

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL**

**LUANA RAMOS SAMPAIO**

**O PRECEDENTE VINCULANTE SEGUNDO A  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

**VITÓRIA  
2016**

LUANA RAMOS SAMPAIO

**O PRECEDENTE VINCULANTE SEGUNDO A  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux

VITÓRIA

2016

LUANA RAMOS SAMPAIO

## **O PRECEDENTE VINCULANTE SEGUNDO A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

### COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof<sup>o</sup> Dr. Geovany Cardoso Jevaux  
Universidade Federal do Espírito Santo  
Orientador

---

Prof<sup>a</sup> Dra. Adriana Pereira Campos  
Universidade Federal do Espírito Santo

---

Prof. Dr. Thiago Fabres de Carvalho  
Faculdades Integradas de Vitória

Ao meu amor maior, meu filho, minha vida, meu Cauã.

Ah, se soubessem os mares que atravessei, as correntezas que enfrentei, as experiências que desfrutei, as palestras esclarecedoras, as lições aprendidas. Como o mar de conhecimentos inundou minha alma e transbordou em perguntas, dúvidas, inquietações, muito estudo e verdadeira dedicação. Como um marinheiro depois de longa e inesquecível viagem chego em terra. Mas, para provar minhas descobertas e contar minha história nessa linda e difícil jornada trago as conchas que colhi e que hão de para sempre me lembrar dos mares navegados, dos momentos vividos, de todo o universo de experiências que pude ter nessa jornada no infinito oceano do saber. Com gratidão e alegria de uma eterna aprendiz, como onda me despeço sem pesar, porque como todo marinheiro, sei que o mar vive em mim, pois é de onde vim e para onde um dia hei de voltar.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu filho, minha luz, minha alegria, meu maior estímulo para ser uma pessoa melhor, uma estudante melhor, uma profissional melhor. Ao meu Deus, pois “tudo posso naquele que me fortalece”.

Aos meus pais e ao meu marido porque sem vocês nada disso seria possível. Esse trabalho é de vocês. Vocês que me deram condição de estudar e poder me dedicar à escrita e à pesquisa. Às minhas babás, Lelis!! À minha princesa Yasmin. Às minhas amadas irmãs, Sol e Tély e ao Lipe, meu irmão do coração.

Ao Professor Geovany pela oportunidade. À UFES, minha casa de sempre, que novamente me acolhe com muitos conhecimentos, ricos debates e valorosos eventos. Esse trabalho de dissertação começou a ser desenvolvido nas discussões filosóficas das aulas do Padre Luchi e foi se aprimorando nas lições sobre controle de constitucionalidade do Professor Geovany e do Professor Jader. Nas aulas do Professor Cheim o novo CPC foi objeto de estudos. A natureza das decisões judiciais como normas jurídicas foram construídas graças ao Professor Tarek e a matéria de precedentes tomou luz através das aulas do Professor Zaneti. Sem dúvida, esse trabalho reflete uma construção contínua do Mestrado, no Mestrado da UFES.

À minha chefe e amiga Simone Heinholtz Velten, pelo apoio. À Flavinha por toda ajuda, minha amiga de verdade. À Camila pela valiosa ajudar. À professora Adriana, por me ajudar com seus fartos conhecimentos. Ao professor Ricardo Gueiros, cujo apoio foi imprescindível num dos momentos em que mais precisei. Aos professores, colegas e servidores do Mestrado, por tudo que me ensinaram, me questionaram e ajudaram no meu amadurecimento acadêmico e pessoal.

*? Puede nuestro tempo ser el de al unión constructiva de la historia y el derecho constitucional? ?Se puede ir más de allá de las genéricas y cansadas repeticiones de fórmulas de sentido común, como la de que la historia es una “ciência auxiliar” del derecho constitucional? ?Se puede pretender algo más comprometido que la genérica “sensibilidade histórica” em los estúdios constitucionales? Em particular? ?se puede esperar que la “parte história” que no debe faltar em los libros de derecho sea algo distinto del tributo a um canon de la literatura jurídica, y que la referencia a eventos del passado sea diferente a uma simple coquetería? Em resumen, su puede dar a la história un lugar y um de orden metológico?*

*El actual derecho constitucional há renunciado visiblemente a sus principales tareas. Em vez de intentar síntesis histórico-culturales de la época constitucional presente, como base de elaboraciones abiertas ao povenir, su máxima aspiración es proponerse como prontuário de soluciones inevitablemente dirigidas al passado. Así, el derecho constitucional termina por configurarse como una continua búsqueda de medios de emergencia, perenemente retardataria y necesariamente instrumentalizable e instrumentalizada em sentido político. De este modo, el derecho constitucional se contenta continuamente com ser un subproducto de la historia y de la política, em vez de intentar convertirse tanto de uma como de otra.*

*Tal vez las preguntas que se han hecho al inicio puedan ayudar a ir más allá de esta genérica expresión de insatisfacción. El positivismo acrítico las había anulado, pero hoy se vuelven a proponer com renovada y fresca de perspectivas. ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Trad. Carbonell, Miguel. México, Minima Trotta, 2005. P. 27-28)*

**Gustavo Zagrebelsky**

*“As invocações do povo legitimador nos textos das normas apresentam-se como direito constitucional com caráter de obrigatoriedade da República Federativa do Brasil; a legitimidade dessa constituição (...) precisa deixar vincular-se no plano da realidade ao povo ativo, ao povo legitimante, ao povo destinatário, ao povo participante.” (MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 7 ed. rev. atual., e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.P. 85)*

**Friedrich Muller**

*“O que distingue, na essência as declarações de direitos promulgadas nas Constituições do tipo que a dos Estados Unidos consagrou, das declarações de direitos exaradas em outras Constituições, é a existência, naquelas, da garantia judiciária para a sustentação prática e a reivindicación eficaz de cada um dos direitos assim declarados.” (BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934. P. 175)*

**Rui Barbosa**

*“Oporemos ao mal um mal maior, e diremos: é a lei? E combateremos o vício com outro vício pior, e diremos: é a moral? E lutaremos contra o crime com crimes mais cruéis, e diremos: é a justiça?” (GIBRAN, Khalil.Os túmulos clamam. **As almas rebeldes**. Trad. Mansour Challita. Rio de Janeiro: ACIGI, 1978)*

