pois, à capacidade de interpretar, a condição de essência do ser humano, eis suas palavras: “Por aí compreendi que eu era uma substância cuja essência ou natureza consiste exclusivamente no pensar e que, para ser, não precisa de nenhum lugar nem depende de nada material”. É a partir destas concepções que René Descartes (2006) chega a afirmar: “Penso, logo existo”.

Complementa as lições de René Descartes, José Ortega y Gasset (1960, p. 86), vez que para este, o homem sempre está ligado ao campo ideal, de modo a aduzir que deve-se ensimesmar-se ou, como quer aquele: pensar, mas, para este, não só isto, deve-se agir após o pensar, pois o Homem está inserido em uma realidade circundante da qual não pode se esquivar, eis suas lições:

Não, a vida não é existir só a minha mente, existirem as minhas idéias: é totalmente o contrário. A partir de Descartes o homem ocidental tinha ficado sem mundo. Mas viver significa ter de ser fora de mim, no absoluto fora que é a circunstância ou o mundo: é ter de querendo ou não, enfretar-me e chocar-me, constantemente, incessantemente com quanto integra esse mundo: minerais, plantas, animais, os outros homens. Não há remédio. Tenho de atracar-me com isso tudo.

Ora, José Ortega y Gasset (1960) em sua magistral obra, acrescenta um grau evolutivo ao pensamento de Descartes no sentido de dar aplicabilidade externa ao fenômeno racional, o que não desmerece o valor da obra deste, pois, a sua importância reside exatamente no fato de ter sido um divisor de águas, em que o Homem deixa de existir por um vontade divina e passa a existir por responsabilidade de algo que lhe era próprio, qual seja, o seu poder intelectual.

Outra questão que deve ficar bem definida diz respeito ao fato de que o interpretar, fenômeno, como visto, indissociável ao ser humano, se dá de formas variadas. Neste sentido, não é possível afirmar a existência de uma interpretação correta para cada fenômeno que se apresenta ao ser humano, não há uma lógica superior e única que dita a verdade da essência interpretativa de cada fenômeno. É preciso ficar claro, pois, que o método e o resultado da interpretação são resultantes das variáveis e pré-compreensões de cada ser humano. As contingências de uma sociedade, ainda que camufladas de costume, jamais devem ser deixadas de lado neste processo.

Os valores morais; sociais; familiares; religiosos; éticos, dentre outros, incorporados por cada pessoa durante sua vida, formadores, pois, de sua personalidade são, ainda que de forma inconscientes, considerados no processo interpretativo. Não é dado mais, em tempos correntes, buscar uma extirpação valorativa, como queriam os racionalistas, do pensar, contemplar, agir, interpretar.

O filósofo austríaco Karl Popper (1987, p. 186) compartilha da posição aqui defendida de que o interpretar é, senão, o mesmo que retirar um significado a partir de um lançar de olhar próprio e valorado, eis suas palavras: “A interpretação é principalmente um ponto de vista, cujo valor reside em sua fertilidade, em sua força de lançar luz sobre o material histórico, para levar-nos a encontrar novo material e para ajudar-nos a racionalizá-lo e unificá-lo”.

A interpretação, nota-se, é uma atividade de construção de sentidos a partir de determinado objeto ou do sentido que se apresenta da conjunção de vários daqueles. Não se interpretam unicamente textos, mas também fatos, gestos, falas, interpreta-se até mesmo o silêncio, quem nunca ouviu a expressão tão utilizada pelo STF, qual seja: silêncio eloqüente? O mundo é compreendido pelo ser humano por meio da interpretação, que é uma atividade cognitiva, a qual proporciona a construção de sentidos a partir da realidade.

Cientes desse processo imanente ao Homem, outros filósofos se posicionaram sobre a questão da interpretação e, conseqüente, busca da verdade, ainda que sapientes que se trata, esta última, de uma estrutura de contornos abertos e variáveis e por que não, inalcançável, se se considerar a idéia de verdade única, como alguns pretendem.

Para Martin Heidegger (2006) a angústia é uma situação existencial do ser humano. É ela a resultante do processo interpretativo. É por meio dela que o Ser pode alcançar o *dasein*. Trata-se do momento em que este, despido de todos os seus estados de espírito – valores, pré-compreensões -, se vê na possibilidade de encontrar a verdade.

Para não contradizer o que acima fora dito, Heidegger (2006) acolhe a idéia de verdades cambiantes para cada ente, de modo que a verdade nele é uma verdade própria para cada ser que interpreta.

Outro filósofo que bem tratou da questão da interpretação fora Edmund Husserl (2006). Este, por sua vez, elucida que o ser humano está cercado por fenômenos, bem como, que estes para serem percebidos não prescindem de interpretação. Um dos fundadores da escola filosófica da fenomenologia, para Husserl (2006) o fenômeno sempre está no campo ideal do intérprete.

Nesta esteira, afirma que compete ao indivíduo/intérprete, feita a observação dos fenômenos, buscar o *eidós* daquele. Esse processo se dá por um método que o filósofo denomina de redução fenomenológica que é a “limpeza” da palavra representativa do fenômeno até se chegar à clareza desta, a sua essência, ao seu *eidós*.

Ressalte-se, que o processo de redução fenomenológica não se dá de forma equânime, o que implica dizer que o *eidós* de um intérprete, muita vez, é o fenômeno de outro. A limpeza da palavra – processo interpretativo – já é um processo amplamente arraigado com os valores daquele que o faz⁶⁴.

Não por outro motivo, fácil concluir que o Direito, suas normas, seus princípios, tudo o mais que constitui sua estrutura estão postos empiricamente – textos jurídicos – ou metafisicamente – valores – no mundo, são, pois, na acepção de Husserl (2006) fenômenos passíveis de interpretação. Direito é, pois, fenômeno.

Observa-se que o processo interpretativo em Heidegger (2006) tem como última etapa o encontro com a verdade, já com Husserl (2006) a etapa final reside no *eidós*. Sucede que, tanto neste quanto naquele, o fim interpretativo são instáveis e cambiantes.

É da maior importância, perceber, ainda, que o processo interpretativo não é fechado, nada que já fora interpretado resta impassível de uma nova interpretação, até mesmo pelo ser quem primeiro interpretou. Não se pode olvidar, também, que a interpretação é um processo coletivo de criação. Desde que o primeiro homem conseguiu ensimesmar-se e interpretar um fenômeno este mesmo fenômeno passou a ser re-interpretável por todos os outros que o sucederam.

Ainda que soe como um clichê, cabe, neste momento, a máxima de que: não há nada no mundo que não seja passível de interpretação, ou, mesmo, reinterpretação.

Ao tratar do tema, Karl Popper (2004, p. 13) assim asseverou:

A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionados, porém, também, que aonde acreditávamos pisar em solo firme e seguro, todas as coisas são, na verdade, inseguras e em estado de alteração contínua

⁶⁴ Semelhante é o pensamento de José Ortega y Gasset (1960, p. 80), vez que este afirma que nesta tarefa deve-se buscar a realidade das coisas, na realidade radical, ou seja, na primeira dimensão de realidade própria ao ser humano, na raiz, pois, nenhum conhecimento de algo é suficiente se não detectarmos onde este algo a ser analisado se faz presente, aparece em nossa vida, ou seja, onde ele começa a existir. A realidade, portanto, é tudo aquilo que já existe, tudo aquilo que temos de contar, porque queiramos ou não, temos de contar.

Não há, pois, como queriam os positivistas/racionalistas a garantia e a segurança do conceito único. A interpretação é um processo dinâmico, dialético, um constante ir e vir, a condição do homem é de incerteza substancial, não existe aquisição humana que seja firme.

A lição de José Ortega y Gasset (1960, p. 65) ilustra bem o que aqui pretende-se afirmar:

Mesmo aquilo que nos parece mais conseguido e consolidado pode desaparecer em poucas gerações. Isso que chamamos “civilização”, – todas essas comodidades físicas e morais, todos esses descansos, todos esses abrigos, todas essas virtudes e disciplinas já “habitualizadas” com que costumamos contar – todas essas garantias são garantias inseguras que, a qualquer cochilo, ao menor descuido, escapam de entre as mãos dos homens e se desvanecem como fantasmas.

Valendo-se de outras palavras para tratar sobre o mesmo tema, e, inclusive, demonstrando que o Homem busca, ainda que ocultamente, por esta instabilidade, Martin Heidegger (2006) atribui a esse estado de alerta do homem, esta condição de não se contentar com as verdades já postas e transmitidas, o nome de cuidado. Cuidado, pois, seria o permanente estado de atenção do indivíduo para que evite-se o estado de alienação. É, assim, perceber que o processo interpretativo não se esgota⁶⁵. Que a verdade única transfigura-se em manifestação expressa de alienação.

Em importante obra, Fábio Konder Comparato (2001, p. 29-30) aduz:

Ademais, a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração da vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação. Toda pessoa é um sujeito em processo de vir-a-ser. Retomando a idéia expressa no apólogo de Pico de la Mirandola, Heidegger salienta que o ser humano apresenta essa característica singular de um permanente inacabamento (*eine ständige Unabgeschlossenheit*). Nesse sentido, pode-se dizer que o homem é o único ser incompleto pela sua própria essência; ou seja, ele não tem substância, no sentido clássico que o termo possui na filosofia grega, medieval e moderna. Lembremo-nos de que, para Boécio, a pessoa seria a substância individual da natureza racional. E Descartes, e seus *Principia Philosophiae* (I, 51), afirma que “por substância não podemos entender outra coisa, senão algo que existe de maneira que nada lhe falte para existir” (*per substantiam nihil aliud intelligere possumus, quam rem quae ita existit, ut nulla alia re indigeat ad existendum*). Ao contrário, para o pensamento contemporâneo, homem, como disse Ortega y Gasset, não é, ontologicamente falando, um ser suficiente, mas radicalmente indigente.

Colaciona-se, nesta esteira, as belas palavras de José Ortega y Gasset (1960, p. 64) ao tratar da efemeridade do saber e da segurança do Homem perante o mundo: “ao contrário, ser homem significa, precisamente, estar sempre a ponto de o não ser, significa ser vivente problema, absoluta e azarosa aventura ou como costume dizer ser, por essência, drama!”.

E continua o autor a sua brilhante lição (1960, p. 65):

⁶⁵ Peremptoriamente, ressalta José Ortega y Gasset (1960, p. 74): “Sem retirada estratégica a si mesmo, sem pensamento alerta, a vida humana é impossível”.

A sorte da cultura, o destino do homem, depende de que no fundo de nosso ser mantenhamos sempre vivaz esta dramática consciência e, como um contraponto murmurante em nossas entranhas, sintamos bem que para nós só é segurança a insegurança.

Não se pode olvidar, por oportuno, das lições acuradas de Boaventura de Souza Santos (2006, p. 13), que tratando sobre a questão da crise do paradigma científico racionalista dominante, assim aduz:

A crise do paradigma da ciência moderna não constitui um pântano cinzento de cepticismo ou de irracionalismo. É antes o retrato de uma família intelectual numerosa e instável, mas também criativa e fascinante, no momento de se despedir, com alguma dor, dos lugares conceituais, teóricos e epistemológicos, ancestrais e íntimos, mas não mais convincentes e securizantes, uma despedida em busca de uma vida melhor a caminho doutras passagens onde o optimismo seja mais fundado e a racionalidade mais plural e onde finalmente o conhecimento volte a ser uma aventura encantada.

As abalizadas lições, alhures colacionadas, nos levam a crer que o Homem de tempos correntes não deve temer o inseguro como o fizeram crer os Racionalistas de outrora, mas, sim, deve estar ciente de sua condição mutável. É dizer, crer que a mutabilidade, quando não levada ao irracionalismo extremo, é salutar e, sem exageros, imprescindível para a evolução do Homem e de sua relação com o processo interpretativo que o acompanha.

Resta claro, enfim, que não se pode mais colocar em cheque a condição humana de “ser que sempre está em estado interpretativo”. Deve-se, agora, lançar o olhar sobre quem interpreta e como interpreta na sociedade, haja vista que, como ver-se-á a seguir, nem sempre essa condição de intérprete fora dada a todos os homens.

2.1.2 A sociedade e seus intérpretes

Verifica-se que o Homem, ser que interpreta, o faz em um determinado espaço, bem como que, por tudo que aqui fora dito, este espaço interfere, sobremaneira, no processo interpretativo, seja pela via das tradições e valores arraigados em seu ambiente, como pela conformação e alocação social destes seres que interpretam. Este espaço do qual se fala denomina-se sociedade, de modo que convém, antes de adentrar-se mais especificamente no tema deste capítulo, tecer algumas considerações do que se convencionou chamar de “Sociedade”.

O homem, ser eminentemente social, passou a se agrupar por diversas razões, sejam elas, de segurança, de nutrição, de reprodução, mas, também, por razões de conveniência.

Forma-se, a princípio, a sociedade tribal, ou seja, pequenos agrupamentos formados por guerreiros, vivendo em postos fortificados, governados por chefes tribais ou reis. Como afirma Karl Popper (1987, p. 187):

Não há um “modo tribal de vida” padronizado. Parece-me, contudo, que certas características podem ser encontradas na maioria dessas sociedades tribais, se não em todas elas. Refiro-me à sua atitude mágica ou irracional para com os costumes da vida social e à correspondente rigidez desses costumes.

A este modelo de sociedade, na qual não havia reflexão sobre os assuntos pertinentes a conformação desta; em que para todos os fenômenos eram atribuídos a conotação de magia; em que o indivíduo não era considerado em si mesmo, mas somente no coletivo; em que presenciava-se uma estratificação das camadas da sociedade e uma ausência, quase que completa, de mobilidade social, Karl Popper (1987) dá o nome de sociedade fechada.

A sociedade passa, no decorrer da escalada civilizatória, mais especificamente, a partir do desenvolvimento do comércio – em que as relações de troca ultrapassavam a esfera econômica – entre os povos, a perder tais contornos. Começa-se a consolidar instituições humanas como o idioma, os costumes, a moeda e a lei, que nada tinham de mágicos. O Homem passa a perceber que tais instituições não são fenômenos naturais, mas, sim, convencionais, de modo a notar ser responsável por elas.

Para Karl Popper (1987, p. 204):

O surgimento da própria filosofia pode ser interpretado, acho eu, como uma resposta à queda da sociedade fechada e suas crenças mágicas. É uma tentativa para substituir a perdida fé mágica por uma fé racional; modifica a tradição de transferir uma teoria ou um mito, fundando uma tradição nova: a tradição de desafiar teorias e mitos e de discuti-los criticamente.

Passa-se, então, a um modelo de sociedade em que os indivíduos são confrontados com decisões pessoais, em que o indivíduo possui o valor em si próprio, deixa de ser só todo para ser também parte. Seria esta a sociedade democrática⁶⁶, ou, nas palavras de Karl Popper (1987) a sociedade aberta.

Feitas essas breves considerações e já cientes da importância da conformação social para o processo interpretativo, observa-se que, nos contornos da sociedade fechada não era dado a todos o direito de interpretar, ou, melhor dizendo, havia, naquela época, os intérpretes autorizados. Assim sendo, ainda que, involuntariamente, um indivíduo pertencente a essa sociedade fechada refletisse sobre um fenômeno posto, tais fenômenos, percebidos e interpretados, em nada contribuiriam para a formação da interpretação final, ou, melhor

⁶⁶ A palavra democrática aqui usada não é equivalente à idéia de democracia quando considerada um modelo de governa, esta muito mais qualificada do que aquela.

dizendo, para a formação do consenso social, pois esta tarefa era feita por aqueles aos quais era dado o direito de interpretar.

Esta, inclusive, é a maneira correta como devia-se dar o processo interpretativo defendida por Platão, que na acepção de Karl Popper (1987) é o precursor do totalitarismo e, portanto, defensor de uma sociedade fechada. Afirma o filósofo austríaco (1987, p. 184):

O tratamento que Platão dá à felicidade é exatamente análogo ao que dá a justiça; e especialmente que é baseado na mesma crença de ser a sociedade, “por natureza”, dividida em classes ou castas. A verdadeira felicidade, insiste Platão, só se realiza pela justiça, isto é, conservando cada qual o seu lugar. O governante deve encontrar felicidade em governar, o guerreiro em guerrear e, podemos inferir, o escravo em ser escravizado. Fora disto, Platão diz freqüentemente que não está visando nem a felicidade dos indivíduos nem à de qualquer classe particular do estado, mas apenas à felicidade do todo (...).

Diante de uma sociedade aberta, tais fatos não ocorrem ou não deveriam ocorrer. O direito de interpretar é dado a todos que dela faz parte. Ademais, não só o direito de interpretar, mas, também, o direito de influenciar com sua interpretação, com sua percepção de um fenômeno, para a formação do consenso social.

Alguns marcos históricos vieram, durante o tempo, amadurecendo esse processo de abertura social, pode-se, sem a pretensão de esgotar todos, haja vista não ser este o objeto do trabalho, elencar alguns deles: como dito anteriormente, a atividade mercantil dá o passo inicial deste processo; que passa pelo advento da filosofia ateniense; pelas incipientes democracias grega e romana; recua no período da Idade Média; é retomado com o ressurgimento do Mercantilismo e fim da Idade Média, avança com as conquistas tecnológicas e com a ampliação do saber científico, avança, ainda, com o fim da Escravidão, alcançando contornos semelhantes com o que presenciamos atualmente, a partir do advento do Humanismo, que juridicamente é respaldado por um processo chamado de Constitucionalismo⁶⁷.

Vê-se, assim, que o Direito, mormente, após o advento do constitucionalismo, passa a exercer papel fundamental neste processo de abertura social, seja por instituir os valores a serem perseguidos pelo Homem, valores estes próprios da abertura social aqui já dita, bem como por garantir que este processo de implementação de tais valores ocorra de fato.

⁶⁷ Como afirma Manoel Jorge e Silva Neto (2006) já na Idade Antiga, encontram-se fatos que levam a crer em uma iniciativa de resguardo de certos direitos do homem. Partindo-se para Idade Média, resta claro o propósito de assegurarem alguns direitos do homem, notadamente, os direitos de liberdade e propriedade, arautos da *Magna Charta Libertatum* de 1215 do Rei João Sem Terra. Enfim, com o advento da Revolução Gloriosa de (1688) vê-se mais um avanço na proteção dos direitos fundamentais. É a Revolução Francesa (1789), entretanto, que pode ser apontada como marco histórico do constitucionalismo clássico, por tudo que significou político e socialmente.

Dentre os direitos fundamentais garantidos com o advento das constituições modernas, encontra-se o direito de liberdade de pensamento e liberdade de expressão desse pensamento que, grosso modo, podem ser considerados como garantes de um direito de interpretar os fenômenos postos, mas também exprimir a sua percepção de tais fenômenos no corpo social, de modo a conformar a sociedade que o cerca.

O Direito passa, pois, a ser o garantidor da liberdade do cidadão agir, interpretar e influenciar com suas interpretações para a formação da interpretação social dos fenômenos postos.

2.1.3 O Direito e o Homem

Há um brocado jurídico que diz: *ubi societas ibi jus* (onde há sociedade, há direito). A brevidade desta frase, todavia, é diametralmente oposta a sua dimensão e alcance, em verdade, essas quatro palavras podem, de certa maneira, traduzir toda a relação entre a Humanidade e o Direito.

Como dito linhas acima, o Direito é mais uma das construções humanas, precisamente, do saber, da racionalidade humana, o Direito é um fenômeno cultural. Sucede, entretanto, que, diferentemente de outros objetos construídos pelo *logos*, pela convenção humana, quanto ao Direito não se pode determinar, ao certo, o marco inicial da sua existência, assim como não se pode determinar o início do Homem.

Para aqueles que identificam o Direito enquanto instrumento econômico, resta claro que a criação deste deu-se ao mesmo tempo em que se concebeu a idéia de propriedade privada. O Direito, assim, surgiria como um mecanismo garantidor a serviço dos detentores de alguns bens da vida para que estes pudessem mantê-los sob seus domínios ou reivindicá-los, caso fossem injustamente desapossados dos mesmos.

Outros há que intentam atribuir ao Direito à pecha de ser um mecanismo sancionador de um conjunto social, é dizer, um instrumento de controle e pacificação social. Há, ainda, aqueles que visualizam o Direito como instrumento de manutenção e imposição de Poder, seja ele político, econômico, social, enfim, inúmeras e diferenciadas são as funções e as naturezas que o Homem intenta atribuir ao Direito

Ao buscar-se algumas das definições do Direito e, por conseguinte, o momento em que este passou a ser percebido no seio social, encontra-se, todavia, um ponto em comum nas mais

variadas percepções do fenômeno, qual seja, a imprescindibilidade do ser humano para sua existência. Neste sentido, no intuito de, inicialmente, definir o momento em que o Direito surge e passa a influenciar o Homem em sua escalada civilizatória não se pode deixar de lado este dado, ao revés, deve-se colocá-lo como ponto de partida na busca pelo perceber e compreender o Direito.

Corroboram com o quanto aqui já dito as lições de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano (2004, p. 30) que, na árdua tarefa de definir o Direito, assim, aduzem:

O primeiro passo, portanto, para conseguir conceituar o direito é reconhecer a sua característica, essencialmente humana, instrumento necessário para o convívio social. (...). Isso significa que não há falar em direito sem *alteridade*⁶⁸, isto é a relação com o outro, valendo ser invocado o brocardo latino *ubi homo, ibi jus* (onde há homem, há direito), significativo de tal condição

Já é lugar comum que o ser humano desenvolveu-se e é, hoje, a espécie dominante sobre a face da terra devido dois fatores, quais sejam: a capacidade de realizar o “movimento de pinça” com as mãos, mas, mais ainda, pelo desenvolvimento da fala e, conseqüentemente, aprimoramento da linguagem.

Para José Ortega y Gasset (1960, p. 57) o Homem diferencia-se das demais espécies pela capacidade de “ensimesmar-se” que, conforme aquele é “a maravilhosa faculdade que o homem tem de liberta-se transitoriamente de ser escravizado pelas coisas”.