**Khalil Gibran**

## RESUMO

O trabalho é uma construção em que propõe-se entender e situar os precedentes vinculantes (oriundos do controle difuso) do novo Código de Processo Civil sob os parâmetros do constitucionalismo. A proposta é analisar os precedentes vinculantes numa construção que utiliza conceitos do constitucionalismo democrático (atrelado à teoria do Estado e à filosofia do direito) e argumentação jurídica sob linha que aporta em conceitos de base da hermenêutica jurídica. Ao trabalhar uma conexão entre as diferentes correntes doutrinárias o trabalho cria uma tese integrativa a fim de esclarecer o que seria a proposta dos precedentes vinculantes no NCPC e quais as adaptações necessárias ao seu estabelecimento no ordenamento jurídico nacional. O método utilizado para construir a tese criada foi o raciocínio lógico-dedutivo a partir de extensa e complexa pesquisa bibliográfica. A tese é a de que o precedente vinculante é um efeito natural da constitucionalização do direito e que só gerará todos os efeitos que dele se espera quando houver constitucionalização do processo, da decisão, do Poder Judiciário como instituição, dos juristas e da própria doutrina brasileira. O NCPC tem o importante papel de, não só positivizar os precedentes vinculantes, como também de determinar importantes passos para a constitucionalização do processo, do Poder Judiciário e da decisão, num país que ainda não se acostumou à democracia. No Brasil historicamente predomina a cultura do positivismo à brasileira. O grande desafio da constitucionalização é não permitir que as inovações democratizantes se tornem um constitucionalismo à brasileira. Essa é a busca da Constituição de 1988, que o parâmetro formalista e a igualdade formal, aos poucos, percam espaço para o constitucionalismo e a igualdade material. Simultaneamente, que os donos do poder sejam substituídos por ocupantes de cargos públicos, os quais legitimem suas escolhas pela fundamentação racional que respeita a ordem vigente. Constitucionalizar implica democratizar. Ao se admitir que as regras jurídicas não são unívocas e que a Constituição social interventora (que deve reveberar no caso concreto) não consegue prever todos os casos sobre os quais deverá atuar, então admite-se que ao julgador caberá a tarefa de criar o direito no caso concreto. Contudo, a tarefa de criação do direito deve ser executada com base em critérios lógico-rationais que atendam à coerência, à integridade e à previsibilidade e, simultaneamente não desvincule-se do caso concreto. O direito criado deve ser capaz de convencer racionalmente sobre sua legitimidade com o ordenamento constitucional. O direito jurisprudencial é formado através da fundamentação, na qual se comprova a legitimidade das decisões que o criam. Tanto a criação quanto a aplicação não pode perder de vista o compromisso com os fundamentos, com o caso concreto, com a justiça para as partes e com a lógica racional, coerente, íntegra e previsível com o ordenamento constitucional. Então os precedentes vinculantes são fruto da fundamentação racional, lógica, coerente, íntegra com o direito pré-existente e que comprova sua legitimidade na ordem constitucional democrática.

**Palavras-chave:** Precedentes vinculantes. Constitucionalização do direito. Fundamentação das decisões. Unidade do direito. Positivismo à brasileira.

## ABSTRACT

This Master dissertation is a construction that aims to understand and situate the binding precedents (from diffuse control) brought from the new Civil Procedure Code, under constitutionalism parameters. The proposal is to analyze the binding precedent in a building that uses concepts of democratic constitutionalism (linked to state theory and philosophy of law) in a way that arrives in basic concepts of legal interpretation. When working a connection between the different doctrinaire currents work creates an integrative theory that clarify what would be the proposal of binding precedent in the NCPC and what the necessary adjustments to their establishment in national law. The method used to build the thesis was creating a logical-deductive reasoning from extensive and complex literature. The thesis is that the binding precedent is a natural effect of the constitutionalization of law and will only generate all the effects expected of it when constitutionalization process goes throw the decision, the judiciary as an institution of lawyers and the Brazilian doctrine . The NCPC has an important role in this process, by not only positivare the binding precedents, as well as to determine important steps towards the constitutionalization process, the judiciary and the decision in a country that has not habituated to democracy. In Brazil historically dominated by positivism to Brazilian bad culture. The great challenge of constitutionalization is not to allow the democratizing innovations become one constitutionalism to the Brazilian bad culture. This is the pursuit of the 1988 Constitution, on that way, the formalist parameter and formal equality gradually lose space for constitutionalism and material equality. Simultaneously, the power brokers are replaced by public agents, whom legitimize their choices by rational reasoning as regards the existing order. Constitutionalize implies democratize. While admitting that the legal rules are not univocal and that the intervenient social Constitution (which should be alive in concrete cases) can not predict all cases in which it is acting, so it must be assumed that the judge will have the task of creating the right in this case. However, the law creating job should be performed based on logical and rational criteria that meet the consistency, integrity and predictability and at the same time keep its eyes on the examined case. The right created should be able to convince rationally about their legitimacy on the constitutional framework. The case law is formed by the grounds on which it proves the legitimacy of decisions that had created. Both the creation and the application can not lose sight of the commitment to the arguments, the justice for the parties and the rational logic, coherent, fair and predictable with the constitutional order. Then the binding precedents are the result of rational reasoning, logical, coherent, full with the pre-existing law and that proves its legitimacy in the democratic constitutional order.

**Key words:** Binding precedents. Law constitutionalization. Brazilian historical and cultural difficulties of respect for the Constitutional order. Reasons for decisions. Unity of law.