Faz Ortega y Gasset (1960, p. 61-62), uma digressão histórica para trazer o momento em que o homem se dissocia do “mundo animal”. Para o mesmo, tal se deu no exato momento em que uma sinapse permitiu ao homem, ainda que por segundos, adentrar no mundo virtual e iniciar o germe do que veio a ser chamado ensimesmamento. Desde então, assevera o autor:

São, pois, três momentos diferentes que ciclicamente se repetem ao longo da história humana em formas cada vez mais complexas e densas: I) O homem se sente perdido, naufragado nas coisas; é a alteração. II) O homem, com enérgico esforço, se recolhe à sua intimidade para formar idéias sobre as coisas e seu possível domínio; é o ensimesmamento, a *vita contemplativa* como diziam os romanos. III) o homem torna submergir no mundo para atuar nele conforme um plano preconcebido; é a ação.

O “ensimesmamento” de que fala Ortega y Gasset (1960, *passim*), bem como o atuar no mundo após esse recolhimento, se dá pela via da linguagem, daí porque não é contraditório afirmar que o ensimesmar-se em seus três níveis não prescinde da linguagem.

Nesta esteira, como dito linhas acima, parte-se, neste momento, do ponto de convergência das diversas definições do Direito. Feito isso, chega-se ao ponto em que três palavras – ainda que

⁶⁸ Consoante José Ortega y Gasset (1960): deve-se conceituar alteridade como o outro, do latim *alter*, ou seja, o conjunto de fatores exteriores ao ser que sobre ele impõe sua força cogente. São, pois, o conjunto de objetos e acontecimentos que governam a atividade do ser humano de fora pra dentro.

não expressamente – dominam o cenário de todas aquelas, são elas: Direito, Ser humano e Linguagem.

Ora, se já se sabe que o Direito é um fenômeno cultural e, pois, criação da racionalidade humana, ao definir-se a Humanidade pelo aperfeiçoamento da linguagem comunicativa, não é difícil notar que o Direito surge no momento em que a Humanidade pode ser definida como tal, o que leva à conclusão de que Direito e Linguagem são elementos indissociáveis. Além disso, não é desarrazoado afirmar que a Linguagem, assentando-se nestes pressupostos, é condição de possibilidade para o Direito.

Como assevera Eros Roberto Grau (2005, p.56) “o direito não apenas possui uma linguagem, mas é uma linguagem, na medida em que instrumenta uma modalidade de comunicação entre os homens, seja para ordenar situações de conflito, seja para instrumentalizar políticas”.

Com efeito, traçadas essas linhas, parte-se da concepção de que o Direito surge no exato momento que – se é que se pode dar exatidão a tal momento, notadamente pela sua complexidade – o primeiro grupo da espécie humana consegue, por meio da linguagem, impor restrições ao agir dos seres individuais em prol de outros seres ou em prol do ente rudimentar que se chama aqui de sociedade tribal.

2.2 HERMENÊUTICA E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

2.2.1 Evolução Hermenêutica do Direito

Como dito, o Direito é uma instituição construída pela racionalidade humana e como fenômeno posto na sociedade é passível de interpretação.

Não faz muito tempo, entretanto, em que entendia-se que interpretar o Direito era o mesmo que retirar o verdadeiro sentido e o real alcance da lei. O juiz não podia desobedecer à letra da lei sob o pretexto de penetrar em seu espírito; os códigos – afirmavam – nada deixavam ao arbítrio do intérprete, este já não tinha por missão fazer o Direito, pois o Direito já estava feito.

Neste sentido, afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr (1980, p. 70) que “a concepção de que o texto da lei é que é expressão da *mens legislatoris* leva Savigny a afirmar que interpretar é compreender o pensamento do legislador manifestado no texto da lei”.

Posicionou-se sobre o tema André Ramos Tavares (2006, p. 60) ao asseverar que: “Tradicionalmente, a interpretação era compreendida apenas como a descoberta do sentido do texto normativo, teoria condensada na célebre crítica de Géný de um *fétichisme a la loi écrite et codifiée*”.

Vê-se, aí, dois erros básicos: primeiro que o Direito se resume à lei – o *jus* se reduz a *lex* –, segundo que o Direito já possui um significado em si mesmo, pronto e acabado.

Sobre o tema, são pertinentes as palavras de Rudolf Von Ihering (2003, p. 35), ao aduzir que:

A ciência jurídica conceitual, dogmática, produz uma inversão de poder, na medida em que, apoiada em esquemas preestabelecidos e em classificações apriorísticas, construídos em nome de autoritária unidade ideológica, determina a mutilação da realidade de consagra o Direito como forma soberana de poder.

Oportunamente, deve ressaltar-se que a palavra hermenêutica de que o presente estudo pretende-se valer em nada tem que ver com tradição hermenêutica inaugurada no Brasil por autores como Carlos Maximiliano, ou seja, uma hermenêutica que cria regras/métodos de interpretação. Essa hermenêutica, calcada em métodos fica, sobretudo, debilitada no alcance que pretende-se dotar a palavra no presente trabalho.

Ensina Mauro Cappelletti (1992, p. 21) na tentativa de elucidar qual seja o conceito de interpretação que melhor condiz com as evoluções hermenêuticas dos últimos tempos:

Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado desta amplíssima discussão foi demonstrar que, com ou sem consciência o intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagens de outras pessoas com a vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em novo e diverso contexto de tempo e lugar. É obvio que toda a reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado da alma do intérprete.

O processo interpretativo/hermenêutico de que se trata tem um caráter produtivo e não meramente reprodutivo, sem logicamente, se valer de discricionariedade e decisicionismo jurídico⁶⁹.

Conforme lição de Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 17):

⁶⁹ Não se pretende afirmar com esse poder criador/produtor do intérprete, que este venha poder dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, isto é, a hermenêutica nem de longe pode ser considerada relativista. Ao contrário, é a partir da hermenêutica filosófica que falaremos da possibilidade de respostas corretas ou, se se quiser, de repostas hermeneuticamente adequadas a Constituição.

Mais do que nunca, mesmo nos países de tradição “românico-germânica”, prega-se a imprescindibilidade da interpretação do direito para seu conhecimento derradeiro. É a afirmação que a cada dia ganha mais adeptos a de que a norma jurídica é o texto da lei interpretado e aplicado à luz dos casos concretos. Não há, nessas condições, direito sem interpretação e sem aplicação concreta. Interpretação e aplicação são, na realidade, uma só operação, analisada em dois momentos diversos.

Sem tirar o foco do problema da interpretação, Wilson Alves de Souza (2008, p. 69) aduz que:

De antemão, cabe assinalar que toda decisão judicial envolve a necessidade de interpretação. Um dos brocados jurídicos dos mais falsos é o de que “cessa qualquer interpretação quando a lei é clara” (*in claris non fit interpretatio*). Expressando de outro modo, todo o problema jurídico demanda interpretação, até porque, de um lado, qualquer enunciado normativo não passa de um conjunto de palavras, as quais, de sua vez, nada mais são do que símbolos, meros objetos ideais.

Uma vez não existir uma clara oposição entre interpretação e criação do Direito, torna-se necessário fazer algumas ressalvas, para evitar que tal atividade seja pautada por graus de arbitrariedade.

A arbitrariedade, neste sentido, deve ser uma preocupação permanente, mas assumir a subjetividade da norma jurídica, o papel do sujeito na sua construção, não significa aceitar que as normas jurídicas sejam obtidas ao arbítrio do intérprete, por um mero ato de decisão, livre e desregrado. Para se construir normas jurídicas, é preciso seguir as normas que são impostas pelo próprio sistema jurídico, por óbvio, seguir as normas de linguagem, tendo em vista que a norma jurídica é uma significação construída – ou reconstruída, como preferem alguns – a partir de um enunciado prescritivo em conjugação com um recorte temporal, denominado evento ou fato; seguir as normas da lógica, uma vez que, apesar de a interpretação e a aplicação do Direito não poderem ser realizadas puramente pela lógica formal, não podem fugir a regras como o respeito das conclusões às premissas; e seguir as normas da argumentação, pois a significação construída precisa estar fundamentada, é preciso se convencer da adequação às regras impostas pelo sistema jurídico, pela lógica e pela linguagem, além, é claro, de convencer da adequação da norma jurídica às circunstâncias do caso concreto.

Percebeu o referido risco Mauro Cappelletti (1992, p. 23-24) ao aduzir que:

De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr (1980, p. 71): “O subjetivismo levado ao extremo exagerado, podemos dizer que favorece um autoritarismo”.

Nesta esteira, aduz Lênio Luiz Streck (2006, p. 284):

A Hermenêutica-jurídico-filosófica pretende, pois, permanecer fiel às coisas mesmas, partindo da base do próprio caso jurídico concreto, da singularidade desses casos e não das hipóteses categóricas, de construções imaginárias ou de quaisquer outras posturas desse jaez.

É preciso entender, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr (1980, p. 68), que “é hoje um postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação”⁷⁰.

Para Willis Santiago Guerra Filho (1997, p. 37):

Do Judiciário de hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi*, mas sim *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito.

Com grande autoridade e fundado nas idéias de Hans-Georg Gadamer, André Ramos Tavares (2006, p. 59) aduz que no processo interpretativo do Direito:

O ponto de partida e sempre um problema que se inscreve na existência do sujeito e que supõe a sua “pré-compreensão” em relação tanto à “compreensão” do “texto” como do “problema”, dando lugar a uma estrutura circular entre a realidade existencial e o texto a interpretar (círculo hermenêutico).

No dizer de Rudolf Von Ihering (2003, *passim*) o Direito, tal qual a língua, realiza uma evolução involuntária e inconsciente, uma evolução orgânica que se processa de dentro para fora. Constituem, pois, produto dessa evolução as normas jurídicas cimentadas aos poucos, através da maneira uniforme pela qual se realizam os atos jurídicos individuais, e ainda as abstrações, regras e efeitos que a ciência deduz por via analítica do Direito preexistente, para trazê-los à nossa consciência.

Dito isto, cumpre frisar, ainda, que, ao lado da idéia de que o Direito não se encontra pronto e acabado, é clara, em tempos correntes, a idéia que atribui ao Direito contornos de transdisciplinariedade. Explicando: o Direito não é visto mais somente como uma ciência que trata de sistema de regras e princípios hermeticamente fechados ao mundo circundante. Ao

⁷⁰ Ainda com Tércio Sampaio Ferraz Jr (1980, p. 72-73): “Quando dizemos que interpretar é compreender outra interpretação (a fixada na norma), afirmamos a existência de dois atos: um que dá a norma seu sentido e outro que tenta captá-lo. Portanto, para que possa haver interpretação jurídica é preciso que ao menos um ato doador de sentido seja fixado. Daí um dos pressupostos da hermenêutica do direito ser o caráter dogmática do seu ponto de partida. O dogma inicial pode ser colocado em diferentes níveis, hierarquizados ou não. Por exemplo, parte-se da norma positiva, vista como dogma, mas também podemos questioná-la do ponto de vista da sua justiça, caso em que uma concepção de justiça passa a ser o novo ponto de partida; ou podemos questioná-la do ângulo da sua efetividade, caso em que a possibilidade de produção de efeitos passa a ser o ângulo diretor e ponto de partida do postulado; ou podemos ainda reconhecer o pontos de partida pluridimensionais, compatíveis entre si. O importante é que a interpretação jurídica tenha sempre um ponto de partida tomado como indiscutível

revés, o Direito é influenciado por todo o contexto social seja ele econômico, social, cultural, ético etc.

Elucida bem o que aqui se afirma André Ramos Tavares (2006, p. 40):

O jurista, no exercício de sua profissão, deveria saber apenas a lei, em seu formalismo tecnicista. O conteúdo (matéria) da lei não importa ao jurista, que sobre ele deverá abster-se de fazer considerações de ordem “política”, de justiça (da decisão do legislador), de adequação à realidade social. Basta, simplesmente, saber que a lei cumpriu o procedimento legislativo previsto, preenchendo todas as fases necessárias para seu advento. Os domínios da realidade tornam-se irrelevantes e dele o Direito se desvinculava.

Sucedo, entretanto, que a complexidade social chegou a tal ponto que não é dado mais ao intérprete da lei esquivar-se do contexto social na qual aquela se insere, notadamente, porque a resultante dessa complexificação social fora justamente a confecção de normas mais abertas, no intuito de abarcar as mais variadas situações possíveis.

Para Cassio Scarpinella Bueno (2008) o desafio que se colocou a todas as Escolas do Direito que contrapuseram-se ao positivismo foi o de compreender o fenômeno jurídico levando em conta seu próprio papel e as vozes da sociedade que, de uma forma ou de outra, condicionam a sua própria produção.

Neste sentido, leciona o mestre português J. J. Gomes Canotilho (2003), ao tratar da norma constitucional, que é preciso ter em mente, que a Constituição é uma obra inacabada, de modo que esta é um sistema aberto de normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios. Assim sendo, o Texto Maior, como também outros textos jurídicos, devem estar em constante mutação, vez que dialoga com o meio social. Neste contexto, a tarefa do jurista é por em marcha essa tendência dispersiva do texto, sem permitir que se esvaia o sentido de norma ou que se destrua a engenharia original dos fundadores

Tratando, ainda, das normas constitucionais, o que não impede a sua aplicação às demais normas e ao Direito como um todo, André Ramos Tavares (2006, p. 43) aduz:

Percebe-se, portanto, que é a abertura das normas constitucionais que possibilita a evolução do Texto Constitucional, o acompanhamento do desenvolvimento da realidade, superando-se, assim, a mentalidade que se tinha acerca do sistema jurídico, como um sistema fechado, conforme vigorou no positivismo formalista, em que predominava a infantil crença de que as leis constantes do Codex eram aplicáveis a toda e qualquer situação, por mais nova, estranha ou rara que fosse.

Nota-se, enfim, que o Direito é uma estrutura aberta, amplamente mutável e o instrumento dessa mutação não é outro senão a interpretação. Esta, por sua vez não só declara o conteúdo da norma, mas, sim, acaba por concretizá-la a cada aplicação, vez ser aquele cambiante às

variáveis sociais, bem assim sofre variações consoante tratar-se deste ou daquele ao qual é dado a tarefa de interpretar.

Assentes tais premissas, passa-se a tratar no próximo item sobre os que devem ser intérpretes/concretizadores desse Direito, mas também como deve-se dar esse processo.

2.2.2 Sociedade aberta e interpretação do Direito

Muito se falou até agora sobre a nova conformação da sociedade bem como do Direito. Agora, é chegado o momento de casar ambos os conceitos.

Verificou-se que a sociedade inicialmente fechada passou por um processo de abertura. Ao lado dessa abertura social, acompanhamos uma evolução no conceito de Direito, bem como da sua interpretação.

Uma das características da sociedade fechada, como se viu, era o fato de existirem alguns intérpretes autorizados para os fenômenos percebidos, diferentemente não era com o Direito – instituto daquela sociedade e que dela sofria influência. Quem definia o que era o Direito eram tais intérpretes, sem a colaboração de mais ninguém que não pertencesse a esse núcleo.

A despeito da abertura social anteriormente demonstrada, ainda se verifica na sociedade contemporânea alguns resquícios de uma sociedade fechada e um desses resquícios é a atribuição e o modo como se interpreta, ainda, o Direito.

Conforme enuncia Peter Häberle (2002, p. 12), aduzindo sobre a interpretação constitucional, o que aplica-se, integralmente ao Direito como um todo:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional”- aqui se pensa na exigência da incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral -, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional”.

Em uma sociedade aberta e democrática a adoção de uma hermenêutica jurídica deve ser adequada a esta sociedade pluralista, em que, para além dos juízes, sejam intérpretes do Direito, também, ainda que atuando, ao menos, como pré-intérpretes, os cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública.

Com efeito, no desiderato de realizar uma passagem de uma sociedade fechada de intérpretes do Direito para uma interpretação jurídica pela e para uma sociedade aberta, propõe Peter Häberle (2002, p. 13) a seguinte tese:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos (forças produtivas de interpretação), não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Vale dizer, os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Com destreza peculiar, enuncia Peter Häberle (2002, p.19) que:

A investigação sobre os que participam do processo de interpretação é, de uma perspectiva sócio-constitucional, consequência do conceito republicano da interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional. Uma teoria da constituição que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (*Öffentlichkeit*), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ele atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes.

Ante ao novo paradigma do Estado constitucional-democrático, modelo jurídico adequado de uma sociedade aberta, é preciso reconhecer que a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais, até o último intérprete formalmente competente, a Corte Constitucional.

Consoante Walber de Moura Agra (2005, p. 195), abeberando-se das idéias de Habermas:

A idéia de Habermas é estabelecer uma jurisdição constitucional com base em uma democracia participativa, que propicie a atuação efetiva dos cidadãos, o que seria um antídoto contra a ameaça de que os tribunais constitucionais se fechem em um ciclo autônomo de decisões. Essa jurisdição deve se basear em argumentos racionais, permitindo sempre a inclusão de participantes no debate público, com ligações intrínsecas com a sociedade. Ele constrói a legitimidade da jurisdição constitucional fundada no agir comunicativo, que busca formar uma teoria de justificação, cujas decisões judiciais sofrem injunções diretas do espaço público que, por sua vez, deve garantir a mais completa participação isonômica dos cidadãos e da sociedade civil organizada, formando um canal entre a população e os entes estatais.

Aduz Walber de Moura Agra (2005) que, podem traçar-se algumas simetrias entre Habermas e Häberle no sentido de que ambos têm o escopo de democratizar, de forma mais incisiva, as decisões da jurisdição constitucional, sendo essas expostas ao debate público, principalmente no concernente à ampliação dos intérpretes da *Lex Mater*.

Com Peter Häberle (2002, p. 36) verifica-se que “numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação de processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais”.

Já não restam dúvidas da complexidade social de nossos tempos, a sociedade aberta da qual se fala divide-se em tribos, nas grandes cidades é visível tal diversificação social que, muita vez, não está limitada à estratificação econômica, como poderiam pensar os mais desavisados. A Democracia não chega à sua plenitude com a imposição da vontade da maioria – como concebe a perspectiva contratualista-democrática⁷¹ –, mas, sim, como o respeito dos direitos da minoria, com o respeito à diversidade.

Em outra obra, Peter Häberle (2002, p. 65) enuncia:

En todo ordenamiento jurídico abierto, plural y libertatorio del ser humano surge un amplio espectro de múltiples formas que se institucionalizan como alternativas jurídicas y que ofrecen a su vez un espacio lo suficientemente amplio como para tomar decisiones, como para establecer los cauces de las libertades individuales y, en general, los de la propia racionalidad. Dichas formas presuponen una comunicación o lo más libre de cohibiciones posible – en sentido habermesiano –, es decir.

Aduz, ainda, Peter Häberle (2002, p. 38-39) que:

Democracia é o domínio do cidadão, não do Povo, no sentido de Rousseau. A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não na concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se a apenas assumir o lugar do monarca. Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e eruptivo a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais.

Não se esquivava Peter Häberle (2002, p. 44-45) do fato de que, à luz dos novos participantes do processo de interpretação constitucional, uma Corte Constitucional como o *Bunderverfassungsgericht*, que afere a legitimidade de interpretação de outro órgão, deve-se valer de diferentes métodos, tendo em vista exatamente os participantes da interpretação submetida à sua apreciação. Assim o controle da legitimidade e da participação democrática deveria variar proporcionalmente ao interesse da opinião pública.

Neste passo, Walber de Moura Agra (2005, p. 290) elucida:

Quando os julgados do Supremo Tribunal Federal encontram respaldo na comunidade dos intérpretes da Constituição, auferem maior legitimidade, o que justifica maior extensão em sua incidência. Essa democratização das decisões do STF, permitindo maior participação de seus intérpretes, igualmente estabelece links com a sociedade, contribuindo para democratizar as decisões com a população em geral.

Neste contexto, é preciso fazer justiça ao aduzir já tal aproximação, ainda que incipiente e limitada às decisões das mais altas cortes, já ocorre no País. Prova disso é a presença do

⁷¹ Consoante lição de Wilson Alves de Souza (2008, p. 41-42): “Na perspectiva contratualista-democrática a justificativa do poder está na vontade geral, ou seja, no povo. Mas aí cabe perguntar o que é a vontade geral ou encampar a indagação proposta por Friedrich Müller, que dá título a um dos seus livros: ‘Quem é o povo?’”.

Judiciário no noticiário nacional, é dizer, qualquer pauta jornalística, seja ela televisiva ou impressa, reserva, em tempos correntes, espaço cativo para as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, o que demonstra o maior interesse da sociedade para os temas debatidos naquela esfera de poder.

A judicialização da sociedade é percebida como um fenômeno próprio desta época. A sociedade passa a buscar seus direitos albergados no ordenamento, mas, também, por meios próprios, busca influenciar, de certa maneira, a própria tomada de posição dos julgadores sobre determinada matéria.

Ao tratar sobre essa temática, assevera Mauro Cappelletti (1992, p. 52):

Devemos reconhecer que nos países modernos o cenário do poder judiciário tornou-se muito mais complexo, diversificado e fragmentado do que no passado. Se desejamos nos ater à realidade, afastando a ficção, devemos reconhecer que hoje, na verdade, não mais sentido em descrever como “juízes” e como “magistratura” apenas os que trabalham nos tribunais ordinários.

Consoante, enfim, Peter Häberle (2002, p.48-49):

Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou se possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria Democrática.

Das idéias de Peter Häberle extrai-se, pois, a imprescindibilidade de ampliação democrática no debate constitucional, ampliando, neste momento, o debate para todo o Direito, que é a resultante jurídica de uma sociedade que se diz aberta.

Acrescentam valor ao debate, as idéias de Willis Santiago Guerra Filho (1997, p. 33):

Daí a necessidade de que se constitua o que, tomando de empréstimo uma expressão de Karl Popper, se chamou de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, a fim de que se estabeleça um amplo debate entre os defensores das diversas concepções a respeito de como melhor compatibilizar os valores em conflito, e isso sempre com a preocupação de sempre preservá-lo todos, em seu conteúdo mínimo. Como na pós-modernidade, com o elevadíssimo grau de complexidade e novidade dos problemas sociais que aí se apresentam, não há mais por que recorrer a nenhuma receita ideológica previamente elaborada para se obter soluções, só mesmo com procedimentos é que se forja da melhor maneira tais soluções, abrindo a possibilidade de cada posição divergente demonstrar a parcela de razão que lhe cabe e a superioridade de uma frente às demais, em dada situação particular.

É, pois, como se verá a seguir, no Judiciário que se realiza a Democracia e, por consecutivo, a abertura da sociedade, de modo que a interpretação do Direito deve ser vista, além de resoluções de problemas eminentemente jurídicos, uma esfera de decisão política.

Daí que o aspecto político do processo é indicativo do grau de desenvolvimento e aperfeiçoamento da democracia de dado Estado de Direito. O princípio do devido processo legal é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito.

2.3 ABERTURA INTERPRETATIVA E DEMOCRACIA

Percebe-se, em tempos correntes, com a complexificação, cada vez maior, da sociedade, que mecanismos, antes válidos e legítimos para a sustentação da Democracia, tornaram-se não eficazes ou insuficientes para que a mesma pudesse resistir.

A Democracia da sociedade pós-moderna não pode ser mais vista nos moldes como fora concebido por Rousseau⁷². Diz-se isto, haja vista que naquela época o centro político do Estado concentrava-se prioritariamente no Poder Legislativo. Este poder representava o povo, bem como deveria defender o povo dos outros poderes que naquela época eram mal-vistos, vez que o Executivo, fazia pouco tempo, estava nas mãos dos monarcas absolutistas e o Judiciário não era outra coisa senão o guardião daquele *status quo ante*.

Recentemente, contudo, verifica-se um processo de deslocamento do pólo de tensão política do Estado, é dizer, o pólo de tensão, que no Estado Liberal se manteve no Legislativo e no Estado Social, no Executivo, migra, agora, para o Judiciário⁷³. Além disso, verifica-se que no atual estágio da evolução do Estado Moderno, ou como querem alguns, pós-moderno, os

⁷² Conforme lição de Eduardo Appio (2005, p. 36-37): “A recuperação do contratualismo como um dos alicerces ontológicos do Estado moderno conduz à concepção da vontade geral que reflete o racionalismo do homem em contraposição a uma cultura assentada em tradições e no direito hereditário. Prega, também o exercício do sufrágio por todos os cidadãos, como um mecanismo para aferir a exata correspondência da vontade dos governantes com a vontade da nação, a qual deve ser uma. O pacto social é, portanto, uma das premissas fundamentais da constituição e manutenção do Estado moderno, segundo Rosseau, sendo que a legitimidade do governante, do ponto de vista racional, somente poderia derivar destas especiais condições de anuência com a forma de exercício do poder”.

⁷³ Relevante, neste sentido, o dizer de Campilongo, citado por Lênio Streck (2005, p. 257), para quem, no Estado Democrático de Direito, a Função Judiciária passa a integrar o circuito de negociação política: “garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça distributiva”.

poderes do dito Estado Democrático de Direito dialogam muito mais entre si, de modo a exercerem um controle democrático recíproco.

Neste sentido são as palavras de Willis Santiago Guerra Filho (1997, p. 36):

Compreende-se, então, como o centro de decisões politicamente relevantes, no Estado Democrático contemporâneo, sofre um sensível deslocamento do Legislativo e Executivo em direção ao Judiciário.

Continua o mestre cearense (1997, p. 34) ao aduzir que: “O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado”.

Ora, cientes dessa mudança de eixo, não é temerário afirmar que o espaço para a realização da democracia acompanha também esse deslocamento. É dizer, ganha o Direito a atribuição de ser um instrumento de consolidação democrática, de modo que não deve ser percebido, agora, como mera instância social de pacificação de conflitos.

Com efeito, uma vez definido que o Direito só se realiza por vias da interpretação, conclui-se que será por meio da interpretação e, por consecutivo, pela configuração do quadro de seus intérpretes que se estruturará um caminho democrático na concretização do Direito. Desse modo, quão mais variados forem os intérpretes do Direito, mais este terá legitimidade democrática.

Convém, por oportuno, colacionar o magistério de Willis Santiago Guerra Filho (1997, p. 28):

No mundo pós-moderno, tão complexo e diferente daquele em que se viveu até há pouco, não há lugar para “grandes fórmulas” legitimadoras (ou “grandes narrativas”, *grands récits*, com diz Lyotard, em *La condition post-moderne*), elaboradas no passado, com apoio em “verdades”, fornecidas pela ciência, para dar soluções aos problemas que hoje se nos apresentam, com um projeto de realização de utopias. No mundo atual, portanto, não haveria mais lugar para revoluções em seu sentido clássico, ou melhor, “moderno”.

Complementa o seu raciocínio, Willis Santiago Guerra Filho (1997, p. 28):

“Hoje em dia vale mais apostar no que Felix Guatarri chama de “revoluções moleculares”, aquelas que ocorrem na interação entre pessoas, quotidianamente influenciando-se umas às outras para, por seus próprios meios, encontrarem orientação no mundo, reagindo a ele, o que termina formando um encadeamento que ocasiona, de repente, grandes transformações, revoluções, sem que mesmo se perceba direito, como a queda da ditadura aqui no Brasil, ou do “muro de Berlim”, na Alemanha.

Com a Democracia não é diferente, ou seja, deve a construção da Democracia ser realizada por meio “revoluções moleculares”. Essas ocorreram nas microrelações, é dizer, o processo de interpretação do Direito seja ele realizado no processo ou fora dele é um grande exemplo das revoluções moleculares democráticas. A Democracia, dessa forma, não deve ser festejada

somente em épocas de eleição, em épocas de sufrágio universal, mas, sim, deve sê-la, diuturnamente, e esse deve ser, também, o papel do Judiciário nas tomadas de decisões políticas do Estado.

Nesta esteira, resta demonstrado como a interpretação democrática do Direito serve para legitimar e consolidar o Estado Democrático de Direito.

Verifica-se, pois, que o Direito, passível de interpretação, é reiteradamente reconstruído a cada problema que se apresenta. Isso porque, uma vez que os valores não podem mais ser dissociados do processo de interpretação, bem como que tais valores são cambiantes, o intérprete a cada momento é confrontado com uma situação nova a ser interpretada.

Para Lênio Luiz Streck (2006b), o direito é um saber prático que deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas da modernidade que ganharam espaço nos textos constitucionais. As promessas da modernidade, ressalte-se, são o conjunto de garantias e direitos postos aos cidadãos que, se cumpridas, deságuam na condição ótima do Estado Democrático de Direito.

Enfim, o que pode-se afirmar é que, ao que parece, a sociedade fora convocada a participar das decisões do Poder Judiciário, instância democrática do Estado. Cabe agora verificar, e isto será analisado nas linhas que se seguem, por qual ou por quais mecanismos dar-se-á essa participação.

2.4 O RACIONALISMO CRÍTICO E A FALSEABILIDADE POPPERIANA COMO GARANTES DA DEMOCRACIA JURISDICIONAL

2.4.1 A clareza científica como condição ótima de refutabilidade

Não soa mais como novidade a afirmação de que o Direito só se faz presente no momento em que é concretizado por vias da interpretação. Tal afirmação está intimamente ligada ao fato de que o Direito, enquanto elemento cultural, está sempre sendo interpretado pelo Homem, de modo a ser concebido a cada vez que é interpretado/concretizado. É dizer, o Direito, instituição construída pela racionalidade humana, fenômeno posto na sociedade, está sempre passível de interpretação.

Resta, ainda, despropositado, em tempos correntes, a idéia positivista de interpretação, cujo significado residia em o intérprete diante de um texto legal, ter que retirar do mesmo o verdadeiro sentido e o real alcance da lei, como se este sentido já existisse pronto e acabado dentro da moldura axiológica das palavras do texto a ser interpretado. Naquele contexto, o Julgador não podia destoar do texto – que, pressupunham os positivistas, era claro – tentando, de algum modo modificar o sentido prévio já atribuído à lei. Como já dito, os códigos – afirmavam – nada deixavam ao arbítrio do intérprete, este já não tinha por missão concretizar o Direito, pois, o Direito já existia, carente estava, apenas, de ser declarado.

Tal postura positivista vem sendo superada paulatinamente por uma corrente denominada pós-positivismo⁷⁴. Surge, então, a idéia de que ao se interpretar se constrói o Direito, de que a interpretação pode iniciar-se nos textos jurídicos, mas não se resume a sua declaração.

A norma jurídica é, portanto, o resultado da atividade de construção de sentidos por parte do operador do direito. Os signos colocados no texto, nos enunciados, servem de base para que o intérprete construa significações, para que ele molde a norma a ser aplicada. Os textos, de uma forma geral, não revelam sentidos prontos e acabados. Os textos são suportes para a construção de sentidos. Não é diferente com os textos jurídicos, também chamados de direito positivo, textos positivados, enunciados prescritivos etc.

Nesta esteira, fica claro a importância que o processo – enquanto estrutura pela qual se cria/interpreta o Direito – alcança em nosso tempo, bem assim o método pelo qual se dá o seu desenrolar.

Sucedem, entretanto, que, indiferentemente a tais verificações, instituem-se no ordenamento jurídico brasileiro mecanismos que da maneira como vem sendo implementada, cada vez mais, restringem o diálogo processual e, portanto, sua feição democrática. O maior de todos os mecanismos utilizados hodiernamente no ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvida alguma, como visto no capítulo anterior, é o poder vinculante e a controlabilidade difusa atribuída aos precedentes judiciais. Tal conjuntura estabelece situações de verdades/interpretações prévias e absolutas do Direito, na prática, impassíveis de refutação.

Neste contexto, vêm a calhar as idéias cunhadas por Karl Popper, que, em síntese, trazem em seu bojo a concepção de que não existem verdades absolutas, mas, somente, verdades

⁷⁴ Para Luís Roberto Barroso (2006), o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não devem ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

provisórias que devem sempre ser submetidas a teste, sob pena de perderem sua condição de verdade – mesmo que provisória.

Para Karl Popper, todos os problemas apresentados à sociedade – e, aqui, enquadram-se os problemas de ordem jurídica – são resolvidos a partir de teorias conjecturais que devem ser, constantemente, submetidas a testes/refutações, de modo a serem aperfeiçoadas.

Assim sendo, com a idéia de que a possibilidade de criticar uma teoria, de submetê-la a teste e de tentar refutá-la ser condição indispensável para o progresso do conhecimento, Popper contribui, sobremaneira, para combater o fechamento dialógico e, portanto, crítico, que os precedentes judiciais – *lato sensu* –, da maneira como aportaram na prática jurídica, implementam no conhecimento jurídico.

Para Karl Popper (2004), o ser humano conhece muito, bem assim, simetricamente ao volume de conhecimento que possui, está o tamanho dos fenômenos que ignora. É dizer, a idéia de conhecimento e ignorância não é percebida como contrária em sua ótica, ou seja, não há um conhecimento vs. ignorância, mas, sim, um amálgama de tais fatores em todo o conhecer humano.

Neste sentido, aduz o filósofo vienense (2004, p. 14):

É uma tarefa de fundamental importância para qualquer teoria do conhecimento, e, talvez, até um requisito crucial, fazer justiça às nossas primeiras duas teses, esclarecendo as relações entre nosso admirável e constantemente aumentado conhecimento e nosso freqüentemente acrescido discernimento de que realmente nada conhecemos

Com efeito, se o fim último do conhecimento é a busca das verdades, não é demais assentir que as verdades popperianas são cambiantes, notadamente se se verificar a presença do eterno conflito entre conhecimento e ignorância. Nota-se, ainda, que, para Karl Popper (2004) o conhecer humano começa da tensão entre conhecimento e ignorância. Desta instabilidade é que se daria o processo de descoberta da verdade.

Diante dessa disputa entre conhecimento e ignorância, surgem os problemas que devem ser solucionados provisoriamente a partir de teorias conjecturais. Contudo, mais uma vez, é preciso dizer com Karl Popper (2004, p. 16): “a tensão não é nunca superada, pois revela que o nosso conhecimento sempre consiste, meramente, de sugestões para soluções experimentais”.

O método epistemológico de Karl Popper (2006), diferentemente de René Descartes com o seu racionalismo e Francis Bacon com seu empirismo, que, em suma, baseiam-se na idéia de que o ser humano pode sim chegar à verdade, baseia-se na descrença do poder da razão

humana discernir a verdade está quase invariavelmente ligada à desconfiança do próprio homem.

A partir de tais pontos, pode-se afirmar que Karl Popper (2004, p. 16) concebe o método científico denominado de racionalismo crítico em que verdades, se existentes, são passíveis de refutações, como condição de própria natureza de verdade. É dizer:

Portanto, o método da ciência consiste em tentativas experimentais para resolver nossos problemas por conjecturas que são controladas por severa crítica. É um desenvolvimento crítico consciente do método de “ensaio e erro”. A assim chamada objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico. Isto significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e, mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica – a contradição lógica é objetivo.

Com efeito, as verdades advindas das teorias conjecturais estão aí para serem refutadas, criticadas e contestadas a todo instante. A passividade crítica é, como visto, um atributo, ou, melhor dizendo, uma condição de possibilidade de uma teoria científica.

Em outra obra, Karl Popper (2006, p. 59) assevera que “uma teoria que não seja refutável por nenhum acontecimento concebível será uma teoria não-científica. A irrefutabilidade não é uma virtude da teoria (como as pessoas muitas vezes julgam), mas sim um defeito”. Em suma, a falseabilidade é um critério de cientificidade de uma teoria.

Cumprе ressaltar, oportunamente – notadamente pelas interpretações errôneas de seu pensamento –, que Karl Popper a despeito de negar a idéia de verdades absolutas não defende, em momento algum, o relativismo. Este, para Popper (2006), caracteriza-se pela negação da existência de uma verdade objetiva e pela afirmação da arbitrariedade da escolha entre duas asserções ou teorias.

Verifica-se no pensamento de Popper (2006), pois, que é por meio da crítica, da abertura de uma teoria que chega-se a verdades objetivamente mensuráveis. É, pois, a liberdade de crítica que permite detectar erros e, dessa forma, alcançar verdades objetivas, ainda que, provisórias. As críticas aqui aludidas são as condutoras à verdade objetiva, são, por assim dizer, molduras epistemológicas que permitem a maleabilidade sem a perda de parâmetros por completo.

Em suas formulações, Karl Popper (2004) não esteve indiferente ao fato de que, na solução dos problemas e, dessa forma, na busca pelas verdades objetivas provisórias, ao lado dos problemas científicos existem, também, os problemas extra-científicos envolvidos, quais sejam, problemas de bem-estar humano, da defesa nacional, aquisição de riqueza pessoal, dentre outros.

Assim, segue, aduzindo o autor (2004, p. 24) que:

É claramente impossível eliminar tais interesses extracientíficos e evitar sua influência no curso da pesquisa científica. E é tanto impossível eliminá-los da pesquisa nas ciências naturais - citemos a pesquisa em física - quanto da pesquisa nas ciências sociais

Ciente, desse modo, dessa situação de influências extra-científicas na busca da verdade, enuncia Popper (2004, p. 25) que:

Portanto, não é que, apenas, a objetividade e a liberdade de envolvimento com valores sejam inalcançáveis na prática, pelo cientista individual, porém tais dependências são valores em si mesmo. E, desde que, a liberdade de valores é, ela própria, uma valor, a exigência incondicional de liberdade em relação a qualquer ligação a valores é paradoxal.

Neste momento, após bases consolidadas até aqui, já é possível delimitar e sintetizar o método científico de Karl Popper, qual seja, o racionalismo crítico. Em suma, a teoria do conhecimento de Popper está alicerçada pela necessidade de falseabilidade das conclusões (verdades) a que se chega no processo de conhecimento. Esta falseabilidade, como visto, deve estar revestida de um método crítico objetivo, de modo a robustescer a afirmação que a elas conseguirem resistir, bem, assim, modificar as que a elas sucumbir. Este é o processo dialógico do conhecer.

Não se pode olvidar, ainda, de que, para que haja a refutação e, portanto, um incremento crítico de uma teoria é preciso conhecer aquilo que se pretende criticar. É sobre como e quem deve conhecer, mas também da necessidade de amplitude do conhecimento para fortalecimento da teoria crítica de Popper que gira o objeto do seguinte capítulo

Viu-se que, na acepção de Karl Popper, a crítica e a possibilidade de refutação são critérios essenciais para a condição de conhecimento científico.

Resta claro, ainda, verificar que, o maior número de críticas e, portanto, a maior possibilidade de refutações surge na medida em que há uma facilitação do discurso científico, ou seja, do discurso da ciência que está posta em debate, *e. g.* a ciência do Direito. Tal facilitação pode surgir em decorrência tanto da humildade científica e da tentativa de tornar claro e compartilhado o saber científico, como também da mudança de postura dos próprios cientistas que deixam de entender como científico aquele saber cifrado e de linguagem impressionante, inacessível a um sem número de pessoas.

Coerente com seu pensamento, Karl Popper (2004) defende, com veemência, o fato de que não é só a linguagem altamente impressionante e difícil que é dotada de excelência. Ao revés, aduz que valores como a verdade, a busca da verdade a aproximação à verdade deve-se dar através da eliminação crítica do erro, de modo claro. Eis a lição do mestre vienense (2004, p. 41-42)

(...) o padrão da incompreensibilidade impressionante choca-se atualmente com os padrões da verdade e do racionalismo crítico. Estes últimos valores dependem da clareza. Não se pode distinguir verdade de falsidade, não se pode distinguir uma resposta adequada a um problema de uma irrelevante, não se pode distinguir boas de más idéias, sem que sejam todas apresentadas com clareza suficiente. Mas enquanto tudo se fizer na admiração implícita do brilhantismo e da capacidade de impressionar, tudo isto (eu quero dizer tudo mesmo) será, “na melhor das hipóteses”, uma falar impressionante (...)

Para Popper (2004) há, em tempos correntes, um culto da não-inteligibilidade, que pode ser visto em textos altamente complexos e cifrados. Tal conjuntura leva a ciência a um estado monológico, impassível de ser refutada, pois aquilo que não é apreensível não pode ser refutado.

A verificação de tal estado de coisas levou Karl Popper (2004, p. 43) às seguintes conclusões:

Ainda a falta de criatividade crítica, isto é, de inventividade acrescida de acuidade crítica, pode ser encontrada em toda a parte; e em toda parte isto leva ao fenômeno de jovens cientistas ávidos em acompanhar a última moda e o último jargão. Estes cientistas “normais” aspiram a um modelo, uma rotina, uma linguagem comum e exclusiva de sua especialidade. Mas é o cientista “não normal”, o cientista ousado, o cientista crítico que rompe a barreira da normalidade, que abre as janelas e deixa entrar o ar fresco, que não pensa sobre a impressão que causa, mas que tenta ser bem entendido.

Essa crítica Popper (2004, p. 46) faz diretamente ao professor Jürgen Habermas:

Por razões como esta é que julgo tão difícil discutir qualquer problema sério com o Professor Habermas. Eu estou certo de que ele é perfeitamente sincero, mas penso que ignora como formular as coisas simples, clara e modestamente em vez de “impressionantemente”. A maior parte do que ele diz parece-me trivial; o resto parece-me errado.

Neste ponto Karl Popper é acompanhado por Boaventura de Souza Santos (2006) para quem todo conhecimento científico da pós-modernidade visa transformar-se em senso-comum, ou seja, busca pela simplificação para que possa ser compreendido pelo maior número de pessoas. Eis suas lições (2006, p. 21):

Ao contrário, a ciência pós-moderna sabe que nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas é racional. Tenta, pois, dialogar com outras formas de conhecimento deixando-se penetrar por elas. A mais importante de todas é o conhecimento do senso comum, o conhecimento vulgar e prático com que no quotidiano orientamos as nossas ações e damos sentido à nossa vida. A ciência moderna construiu-se contra o senso comum que considerou superficial, ilusório e falso. A ciência pós-moderna procura reabilitar o senso comum por reconhecer nesta forma de conhecimento algumas virtualidades para enriquecer a nossa relação com o mundo.

Segue o mestre Português (2006, p. 21)

A ciência pós-moderna, ao sensocomunizar-se, não despreza o conhecimento que produz tecnologia, mas entende que, tal como o conhecimento se deve traduzir em auto-conhecimento, o desenvolvimento tecnológico deve traduzir-se em sabedoria de vida. É esta que assinala os marcos da prudência à nossa aventura científica.

Deve-se ficar claro que esta busca pela simplicidade, não implica, por óbvio, em empobrecimento científico, bem como não gera – como fazem entender alguns – uma relativização crítica. Como visto linhas acima, refuta Popper a idéia de relativismo, notadamente por entender que somente as críticas que trazem um propósito coerente são capazes de gerar abalos no saber científico até então verdadeiro.

Enfim, percebe-se que a eliminação da barreira lingüística e do discurso impressionante é mais uma proposta que visa democratizar o saber científico. A crítica, em Popper, a sua falseabilidade implica na representação de uma democracia científica. É tornar a ciência palco acessível se não a todos, mas a uma gama maior de interlocutores que potencialmente tendem a enriquecê-la.

Após essa familiarização com as idéias de Karl Popper, passe-se, agora, a relacioná-las com a produção do Direito que, em última instância, é produção de conhecimento científico. É dizer, demonstrar-se-á como as formulações popperianas podem influenciar na conformação dessa produção jurídica que se dá através do processo.