## GLOSSÁRIO

**CF** – Constituição Federal

**CADE** – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

**CPC** – Código de Processo Civil

**IBGE** – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

**NCPC** – novo Código de Processo Civil

**ONU** – Organização das Nações Unidas

**PGR** – Procuradoria Geral da República

**PNUD** – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

**PROCON** – Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**TCU** – Tribunal de Contas da União

**UFES** – Universidade Federal do Espírito Santo

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	14
<b>1 A CONSTITUIÇÃO SOCIAL DE 1988: UMA CONSTITUIÇÃO VIVA. CONSTITUCIONALIZANDO O ORDENAMENTO JURÍDICO, O PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO PROCESSUAL .....</b>	<b>17</b>
1.1 O PROCESSO DE FORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. A PARTICIPAÇÃO POPULAR E A INSERÇÃO DE AMPLO ROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
1.2 O SIMBOLISMO DO TEXTO CONSTITUCIONAL E A PARTICIPAÇÃO POPULAR .....	19
1.3 ALGUMAS INOVAÇÕES DO TEXTO CONSTITUCIONAL QUANTO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E À ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO .....	22
1.4 CONSTITUCIONALIZANDO AS INSTITUIÇÕES: ERGUENDO INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS PARA JUNTAR FORÇAS, PROMOVER O CONTROLE E ATUAR PARA A PROMOÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL.....	25
1.5 O SIGNIFICADO DA CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL.....	28
1.6 A CONSTITUIÇÃO SOCIAL: OS VALORES CONSTITUCIONAIS DIRIGINDO A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO. A TENSÃO ENTRE REALIDADE E REGRA JURÍDICA NA CONCRETIZAÇÃO DOS FINS DO ESTADO .....	32
<b>1.6.1 Direitos sociais como instrumentalizadores da defesa real dos direitos fundamentais .....</b>	<b>36</b>
<b>1.6.2 Objetivos do constitucionalismo e os valores e desafios da Constituição de 1988 .....</b>	<b>37</b>
<b>1.6.3 A preeminência do princípio da igualdade material para dinamizar o Estado Social.....</b>	<b>40</b>
1.7 CONSTITUCIONALIZANDO O DIREITO. A CONSTITUIÇÃO COMO CRITÉRIO DE VALIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO PERMANENTE E A AUTORIDADE, A LEGITIMIDADE E A VINCULAÇÃO NATURAL.....	43
<b>1.7.1 Constituição como fundamento do Estado e paradigma de validade do ordenamento jurídico.....</b>	<b>43</b>

<b>1.7.2 Constitucionalização do ordenamento jurídico.....</b>	<b>44</b>
<b>1.7.3 O exemplo de constitucionalização do ordenamento inglês .....</b>	<b>45</b>
<b>1.7.4 Origem da vinculação: efeito da supremacia da constituição .....</b>	<b>48</b>
<b>1.7.5 Pensando o efeito vinculante das decisões do STF e do STJ .....</b>	<b>49</b>
<b>1.7.6 Os efeitos vinculantes no NCP: uma limitação à liberdade judicial.....</b>	<b>57</b>
<b>1.8 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ESTADO E MUDANÇA DE PARADIGMAS. A VALORIZAÇÃO DA RACIONALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO LEGAL E APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA CONSTITUCIONALIZADA AOS FATOS .....</b>	<b>60</b>
<b>1.8.1 A imprecisão da regra constitucional e a necessidade de adaptar a Constituição e a interpretação legal constitucionalizada ao caso concreto .....</b>	<b>61</b>
<b>1.8.2 Mudança de paradigma do Estado legislativo para o Estado constitucional .....</b>	<b>179</b>
<b>1.8.3 O papel do intérprete na ordem constitucional .....</b>	<b>63</b>
<b>1.8.4 O Poder Judiciário como intérprete natural da Constituição.....</b>	<b>64</b>
<b>1.9 O PODER JUDICIÁRIO, A DEMOCRACIA E A APLICAÇÃO DO PROJETO CONSTITUCIONALIZANTE DA CARTA DE 1988. A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONALIZANTE. ....</b>	<b>65</b>
<b>1.9.1 Constituição e democracia e civismo.....</b>	<b>68</b>
<b>1.9.2 O direito como uma obra inacabada no Estado Democrático Constitucional .....</b>	<b>70</b>
<b>1.9.3 O papel do juiz na tensão entre a Constituição e a democracia .....</b>	<b>71</b>
<b>1.9.4 Os conflitos sociais no processo judicial. A construção da democracia e da cidadania nos fóruns e tribunais .....</b>	<b>72</b>
<b>1.9.5 A judicialização dos conflitos sociais .....</b>	<b>73</b>
<b>1.10 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO COMO MOVIMENTO DE RESISTÊNCIA E DE LIMITAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS E DOS PODERES DO ESTADO.....</b>	<b>75</b>
<b>1.10.1 A constitucionalização como um movimento de limitação dos agentes públicos e dos poderes do Estado .....</b>	<b>75</b>
<b>1.10.2 O caráter de resistência e de limitação dos poderes da constitucionalização do direito.....</b>	<b>80</b>

1.11 O CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL APÓS 1988. O CONSTITUCIONALISMO À BRASILEIRA .....	83
<b>1.11.1 O constitucionalismo no Brasil pós 1988. ....</b>	<b>83</b>
<b>1.11.2 O constitucionalismo à brasileira.. ....</b>	<b>87</b>
<b>1.11.3 O Poder Judiciário no Brasil e a necessidade de uniformizar a jurisprudência e de dar unidade ao direito .....</b>	<b>95</b>
<b>2 OS PRECEDENTES VINCULANTES: O CAMINHO NATURAL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO SOCIAL. CONSTITUCIONALIZANDO A DECISÃO JUDICIAL .....</b>	<b>99</b>
2.1 A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E OS PRECEDENTES VINCULANTES .....	101
2.2 A NECESSIDADE DE UNIFORMIZAR A JURISPRUDÊNCIA E DAR UNIDADE AO DIREITO: ENTRE A JUSTIÇA MATERIAL E A NECESSIDADE REAL.....	102
2.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE UNIDADE, COERÊNCIA E PREVISIBILIDADE DO DIREITO .....	104
2.4 UM POUCO ALÉM DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS: BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	105
2.5 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO. ....	109
2.6 O CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO. ....	111
2.7 A ADAPTAÇÃO E A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO .....	121
<b>2.7.1 A primeira adaptação: a suspensão de eficácia pelo Senado.....</b>	<b>123</b>
<b>2.7.2 A súmula: filha da cultura brasileira e descendente da <i>civil law</i> .....</b>	<b>126</b>
<b>2.7.3 As súmulas vinculantes mais que <i>erga omnes</i> .....</b>	<b>136</b>
2.8 A PANACEIA DESVAIRADA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL: A DIFICULDADE HISTÓRICA E CULTURAL DO POSITIVISMO E DO CONSTITUCIONALISMO À BRASILEIRA. UM DESAFIO À PROPOSTA DOS PRECEDENTES VINCULANTES .....	150
2.9 POR QUE A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES, A ABERTURA DOS DEBATES E A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO SÃO TÃO IMPORTANTES	