2.4.2 O processo e o criticismo

Muito se falou até aqui da abertura interpretativa do Direito e de como tal abertura potencializa o ideal crítico a que se deve submeter este, enquanto ciência. É chegada a hora, portanto, de verificar-se como se deve procedimentalizar essa abertura.

Sabe-se que o processo é uma relação jurídica travada entre as partes e o Estado, ou, também, entre o autor – haja vista que, para o surgimento da relação jurídica processual não é necessário a angularização da relação processual – e o Estado, bem assim, para a melhor doutrina, relação jurídica que se desenvolve entre as partes envolvidas no litígio. Completa-se o que fora dito anteriormente para aduzir que outros sujeitos jurídicos, que não as partes e o Estado, podem fazer parte do processo, tais como, os terceiros interessados, os peritos, as testemunhas, os intérpretes, o *amicus curiae*, dentre outros.

Não se confundem processo e procedimento. Entre o pedido da parte e o provimento jurisdicional se impõe a prática de uma série de atos que formam o procedimento judicial, ou seja, a forma de agir em juízo, e cujo conteúdo sistemático é o processo. É dizer, o procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto.

Neste sentido são as palavras de Fredie Didier Jr (2005, p. 18):

O procedimento é ato-complexo de formação sucessiva, porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional.

Para Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 50):

Procedimento é o modo de desenvolver-se o processo, conforme as exigências de cada caso (...) é o procedimento que dá exterioridade ao processo, ou à relação processual, revelando-lhe o *modus faciendi* com que se vai atingir o escopo da tutela jurisdicional.

Na lição de Elio Fazzalari (1996 p. 77): “o procedimento seria um gênero – sucessão ordenada de atos visando atingir um resultado – do qual o processo seria uma espécie: justamente o procedimento em contraditório”. Assim, o procedimento consistiria na atividade preparatória de um provimento – ato estatal imperativo –, a qual seria regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas.

Relacionando, de igual modo, os conceitos de processo e procedimento, aduz Fredie Didier Jr (2005, p. 19) que:

O processo é também, inegavelmente, procedimento: conjunto de atos teleologicamente organizados. Impressionados com a compreensão do processo como relação jurídica, que está correta, muitos olvidam essa realidade. Processo é procedimento animado pela existência de uma relação jurídica que vincula os sujeitos que dele fazem parte – relação jurídica esta que se desenvolve em contraditório.

Uma vez definido que o Direito se produz/concretiza na interpretação e que a estrutura que a instrumentaliza é o processo, por meio do seu procedimento, resta claro ser o procedimento o ambiente em que o criticismo e a falseabilidade devem fazer seu lar.

Toda a idéia popperiana de crítica, bem como de falseabilidade e refutações leva ao conceito maior de diálogo. Assim sendo, pode-se afirmar que o ideal crítico da criação da norma jurídica dá-se com o que representa a própria idéia de diálogo e democracia no processo que é o postulado/princípio do contraditório.

Na tentativa de relacionar as idéias de Karl Popper com o procedimento de criação democrático do Direito, nota-se ser o contraditório a representação do racionalismo crítico de Popper, bem como o mecanismo que traz a refutação e a falseabilidade ao processo, o que acaba por demarcar a legitimidade das decisões tomadas e, portanto, a Democracia de uma sociedade aberta.

Logo, num universo de possibilidades interpretativas redefinitórias dos termos da lei, dado que a lei não possui um significado unívoco, os precedentes judiciais são uma espécie de resultado final de uma definição explicativa, que passa a ter força prescritiva no âmbito do

sistema jurídico. Desse modo, quando os Tribunais superiores e inferiores, bem como os órgãos singulares de primeira instância se valem de seus precedentes ou dos impostos por outros tribunais – respeitada a organização judiciária sistemática e hierarquizada do modelo atual – pode dizer-se que o sentido das normas será aquilo que os precedentes determinarem que sejam.

Consoante lição de Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 12) “o atual estágio do pensamento jurídico é conscientemente valorativo; é, conscientemente, aberto à compreensão dos valores dispersos da sociedade; é, conscientemente, problemático”.

A problematização de que fala Cassio Scarpinella Bueno (2008) nada mais é do que a sujeição dos fenômenos jurídicos à falseabilidade e à crítica, donde advém um problema a ser resolvido pelos operadores do Direito.

Neste sentido, a condução dos precedentes judiciais, da maneira como vem sendo implementada, ao ápice do sistema jurídico nacional vai de encontro ao método concebido por Karl Popper, no momento em que tolhe o diálogo processual – contraditório substancial – limitando, pois, a possibilidade de crítica e refutação de decisões previamente tomadas.

Percebe-se pela análise das linhas acima, que o processo estruturado pelo procedimento em contraditório é a aplicação manifesta do ideal popperiano da falibilidade, haja vista que é este processamento do Direito palco de refutações e falseamento advindos das partes no processo, bem como do órgão julgador.

Sobre essa falibilidade das “verdades” tratou Niklas Luhmann (1980, p. 58), ao aduzir que:

Cada procedimento tem de principiar sob a condição prévia de que qualquer coisa pode, dentro do vasto quadro de fatos gerais e conhecidos, ser outra coisa (por fatos gerais e conhecidos entende-se conhecidos do juiz através de sua própria atividade oficial). A sentença não pode ser tão facilmente obtida a partir de preconceitos. No lugar de preconceitos têm que já estabelecerem o caso isolado e deixam em suspenso, sobretudo, a questão da verdade da afirmação dos fatos.

Nota-se, também, que qualquer mecanismo que tente limitar tal estrutura, como é o caso do mecanismo de aplicação dos precedentes judiciais com efeito vinculante, atualmente implementados no ordenamento jurídico brasileiro, é uma afronta à própria idéia científica de Popper que em última análise é o alicerce de uma sociedade aberta e democrática.

Assim sendo, não é dado mais a um Estado que se diz, ou que ao menos pretenda ser democrático, tentar limitar a crítica e a refutação em qualquer âmbito ou espaço de debate político, como é o caso do processo judicial. O processo deve ser visto como ambiente que

fomente o debate crítico, seja pelo aporte de posições/informações das partes, como também, de outros participantes desta relação jurídica, como é o caso do *amicus curiae*.

Assim sendo, ao lado dessa alteração do sistema de forças no ordenamento jurídico brasileiro, em que os precedentes judiciais passam a ter força normativa, traduzindo-se em fonte de Direito, é necessária uma reconstrução procedimental do processo donde possa resultar a criação de precedentes judiciais aptos a imporem sua força normativa sobre direitos alheios.

Em suma, a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais, para que possam ser consideradas legítimas para serem aplicadas a causas similares futuras, devem, na sua formação, passar por um amplo processo de refutação/contraditório.

Sobre as questões que giram em torno dessa reconstrução que se ocupam as linhas que seguem-se no presente trabalho.

3 ALTERNATIVAS PARA A RECONSTRUÇÃO PROCEDIMENTAL DO PROCESSO NESTA QUADRA DA HISTÓRIA.

3.1 A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PELO PROCEDIMENTO

3.1.1 Poder Judiciário e democracia

Por tudo o que fora dito até então, percebe-se um deslocamento de forças, tendo como parâmetro, a visão de tripartição de poderes de Montesquieu. O Poder Judiciário, em tempos correntes, agregou à sua função de pacificação social, ao resolver os conflitos que lhes são impostos, a função política de garantia e implementação de instrumentos próprios à idéia de democracia.

Conforme demonstrado alhures, a democracia é concretizada não só pela atuação dos Poderes Legislativo e Executivo – poderes, como se sabe, constituídos por integrantes eleitos pelo povo –, mas também pela atuação concreta do Poder Judiciário. Assim, diz-se que o Poder Judiciário, ainda que não seja formado por integrantes eleitos pelo povo, é palco de concretização democrática.

Agora, deve-se ter em conta, ainda, o fato de que a democracia que aqui se fala leva em conta a complexificação da sociedade na qual se insere. É dizer, não serve o Poder Judiciário para a democracia vislumbrada como a imposição dos direitos da maioria em prol da minoria, ao revés, a democracia que o Poder Judiciário implementa é a concretização de direitos da maioria e, também, a defesa de direitos da minoria em face dos anseios dessa maioria, ou seja, acolhimento da idéia de força contra-majoritária.

Neste sentido, pertinentes são as palavras de Mauro Cappelletti (1992, p. 94):

Como já se observou, dissipou-se em grande parte a utopia tipicamente ocidental, concernente à perfeita capacidade dos poderes políticos de alcançar consenso dos governados, ou pelo menos de sua maioria. Os cientistas políticos amplamente demonstraram que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada diretamente responsável perante o povo, nunca constitui, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa.

Percebe-se, pois, que a marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas é a expansão da atividade judicial como forma de garantir a própria existência dessa democracia.

Isto como visto é, também, reflexo da incorporação de princípios desse viés e políticas públicas aos textos constitucionais e infraconstitucionais, bem como da omissão e crise por que passam os outros Poderes incumbidos desta tarefa.

No Brasil nota-se, portanto, uma ampliação do controle normativo-democrático exercido pelo Poder Judiciário. Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser estudado por diversos pontos de vista, quais sejam: a normatização de direitos sociais, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; a edição de constituições democráticas; incorporação de obrigações de fazer ao Estado; a impossibilidade real para aplicação para cada decisão política do Estado de manifestação de todos os cidadãos, concentrando-se, pois, a democracia em espaços menores de consenso; dentre outras.

Levando-se em consideração essas premissas, nota-se que a expansão das atribuições do Poder Judiciário deve ser vista como um reforço da lógica democrática. Esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo denominado como “judicialização da sociedade *lato sensu*”. Para a confrontação de tal afirmação, basta voltar os olhos para duas décadas atrás e ver qual a natureza das demandas daquela época e qual a natureza, bem assim o volume de demandas dos dias atuais.

Reitera-se o que se disse linhas acima ao se afirmar que esse processo de incorporação de função democrática ao Poder Judiciário é reflexo do modelo constitucional-liberal que concebia este como o mero explicitador das assertivas constantes da lei, não podendo, em hipótese alguma, dizer mais do que a lei queria dizer.

Sucedo, entretanto, que o atual protagonismo do Poder Judiciário deve ser visto com temperamentos, pois essa referida expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio político entre os demais Poderes, bem como deve ser concretizado considerando-se os princípios informadores da democracia.

Esse avanço do Judiciário institui um novo espaço público de debates democráticos. A democracia, desse modo, deve ser implementada paulatinamente, através de micro-revoluções nestes novos espaços públicos de debates democráticos, como é o caso do processo judicial. Já resta, pois, obsoleta, como visto linhas acima, a era das grandes narrativas para implementação da democracia, este trabalho de democratização se faz no dia-a-dia através dessas micro-revoluções e da criação de espaços públicos donde ecoam os proclames da sociedade, bem assim, onde esta mostra qual a sua verdadeira face.

Como visto linhas acima, no atual momento evolutivo há uma nova hermenêutica jurídica. Essa nova perspectiva hermenêutica do Direito não prescinde de uma interpretação/aplicação construtivista das normas regras e normas princípios que criam direitos, em muitos casos, consolidadores de um regime democrático. Neste sentido, cabe ao Poder Judiciário a função democrática de concretizar os valores postos nos textos jurídicos ou percebidos a partir da análise de seu sistema.

O Poder Judiciário nesta função não deve jamais distanciar-se do papel de ser o protetor de um processo de criação democrática do direito, deve-se, portanto, respeitar procedimentos democráticos em que sejam consideradas as opiniões/posições e formações políticas dos integrantes de uma sociedade, que, naquele momento, são sujeitos processuais, ainda que representados. É dizer, os cidadãos devem ver-se a si próprios não apenas como destinatários, mas também como autores do seu direito, devem, pois, reconhecerem-se como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica, sabedores, de antemão, ser o processo o palco para a busca da implementação de diversas garantias/direitos democráticos.

Neste sentido, com esse novo papel desempenhado pelo Poder Judiciário, qual seja, a implementação da Democracia, não se pode prescindir da manifestação da comunidade no processo de concretização das normas jurídicas, que, por sua vez, ocorre no processo. Deve-se, desse modo, buscar o alargamento do círculo de intérpretes, especialmente em face do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito, dotando-lhes de poderes/mecanismos com que possam intervir, ainda que indiretamente, nas decisões políticas tomadas pelo Poder Judiciário.

A referida necessidade de alargamento dos intérpretes e de sua efetiva participação no processo ganha foros de maior importância ao verificar-se que é dado a este mesmo Poder Judiciário a capacidade de criar precedentes judiciais dotados de efeito vinculante, dessa forma, capazes de atingir situações jurídicas de pessoas que nem sequer tinham consciência dos processos donde podem advir esses precedentes judiciais que afetarão o seu *status* jurídico.

Não por outra razão busca-se analisar, nas linhas que se seguem, qual a função do magistrado, elemento subjetivo do Poder Judiciário, nesta concretização democrática, mas também como devem estes mesmos magistrados atuar na condução do processo, visando o alargamento interpretativo, aportando, portanto, maiores informações e, com isso, dar voz à comunidade, notadamente nos processos em que os julgados possam interferir em situações jurídicas de pessoas que não participaram daquele procedimento.

3.1.2 O papel concretizador do magistrado como condição de possibilidade para a implementação democrática

Não obstante o forte dissídio de opiniões acerca da natureza jurídica dos precedentes judiciais *lato sensu* na atual conjuntura jurídica brasileira, resta limpo de dificuldade – ou deveria restar – o entendimento de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio dominante, no que se refere à aplicação/interpretação do texto normativo, é o da decisão segundo o livre convencimento motivado do magistrado, sempre obedecendo ao princípio do *non liquet*, herdado do Código Napoleônico. Ademais, a diversidade e hierarquização dos órgãos jurisdicionais no ordenamento pátrio implica – ou implicaria –, por óbvio, a possibilidade de os julgamentos proferidos em instâncias inferiores serem reformados pelas instâncias superiores, por entenderem como errônea a tese jurídica formulada pelo órgão de primeiro grau.

Partindo-se, entretanto, de uma concepção histórico-evolutiva, e da verdadeira função/face dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, que se buscou demonstrar ao longo deste trabalho, nota-se ser a condução dos mesmos ao centro do sistema jurídico brasileiro, da maneira como vem sendo aplicada, um retrocesso na evolução da hermenêutica jurídica e, por conseqüência, do próprio Direito, sobretudo, quanto às atribuições dadas aos magistrados de primeira instância, que retorna à condição vislumbrada por Montesquieu no século XVIII, quando, era negada ao juiz toda a liberdade interpretativa da lei, não passando este de uma “boca da lei”⁷⁵.

Ao tratar do poder que era concedido aos julgadores nos primórdios do constitucionalismo, posição que não se concebe mais, Glauco Salomão Leite (2007, p. 28) enuncia que:

Dado que o legislador era considerado onipotente, o juiz se restringe a declarar passivamente o direito legislado, atuando como a “boca que pronunciava as palavras da lei”, na famosa passagem de Montesquieu. Essa concepção do filósofo francês era consecutória da própria concepção iluminista que ele tinha da lei e da função, atribuindo a esta uma tarefa mecânica de aplicação de normas. O juiz se apresenta como um “executivo de segundo grau”, preso às palavras insertas nos diplomas legislativos. A conseqüência desse fator é a “debilidade da magistratura, atribuindo ao juiz um papel neutro e pouco expressivo na aplicação do direito.

Com efeito, sabe-se que, no exercício da função jurisdicional, os órgãos judiciais, têm – ou deveriam ter – de aplicar aos casos concretos as regras de direito existentes no ordenamento

⁷⁵ Para Lênio Luiz Streck (2006b p. 253), surge com tal configuração jurídica não mais um juiz que é a boca da lei, mas sim o juiz que é a boca dos discursos da norma racionalmente fundada *prima facie*.

jurídico. São fixadas, assim, as teses jurídicas, a cuja luz hão de apreciar-se as inúmeras hipóteses que a vida oferece à consideração dos julgadores. Assim, como a realidade social é mutável, também assim serão os entendimentos a respeito da interpretação das normas jurídicas. Nada mais normal, desse modo, que ocorra a evolução da jurisprudência, mediante a constante revisão das teses jurídicas fixadas anteriormente.

Corroborar com este posicionamento a consolidação do sistema de controle de constitucionalidade das leis, vez que, em última instância, trata-se do exercício de uma função legislativa negativa, retirando, pois, do ordenamento normas contrárias à Constituição. Assim sendo, não se vê porque negar a possibilidade de o STF ou até mesmo de o magistrado de primeiro grau – fazendo-se uma relação inevitável com o controle difuso e concentrado de constitucionalidade – controlar as omissões dos demais poderes do Estado, agindo, portanto, para implementar atividades que, na visão clássica de tripartição de poderes, competiam aos Poderes Legislativo e Executivo.

Compartilha a visão defendida neste trabalho, Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 144), eis sua lição:

Ao lado da função de resolver litígios, se eleva uma outra função social das cortes judiciárias com igual dignidade e importância: a função de complementar e desenvolver o direito legislado. Nas atuais e complexas sociedades tecnologicamente adiantadas, a velocidade das mudanças em situações anteriormente estruturadas sobre padrões éticos, sociais, culturais, tecnológicos e econômicos já superados e o surgimento de novas fontes de litígios até então impensáveis, geram uma demanda por normas legais para regulá-las tão intensa, que o Poder Legislativo simplesmente não pode adequadamente satisfazer essa demanda.

Pensar de modo diferente é negar a própria existência do controle de constitucionalidade, vez que tal atividade não muda de natureza em decorrência de seus efeitos, sejam eles negativos ou mesmo positivos. Esse é o entendimento de Dirley da Cunha Jr (2004 p. 333):

Não se justifica, assim, o tratamento diferenciado dispensado a esses dois tipos de controle judicial, já que em ambas as hipóteses, o juiz interfere no âmbito de atividade legislativa, mais ainda, ou seja, com maior intensidade, quando invalida a lei por inconstitucionalidade, pois, nesse caso, o juiz estará sobrepondo sua interpretação da Constituição à interpretação legislativa, dizendo que a lei, um ato positivo do legislador, é incompatível com a Carta Constitucional.

Exemplo do que aqui se afirma é a evolução hermenêutica pela qual passou o instituto do mandado de injunção nas duas últimas décadas, ou seja, desde a sua implementação a partir da CF/88.

Neste sentido, insta frisar, que, de nada adianta o texto jurídico se não há vontade política em aplicá-lo. Exemplo do que aqui se afirma é que, já com quase vinte anos de vigência, a Constituição Federal, em vários dos seus dispositivos, é, diuturnamente, ofendida pela inação

do Poder Público. Não são poucos os direitos, notadamente os de cunho social, que restam inefetivos, reflexo direto da inércia política em regulamentar-lhes o procedimento de aplicação.

Neste cenário, às pessoas titulares de direitos inviabilizados pela *mora legislatoris* não resta outra saída senão lançar mão da via processual do mandado de injunção colocada à disposição daqueles que pretendem conceder força normativa⁷⁶ à Constituição.

Como todo instituto jurídico novo, o mandado de injunção não teve, mormente no que se refere aos efeitos de sua decisão, construção dogmático-jurisprudencial pacífica/uniforme. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal – a despeito de não ser o único órgão competente para o julgamento do mandado de injunção, sempre foi aquele que deu o norte interpretativo sobre o assunto – concedeu aos efeitos da decisão do *writ* a eficácia de uma declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência da omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo inadimplente para que promovesse a integração normativa do dispositivo constitucional nela objetivado.

Tal postura jurisprudencial teve como arautos os então Ministros Moreira Alves, Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek que nos julgamentos dos mandados de injunção MI n. 107-DF, MI n. 124-SP e MI n. 362-0-RJ, respectivamente, esboçaram a postura dominante daquela Corte⁷⁷.

Tal postura inicialmente adotada tem razões de cunho científico-jurídico, mas, também razões de cunho eminentemente político-pragmático. Eis a lição de Rodrigo Reis Mazzei (2007, p. 146) que corrobora a afirmação feita acima:

O temor dos Tribunais Superiores do uso em cadeia da ação constitucional para cada pleito individual pode ter conspirado para o insucesso do mandado de injunção. Isso porque, com medo de serem abarrotados de mandados de injunção para a proteção de direito individuais, resolveram reduzi-lo à ineficácia, servindo o instituto apenas para a declaração da mora legislativa.

⁷⁶ Não há como falar em efetividade Constitucional sem recorremos ao jurista alemão que tão bem tratou do tema. Para Konrad Hesse (1991) a Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser. Assim, ela procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Desse modo, a Constituição jurídica e a Constituição real estão em relação de coordenação, condicionam-se mutuamente, mas não dependem uma da outra. Assim, não há comando constitucional donde não se pode extrair uma norma para o caso concreto.

⁷⁷ Consoante Luis Roberto Barroso (2006, p. 204) “Outras decisões nessa mesma linha se seguiram: o mandado de injunção não é sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos. O STF não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder” (STF, DJU 1º.2.90, p. 280, MI 191-0-RJ, Rel. Min. Celso Mello).

Vê-se, pois, que ao percorrer a linha interpretativa inicialmente estabelecida pelo Tribunal Maior, tese jurídica, portanto, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o órgão julgador competente devia limitar-se a declarar a omissão inconstitucional, dando ciência ao agente inerte para que esse suprimisse a omissão, não estipulando qualquer prazo para tal mister.

Desenvolveu-se na doutrina uma teoria que explicava a referida postura do Supremo Tribunal Federal, teoria esta que se convencionou chamar de “teoria da subsidiariedade”, que nas palavras de Rodrigo Reis Mazzei (2007, p. 147) “vem do entendimento de que o mandado de injunção equivale a uma via subsidiária, com características bem semelhantes à ação de inconstitucionalidade por omissão, diferindo especificamente no que se refere à legitimidade”.