PARA O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES DO NCPC.....	158
2.10 A PREVISIBILIDADE NO CONTEXTO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES.....	163
2.11 CONSTITUCIONALIZANDO O PROCESSO: O NOVO CPC. A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL VALORATIVO .....	168
<b>2.11.1 Todo o direito precisa de garantias e instrumentos que o viabilizem...</b>	168
<b>2.11.2 O processo como uma garantia constitucional de efetividade dos direitos fundamentais .....</b>	169
2.12 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....	169
<b>2.12.1 Algumas mudanças importantes trazidas no novo CPC .....</b>	172
<b>2.12.2 O juiz intérprete, o processo democrático, a ampla participação das partes na formação da decisão.....</b>	173
<b>2.12.3 O processo das partes.....</b>	175
2.13 OS PRECEDENTES VINCULANTES COMO UMA MÁXIMA DE RACIONALIDADE NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONALIZADO .....	178
2.14 OS PRECEDENTES VINCULANTES DO NCPC.....	182
<b>CONCLUSÃO .....</b>	186
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	197

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte de um cenário conturbado vivido pelo Brasil no qual se observam os graves problemas da anarquia jurisprudencial, do excesso e do crescimento contínuo de demandas e de recursos, de uma Justiça cara, morosa e irracional, de um ambiente de ausência de unidade e de previsibilidade do direito.

Nesse contexto, percebe-se que inúmeras reformas para uniformizar a jurisprudência, obstar recursos e aumentar a eficácia das decisões dos tribunais superiores foram feitas nos âmbitos constitucional e infraconstitucional.

Antecedendo as reformas legais, o STF adota postura ativista na qual, consubstanciado em teorias típicas da tradição da *common law*, aumenta suas competências e a eficácia das suas decisões em controle difuso, suscitando uma aproximação do controle difuso ao controle concentrado de constitucionalidade.

Contudo, percebe-se a valorização da jurisprudência numa prática desvinculada dos casos concretos, livre, verbética e atemporizada. Como se fosse possível utilizar como lei uma ementa de julgamento que sequer se assemelhava ao caso concreto.

Observa-se que para defender um ponto de vista ou fundamentar uma decisão era possível utilizar qualquer outra decisão ou trecho da decisão, num objetivismo sem tamanho. Nota-se uma utilização a varejo que jamais alcançava os fatos e a historicidade do precedente que suscitava. Não se vê na aplicação do precedente, uma extração de princípios e aplicação destes princípios no caso sob exame. Há sim uma prática silogística, muito livre, nada racional, que torna possível e defensável qualquer decisão dependendo da convicção judicial.

A Constituição de 1988 e a sua proposta de constitucionalização do direito visam instaurar uma ordem jurídica. Entretanto, o que se via era uma desordem jurídica, uma liberdade nunca antes vista, uma adoção no mínimo estranha dos precedentes e um moroso, incoerente e caro Poder Judiciário (em que pese sejam notáveis alguns avanços e a sua importante função democrática).

Por outro lado, a influência e o aporte teórico dos institutos e das teorias da tradição *common law*, principalmente as de origem norte americana, na postura ativista dos juízes, tribunais, incluindo o STF, eram inegáveis e cada vez maiores.

Certamente, o fato dessa grande influência era, em si, inquestionável. É possível vê-la nas propostas legislativas, na doutrina e nas decisões judiciais através da presença de adaptações e utilizações diretas de termos, expressões e doutrinas que faziam remissão a institutos e regras dos sistemas norte-americano e inglês.

E, se havia alguma dúvida sobre essa influência, ela se foi com a adoção dos precedentes vinculantes e do NCPC, os quais são fatos em inspirações e adaptações dos sistemas inglês e anglo americano.

E foi nesse cenário de busca de uma racionalidade que ligasse a adoção dos precedentes vinculantes do controle difuso à constitucionalização e à influência da *common law* no processo constitucional brasileiro, que este trabalho sedimentou sua abordagem.

Nesse cenário aportam os precedentes vinculantes do NCPC como a tábua da salvação para os problemas vividos e para tornar legal e obrigatória a vinculação sustentada pelo STF. Para entender se o instituto é, de fato, uma saída para os problemas brasileiros e para entender as origens do problema é que este trabalho foi pensado.

A tarefa não é fácil, tampouco simples, por isso, por maior esmero que se tenha, o trabalho não tem a menor pretensão de esgotar tema tão complexo. Porém, inspirado em Montesquieu, o objetivo do trabalho não é dar respostas certas e concretas para as questões levantadas. Conforme o mestre, não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.

Então, esse trabalho visa entender se a proposta de aplicar no controle difuso os precedentes vinculantes, instituto trazido da *common law*, está ligada à constitucionalização do direito processual constitucional brasileiro, aos avanços dos

direitos fundamentais e dos caminhos tomados pelo Brasil para a consolidação da democracia e do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Assim, identifica-se que o presente trabalho se situa na ciência do Direito Processual Constitucional porque parte para o que Mac-Gregor<sup>1</sup> estruturou como sendo uma terceira etapa do estudo científico, que é o desenvolvimento dogmático processual no qual se estuda o processo dentro do parâmetro constitucional.

Mediante o exposto, é possível perceber que o presente trabalho tem aderência à linha de pesquisa “Processo, constitucionalidade e tutela de direito existenciais e patrimoniais” do Mestrado em Direito Processual (PPGDIR) da Universidade Federal do Espírito Santo.