É preciso dizer, por oportuno, que esta celeuma em torno do mandado de injunção percorreu não só os foros da jurisprudência, mas, também os lares da doutrina. Parcela desta entende, percorrendo os caminhos da teoria da subsidiariedade, que o mandado de injunção tem os mesmos efeitos que a declaração de inconstitucionalidade por omissão; outra, denominada intermediária, segue o caminho interpretativo que entende possível a estipulação de prazo para que a omissão seja suprida, antes da outorga do direito propriamente dito pelo Poder Judiciário, e uma terceira entende que o Tribunal suscitado deve decidir o caso concreto criando uma norma que assegure e efetive o direito subjetivo inviabilizado pela omissão em regulamentá-lo.

Um dos algozes da teoria da subsidiariedade é o professor José Afonso da Silva (2005, p. 450-451), que em lição bastante lúcida aduz:

A tese é errônea e absurda, porque: (1) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar; (2) o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade; por que teria ele que fazê-lo por vias transversas?; (3) absurda, mormente porque o impetrante de mandado de injunção, para satisfazer seu direito (que o moveu ao Judiciário), precisaria percorrer duas vias: uma, a do mandado de injunção, para obter a regulamentação que não poderia vir, especialmente se dependesse de lei, pois o legislativo não pode ser constrangido à legislar; admitindo que obtenha a regulamentação, que será genérica, impessoal, abstrata, vale dizer, por si, não satisfatória ao direito concreto; a segunda via é que, obtida a regulamentação, teria ainda que reivindicar sua aplicação em favor que, em sendo negada, o levaria outra vez ao Judiciário para concretizar seu interesse, agora por outra ação porque o mandado de injunção não caberia⁷⁸.

Outros doutrinadores, dentre eles, o professor capixaba Rodrigo Reis Mazzei (2007, p. 148), sobre o tema se manifestou:

⁷⁸ Das palavras do constitucionalista percebe-se que esta segue a linha adotada pela teoria que se convencionou chamar teoria da resolutividade.

Em nosso sentir, a presente teoria não absorve o espírito de garantia constitucional do *writ*, porquanto a declaração do estado de inércia – assim como a mera cientificação desse estado – não é apta a satisfazer a pretensão do autor prejudicado pela omissão legislativa. É por isso que afirmamos: segundo a teoria da subsidiariedade, o mandado de injunção pouco tem de mandado – já que apenas científica – e menos ainda de injunção – pois, a declaração que deveria ser injuntiva (concedendo integração normativa), se limita a certificar o estado de inércia do órgão responsável.

O professor Dirley da Cunha Jr (2007, p. 128) também insurge-se contra essa corrente doutrinária, eis suas palavras:

Se não é próprio do mandado de injunção suprir as lacunas porventura existentes no ordenamento jurídico, não podemos transformá-lo, coerentes com a posição a ser aqui defendida em um mero sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Portanto, o mandado de injunção não pode ser concebido como um meio através do qual o Judiciário declara a inconstitucionalidade da omissão e dá ciência da mora à autoridade ou ao órgão competente para a adoção das providências cabíveis destinadas a suprir esta omissão.

Apresenta, ainda, o professor Dirley da Cunha (2007, p. 129-130), para consolidar a repulsa à teoria da subsidiariedade, palavra do imprescindível José Carlos Barbosa Moreira que, tratando do tema, assim falou:

O melhor modo de compreender o remédio processual é aquele que leve a atribuir-lhe o máximo possível de eficácia. Conceber o mandado de injunção como simples meio de apurar a inexistência da norma regulamentadora e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parêntese, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação (...). Não se figura crível, com efeito, que a Constituição haja querido fazer uma coisa só de dois instrumentos que forjou separadamente: um deles, é óbvio, estaria sobrando. A assimilação mostra-se descabida e funesta; despoja de individualidade o mandado de injunção e subtrai-lhe toda e qualquer possibilidade de frutificar. Sejam sinceros: quem sairá dos seus cuidados para requerer providência tão inócua? A prevalecer esse entendimento, como há motivos para temer que aconteça, mais valerá que (na primeira reforma constitucional) se suprima pura e simplesmente o inciso LXXI do art. 5º. O mandado de injunção, porém, merece sorte melhor que essa morte precoce e inglória. Não será tempo, ainda, de salvá-lo? A última palavra, naturalmente caberá ao legislador, que mais cedo ou mais tarde terá que regular a matéria. Enquanto isso, é de desejar que ninguém assuma, para com o instituto de tão interessantes potencialidades, o triste papel de coveiro apressado.

Como se viu, o legislador não regulamentou o texto normativo que dispõe sobre o mandado de injunção que continua a percorrer, no que couber, o procedimento estabelecido para a via do mandado de segurança, não obstante, ouvindo os, já longínquos, reclamos do mestre carioca, a atual composição do STF tem seguido senda interpretativa no sentido de salvar a figura do *writ*, é o que se verá linhas abaixo. Antes, porém, cumpre evidenciar uma corrente intermediária que dominou a Corte Constitucional brasileira por um largo período de tempo.

Com efeito, ante ao bombardeio de críticas e reclamos da comunidade jurídica, mas, muito mais, pela modificação da composição do STF, a interpretação sobre a eficácia jurídica do

mandado de injunção ingressa em um segundo momento. Houve – como gostam de denominar os ministros que pelo STF passam – uma “evolução” no entendimento da Corte.

A partir do julgamento do MI n. 232-1-RJ que tratava, especificamente, da ausência de regulação na hipótese normativa do art. 195 §7º da CF/88, passou o STF a dotar o mandado de injunção de uma carga eficaz, em que a decisão deste passa não somente a declarar a existência da omissão legislativa, mas, agora, estipula um prazo para que o órgão competente elabore a regulamentação faltante, sob pena de, ultrapassado este prazo com a manutenção da mora, passar o impetrante a ser detentor do direito subjetivo estipulado no dispositivo constitucional pendente de regulamentação.

Impõe-se frisar que, já neste julgamento, parcela dos Ministros do STF, capitaneados pelo Ministro Marco Aurélio Mello, pretendiam, além de declarar a omissão inconstitucional, ir mais a fundo para assegurar à impetrante, de pronto, a isenção da contribuição para a seguridade social que a Constituição garante às entidades filantrópicas. Como sabido, esta postura quedou-se vencida e, naquele momento, o STF, pela sua maioria, determinou que o Congresso se pronunciasse no prazo de seis meses, sob pena de ser considerada imune a entidade impetrante.

Esta posição é classificada doutrinariamente como a teoria mista, haja vista transitar entre a teoria da subsidiariedade e a teoria da resolutividade – adiante examinada. Essa postura do Supremo Tribunal Federal, como visto, estipula ao órgão responsável prazo razoável para criar a norma regulamentadora que inviabiliza o direito resguardado e, caso a inércia do referido órgão se mantenha, concede-se o direito subjetivo ao impetrante para que esse busque, pela via jurisdicional ordinária, a satisfação de seu direito.

Até então, como pode verificar-se da interpretação sobre o grau da eficácia do mandado de injunção, não se concedia aos magistrados a capacidade de concretizar o Direito, superando a omissão legislativa. Essa interpretação, como visto, violava, sobretudo, a democracia brasileira.

Houve, em tempos recentes, contudo, uma renovação acentuada na composição dos Ministros da Corte Maior do país. Esta alteração na composição fez reacender temas até então pacificados pela jurisprudência daquela Corte, dentre eles não faltou o que tratava da eficácia jurídica que devia-se conferir ao mandado de injunção.

Fora no julgamento do MI n. 712-PA que se proferiu a última guinada para a atual concepção dos efeitos advindos do julgamento do mandado de injunção. A tese desenvolvida por Marco

Aurélio Mello teve guarida nos votos dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau (relator) que, para além de declarar a omissão legislativa, vêm no mandado de injunção a via adequada para autorizar o exercício imediato do direito inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora.

Outros dois julgamentos analisados conjuntamente servem como paradigma para a alteração da postura interpretativa do Supremo Tribunal Federal, tratam-se do MI n. 283-5-DF e do MI n. 384, no primeiro ficou assentado pelo Tribunal que incorria em inconstitucionalidade o Congresso Nacional ao não elaborar a norma regulamentadora do dispositivo constitucional constante no art. 8º §3º, do ADCT, de modo que estipulou prazo para que a omissão fosse suprimida, sob pena de o impetrante poder exercer seu direito subjetivo pela via processual adequada. Adotou-se, como visto, a teoria mista. Já no julgamento do segundo mandado de injunção, tratando da mesma matéria, o STF declarando a continuidade da mora legislativa, ultrapassou a fase de concessão de prazo para diretamente conceder ao impetrante o direito subjetivo à reparação econômica no texto dispositivo constitucional estipulado. Percebe-se, assim, a evolução na interpretação do mandado de injunção.

Essa última postura adotada pela jurisprudência da Corte Maior, aproximando, como se vê, dos institutos inspiradores da família da *common law*, é denominada teoria da resolutividade. De acordo com essa teoria, o órgão jurisdicional suscitado deve criar a norma aplicável ao caso concreto satisfazendo, assim, a pretensão do impetrante⁷⁹.

Cumprе salientar, ainda, consoante lição de Rodrigo Reis Mazzei (2007, p. 149) que dentro dessa corrente, ainda é possível identificar duas vertentes:

Uma defendendo que os órgãos competentes para julgar o mandado de injunção devem, além de editar concretamente a norma faltante, resolver efetivamente a lide, prolatando decisão condenatória, constitutiva ou declaratória, segundo o pedido confeccionado pelo autor; e outra se posicionando no sentido de que as cortes (competentes para julgar o mandado de injunção) devem apenas se limitar a integração normativa, estando o mandado de injunção vinculado à existência anterior de um processo, em que o exercício de uma direito subjetivo constitucional tenha sido inviabilizado por omissão legislativa.

⁷⁹ Corroborar com este posicionamento a consolidação do sistema de controle de constitucionalidade das leis, vez que, em última instância, trata-se do exercício de uma função legislativa negativa, retirando, pois, do ordenamento normas contrárias à Constituição. Assim sendo, não se vê porque negar a possibilidade de o STF ou até mesmo o magistrado de primeiro grau – fazendo-se uma relação inevitável com o controle difuso e concentrado de constitucionalidade – controlar as omissões dos demais poderes públicos agindo e implementando funções que inicialmente competiam a estes.

Verifica-se ser a primeira corrente, a mais coerente com a mudança perpetrada pela jurisprudência do STF, bem assim mais consentânea com os anseios desta Corte dar maior celeridade à prestação jurisdicional, de modo que entende-se ser esta a que deve-se seguir.

Ainda sobre o tema, disse-se, linhas acima, que o STF não é o único órgão competente para julgamento de mandado de injunção, os Tribunais de Justiça dos Estados, Tribunais Federais, especializados ou não, dentre outros órgãos jurisdicionais, podem, dentro de sua competência – que variará conforme a competência do órgão legislativo omissor – julgar o pedido inserto no mandado de injunção. Diz-se isto para ilustrar que essa atual postura do STF, adotando a teoria da resolutividade, na sua vertente que confere ao órgão julgador resolver efetivamente a lide, já vinha sendo aplicada em alguns Tribunais. Prova disso é a postura adotada pelo TJRJ no voto da lavra do, sempre magistral, José Carlos Barbosa Moreira. Neste julgamento, decidiu o TJRJ que o mandado de injunção não existe somente para a declaração da omissão legislativa, mas também para criar norma concreta que concedia o direito subjetivo ao impetrante que até então restava inviabilizado pela mora legislativa. Eis excerto do voto do professor carioca:

Imprime-se maior efetividade prática ao remédio constitucional que, assim manejado, passa a corporificar instrumento verdadeiramente útil à proteção de direitos previstos na Lei Maior, mas de exercício inviabilizado pela inércia do órgão regulamentador, suscetível – sem essa válvula de frustrar, indefinida e intoleravelmente, o cumprimento do que determina a própria Constituição, conforme é sabido que aconteceu, ao longo da nossa história, em hipóteses cuja repetição, justamente, se quis evitar.

Consoante Rodrigo Reis Mazzei (2007, p. 148) essa é a “posição que mais apraz a maioria dos juristas, e que parece mais adequada ao espírito do instituto, é a que considera a decisão final do mandado de injunção como constitutiva inter partes, em relação à norma faltante”.

Acresce-se, ainda, que, além de ser a mais palatável para a doutrina em geral, é, sem sombra de dúvida, a que mais se aproxima com o postulado da efetividade constitucional e da verificação do papel que o magistrado desempenha nesta quadra da história.

No que concerne à teoria da resolutividade cumpre colacionar, ainda, a sempre proveitosa lição de Dirley da Cunha Jr (2007, p. 133):

Cumpre ao mandado de injunção, isto sim, uma função louvável e digna de um verdadeiro *writ* ativador constitucional de liberdades: garantir, no caso concreto, o imediato desfrute dos direitos fundamentais, violados em virtude da omissão do poder público. Todavia, não podemos ignorar que, para tornar exercitável o direito fundamental paralisado em face da inércia do poder público, tem o Judiciário que suprir tal omissão, formulando a norma necessária para prover o caso concreto. Essa norma supridora da omissão consistirá no próprio provimento judicial, que estabelecerá os critérios relevantes e as condições necessárias para o desfrute imediato do direito, com vistas à resolução do caso concreto, sem qualquer solução

de continuidade. Com o presente *writ of injunction*, portanto, o juiz não mais faz senão garantir o imediato desfrute de um direito fundamental, tornando realidade a sua pressuposta aplicabilidade imediata, a teor da normativa-princípiosológica consagrada no §1º do art. 5º da Carta Federal. Daí afirmar-se que o mandado de injunção destina-se a conferir operacionalidade prática ao princípio da aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais (art. 5º, §1º), o que consiste, em última instância, em realizar o direito fundamental à efetivação da Constituição.

Esta também é a postura adotada por Luis Roberto Barroso (2006, p. 205) que, ao comentar o dispositivo constitucional, assim asseverou:

Em consequência afigura-se fora de dúvida que a melhor interpretação do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficientemente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo. O objeto da decisão não é uma ordem ou recomendação para edição de uma norma. Ao contrário, o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária.

Chega, desse modo, o STF, com sua atual composição, quase vinte anos após, na interpretação que sempre mereceu o mandado de injunção, dotando-o de eficácia plena e consentâneo com o postulado norteador da interpretação dos dispositivos constitucionais, qual seja, o postulado da máxima efetividade⁸⁰. Ademais, crê-se ter sido, com a atual interpretação, alcançada os anseios do Poder Constituinte originário ao inserir tão importante garantia no seio da Constituição.

Apresentado, enfim, este quadro evolutivo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao grau de eficácia jurídica do mandado de injunção - que serve como um belo exemplo do que entende-se ser a atividade judicante de tempos correntes - resta imprescindível pontuar que coube ao Juízes daquela Corte, ante uma omissão legislativa exercerem a atividade judicante de modo criativo para satisfazer os interesses dos cidadãos privados de direitos em decorrência da omissão legislativa.

Como dito acima, todavia, é preciso ter em conta quem nem sempre foi assim. Não fora sempre que concedia-se aos julgadores o poder/dever de criar o direito a ser aplicado ao caso concreto.

⁸⁰ Conforme ensina Dirley da Cunha Jr (2004, p. 352) “é necessária a superação de certas idéias conservadoras da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas lições às condições diferenciadas do moderno Estado Social, e o desapego aos velhos dogmas do constitucionalismo clássico, indo em rumo à construção de novos paradigmas, onde a Constituição e os direitos fundamentais deixem de ser meras retóricas políticas ou promessas demagógicas, para se tornarem realidades vivas”.

Neste sentido, seguem as linhas abaixo e sobre esse fato apercebeu-se Mauro Cappelletti (1992, p. 31)

Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno de nosso século. Como escreve Lord Reid, outro eminente juiz inglês, em tempos anteriores “entendia-se quase escandaloso sugerir que os juízes criassem o direito”, em vez de meramente “declará-lo”.

Em sua obra, Owen Fiss (2004, p. 27-28) apresenta um *leading case*, qual seja, *Brown vs. Board of Education*. Neste caso viu-se violado o valor fundamental da igualdade, haja vista tratar do problema da segregação racial existente nos organismos públicos – no caso concreto instituição de ensino nas décadas de 50 e 60. Continua Owen Fiss (2004, p. 27) demonstrando que o julgamento deste caso exigiu das cortes uma transformação radical do *status quo*, na verdade, uma reconstrução da realidade social.

No dizer de Owen Fiss (2004, p. 28):

A eliminação da segregação exigia uma revisão das concepções formadas sobre a estrutura de partes, novas formas de controle de comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais.

Continua o autor (2004, p. 28-29), sua narração sobre os primeiros passos do processo judicial de caráter estrutural americano:

A princípio, não existia um projeto detalhado. Ninguém tinha uma visão clara de tudo que estaria envolvido na tentativa de erradicar o sistema de castas embutido na burocracia do Estado ou de como a tentativa iria transformar o modo de prestação jurisdicional. Após receberem da Suprema Corte seus mandatos para agirem, os juízes federais de instâncias mais baixas descobriram o que a tarefa exigia e ajustaram as formas de procedimento tradicionais para atender às necessidades existentes.

Vê-se, pois, que a nova postura do Judiciário, qual seja, dar significado aos valores constitucionais no que tange ao funcionamento das organizações de grande porte, o que dotava os juízes de um grande poder, suscitou debates sobre tal atividade da função jurisdicional, notadamente, no que concerne à sua legitimidade em atuar de modo a concretizar atos, antes entendidos como próprios dos outros poderes do Estado.

Ao que parece, esta atividade concretizadora no ordenamento jurídico brasileiro, não é mais patente de dúvidas, mas, sim, uma realidade com que se convive. Confirma tais afirmações o pronunciamento do Ministro Celso de Mello que, no julgamento de agravo no recurso extraordinário 261.324-0, publicado em 01/12/2000, assim aduziu:

O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis da constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota de definitividade.

Neste contexto, ainda, Owen Fiss (2004, p. 36) detecta o incremento de poderes do magistrado:

A função do juiz não é falar pela minoria ou aumentar sua expressividade, mas dotar os valores constitucionais, de significado, o que é feito por meio do trabalho com o texto constitucional, historia e ideais sociais. Ele procura o que é verdadeiro, correto ou justo, não se tornando um participante nos interesses das políticas de grupo.

Ao tratar o tema, Celso de Albuquerque Mello (2005, p. 100) firmou que:

Na concepção atual do direito já não se trata de limitar o papel do juiz ao de uma boca pela qual fala a lei (*la bouche de la loi*). A lei já não constitui todo o direito; mas é apenas o principal instrumento que guia o juiz no cumprimento de sua tarefa na solução dos litígios, não se podendo mais excluir a jurisprudência como fonte criadora, como hoje se reconhece quase à unanimidade.

Não obstante a defesa por um Judiciário mais ativo, implementador de políticas públicas, Owen Fiss (2004, *passim*) reconhece que este, por isso mesmo, deve possuir um limite de atuação. Tal limite estaria condicionado justamente pela existência de valores constitucionais, de modo que a prestação jurisdicional como serviço público também poderia ser conformada caso violasse os valores contidos no texto constitucional.

A própria técnica legislativa de criação de textos jurídicos abertos contribui para o que aqui se afirma. Sobre este ponto bem observou Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 21):

As cláusulas gerais são arredias ao que, por muito tempo, prevaleceu em termo de “técnica legislativa”, no sentido de negar que o juiz pudessem valorar a hipótese concreta do julgamento, tendo a norma jurídica como padrão mínimo de conduta. As normas construídas com cláusulas gerais, ao contrário daquelas normas com o emprego da técnica casuística, pressupõem uma pesquisa mais livre do magistrado em busca dos fatos que reclamam a incidência desta ou daquela norma, e, mais do que isso, permitem que o juiz crie o direito a ser aplicada na exata proporção em que a norma aplicada não lhe fornece, com segurança e com extensão típica da técnica casuística, quais são as hipóteses que reclamam a incidência daquela regra, com exclusão de todas as outras. São formas, enfim, de autorizar que o juiz valere expressa e conscientemente o caso concreto que se lhe apresenta para julgamento.

À toda evidência, entretanto, conforme vem-se defendendo ao longo deste trabalho, não é dado ao Juiz, em plena “era” do, até então, denominado pós-positivismo, da jurisdição constitucional, das teses substancialistas do devido processo legal (*substantive due process*⁸¹), bem como da necessidade de um rompimento paradigmático com o *modus* interpretativo/aplicativo do Direito, quedar-se em um modelo positivista de interpretação/aplicação do Direito, pois, em assim sendo, o Juiz de primeira instância, passaria a ser, doravante, a “*boca dos precedentes*”. O Juiz deve ser considerado, hoje, um engenheiro social convocado a erguer em bases sólidas o Estado Democrático de Direito.

⁸¹ Conforme lição do professor Fredie Didier Jr (2006, p. 47): “As decisões jurídicas não de ser substancialmente devidas, não bastando para que esteja presente o direito fundamental a um devido processo legal, sua regularidade formal, mas sim deve-se ter um decisão substancialmente correta e razoável”.

Assevera Dirley da Cunha Jr (2006, p. 255):

O sistema jurídico brasileiro autoriza a qualquer órgão do Poder Judiciário – e não somente os de alta hierarquia – remover lacunas indesejadas, colmatando-as e suprindo-as com base na analogia, nos costumes, nos princípios gerais de direito, e por meio de uma interpretação criativa e concretizante, inexistindo, nesse caso, qualquer afronta ao tão reverenciado princípio da separação de poderes.

Para Dirley da Cunha Jr. (2006, p. 256):

Hoje, não se deve mais duvidar nem questionar – pelo menos no âmbito de uma dogmática constitucional transformadora – a capacidade da Função Judiciária, por meio de uma interpretação construtiva, de criar o Direito, de modo que os juízes e os tribunais são considerados autênticos *law-makers*.