Quanto à organização, o trabalho se divide em dois capítulos. No primeiro se apresentará a Constituição de 1988. Será tratada a mudança do paradigma legalista para o constitucionalista. Estudar-se-á a proposta da constituição social de 1988 de trazer para a prática o texto constitucional. Serão tecidas considerações sobre a constitucionalização do direito, a constitucionalização de algumas importantes instituições que interferem na promoção do acesso formal ou material à justiça.

No terceiro e último capítulo serão estudados os precedentes vinculantes no contexto de constitucionalização do direito. Assim se estudarão os meios de uniformização e a busca por unidade do direito e a forma como o NCPC traz os precedentes vinculantes.

---

<sup>1</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Derecho procesal constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 2008.



## **1 A CONSTITUIÇÃO SOCIAL DE 1988: UMA CONSTITUIÇÃO VIVA. CONSTITUCIONALIZANDO O ORDENAMENTO JURÍDICO, O PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO PROCESSUAL**

O presente capítulo tem como foco a constituição de 1988 e o ordenamento jurídico fundado a partir dos valores, princípios, direitos e garantias constitucionais. A nova carta constitucional denota uma mudança de paradigma, em que se propõe a passagem de um Estado legalista para um estado constitucionalista de forte apelo social.

O objetivo é entender um pouco do que significa essa mudança paradigmática do direito e seus reflexos sociais e institucionais e ainda na posição que passa a ser ocupada pelo Poder Judiciário e pelo processo judicial na sociedade. A forma como essa mudança sustentada pela constituição foi recebida pela jurisdição constitucional é alvo de reflexões.

Todas essas propostas de entendimento e reflexões são importantes para que logo mais à frente se entenda e se localize o papel dos precedentes vinculantes do NCCPC na ordem constitucional, matéria essa que será alvo de estudos no próximo e último capítulo.

### **1.1 O PROCESSO DE FORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. A PARTICIPAÇÃO POPULAR E A INSERÇÃO DE AMPLO ROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

O processo de construção da Constituição de 1988 foi complexo e uniu diferentes correntes trazendo ao debate diversos grupos e interesses. Houve ampla participação dos movimentos sociais, representações de minorias e de parcelas ligadas aos mais fortes grupos econômicos. Determinantemente, o caráter democrático e a amplitude da constituição devem-se, em muito, à dinâmica pluralista do processo constituinte.

Essa participação social fortaleceu-se antes da constituinte, por meio da mobilização da população a fim de ter eleições diretas para presidentes e ter de volta a democracia. Porém, ganhou um significado e uma amplitude maior com a abertura do processo à participação popular na constituinte. A Carta Magna de 1988 foi a primeira constituição brasileira que envolveu mais profundamente a participação popular.

A popularização do processo constituinte só foi possível em razão da volta da liberdade de expressão, de reunião, de associação e de imprensa. Esses avanços permitiram e fomentaram os movimentos sociais, estudantis e partidários e a organização social das pessoas em igrejas, centros comunitários e outras associações que passaram a ser palco de debates políticos. A política tornou-se pauta de discussão do homem comum.

Nesse contexto, a Carta Cidadã de 1988 foi promulgada e reuniu em seu cerne os ideais democráticos e os direitos fundamentais de cunho individual, político, social e coletivo (lato senso).

A nova democracia, fundada na Constituição 1988, alicerçou-se no “mais avançado texto jurídico-político já produzido no Brasil” e fixou suas bases no “constitucionalismo dirigente, compromissário e social”<sup>2</sup> nascido no auge do direito público<sup>3</sup> pós-bélico<sup>4</sup> e dos clamores populares por direitos.

Inegavelmente, a Constituição de 1988 prescreveu direitos de sobra, “com tamanha abundância na esfera programática, que, formalmente, o texto constitucional resolveu com o voto do constituinte todos os problemas básicos”<sup>5</sup> do Brasil.

---

<sup>2</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p. 524.

<sup>3</sup> WAHL, Rainer. **Los últimos cincuenta años de derecho administrativo alemán**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 34.

<sup>4</sup> LOSANO, Mario Giuseppe. **Sistema e Estrutura no Direito**. V. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 382.

Uma revolucionária mudança foi a previsão do inciso XXXV do artigo 5º, no qual se encarrega o Poder Judiciário de coibir e enfrentar lesões ou ameaças de lesões aos direitos fundamentais.

Diferente dos textos anteriores, a Constituição traz como direitos fundamentais não só os direitos individuais e de liberdade, tal qual feito pelas cartas anteriores. A nova Constituição também considera como fundamentais os direitos sociais.

No entanto, não foram só os direitos sociais e individuais que foram lembrados na Constituição. Os direitos coletivos lato senso foram envolvidos pela CF/88 como objeto de proteção maior por também serem entendidos como fundamentais..

Segundo Zaneti<sup>6</sup>, ao prever que os direitos coletivos lato senso fossem incluídos na cláusula de ubiquidade da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão, a CF/88 formou “um sistema de tutelas coletivas e um poder geral de urgência”.

Prossegue o autor<sup>7</sup> a definir que, “o constituinte garantiu aos direitos subjetivos coletivos (...) o papel de direitos fundamentais e a sua judiciabilidade”. Por efeito, para assegurar tais direitos, garantiu também o direito à tutela inibitória e de urgência.

O enquadramento dos direitos sociais e coletivos lato senso como fundamentais traz consequências inevitáveis. Traz para o Poder Judiciário o poder/dever de interferir nas políticas públicas e nas relações privadas.

## 1.2 O SIMBOLISMO DO TEXTO CONSTITUCIONAL E A PARTICIPAÇÃO POPULAR

---

<sup>6</sup> ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. O modelo garantista (MG) e redução de discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 60.

<sup>7</sup>Ibidem. p. 60.

Foram incluídos no catálogo de direitos e garantias fundamentais os direitos individuais, “os direitos sociais, as ações constitucionais, enfim, tudo o que havia sido reivindicado pela sociedade no processo constituinte”<sup>8</sup> foi positivado.

A opção, ou quem sabe, a despreocupação em positivar na constituição as mais diversas questões consolidou-se, por um lado, pela crença na manutenção da inefetividade tradicional do sistema jurídico nacional.<sup>9</sup>

Inclusive, para certificar essa falta de efetividade, foi previsto um grande número de regras de eficácia contida e limitada. De maneira que diversas regras constitucionais passavam a depender da atividade do legislador ordinário para poderem gerar efeitos.

Por outro lado, a opção por constitucionalizar os mais diversos anseios e direitos também se funda em oferecer uma satisfação à população e em acalmar os ânimos que estavam muito exaltados com a volta da democracia. Essa resposta à população cria, ao mesmo tempo, uma esperança sobre a função simbólica que os textos positivados culturalmente têm tido na história do Brasil.

Muitas regras constitucionais foram concebidas como normas programáticas para servirem de guia às ações do Estado. Além disso, as referidas previsões foram dispostas no texto constitucional como uma porta aberta à busca individualista de algum interesse privado no Judiciário.

Contudo, as regras em abstrato não transformam um país que acabou de sair de uma ditadura em uma democracia constitucional, como num passe de mágica. A implantação de um Estado constitucional democrático exige um alto nível de espírito cívico de sua população.

---

<sup>8</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p. 524.

<sup>9</sup> *Ibidem*. p. 524.

É necessário que a população exija dos agentes e instituições públicas que se submetam a uma disciplina e a um controle que determine que os agentes públicos vejam na população o principal<sup>10</sup>, o dono do poder e no interesse de quem deve agir.

Então, a participação popular na constituinte, moldando a nova ordem jurídica constitucional, certamente tem um simbolismo único de reconstrução do país agora a partir da participação da sociedade e do desenvolvimento do espírito cívico.

Historicamente, a população que era antes (em sua maioria) tão passiva<sup>11</sup>, começa a se desenvolver como nação. Essa mudança do paradigma social deu um direcionamento democrático para a nova Constituição e para os rumos do Brasil.

O país estabeleceu no texto constitucional a rota para a construção de uma democracia a partir do que Habermas chamou de “núcleo dogmático”<sup>12</sup> que são valores fundamentais que obrigam os ocupantes aos poderes do Estado. Ou mesmo pelo conteúdo de limitação e intervenção positiva que Habermas trouxe ao contrato constitucional, que tem um viés de respeito ao pluralismo e de defesa das minorias e dos grupos fragilizados<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Sobre as dificuldades de adoção de um direito público. Ver René David. In: DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 87.

<sup>11</sup> Cf. VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva: Iberismo e americanismo no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. Ver também VIANNA, Luiz Werneck. **Caminhos e descaminhos da Revolução Passiva à brasileira**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 3, 1996. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581996000300004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581996000300004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 16 abr 2016.

<sup>12</sup>O paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa doutrinação, nem é totalitária. Pois, o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da apreensão de todos os que participam de algum modo e à sua maneira da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame, como aliás o próprio estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo o qual, os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, esta idéia é ‘dogmática’ num sentido sui generis. Pois, nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é ‘dada’ através da estrutura lingüística das formas de vida sócio-culturais, as quais nós, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos elidir”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 190.

<sup>13</sup> HABERLE, Peter. **La Verfassungsbeschwerde nel Sistema della giustizia costituzionale tedesca**. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

Outro fato que traz um simbolismo é a combinação da cláusula de inafastabilidade da jurisdição com a defesa de um rol imenso dos direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos lato sensu.

Os créditos dados ao Poder Judiciário de resolver todos os problemas de déficit de respeito aos direitos humanos foram dados pela Carta de 1988. Sem dúvida, as discussões sociais foram trazidas para o centro dos debates judiciais e ao juiz foram dados a competência e o dever de dar efetividade a todos esses direitos.

O Judiciário tornou-se, pela constituição, a porta da democracia, o lugar para as discussões sociais e para dar efetividade a todos os direitos. Canotilho<sup>14</sup>, em visita ao Brasil, concedeu entrevista que talvez expresse um pouco desse simbolismo de um judiciário onipresente:

Então, o tribunal tinha ali uma obrigação de julgar bem. [O STF] Não é só um tribunal constitucional, é de recursos, o que o torna mais visível. Uma publicidade multiplicada, não só pelo estatuto das pessoas, mas porque há uma certa opinião pública que pretende, em muitos momentos da vida coletiva, uma catarse. São esses os fatos: o Brasil tem necessidade da catarse, da purificação, da honradez, da legitimação do próprio poder político.

Foram confiados ao Poder Judiciário, ao Supremo Tribunal Federal e ao processo constitucional a mudança do Brasil, a constitucionalização efetiva do país. Essa confiança, ao mesmo tempo que traz muitos poderes, traz também muitos problemas, principalmente pela cultura de nem mesmo o Judiciário seguir as leis e a Constituição. Entretanto, isso será alvo das discussões que virão.

### 1.3 ALGUMAS INOVAÇÕES DO TEXTO CONSTITUCIONAL QUANTO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E À ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO

---

<sup>14</sup> CANOTILHO, Joaquim José. Entrevista concedida pelo Jurista à Folha de São Paulo. O Supremo do Brasil é o mais poderoso do mundo. **Folha de São Paulo**. Publicado em 24/11/2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>> . Acesso em 12 mai 2016.

Todas as mais famosas ações de direito constitucional processual, como garantias ao pleno exercício dos direitos fundamentais, foram incorporadas ao Texto de 1988, pela constituinte.

O modelo híbrido foi retomado pela CF/88 e as dificuldades de aplicação e adaptação dos modelos difuso de matriz americana e concentrado de matriz austríaca renovaram-se na lide do processo constitucional.

Foi criado o STJ para cuidar da matéria de legislação infraconstitucional federal, deixando que o STF se ocupe com a jurisdição constitucional, apesar das numerosas e extensas competências designadas a essa instituição.

Quanto ao controle concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade trouxe a previsão expressa de que era cabível, seja em face de lei federal, seja em face de lei estadual. Ou seja, foi inaugurado mecanismo de defesa abstrata das constituições estaduais no Tribunal de Justiça do Estado, o que destaca o federalismo adotado.