Neste sentido, Lênio Luiz Streck (2006b, p. 21) consubstanciado na corrente substancialista do Direito, entende que o Poder Judiciário, mais do que harmonizar e equilibrar os demais Poderes Estatais, deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sociedade. Ainda, na esteira das teses substancialistas, entende Lênio Luiz Streck (2006b) que a função Judiciária – mormente a justiça constitucional – deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-mormentivista que permeia a dogmática jurídica brasileira.

Elenca, o professor Lênio Luiz Streck (2005, p. 57), o seguinte exemplo, que tem o condão de mostrar a viabilidade da tese que defende, ou seja, uma postura concretizadora que deve o magistrado assumir para que se implemente, definitivamente, no Brasil, um Estado Democrático de Direito:

Segundo a Constituição Federal em seu art. 205 a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil art. 211, §2º, e art. 60 das disposições transitórias da Constituição Federal. Isto, aliado ao fato de que a mesma Constituição estabelece entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento e erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais. Neste contexto, na cidade de Rio Claro, o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criar vagas, haja vista a falta destas na rede pública, para que no ano de 1998 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício do cargo ou função pública por cinco anos. O juiz determinou liminarmente a criação de vagas. Não houve contestação da prefeitura. Esse fato mostrou que é possível utilizar o Judiciário para a implementação das promessas/valores do Estado Democrático de Direito.

Ora, sabe-se que inúmeros outros direitos fundamentais, mormente os sociais, haja vista demandarem uma ação positiva do Estado, não são aplicados de imediato, ao arripio do mandamento de otimização constante no § 1º do art. 5º da C/88, sob o argumento, quase sempre, de faltar norma regulamentadora – inércia do Legislativo – ou por faltar vontade política – inércia do Executivo – o que vem obstaculizando a implementação da democracia em solo brasileiro.

Neste sentido, na esteira do supracitado exemplo, tendo em vista os objetivos traçados ao Estado brasileiro pela Constituição Federal, bem como da prática cotidiana do poder público que se tem presenciado dia após dia, em que orçamentos públicos – até mesmo os destinados ao cumprimento de direitos sociais – são continuamente contingenciados em manobras que privilegiam uma política econômica de superávit primário das contas públicas, ao passo que são gastos milhões e milhões em transações obscuras nas negociatas do país, compete aos juízes com coragem a tarefa de resgatar/implementar as promessas da modernidade.

É neste contexto, pois, que percebe-se que o país não pode prescindir da atividade criativa dos juízes para implementação de uma sociedade democrática, harmônica e justa. Tarefa que deve ser feita, como dito, por meio de uma interpretação/aplicação concretizadora dos direitos/valores/promessas constantes da Constituição Federal, sem, logicamente valer-se qualquer discricionariedade. A efetividade Constitucional tanto clamada por esses 20 anos só virá pela atuação dos juízes que rompendo o paradigma positivista, dará força normativa à suas normas.

Sobre o tema, bem tratou Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 12), para quem:

A função do juiz, já não há como esconder essa realidade, é uma atividade criativa. Não se espera mais do juiz, apenas e tão somente, que realize uma reflexão quase-que-lógica ou quase-que-matemática sobre dadas premissas para concluir em um ou em outro sentido, mas, bem diferentemente, que aceite, na formação das suas próprias premissas e na sua conclusão, elementos diferentes, diversos, não levados em conta na evolução e sistematização do pensamento do direito na primeira metade do século XIX, em especial na era das codificações. Já não se pode falar, em todos e quaisquer casos, que a atividade do intérprete e do aplicador do direito seja meramente subsuntiva; bem diferentemente, sua função passa a ser concretizadora, no sentido de ser criadora no próprio direito a ser aplicado, justamente em virtude da complexidade do ordenamento jurídico atual. De uma atividade de mero conhecimento (um comportamento passivo) do fenômeno jurídico para sua aplicação, passa-se a uma atividade criadora-valorativa (um comportamento ativo), conscientemente criadora e valorativa do juiz.

Agora, deve-se ter em conta que ao passo que se dar poder aos órgãos judiciários para concretizar a norma jurídica à luz do caso concreto, deve-se conceder também aos referidos órgãos a capacidade para melhor decidir diante de um caso concreto.

Como demonstrado ao longo deste trabalho, vive-se hoje em uma sociedade bastante complexa o que demanda dos órgãos julgadores uma capacidade de compreensão de mundo muito grande, o que, muita vez, não é possível se se considerar que tais órgãos são formados por seres humanos com as limitações que lhes são inerentes.

Nesta esteira de pensamento, aduz Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 29):

Justamente porque não se compreende possa ser o juiz dos dias atuais a “boca da lei” deve ele, no seu ofício, bem capturar para bem aplicar, nos casos concretos, os valores e as angústias que estão dispersos pela sociedade e no próprio Estado, nas mais variadas facetas de sua atuação especializada. O juiz, pois, tem de se voltar para a sociedade para aplicar o direito. Mais do que nunca a distinção entre “lei” e “fato” é falsa, errônea. Não há lei que sem fato que determine sua aplicação. É voz corrente na doutrina a de que um “conceito vago” um “princípio”, uma “cláusula geral”, pressupõem para sua aplicação – e, antes disso, para sua interpretação – um fato. A ponto de haver aqueles que propõem, justamente em função desta necessidade e inafastável simbiose entre lei e fato, que o tradicional “silogismo jurídico”, em que a premissa maior é a lei, a premissa menor o fato e a conclusão é a subsunção da lei ao fato, seja invertido. A captação do fato como premissa maior é essencial, até mesmo, para a identificação da lei a ser aplicada. Daí a necessidade de inverter a ordem das premissas desse silogismo. Quando menos, que se reconheça a insuficiência do caráter meramente subsuntivo de aplicação da regra ao caso concreto e se passe a reconhecer seu caráter de concreção ou concretização.

Se o fato da vida, transformado em fato jurídico, passa a ter função primaz para bem interpretar o Direito, nada mais justo do que dotar o concretizador/intérprete da lei de capacidade de bem captar tais fatos.

Neste caminho, a despeito da liberdade que possui o Juiz na busca do esclarecimento dos fatos, podem, ou, melhor dizendo, devem as partes – considerando-se o princípio da cooperação e da boa-fé processual – trazer sua contrapartida no que toca à valorização jurídica dos fatos da vida aportados ao processo.

Pertinentes a respeito, as seguintes considerações de Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 31-32):

Acreditamos, devemos buscar a sistematização de uma forma pela qual possa o juiz capturar da forma mais eficiente, ordenada e sistematizada possível os anseios da sociedade e as próprias políticas do Estado, sua macrocompreensão do que lhe estar ao redor para, com base nesses elementos, ficar mais confortável, ou, o que nos parece ser mais costumeiro, ter condições objetivas e subjetivas, efetivas, portanto, para julgar determinadas causas que lhe são apresentadas. Compreender, em suma, o fenômeno jurídico na sua postura não jurídica, mas co-essencial.

Com o volume de leis editadas a cada dia, cai por terra a crença de que o juiz sempre sabe o Direito. Agora, uma vez que o Direito e o fato devem ser considerados iguais condições quando do momento da interpretação/concretização, resta ainda mais difícil a crença de que o órgão jurisdicional saiba tudo sobre os fatos e na profundidade que deveria saber para bem aplicar o Direito.

A tudo o que aqui se falou sobre o papel dos magistrados nesta quadra da história, deve ser somado o fato de serem estes quem irão construir os precedentes judiciais com capacidade para vincular situações jurídicas futuras, bem assim direitos de pessoas alheias ao processo donde advieram tais precedentes.

Sopesado esse fator, mais do que nunca, as decisões proferidas pelos órgãos judiciários no ordenamento jurídico brasileiro dependerão de um mecanismo para evidenciar o suporte fático/jurídico da situação, de modo a levar aos órgãos jurisdicionais donde pode advir precedente judicial com capacidade para vincular situações futuras.

É nesse sentido, que chega-se, neste ponto do trabalho, à idéia de ser a figura do *amicus curiae* aquela que poderá suprir esse déficit de conhecimento, bem assim legitimidade para o juiz, ente subjetivo de aplicação da prestação jurisdicional.

3.2 O *AMICUS CURIAE* COMO ABERTURA DEMOCRÁTICA DO PROCESSO

A preocupação quanto à legitimidade do Poder Judiciário⁸² em exercer o controle de constitucionalidade, bem como em dizer o que é o Direito, no momento de concretização normativa, sempre permeou o cenário jurídico, não só o brasileiro, mas, também, o de outras nações.

Neste sentido, Ronald Dworkin (2002, p. 132-133) reconheceu, em sua obra, as críticas que são feitas aos recentes poderes concedidos aos magistrados e, por consecutivo, ao Poder Judiciário no controle jurisdicional de constitucionalidade, de modo a elencar as duas principais delas, a saber: a falta de legitimidade dos juízes para criar o direito, haja vista que não foram eleitos para tanto, o que seria uma ofensa ao princípio democrático, bem assim a possibilidade de aplicar direitos que ao tempo da ação das partes não existiam, ferindo, deste modo, o princípio da ilegalidade e da irretroatividade.

Para a primeira crítica, rebate Ronald Dworkin (2002, p. 134) com os seguintes argumentos: “um juiz não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus

⁸² Parcela da doutrina entende que a questão da legitimidade do Poder Judiciário ganha foros de dramaticidade, no momento em que atribui-se essa função, no ordenamento jurídico brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal. Isso porque, para essa mesma parcela da doutrina, não traduz-se nossa Corte Suprema em um verdadeiro Tribunal Constitucional nos moldes dos concebidos na Europa. Aduzem que para o STF se tornar um verdadeiro tribunal constitucional, deveria deixar de ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário, de modo que esse papel fosse assumido pelo Superior Tribunal de Justiça. Por todos ver Walber de Moura Agra (2005) em: A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal.

interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento.” Já para a segunda, enuncia que o juiz, em verdade, explicita um direito que já existia, sua tarefa, pois, é declarar algo pré-existente.

Tal preocupação ganha em importância no momento em que, hodiernamente, pretende-se atribuir eficácia *erga omnes* às questões de constitucionalidade das decisões proferidas em sede de controle difuso prescindindo-se, assim, da hipótese normativa do art. 52, X, da Constituição da República, bem como efeito vinculante aos motivos determinantes – *ratio decidendi* – que basearam sua tese jurídica constitucional. Ora, verificar-se a possibilidade de pessoas, que não participaram do processo constitucional do qual gerou a decisão constitucional com eficácia para todos, serem atingidas sem terem exercido sua garantia fundamental ao contraditório.

Argumentam aqueles que entendem que esta postura fere o princípio democrático, que o modelo de participação democrática no controle difuso de constitucionalidade se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal.

Para Lênio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2007, p. 7):

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso de constitucionalidade qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.

Prosseguem Lênio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2007, p. 7-8):

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direito e garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação no processo de tomada de decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.

Como visto, entretanto, essa tendência de concessão de efeito vinculante aos motivos determinantes – *ratio decidendi* – do julgamento não se limita à jurisdição constitucional exercida no controle difuso de constitucionalidade. Pelas razões neste trabalho já

apresentadas, o efeito vinculante que se concede aos precedentes judiciais abrangem de decisões de primeira instância até mesmo as mais altas cortes deste país.

Repete-se, oportunamente, o que fora dito nas primeiras linhas deste trabalho, de modo a afirmar que adota-se, aqui, uma postura crítica, notadamente ao conceber-se, sim, as falhas, inclusive, já acima demonstradas, por que passam a aplicação da regra do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro. Verifica-se, sim, o risco da mitigação e, mesmo, da violação da garantia constitucional do contraditório e, portanto, do devido processo legal, no momento em que pessoas que não participaram de uma relação processual, que, assim, não influenciaram na formação da cognição judicial, possam ser atingidas diretamente em sua esfera jurídica por decisões/teses jurídicas advindas daquelas.

Sucedo, entretanto, como, também, fora dito acima, que resolveu-se adotar uma postura pragmática e realista, de modo que, uma vez verificado que a força do precedente judicial é cada vez maior no ordenamento jurídico brasileiro e, ao que se mostra, um caminho sem volta, esteja-se proposto, ainda que propedeuticamente, um viés alternativo para dotar de legitimidade os fundamentos das decisões ou, melhor dizendo, a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais – dotadas de eficácia vinculante.

Antes, porém, é preciso revisitar alguns institutos jurídicos com o escopo de melhor visualizar-se a senda aqui proposta. Inicia-se, desse modo, pela análise do postulado do contraditório, mola mestra da democracia processual, ponto de partida, portando, para que suas decisões sejam dotadas de legitimidade.

Neste caminho, é preciso ter em mente que o processo de hoje deve ser analisado sempre à luz dos valores constitucionais, o que resolveu-se denominar de análise constitucional do processo, ou, para alguns, direito processual constitucional.

Sob este prisma, estuda-se o processo no contexto das influências recíprocas trocadas entre a Constituição e esta relação jurídica, de modo a conceber-se as referidas relações jurídicas processuais como a expressão, em *ultima ratio*, da tutela constitucional. É dizer, nota-se a incumbência do processo em dotar de efetividade os preceitos e garantias constitucionais de toda ordem.

Com efeito, quando se elege como premissa fundamental a importância da realização concreta dos princípios constitucionais do processo, em especial o princípio do contraditório, alteram-se as premissas fundamentais, a partir das quais o raciocínio aqui desenvolvido irá pautar-se.

Esta questão não passou despercebida por Fredie Didier Jr (2009, p. 25-26), uma vez que o autor aduz que:

O estudo do Direito processual sofreu a influência desta renovação do pensamento jurídico. O processo volta a ser estudado a partir de uma perspectiva constitucional (o que não é novidade), mas agora seguindo esse novo repertório, que exige dos sujeitos processuais uma preparação técnica que lhes permita operar com cláusulas gerais, princípio da proporcionalidade, controle difuso de constitucionalidade de uma lei etc.

Para R. Ives Braghittoni (2002, p. 21-23), de igual maneira, o processo deve ser estudado à luz da Constituição, de modo que o princípio democrático, informador do sistema constitucional atual, deve permear o sistema processual como um todo, de forma a garantir, tanto quanto possível, acesso à ordem jurídica justa. Para tanto, tem se levado em conta que o atendimento da cláusula do devido processo legal e seus corolários, dentre os quais está o contraditório, é o primeiro passo na democratização do processo judicial brasileiro. Seguem as palavras do autor:

Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também a de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.

Chega, mesmo, R. Ives Braghittoni (2002, p. 24) a dizer que o que se definiu chamar de tutela constitucional do processo se divide em direito de acesso à justiça e devido processo legal; este, como legitimador da jurisdição, tem sua maior fonte de legitimidade no contraditório que, por sua vez tem seu alicerce principal no procedimento. Mais que isso, há corrente na comunidade jurídica, capitaneada por Elio Fazzalari⁸³, que enxerga ser o contraditório, e não a relação jurídica processual, que, juntamente com o procedimento, formam o que se denomina processo. É dizer, o processo é a resultante de procedimento e contraditório, ou melhor, procedimento em contraditório.

Giza, ainda, R. Ives Braghittoni (2002, p. 35) que:

O processo não seria apenas relação jurídica processual, nem somente, dentro do conceito mais antigo, simples procedimento, mas sim um tipo particular de procedimento, destacado pela atuação em contraditório daqueles para os quais há uma potencial influência em suas esferas jurídicas.

Vai além R. Ives Braghittoni (2002, p. 40) para afirmar que o processo e, por sua vez, o procedimento que o estrutura, “é ou não adequado na exata medida em que atua como garante

⁸³ Para R. Ives Braghittoni (2002 p. 38): “A concepção de Fazzalari tem o mérito de ressaltar a importância do contraditório como elemento integrante do processo; e, não só integrante, mas também qualificador e diferenciador deste: só se tem “processo” quando o procedimento em que ele se desenvolve o faz em contraditório”.

do contraditório, permitindo a adequada manifestação das partes em todo o decorrer do processo”.

Dito isto, verifica-se que parte da doutrina decompõe o contraditório em duas garantias, a saber: participação (audiência, comunicação, ciência) e a possibilidade de influência na decisão. Neste sentido é a lição de Fredie Didier Jr (2006, p. 59):

A faceta básica, que eu reputo a formal, é a da participação; a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Isso é o mínimo e é o que quase todo mundo entende como princípio do contraditório. De acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte, ao deixar a parte falar. Há o elemento substancial desta garantia. Há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte, simplesmente participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, e, claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado.

Com efeito, deve ser conferido às partes, além das garantias clássicas de participação, o poder de interferir e influenciar, substancialmente, a cognição do magistrado de modo a atingir o conteúdo da decisão⁸⁴.

No dizer de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003, p.137) “Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e desde com as partes, segundo as regras formais do processo”.

Consoante, ainda, lição do professor Fredie Didier Jr (2006, p. 71): “Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as funções, mas todos com o objetivo comum que é a prolação do ato final”.

Não poderia deixar de destacar-se a posição de Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 82) que sobre o tema assim aduziu:

⁸⁴ O § 139 da ZPO Alemã, alterado pela lei de 27.07.2001, é exemplo claro do que aqui pretende-se falar sobre o contraditório. Eis o teor: “§ 139 – CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado a oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelo registro nos autos. Só é admitida contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito”.

É imediata a percepção de um verdadeiro abandono da suficiência do princípio do contraditório formal em prol de uma maior participação social (ou organizada) nos processos em que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle concentrado de constitucionalidade. Passou-se, pois, a um contraditório substancial e que em nada afeta o caráter objetivo das ações voltadas ao controle concentrado de constitucionalidade. O que parece ser correto afirmar a respeito é que o Supremo Tribunal Federal deixou de lado, vez por todas, a preocupação com a garantia do contraditório para a própria norma, no sentido tradicional do direito de defesa daquele que sofre uma acusação – no caso a própria norma tida como inconstitucional –, e passou a se preocupar com o contraditório no sentido da necessária participação da sociedade civil organizada e, se for o caso, de outros órgãos do próprio Estado, na formação da vontade do Estado, mesmo que do Estado-juiz. Quem precisa de contraditório não é a regra impugnada em si mesma considerada. É seu destinatário – sociedade civil ou Estado –, que, por intermédio de alguém (o *amicus*), consegue dialogar com o prolator da decisão, forte nos efeitos e nas conseqüências que qualquer decisão a se proferida pelos tribunais terá para a sociedade civil.

Ressalta, neste diapasão, Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 4), na tarefa de implementar uma nova concepção do processo à luz do Estado Democrático de Direito, que:

Para a legitimidade da jurisdição não basta a participação e a adequação do procedimento às necessidades do direito material, sendo ainda necessária a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais, devendo ser dito ilegítimo, nessa linha, o procedimento que restringe as alegações do réu, no que toca ao direito material, em desatenção aos direitos fundamentais – não apenas processuais como o direito ao contraditório –, mas sim materiais.

Uma vez que ao processo é dado o importante papel de instrumento viabilizador da democracia contemporânea, este deve ser legítimo. No dizer de Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 5) “O processo deve legitimar – pela participação –, ser em si legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais –, e ainda produzir uma decisão legítima”.

Para o jurista paranaense, para além da importância da participação (contraditório substancial) para legitimação do processo, não há como ignorar a necessidade de adequação do procedimento às situações de direito substancial carentes de tutela e aos direitos fundamentais materiais.

Acrescenta força aos argumentos, neste passo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003, p.138-139), com corriqueira habilidade:

Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista.

Exatamente em face dessa realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à

comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado⁸⁵.

Cabem, oportunamente, neste momento, as lições de Karl Popper (2004), de modo a entender como elemento de força para as decisões judiciais a submissão do convencimento do magistrado e de toda a sua pré-compreensão dos elementos que lhe estão postos às influências e contraposições que podem advir do diálogo com os sujeitos processuais.

Convém ressaltar, ainda neste contexto, posição de Ana Paula Barcellos (2005), para quem a concepção de Jürgen Habermas é no sentido de que a legitimação do direito nas sociedades contemporâneas deve ser construída a partir do consenso obtido por meio da comunicação e diálogo públicos, e não a partir de argumentos autoritários ou consensos materiais prévios.

O contraditório, desse modo, é o diálogo em cooperação, mas também manifestação da opção política do Estado. No caso do Estado brasileiro, é a forma pela qual se efetivam os princípios democráticos. É dizer, o postulado do contraditório evoluiu para o postulado democrático que conduz, por sua vez, ao princípio da cooperação que deve presidir toda a atuação jurisdicional.

Para Ana Paula Barcellos (2005 p. 264-265): “A deliberação pública está aberta a qualquer resultado final no que diz respeito ao conteúdo, justificando-se na medida em que o procedimento seja adequado”.

Corroborando a postura filosófica popperiana de falseabilidade aqui defendida, Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 53-54) trata do princípio do contraditório:

O que é relevante destacar desde o início é que o núcleo essencial do princípio do contraditório compõem-se de um binômio: “ciência e resistência” ou “informação e reação”. O primeiro desses elementos é sempre indispensável; o segundo, eventual ou possível. Justamente em função da indispensabilidade do elemento “ciência” ou “informação” é que o princípio do contraditório relaciona-se, intimamente, com a idéia de participação com a possibilidade de participação da decisão do Estado, viabilizando-se assim, mesmo que no processo, a realização de um dos valores mais caros para um Estado Democrático de Direito. O que se deve destacar a respeito é que o princípio do contraditório deve ser entendido como a possibilidade de o destinatário da atuação do Estado influenciar – ou quando menos, ter condições de poder buscar influenciar, influir – em alguma medida, na decisão a ser proferida. Tanto assim que o caráter meramente eventual da “resistência” ou da “reação” não pode ser entendido como algo secundário, ou, até mesmo, dispensável para o seu

⁸⁵ O prestigiado jurista gaúcho (2003) aduz ainda que está longe de terminar a dissonância entre o fortalecimento do contraditório pela cooperação e o seu enfraquecimento determinado pela urgência. Numa época em que não se pode mais aspirar certezas, impõe-se preservar em busca do equilíbrio, porque tanto a colaboração dos sujeitos do processo quanto a efetividade mostram-se realmente importantes para que o Poder Judiciário melhor se legitime junto à sociedade civil. O verdadeiro equacionamento do problema só começará a surgir com a radical transformação da sociedade brasileira, quando forem superadas as causas materiais mais profundas que determinam a demora irrazoável e exasperante da duração do processo e se obtiver prestação jurisdicional de qualidade. Esse é o grande desafio do no milênio.

titular. Dependendo da situação concreta, não há como admitir estar no âmbito de mera disponibilidade das partes o participar para influir na decisão judicial.