Passou a ser possível requerer tutela cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade para garantir a tutela final. A tutela cautelar visa a defender o exercício da jurisdição e evitar possíveis prejuízos. No caso da ação direta de inconstitucionalidade, essa jurisdição constitucional é relevante porque permite ao órgão julgador tomar providências que evitem danos ou ofensas à ordem constitucional.

Ampliou-se, também, o rol de legitimados da ação direta de inconstitucionalidade. Antes, só o Procurador Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, era autorizado a impetrar a ação. Essa exclusividade era um instrumento de limitação e controle da ditadura militar sobre a atividade do STF e sobre o controle de constitucionalidade.

Por essa razão tão importante a ampliação do rol, porque ao inserir novos legitimados, a CF/88 visa democratizar o controle concentrado de inconstitucionalidade.

Outro fato a ser destacado é que o STF foi autorizado a julgar originalmente as causas de interesse direto ou indireto da magistratura. Isso destaca a posição do Supremo como representante do Poder Judiciário.

Sobre a alocação do STF como representante maior do Poder Judiciário e ao mesmo tempo como Tribunal Constitucional, Nelson Nery Júnior<sup>15</sup> critica a sua formação e a sua legitimidade. Segundo o autor, o Tribunal Constitucional deveria ter representantes dos três poderes com mandato certo e transitório.

Na verdade, Canotilho assegura que o STF tem um acúmulo de funções e competências. De acordo com Canotilho, em entrevista concedida em 2013, o STF seria o Tribunal Supremo mais poderoso do mundo<sup>16</sup>. O tribunal tem mais competências que a Suprema Corte dos Estados Unidos, que é mundialmente conhecida por suas amplas funções.

Tenho dúvidas, um tribunal com tanto poder. O tribunal brasileiro é dos tribunais com mais poderes no mundo.

O senhor compara com quais?

Primeiro, é mais poderoso que o dos Estados Unidos. Tem um conjunto de fiscalizações que não existe nos EUA. Depois, articula as dimensões de tribunal de revisão com as funções constitucionais. E daí vai criando o direito constitucional e, ao mesmo tempo, julgando casos. Tenho dito: o Brasil tem uma outra Constituição feita pela jurisprudência sobretudo do STF. Os tribunais constitucionais [de outros países] não têm essas funções, de serem tribunais penais. E por isso é que eu digo que [o STF] é o tribunal com mais força.

E em relação aos da Europa?

É muito mais poderoso, muito mais. Não há nenhum tribunal por lá parecido com o STF. Acumula competências e poderes que a maior parte dos tribunais não tem, pois só são constitucionais. Ou, por outro lado, são só supremos tribunais que não têm as funções que tem o tribunal constitucional.

Apesar das numerosas competências, a CF/88 confirmou o STF como uma Corte com aptidão para tornar-se uma Corte Suprema na consolidação dos entendimentos constitucionais.

<sup>15</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 48.

<sup>16</sup> CANOTILHO, Joaquim José. O Supremo do Brasil é o mais poderoso do mundo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 nov. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em: 12 mai. 2016.



## 1.4 CONSTITUCIONALIZANDO AS INSTITUIÇÕES: ERGUENDO INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS PARA JUNTAR FORÇAS, PROMOVER O CONTROLE E ATUAR PARA A PROMOÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Tocqueville defende que não há democracia real sem instituições democráticas e que esse era um erro comum da Europa do século XIX<sup>17</sup>. Munido dessa lógica, o constituinte de 1988 deu a algumas instituições uma nova roupagem democrática e constitucionalizada, a fim de que pudessem contribuir para consolidar a proposta constitucional.

Dentre tais instituições promotoras de acesso material ou formal a uma ordem jurídica constitucionalizada, algumas ganharam destaque: são elas o Ministério Público, o Tribunal de Contas e a Defensoria Pública.

O Ministério Público. Antes guardião da lei, agora toma a função de guardião da Constituição e da ordem constitucional. Sua função envolve a fiscalização de todos os poderes e a promoção dos direitos fundamentais e do interesse público.

A atuação extraprocessual do Ministério Público, principalmente para a garantia dos direitos coletivos lato senso, talvez seja um dos grandes destaques da instituição. Os termos de ajustamento de conduta e a atuação direta na sociedade civil influem na democratização do Estado.

No âmbito processual, o Parquet, dentro das suas atribuições, deve fiscalizar o processo constitucional e a fiel aplicação das leis conforme a constituição. Assim, deve atuar a fim de garantir a máxima efetividade dos direitos aplicados no caso concreto.

---

<sup>17</sup> Cf. TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América. Leis e costumes**. Tradução Eduardo Brandão. Livro 1. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Ao participar de causas em que há interesse público e interesse coletivo, o órgão ministerial enriquece o debate, auxilia na formulação de normas jurídicas coerentes com a constituição e aptas a responder de forma plena no caso concreto. Essa tão importante instituição foi lembrada no NCPC, através dos artigos 176 e seguintes.<sup>18</sup>

A Defensoria Pública tem amplo rol de atividades a fim de garantir a universalização do acesso à justiça, principalmente para as pessoas em dificuldades econômicas e financeiras. Esta é uma máxima da democracia atual: viabilizar o acesso de todos aos órgãos jurisdicionais.

Com o tempo, a Defensoria também passou a abrigar em suas atribuições a de mover ações para a promoção dos direitos de minorias e grupos fragilizados. E junto com o Ministério Público, promove a igualdade material oferecendo tratamentos diferenciados a esses grupos e promovendo os direitos fundamentais.

O Tribunal de Contas aparece como uma instituição que promove e cobra a promoção do interesse público. Suas ações vão desde ações instrutivas dos gestores para a promoção de políticas públicas até ações de auditoria em que, por iniciativa própria ou por meio das denúncias que recebe, promove auditorias para verificar o cumprimento das leis e da Constituição e a utilização proba e eficiente do dinheiro público a fim de que se alcance a máxima efetividade constitucional.