Neste sentido, reside na garantia do contraditório substancial, qualificado pelo princípio da cooperação, o ponto de legitimação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Como visto, por precedente judicial, entende-se qualquer decisão proferida em sede do Poder Judiciário no exercício de sua função típica. Viu-se, também, que o efeito vinculante dos precedentes judiciais concentra-se na norma jurídica abstrata – tese jurídica – formada no julgamento de uma demanda, encontrada, na fundamentação da decisão, ou seja, na sua *ratio decidendi*. Agora, de igual modo, não passou despercebido que na dinâmica da aplicação dos precedentes judiciais com efeito vinculante, caso não haja a criação de uma técnica processual adequada, poderá haver uma mitigação do direito fundamental ao contraditório, uma vez que entes que não participaram no processo em que fora consolidada a tese jurídica – não tendo, desse modo, influenciado naquela formação do convencimento para prolação da decisão jurídica – possam ser afetados em seu *status* jurídico.

Diante de tal possibilidade de ofensa ao texto constitucional por violação ao princípio do contraditório, bem assim, visando privilegiar a participação democrática do processo, legitimando decisões proferidas com capacidade para vincular situações jurídicas futuras, passa-se a apresentação de uma estrutura procedimental que, se adotada, conferirá legitimidade aos precedentes judiciais com eficácia normativa e, portanto, dotadas de efeito vinculante, capazes de legitimar as decisões que afetaram situações jurídicas de pessoas não participantes diretas do processo.

Como dito linhas acima, não se pretende “destronar” ou desabonar a incorporação dos precedentes judiciais com efeito vinculante ao ordenamento jurídico brasileiro, pelo contrário, bons motivos para esta incorporação foram, aqui, demonstrados. Em verdade, tem-se ciência de tratar-se este fenômeno de um processo maior que é a manifesta imbricação por que passa as famílias jurídicas da *common law* e do *civil law*.

Como pressuposto ao desenvolvimento do mecanismo legitimador que aqui será proposto, convém tecer algumas palavras, ainda, sobre o conceito de procedimento, relacionando-o com a idéia de contraditório.

Na lição de Elio Fazzalari (1996, p. 77) o procedimento seria um gênero – sucessão ordenada de atos visando atingir um resultado – do qual o processo seria uma espécie: justamente o procedimento em contraditório. Assim, o procedimento consistiria na atividade preparatória

de um provimento – ato estatal imperativo –, a qual seria regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 12), o exercício da jurisdição legitima-se também pelo procedimento. É dizer, “a legitimação através do procedimento supõe que a observância dos parâmetros fixados pelo legislador para o desenvolvimento do procedimento que leva à edição da decisão é a melhor maneira para se dar legitimidade ao exercício do poder”.

A referida concepção assume grande importância para legitimar a Função Judiciária no controle de constitucionalidade das leis e dos atos da Função Executiva, haja vista desempenharem, os órgãos judiciários, nesse controle, uma atividade contra-majoritária, vez que vislumbra-se um órgão estatal não eleito controlar atos de outros órgãos eleitos pelo povo. Ademais, ganha em importância, quando se trabalha com a possibilidade de concessão de efeito vinculante à *ratio decidendi* dos precedentes judiciais

Assevera, ainda, Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 25) que a observância do procedimento como critério para legitimidade da decisão, não pode ser vista restritivamente, como o fez Elio Fazzalari⁸⁶, como a participação no procedimento. De igual modo, as teorias procedimentalistas são insuficientes para legitimar a jurisdição, haja vista não analisarem os conteúdos substanciais da decisão.

Daí, como bem ressaltou Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 11), em nota de rodapé, a tendência da doutrina constitucional contemporânea em falar em uma dimensão procedimental dos direitos fundamentais, do *status activus processualis*, querendo com isso significar a necessidade de compreender os direitos fundamentais “não só estaticamente, ou da perspectiva do seu conteúdo, mas também dinamicamente, através das formas da sua efetivação, através do procedimento”.

⁸⁶ Aduz Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 14), justificando em parte a postura de Fazzalari, que na Itália só quem tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei por violação a um direito fundamental é o Tribunal Constitucional; o juiz ordinário tem competência apenas para provocar a manifestação do Tribunal Constitucional quando numa causa civil, penal ou administrativa, surge, geralmente como prejudicial, a questão da constitucionalidade da lei a aplicar. A análise efetuada pelo juiz ordinário restringe-se apenas a considerar se a questão da constitucionalidade da lei é determinante para o julgamento da causa principal e se a alegação de inconstitucionalidade não é manifestamente infundada. Além do conhecimento e reenvio desse incidente de constitucionalidade, atualmente é possível, na Itália, intentar uma ação judicial para reivindicar um direito protegido por normas constitucionais, inclusive quando isto implique colocar ante o juiz uma demanda que não se fundamenta em uma lei em vigor, senão que precisamente contém um pedido, apresentado diante do juiz ordinário, de que se remeta ao Tribunal Constitucional a questão da legitimidade constitucional da lei que se opõe ao exercício do direito, e, ao mesmo tempo, que se realize a declaração pelo citado Tribunal da inconstitucionalidade de dita lei. De qualquer modo não se reconhece ao juiz ordinário o poder de declarar uma lei inconstitucional por violação a um direito fundamental. Logo, não é uma preocupação da jurisdição ordinária italiana justificar a ação do juiz que invalida normas editadas pelo legislativo.

Não é por razão diversa que se fala tanto em legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal, querendo, com isso, destacar que a manifestação do Estado – de todo ele, não só do Estado-juiz – será tanto mais legítima, quanto maior for a possibilidade de os destinatários de seus atos, de suas decisões, que têm caráter imperativo e vinculante, poderem se manifestar para influenciar a autoridade competente antes de sua decisão.

Com efeito, as decisões judiciais não podem ser arbitrárias, mas calcadas em um procedimento previamente delineado e adequadamente seguido, ainda, que defenda-se a possibilidade de adequação do procedimento pelo julgador antes às circunstâncias do caso concreto. A legitimação das decisões judiciais deve ter como essência procedimentos que procuram resguardar o desenvolvimento do regime democrático de forma que possibilite a participação mais ampla possível dos cidadãos.

Expostas tais premissas, imperioso aduzir que o procedimento a ser percorrido na produção dos precedentes judiciais com capacidade de produzirem efeitos vinculantes sobre demais situações jurídicas deve preencher as duas facetas da cláusula do devido processo legal – formal e substancial –, de modo a que o contraditório seja alcançado em todas as suas dimensões, isso porque, como dito linhas atrás, estar-se-á diante de um procedimento cuja norma jurídica abstrata formada no seu bojo irradiará seus efeitos para pessoas que não participaram daquela relação processual.

Figura imprescindível, portanto, no desenrolar procedimental destes processos será o *amicus curiae*, e, aqui, propõe-se a imperiosidade de sua presença em todos os procedimentos cujos resultados advirão decisões com efeito vinculante. Diz-se isto, porque, como sabido, assegura o direito positivo brasileiro a possibilidade do julgador, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, buscar a manifestação de outros órgãos ou entidades para atuarem como sujeitos processuais na qualidade de *amicus curiae*.

Ora, a proposta, neste momento ventilada, parte da premissa de que ter-se-á um dever, e não um mero poder – faculdade –, para o julgador, de modo a imaginar-se uma relevância de cunho objetivo nos processos cuja decisão possa adquirir foros de generalidade. Pode-se argumentar, ainda, por meio de uma interpretação mais elástica, em que os poderes concedidos aos magistrados são em verdade poderes-deveres^{87 88}, de modo que o chamamento do *amicus curiae* ao processo torne-se obrigatório.

⁸⁷ Elio Fazzalari (1996) esclarece que os agentes públicos não são titulares de simples situações deveres e sim situações complexas de deveres coordenados, às quais se atribui o nome de funções.

Cria-se, portanto, uma presunção legal relativa de necessidade de participação do *amicus curiae*, sujeito processual capaz de representar os interesses das demais pessoas possíveis de serem afetadas pela decisão.

Agora, como toda presunção legal relativa, as peculiaridades do caso concreto podem criar o ambiente em que tal participação seja prescindível. A presunção prévia do legislador, enquanto ato intelectual que é, pode, em determinadas situações, restar inadequada aos fatos apresentados e aos direitos fundamentais colocados em litígio.

Vislumbra-se, pois, a hipótese de uma intervenção *iussu iudicis*, que na acepção de Fredie Didier Jr (2006, p. 282) é “o ingresso de um terceiro em processo pendente por ordem do juiz”.

Com efeito, restar esclarecer, então, o que seria essa figura processual do *amicus curiae*?

Oriundo do direito norte-americano, o *amicus curiae* (*amigo da corte*) é um instituto de matriz democrática, uma vez que permite que terceiros passem a integrar a demanda, para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo, incluindo-se, dessa forma, quando admitidos, nos limites subjetivos da coisa julgada.

Ensina, Fredie Didier Jr (2007, p. 356) que:

É o *amicus curiae* verdadeiro auxiliar do juízo. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerido pelo próprio *amicus curiae*, cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado.

Prossegue o professor Fredie Didier Jr (2007, p. 357) seu magistério, no que concerne à intervenção do *amicus curiae* em sede do Supremo Tribunal Federal:

A intervenção do ‘amigo do tribunal’ serve, nestes casos, para proporcionar ao Supremo Tribunal Federal pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões dos seus julgamentos. A relevância social de alguns tipos de causa é fator para uma adequação objetiva da tutela jurisdicional, que deve ter suas peculiaridades procedimentais modificadas de acordo com as características do objeto do processo. A ouvida/manifestação do *amicus curiae* é uma das manifestações desta adequação; sobretudo uma especialização procedimental, que não se confunde com qualquer espécie de fenômeno interventivo.

Sobre o tema, bem tratou, Dirley da Cunha Jr (2004, p. 165):

⁸⁸Para André Fontes (2002, p. 106) o poder-dever seria: “o exercício de um poder efetuado no interesse de outrem, ou seja, para realizar o interesse de outrem”. Ora, resta claro que na prestação jurisdicional o magistrado atua no interesse de outrem, quais sejam, as partes direta e a sociedade indiretamente, por tais motivos, é que se costuma dizer que a função do órgão jurisdicional tem sempre um conteúdo de dever, pois os atos das partes costumam gerar deveres para o Estado-juiz. O dever do juiz de motivar a decisão, por exemplo, é realizado no interesse das partes primordialmente. Seria o poder-dever, situação jurídica ao qual está submetido o juiz uma espécie de sincretismo das situações jurídicas passivas e ativas, vez que, em um mesmo ato, encontram-se características tanto de uma quanto de outra, daí a dificuldade de se afirmar que o Juiz possui uma situação jurídica ativa ou passiva no processo.

A intervenção do *amicus curiae* no processo objetivo de controle de constitucionalidade pluraliza o debate dos principais temas do direito constitucional e propicia uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por Peter Häberle em sua sociedade aberta de intérpretes.

Verifica-se que o professor Dirley da Cunha Jr trabalha com o controle de constitucionalidade concentrado ou objetivo, o que não minora sua contribuição ao presente trabalho, vez que neste o que se demonstra é, justamente, uma aproximação dos conceitos jurídico-positivos de ambos, bem como a aplicabilidade dessas noções a todos os precedentes judiciais, notadamente, no que concerne ao vinculante das questões de direitos submetidas às suas apreciações.

Neste sentido, também, são as palavras de Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 35-36):

Na exata medida em que a compreensão do fenômeno jurídico passa a levar em consideração tantos fatores que não são propriamente ou, quando menos, “tradicionalmente” jurídicos – e, mesmo que fossem, vimos, isso não significaria, por si só, a total compreensão dos fenômenos pelo juiz na profundidade desejada –, a figura do *amicus curiae*, como “portador” desse conhecimento e, de forma mais ampla, “portador” de diversas vozes plurais que caracterizam a sociedade brasileiro e o próprio Estado na sua compreensão atual, é essencial. Só ela e por ela é que se tem condições de realizar essa necessária aproximação do juiz com a sociedade e com o próprio Estado e, nesse sentido, com o próprio direito a ser aplicado ao caso concreto que lhe seja submetido para exame. Trata-se, inequivocamente, de uma forma de legitimar a produção da decisão jurisprudencial.

A participação do *amicus curiae* assegura o caráter dialógico do processo, em que a manifestação de juristas e órgãos da sociedade civil serve para democratizar as decisões dos órgãos jurisdicionais e, assim, fundamentar a legitimidade das decisões da jurisdição constitucional.

Muito se falou no presente trabalho do fenômeno da complexificação social percebida nos últimos tempos. Essa técnica processual da intervenção do *amicus curiae* presta-se, de igual modo, para trazer ao julgador elementos que facilitem a sua compreensão, elementos estes que servirão como subsídio para melhor interpretação/concretização da regra de Direito posta em análise.

Com efeito, em um mundo pós-moderno, cada vez mais complexo, às vezes até mesmo caótico, as questões legais tendem a se tornar cada vez mais intrincadas e indissociáveis dos substratos fáticos. Na antigüidade, um filósofo entendia desde matemática, astronomia até de política e poesia. Já no mundo moderno, o conhecimento é distribuído por especialistas diversos, dada sua vastidão. Esse conhecimento todo, por outro lado, não pode ser desprezado nas decisões judiciais, em que questões relevantes para toda a sociedade possam estar em jogo. A importância do *amicus curiae* tende a ser hoje maior do que já foi no passado.

Neste diapasão são as palavras de Mauro Cappelletti (1992, p. 101-102):

De outra face, exatamente na “natureza” do processo jurisdicional é que os juízes podem encontrar o antídoto mais formidável contra o perigo de perderem contato com a comunidade. Também quando chamados a decidir disputas de amplo significado político-social – como ocorre amiúde, especialmente no campo da justiça constitucional e nos litígios envolvendo categorias de pessoas ou interesses públicos –, a sua função enquanto não degenere, permanece sempre a de decidir *cases and controversies*, portanto controvérsias não abstratas, mas que lhe são levadas por membros interessados da comunidade, ou por alguns destes. Lembro, mais uma vez, as regras fundamentais de antiga sapiência, que imprimem ao processo judiciário a sua natureza única: a regra, segundo a qual, a função jurisdicional não pode ser exercida senão a pedido da parte, e aquela, segundo a qual, o juiz não pode ficar sujeito a pressões parcializadas e deve garantir o contraditório das partes. Pois bem, entendo que justamente no respeito a essas regras fundamentais está a melhor garantia da legitimidade democrática da função judiciária.

Importante associação entre a participação do *amicus curiae* e o princípio da cooperação faz Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 56):

A nosso ver, a relação entre o “princípio da cooperação” e o *amicus curiae* mostra a sua face mais visível na exata medida em que se reconhece a necessária interação do juiz com as partes – ou com outros sujeitos que possam atuar, de alguma forma, no processo – em busca de melhor aproximação e, portanto, mais completa definição dos temas e matérias que deverão ser necessariamente enfrentados pelo magistrado ao julgar o objeto litigioso. A cooperação do sentido de diálogo, no sentido de troca de informações, de municiar o magistrado com todas as informações possíveis e necessárias para melhor decidir, é a própria face do *amicus curiae*, desde suas origens mais remotas. Assim, em função dessa cooperação, desenvolvimento e atualização do princípio do contraditório, realiza-se, também, a necessidade de as informações úteis para o julgamento da causa serem devidamente levadas ao conhecimento do magistrado, viabilizando, com isso, que ele melhor absorva e, portanto, realize em concreto os valores dispersos pelo próprio Estado e pela sociedade.

Tal cooperação, como visto, justifica-se, ainda, pela complexidade da vida atual, situação esta que torna bastante difícil ao julgador, ou mesmo, impossível àquele, a investigação solitária do substrato fático da norma jurídica.

Mas, sem dúvida alguma, como principal papel, notadamente em se pensando na atual conjuntura dos precedentes judiciais com efeito vinculante, tem o *amicus curiae* a função de legitimar as decisões capazes de influenciar situações jurídicas alheias ao processo, pois a sua participação na relação processual, como representante dos interesses de parcela da sociedade interessada, donde adveio a tese jurídica com efeito vinculante supriria a ausência participação dos afetados por aquela decisão.

Sobre o tema, com propriedade, asseverou Walber de Moura Agra (2005, p. 292):

A função do *amicus curiae*, figura que nasceu no direito anglo-saxônico, é colaborar com o órgão que exerce a jurisdição, fornecendo-lhe o maior número possível de informações para que a decisão possa ocorrer de forma consciente. Sua atuação é uma prática difundida nos Estados Unidos, configurando-se na oportunidade que uma pessoa não envolvida no processo nem como parte nem como terceiro

interveniente tem para fornecer subsídios com o intento de dirimir eventuais dúvidas que surjam durante o julgamento.

Ante o novo paradigma do Estado constitucional-democrático, é preciso reconhecer que a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais, até o último intérprete formalmente competente, a Corte Constitucional.

Viu-se que, o processo jurisdicional é palco democrático em tempos correntes. Trata-se, pois do que Peter Häberle (2002) convencionou chamar de uma das formas de manifestação democrática da população, notadamente se se considerar que o efeito vinculante, produzirá efeitos *erga omnes*, traduzindo-se, pois, na criação de algo muito similar à lei.

O contraditório, aprimorado com a participação do *amicus curiae*, é a fonte direta da legitimidade das decisões do Poder Judiciário, pois como se sabe, diferentemente do legislativo, os seus integrantes não são eleitos e, portanto, não seriam representantes da sociedade. Ocorre, todavia, que o que se deve ter em mente é que há uma diferença de legitimação das decisões de ambos Poderes, daí resta imperioso pensar que deve existir *sempre* um constante diálogo entre os órgãos judiciários e a sociedade civil.

Em obra clássica, Niklas Luhmann (1980, p. 35) aduz que:

A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico, trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos, trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa.

Das palavras acima colacionadas, outra lição não pode se extraída, senão a que demonstra que, também para Luhmann, o modelo subsuntivo de aplicação do direito resta obsoleto, de modo a não prescindir esta ciência de certa dose sociológica, portanto, de contato com o mundo que o cerca e o cria, intuito este que, como demonstrado, pode ser alcançado com a integração necessária do *amicus curiae* ao processo.

Consoante, Peter Häberle (2002, p. 48-49):

Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou se possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a

pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria Democrática.

Das idéias de Peter Härbele extrai-se, pois, a imprescindibilidade de ampliação democrática no debate jurídico, como forma, inclusive, de legitimação da concessão de efeito vinculante aos precedentes judiciais. A técnica processual que viabilizará este fim, sem dúvida alguma, passa pela necessidade de se instituir a obrigatoriedade de oitiva do *amicus curiae*.

Como dito, pesaria sobre o julgador uma presunção legal *iuris tantum*, somente podendo este afastar-se da necessidade de oitiva do *amicus curiae* se as peculiaridades do caso concreto apresentassem razões para tanto. Essa manifestação judicial seria feita por meio de decisão fundamentada, cabendo recurso em caso de irresignação, inclusive, pelo Ministério Público, que, neste caso, defenderia os interesses da sociedade, interessada na qualidade da formação da norma jurídica abstrata no caso concreto.

Em total apoio à sugestão defendida neste trabalho, seguem as palavras de Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 67):

O que pretendemos demonstrar é que a abertura interpretativa, tão decantada por indispensável ao exercício do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, é uma necessidade para todo o sistema. Ela precisa ser “generalizada”. A necessidade de abertura não repousa, apenas, na interpretação de uma norma constitucional. Também as normas legisladas (no sentido de normas-leis, normas infraconstitucionais) padecem, cada vez mais, da mesma abertura. É ver os novos “Códigos” com seus princípios, suas cláusulas gerais, seus conceitos vagos e indeterminados, permitindo seja o juiz, em cada caso concreto – e não mais o legislador, abstrata e genericamente –, que crie o direito a ser aplicado, que analise em concreto, quais são os valores que devem ou não prevalecer. A manutenção da democracia, nessas condições, impõe a mesma abertura interpretativa anunciada para o controle concentrado da constitucionalidade, impõe o mesmo diálogo, a mesma cooperação querida naquela sede.

Tais palavras servem, inclusive, para a afirmação de que a participação do *amicus curiae* não se reduziria aos órgãos jurisdicionais de segundo grau. É dizer, também os órgãos jurisdicionais de primeira instância estariam submetidos à presunção legal de imperiosidade de participação do *amicus curiae*. Além disso, porque, como viu-se linhas acima, com a possibilidade facultada pelo art. 285-A do CPC, os precedentes judiciais de primeira instância poderão ter igual efeito vinculante.

Em seguida, Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 72), compartilhando da idéia que ora defende-se neste trabalho, qual seja, a da imprescindibilidade da participação do *amicus curiae* em processos que possam afetar a situação jurídica de outras pessoas que não participaram do processo, aduz:

Na batalha entre a “efetividade” e a “segurança”, a “efetividade” vem, cada vez mais, ganhando espaço no processo civil, e a maior prova do acerto dessa afirmação

está nas leis que desde 1994, transformaram, por completo, a estrutura do Código de Processo Civil, a segurança jurídica não pode, simplesmente, ser abandonada e esquecida. Ela e os valores que representa são, ainda, essenciais ao ordenamento jurídico. O que se busca, doravante, é verificar em que medida é compatível maior ênfase de efetividade na segurança ou de segurança na efetividade a partir do novo modelo, do novo paradigma de ordenamento jurídico. Nessa medida, e em função disso, a figura do *amicus curiae*, parece, mesmo, ser indispensável. Mais ainda nos casos em que, de uma forma ou de outra, um cada vez maior número de indivíduos pode vir a ser afetado com aquilo que for decidido. Seja por força do caráter “vinculante” de uma decisão, seja, mesmo entre nós, brasileiros, acostumados às bases romano-germânicas, por força do caráter “persuasivo” de um “precedente”.

A boa técnica processual deste novo processo civil será preservada no momento em que o juiz, considerando a necessidade de o processo dever ser efetivo, não deixar de lado também a idéia de que deve decidir sempre ouvido – ainda que indiretamente – aqueles que, de alguma forma, podem ser afetados pela decisão, mas, também, aqueles que possam contribuir para uma melhor decisão, respaldada por um amplo contraditório, ou, melhor dizendo, uma ampla cooperação.

Sobre essa ponderação entre efetividade, segurança e, por que não justiça, ensina com magistral lição Rudolf Von Ihering (2003, p. 53):

Todo o direito que existe no mundo foi alcançado através da luta; seus postulados mais importantes tiveram de ser conquistados em um combate contra as legiões de opositores; todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma através de uma disposição ininterrupta para a luta. O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustém em uma das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem balança é força bruta; a balança sem espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

Um ponto que pode ser argüido por aqueles que não vislumbram como acertada a técnica processual ora apresentada, reside no fato de não haver previsão legislativa que reconheça a possibilidade da figura do *amicus curiae* participar dos mais variados processos judiciais.

Essa preocupação, todavia, resta despropositada, vez que, com base nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno (2008) a falta de uma norma jurídica que reconheça essa figura no Direito brasileiro, de forma expressa, assim, é o que menos importa. Se o juiz é agente do Estado, se o processo deriva do modelo político do Estado, se o juiz, diante do fato, deve decidir, não como deixar de destacar que haja – que possa haver, pelo menos – alguém, um sujeito processual, que aja nesse plano, acrescentando ao debate valores dispersos no próprio Estado ou na sociedade civil. Sobretudo quando a característica mais marcante da norma jurídica a se aplicar em cada caso concreto busca capturar, de forma cada vez mais consciente e generalizada, a dispersão daqueles mesmos valores. Sobretudo quando a norma jurídica

aplicada ao caso concreto passa a pretender surtir efeitos para fora do processo em direção a todos aqueles que não participaram do processo.

Nesta esteira de pensamento, Rudolf Von Ihering (2003) ensina que nas hipóteses de ausência da lei, remanesce o Direito, que pode nascer sobreviver e impor-se com o interesse submetido aos interesses dominantes. É dizer, ele admite que o direito subjetivo pode ultrapassar os limites da faculdade derivada do dever para identificá-lo com a esperança de nova ordem, ou seja, o direito subjetivo alternativo à ordem, porque expressivo de interesses que a própria ordem de interesses constituídos rejeita.

Ao tratar do tema do déficit de legitimidade das decisões advindas do Poder Judiciário criador de normas jurídicas, fato este que, como visto, ganha maior importância com a recepção da teoria do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro, aduz Mauro Cappelletti (1992, p. 99):

São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes “políticos”, que a Corte pode melhor servir (...). Enquanto, efetivamente, são essencialmente políticos os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os procedimentos da Corte, pelo contrário, são judiciários, significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório “*adversary*” entre as duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena.

Nota-se, pois, nas palavras do jurista italiano que a figura do *amicus curiae* além de trazer ao processo informações para o melhor decidir, cumpre a imperiosa necessidade de compatibilidade do exercício daquele poder como o postulado da democracia.

A partir das considerações feitas linhas acima, ou seja, se a abertura interpretativa é o paradigma sob o qual se sustenta o Direito, bem como que não há mais dúvidas quanto à força normativa dos precedentes *lato sensu* no ordenamento jurídico brasileiro, justifica-se, para que haja uma necessária interação entre os órgãos jurisdicionais que aplicarão as normas jurídicas e os valores reinantes na sociedade civil e no próprio Estado, concedendo-se com isso, também, legitimidade a esta decisão – até mesmo pela complexidade, até mesmo técnica, que, cada vez mais, tem caracterizado o objeto do regramento jurídico – o auxílio do amigo da corte como um dever jurídico a ser seguido pelo magistrado. Neste sentido, para que não houvesse a participação do *amicus curiae*, deveria o magistrado decidir, de forma bastante fundamentada, os motivos da prescindibilidade daquela figura processual em determinada lide, sendo passível, ressalte-se, tal decisão de recurso próprio que no caso seria o agravo.

Para Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 637):

A intervenção do *amicus curiae* e sua sistematização, nos contextos a que aqui nos referimos, é, inequivocamente, uma necessidade. E, justamente por isso, não se trata de mero desejo, mera faculdade derivada do sistema, mas, muito mais do que isso, verdadeira regra de imposição aos juízes, única forma de legitimar as decisões a serem proferidas. Nesse contexto, não se trata, apenas de aprimorar a qualidade dessas decisões, mas, bem diferentemente de legitimá-las, tornando-as adequadas ao nosso sistema constitucional, realizando adequadamente, o fim último do processo, que é a apaziguação social com Justiça.

Enfim, seguida a técnica processual de intervenção do *amicus curiae* no processo como a regra, sendo, pois, sua não participação a exceção àquela regra, resta sem base de sustentação a crítica feita à força normativa que se concede aos precedentes judiciais *lato sensu*, pois não restaria violado, como visto, o princípio do contraditório em sua feição substancial e, de igual modo, o postulado democrático do Estado brasileiro.

3.3 INTERPRETAÇÃO ABERTA EM MOVIMENTO

A técnica de participação do *amicus curiae* nas relações jurídicas processuais no ordenamento jurídico brasileiro já se encontra em movimento. É dizer, já percebe-se na aplicação do Direito em solo brasileiro alguns movimentos no sentido de albergar a figura do *amicus curiae* como indispensável ao processo, notadamente nos processos capazes de gerar efeitos *erga omnes*, ou seja, onde os efeitos de demanda possam atingir situações jurídicas outras que não a daquelas pessoas que participaram do processo.

Sem a pretensão de esgotar as possibilidades de manifestação do *amicus curiae* no ordenamento jurídico, e conseqüente modelo de interpretação aberta, apresenta-se algumas delas, visando demonstrar que já há na interpretação/aplicação feita pelos julgadores uma técnica processual que visa a abertura dialógica do processo

Como dito, há no ordenamento jurídico brasileiro, previsão legislativa para a participação do *amicus curiae*. Um destes institutos, inclusive, está previsto na legislação brasileira desde 1976, mais precisamente no art. 31, da lei 6.385/76, que trata da Comissão de Valores Mobiliários. O art. 31 do citado texto-jurídico dispõe que:

Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação. (...) 3º - À Comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizerem.

Conforme se extrai do texto legal, cabe à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter individual, nos quais deve ser apreciadas questões envolvendo direito empresarial sujeitas, no âmbito administrativo, à sua competência fiscalizadora, intervir como *amicus curiae*.

Para Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 274), aduzindo ser esta a pioneira forma de manifestação do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro:

O auxílio que a CVM tem condições de oferecer ao magistrado para uma prestação jurisdicional tecnicamente informada impõe que essa modalidade interventiva fundamente-se em total neutralidade, assim entendida como necessário distanciamento dos fatos levados para apreciação do juiz ou, mais ainda, de uma intervenção despreocupada com o resultado do processo. A intervenção da CVM – como, de resto, a intervenção das quaisquer figuras aqui descritas como *amicus curiae* – é, no entanto, interessada. O que ocorre é que o interesse que motiva sua intervenção não diz respeito as posições subjetivas e individuais expostas no processo em que contendem autor e réu. Trata-se, bem diferentemente, de um interesse que transcende as esferas jurídicas das partes e que se relaciona muito mais a interesses institucionais.

Como dito, o juiz, pela própria natureza de sua formação profissional, não está em condições de resolver todos os problemas que se apresentam à sua apreciação. Dependerá, portanto, para a prolação judicial de qualidade e legítima, dos esclarecimentos que lhe são fornecidos pelos técnicos da CVM. Assim sendo, os mesmos técnicos da CVM servem como representantes indiretos da sociedade, de modo a ser a participação destes o fundamento de legitimidade para as decisões com capacidade vinculante.

Outro exemplo de interpretação aberta, pela participação do *amicus curiae* é verificada na lei 8.884/94, que transformou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em autarquia federal. Em seu art. 89, a referida lei também prevê a atuação do *amicus curiae*, senão vejamos: "art. 89 – Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente".

Em primeiro lugar, para que dúvidas não sejam levantadas quanto à qualidade da participação do CADE, colaciona-se a lição de Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 328-329):

Assim, o termo “assistente” empregado pelo art. 89 da lei n. 8884/94 não pode levar o intérprete a confundir as hipóteses. Não se trata, a toda evidência, de ingresso do CADE na qualidade de assistente de nenhuma das partes, porque não está ele CADE, defendendo direito próprio em juízo ou, de qualquer forma, direito seu que dependa da relação jurídica posta em juízo. Trata-se assim, inegavelmente, de mais uma hipótese em que a intervenção do ente estatal justifica-se em função de sua atividade fiscalizatória, no sentido de verificar, ainda que em juízo e diante de um litígio concreto, de que forma os bens jurídicos que cabem a ele, CADE, tutelar estão sendo interpretados e aplicados. A lei brasileira, a bem da verdade, foi tímida quando optou por usar o nome “assistente”. A hipótese por ela regulada difere da figura tradicional do nosso direito. O caso é, inegavelmente, de *amicus curiae*.

A qualidade da participação do CADE, próprio da figura do *amicus curiae*, visa trazer os interesses da sociedade ao processo, no momento em que esta entidade fiscalizadora, apresenta ao magistrado em que situações restam configuradas práticas abusivas de mercado, cartelização, prejuízo à livre concorrência ou dominação de mercados.

A qualidade da *ratio decidendi*, vinculante para os demais casos similares, como verificado, será imprescindível para uma aplicação correta da teoria do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro. A figura do *amicus curiae*, nesta tarefa, dota a decisão com a qualidade que lhe é necessária. Há uma legitimação tanto pela representatividade do *amicus*, como pela justeza da decisão.

Mais uma possibilidade de intervenção de *amicus curiae* é encontrada no art. 49 da lei. 8.906/94 que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), eis o teor:

Art. 49 – Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade de agir, judicial ou extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou fins desta Lei. Parágrafo único. As autoridades mencionadas no *caput* deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos, os escritos na OAB.

Há, nesta hipótese, um interesse institucional e não um interesse jurídico legitimador para a participação enquanto assistente. Neste caso, a OAB não atua em nome do advogado, mas em prol da defesa, administrativa ou judicial das prerrogativas profissionais dele. Trata-se, pois, de manifestação de *amicus curiae*.

Agora, a bem da verdade, verifica-se, com mais visibilidade, a atuação do amigo da corte nas ações próprias do controle abstrato de inconstitucionalidade, quais sejam: ADIN e ADC com embasamento legal encontrado na regulamentação da norma constitucional feita pela lei 9.868/99. Este texto jurídico em seu art. 7º *caput*, expressamente veda a intervenção de terceiros no processo que regulamenta, porém, no §2º do mesmo, admite que, o Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

A outra forma de controle abstrato de constitucionalidade, regulamentada pela lei 9.882/99, que regulamente o procedimento para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em seu art. 6º, § 1º, também prevê a participação do amigo da corte, eis o literal dispositivo da lei:

§1º - Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão

de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A admissão do *amicus curiae* no processo que visa o controle de concentrado de constitucionalidade por via de ação qualifica-se, de certa forma, como fator de legitimação social extraordinária, viabilizando, em prol dos preceitos democráticos, a participação de entidades e instituições que representem de forma efetiva os interesses difusos e coletivos da sociedade e que expressem os valores essenciais e relevantes de classes e grupos.

Tratou-se, em verdade, de uma evolução jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que passou a admitir, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a intervenção de terceiros – mesmo que sob o rótulo de *amicus curiae* –, modificando, conseqüentemente, o entendimento que sempre prevaleceu naquela corte sobre aqueles, ditos, processos objetivos.

Neste momento, faz-se necessário colacionar manifestação do Ministro Celso de Mello que no julgamento da ADIn 2.130/SC-MC em 20.12.2000 e publicado em 02.02.2001, assim aduziu:

Permitindo que o STF venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia. A admissão do *amicus curiae* do processo objetivo da ADIn qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais (...) tenho para mim, contudo na linha das razões que venho de expor que o Supremo Tribunal Federal em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiência que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.

Não por outra razão, torna-se pacífico o entendimento de que também no controle difuso de constitucionalidade, há a possibilidade de manifestação do *amicus curiae* – notadamente se se considerar seu processo de objetivação – para legitimar a decisão de conformidade com a constituição ali prolatada.

Como se pode verificar, ainda, para cada parcela da sociedade amplamente diversificada e as demandas que lhes são inerentes, há uma entidade que lhe possa ser útil, todavia, a verificação desta entidade, *amicus curiae*, será feita no caso concreto e submetida ao contraditório prévio, podendo, inclusive, ser alterada ou ampliada a depender das peculiaridades do caso concreto.

Sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 647) aduz, respondendo a pergunta por ele formulada, qual seja: quem pode ser *amicus curiae*?

A resposta à questão, ninguém duvidará, é extremamente simples naqueles casos em que a própria lei brasileira prevê a figura, ainda que sem nominá-la – assim, por exemplo, com relação à CVM, o INPI, e o CADE. Mas, e fora desses casos, quem pode pretender ser chamado a manifestar-se na qualidade de *amicus curiae*, ou, diferentemente, quem pode avocar para si a atuação nessa qualidade, pretendendo intervir neste ou naquele processo?

Essa pergunta, como verificado, pode ser facilmente respondida, todavia, haverá situações em que somente o caso concreto dará o norte para eleição do ente que irá participar como *amicus curiae*.

Cabe, enunciar, ainda, como dito em linhas anteriores, que a participação do *amicus curiae* independe de previsão legal, mas, sim, decorre da unidade sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Outras formas de interpretação aberta podem ser observadas, para além da manifestação do *amicus curiae*.

Uma delas são as audiências públicas que o Supremo Tribunal Federal realiza antes do julgamento das ações diretas de controle de constitucionalidade, como se dá por exemplo na ADPF nº 54 que tem como objetivo debater a constitucionalidade ou não dos artigos que criminalizam o aborto.

Neste caminho, o órgão realiza uma rodada de palestras, com as mais diversas entidades sociais, tais como: Conselho Federal de Medicina; Federação Brasileira de Associações de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Associação de Desenvolvimento da família, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Igreja Universal, Católicos pelo Direito de Decidir, Associação Médico-Espírita do Brasil, dentre outros, debates estes que são de cunho ético, legal, religioso e científico, visando, assim, aclarar as questões de mundo paralelas ao debate jurídico, de modo a dar passos no sentido de legitimar a decisão que vier a ser proferida no julgamento desta ação.

Vê-se, pois, que o movimento de abertura interpretativa no ordenamento jurídico brasileiro já inicia-se dando os seus primeiros passos, passos estes que deverão ser acelerados, notadamente, agora, com a recepção da teoria do *stare decisis* pelo Brasil.

Enfim, não é temerário afirmar que, caso não seja implementada essa nova conformação procedimental, com a abertura dialógica da relação jurídica processual, falhas ofensivas a direitos fundamentais existirão, de modo a comprometer todos os bons motivos para a aplicação da teoria do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

O processo de aproximação, ou, melhor dizendo, o processo de sincretismo pelo qual passam as duas grandes famílias jurídicas do mundo ocidental, desponta, a bem da verdade, como o início de um processo maior, cuja finalidade reside na unificação de um único modelo jurídico em mundo globalizado, visando, assim, a facilitação das trocas comerciais, culturais e científicas. Este processo não retrocederá, ao revés, será aprofundado, de modo que, ante esta nova realidade, dever-se-á assentar todo arcabouço jurídico de nosso tempo.

Um dos primeiros passos dessa imbricação, sem dúvida alguma, é percebido com a recepção da teoria do *stare decisis* por ordenamentos jurídicos filiados à família do *civil Law*.

Tratando, especificamente, do ordenamento jurídico brasileiro, verificou-se que, nos últimos anos, inúmeros institutos jurídicos aportaram por aqui, visando conceder aos motivos determinantes de uma decisão jurídica – *ratio decidendi* – efeito vinculante para as demais demandas similares àquela em que fora proferida a decisão vinculante anterior.

Sucedo, todavia, que a dinâmica da aplicação do efeito vinculante, da maneira como vem sendo implementada, tem gerado algumas ofensas a garantias/direitos fundamentais. As razões para a ocorrência dessas ofensas são inúmeras, tais como: desconhecimento dos institutos imprescindíveis à aplicação dos precedentes judiciais vinculantes, quais sejam *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, *overrinding*, dentre outros; falhas nas técnicas de elaboração das teses jurídicas vinculantes, notadamente, quando plasmado em enunciados de súmula de órgão jurisdicional; ausência de uma fundamentação substancial das decisões proferidas em juízo; dentre outros.

Agora, o maior de todos os problemas reside na ilegitimidade e ofensa ao direito fundamental de se submeter a uma relação jurídica processual em contraditório antes de ter sua situação jurídica alterada por alguma decisão judicial. É dizer, a ofensa ao direito do contraditório é percebida quando algumas pessoas são afetadas por decisões com efeito vinculante, sem, ao menos, terem tido a oportunidade de influenciar, com seus argumentos, ou de alguém que o represente, para a formação do convencimento do julgador.

Agora, como dito, é diante deste novo quadro que devem desenrolar as relações processuais, de modo que de nada adianta a crítica sem se buscar alternativas para a situação aparente.

Neste sentido, é que prega-se, como forma de legitimar a decisão com efeito vinculante, a necessária participação da figura do *amicus curiae*, sujeito processual que aporta ao processo tanto informações capazes de qualificar a decisão, como também representatividade de parcela da população, ou, em alguns casos, de toda ela.

Com a ampliação da participação do sujeito processual do *amicus curiae*, inclusive, nos julgamentos das ações de primeiro grau, cumpre-se, ainda, o ideal hermenêutico de interpretação aberta do direito, visando, assim, transformar o processo em palco de debate democrático, já, que, como visto a democracia de tempos hodiernos é concretizada nas micro-relações.

O caminho, neste trabalho sugerido, visa, em *ultima ratio*, o não engessamento do Direito, que é ciência que tem como essência a sua condição cambiante. A oxigenação do saber jurídico com a constante participação da população, representada pelo *amicus curiae*, fará com que os aplicadores não reduzam o campo da linguagem do Direito, ao que está consolidado em precedentes judiciais.

Não se concebe, pois a transformação dos precedentes judiciais em uma *novilíngua* - na acepção cunhada por George Orwell em sua clássica obra: 1984 – aprisionadora, bem assim redutora dos sentidos múltiplos que a interpretação do Direito alberga.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal.** Densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- _____. **Constitucionalismo Discursivo**; tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- APPIO, Eduardo. **Teoria Geral do Estado e da Constituição.** Curitiba: Juruá, 2005.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios.** Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Lisboa: Livraria Almedina, 1994.
- BARBOSA, Ruy. **Morosidade da Justiça. Uma questão social** Disponível em: <www.oab-ba.com.br/noticias/imprensa/2004/11/morosidade-da-justica.asp - 40k> . Acesso em 25 nov. 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Luís. Roberto **Neoconstitucionalismo – O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=2>> . Acesso em: 20 abr. 2006.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRAGHITTONI, R. Ives. **O princípio do contraditório no processo.** São Paulo: Forense Universitária, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.
- _____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 7. ed. Salvador. Jus PODIVM, 2009.

CUNHA JR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF”. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004, p.165.

_____. **Controle de constitucionalidade: Teoria e prática**. 2 ed. Salvador: JUSPODIVM, 2007

DESCARTES, René. **Discurso do método e Regras para a direção do espírito**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria dos precedentes, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

DIDIER JR, Fredie, CUNHA; Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di Diritto Processuale**. 8. ed. Milão: CEDAM, 1996.

- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. São Paulo: ATLAS, 1980.
- _____. **Introdução ao estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1989.
- FISS, Owen. **Um novo processo civil**. Estudos norte-americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004.
- FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna**. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Leonardo. **Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 10, p.44-54, jan. 2004
- HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- _____. **Pluralismo y Constitución**. estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002.
- HART, Hebert. L. A. **O conceito de Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.
- HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica: Mundo – Finitude – Solidão**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. São Paulo: Editora Idéias & Letras, 2006.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional**. Disponível em: <http://www.luizguilhermemarinoni.adv.br/pdf_10/>. Acesso em: 25 ago. 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento**. V. 2, 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZEI, Rodrigo Reis. “Mandado de injunção” In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e Vinculação**: Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n. 241, p. 177-208, jul./set, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A redação da Emenda Constitucional n. 45 (Reforma da Justiça)**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 378.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. In _____ **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORTEGA Y GASSET, José. **O Homem e a Gente**. Tradução. J. Carlos Lisboa. Livro Ibero-Americano, 1960.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

POPPER, Karl Raymund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. V. 2, 3 ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

_____. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____. **Conjecturas e refutações: o desenvolvimento do conhecimento científico**. Tradução de Benedita Bettencourt e nota de apresentação de João Carlos Espada. Coimbra: Almedina, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**: Um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: Sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Ltr, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Súmulas no Direito Brasileiro**: Eficácia, Poder e Função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Os dezoito anos da Constituição do Brasil e as possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2006, p.1-24.

_____. **Verdade e Consenso**. Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legalidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1&Itemid=2 http> . Acesso em: 20 out. 2007.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. Tendências brasileiras rumo a jurisprudência vinculante. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n.9, p. 514-527, jul/set., 1998.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 35 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.