É uma instituição que cobra na prática o cumprimento da lei e da constituição e o uso eficiente dos recursos públicos. A Constituição equipara o Tribunal de Contas ao Poder Judiciário em diversos âmbitos, a fim de que ele possa julgar a atuação dos agentes públicos responsáveis pela gestão pública.

É um órgão que reforça a supremacia do interesse público e a submissão de todos os agentes públicos ao cumprimento desse interesse público exposto no ordenamento constitucional.

---

<sup>18</sup> Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

O funcionamento de órgãos, tais como o PROCON<sup>19</sup>, o CADE<sup>20</sup> e as agências reguladoras também são, em tese, exemplos de mecanismos estatais que ajudam a democratizar o Estado Brasileiro e a promover intervenções para materializar os direitos fundamentais.

É necessário que os poderes e instituições estatais adotem uma postura ativa, pública e transparente de compromisso contínuo com a constituição racionalizada. Até porque a proposta de uma constituição macia e adaptável às situações práticas<sup>21</sup> determina que a constituição está em contínuo processo de construção e é obrigação de todo o Estado cumpri-la.

Instrumentos como o *habeas data*, o mandado de segurança, as leis de acesso à informação e os princípios constitucionais de publicidade, de legalidade restrita para a Administração<sup>22</sup>, de transparência e a responsabilidade pessoal do gestor público ajudam a democratizar as instituições nacionais.

Além disso, tais instrumentos constitucionais realçam a importância do papel dessas instituições na consecução do projeto constitucional. Todos esses órgãos devem ser instrumentos de promoção dos direitos fundamentais e, não necessariamente, precisam do ambiente do Poder Judiciário para sê-lo.

Em verdade, principalmente o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas são instituições que precisam se desenvolver ainda mais como órgãos de promoção material e formal da justiça e galgar um espaço de mais destaque dentro da democracia.

Há um grande espaço aberto a elas. Espera-se que essas instituições se desenvolvam e que esse espaço seja ocupado com o tempo. Apesar do Judiciário, a Constituição também preparou principalmente o Ministério Público, O Tribunal de

---

<sup>19</sup> Fundação de Proteção ao Consumidor.

<sup>20</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

<sup>21</sup> Referência a ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 10 ed. Madrid, Trotta, 2011.

<sup>22</sup> Os agentes públicos só podem fazer o que a lei manda ou a lei permite e devem o fazer de maneira eficiente, de acordo com o interesse público.

Contas e a Defensoria Pública para desenvolverem um grande papel democrático fora das fileiras judiciais.

## 1.5 O SIGNIFICADO DA CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

A Constituição expõe uma tentativa de, através da imposição da plena e fiel aplicação de seu texto, mudar uma cultura de dominação e de ausência de democracia que caracteriza a história brasileira.

Trata-se de uma tentativa de implantar no Brasil um Estado Democrático Constitucional<sup>23</sup>. Tal Estado é fundado na supremacia da constituição (cujo cerne axiológico é a dignidade da pessoa humana e a igualdade material) no ordenamento jurídico. Isso implica a supremacia dos direitos, valores e princípios fundamentais do Estado sobre toda a ordem jurídica e todos os agentes públicos e cidadãos. Dessa maneira, todas as pessoas e todos os agentes, instituições e poderes públicos devem estar limitados e regradados pela Constituição. A junção desses elementos permite uma harmonia em que seja possível um ambiente democrático e de respeito às diferenças, que consagre a democracia através da máxima eficácia constitucional.

É importante entender os objetivos construídos na constituição e o papel que esses representam na ordem jurídica. Isso porque a constituição como ordem fundante e como expressão mais valiosa de uma nação deve estar acima de interesses do grupo que ocupa as posições e as funções políticas do governo.

A legitimidade da Constituição está em respeitar os valores, princípios e direitos fundamentais de uma nação. Esse conjunto que representa a vida da Constituição

---

<sup>23</sup> Ver Zaneti “o Estado Democrático Constitucional é a junção do direito constitucional e da democracia, ou seja, um Estado de Direito no qual os direitos fundamentais individuais e coletivos exercem papel contramajoritário e no qual a lei e os atos dos poderes públicos estão submetidos à Constituição.” ZANETI JÚNIOR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. O modelo garantista (MG) e redução de discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

legítima a organização do Estado e dos poderes para a consecução dos fins públicos, ou seja, a supremacia do interesse daquela sociedade.

Antes, para se dar a interpretação e o real significado das normas constitucionais, buscava-se legitimidade na vontade do constituinte. Havia uma ideia de que a relação entre agentes públicos e jurisdicionados era como de suseranos e súditos. Essa situação autoritária foi alvo da Revolução Francesa. E hoje, no Brasil, busca-se que esse entendimento não persista na prática.

Modernamente, no plano econômico institucional e de ciências políticas, sustenta-se que os agentes públicos devem sujeitar-se ao ordenamento constitucional, isto é, a relação baseia-se na prestação de contas do agente público ou *agent*, que recebe a incumbência e deve agir em nome e no interesse da população que representa, que é o *principal*<sup>24</sup>. O próprio contrato social e contrato constitucional de Habermas que tem no povo o dono do poder, fundamentam essa ideia.

Utilizamos a expressão “contrato social” para nos aproximarmos da teoria de autodeterminação de Habermas. Para o autor de Frankfurt, há uma íntima ligação entre direito e democracia. O direito só é legítimo se permite a participação da sociedade no processo de construção das normas jurídicas e se essas normas estão de acordo com os valores e entendimentos daquela comunidade.

Habermas apoia-se na teoria de soberania popular já destacada por autores como Kant e Rousseau. Essa soberania implica a autolegislação e a autodeterminação, que permitem a estruturação de um contrato social, o qual, pouco antes, nós o aproximamos de uma relação de agência da administração.

---

<sup>24</sup> HASHIMOTO, Gilberto Rodrigues. **Problemas de principal** - agente no processo orçamentário brasileiro. Biblioteca Digital FGV, São Paulo, 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5231/1200200886.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 30 mar. 2016.

Peter Haberle<sup>25</sup> no livro a Reclamação Constitucional no sistema da justiça constitucional tedesca, por sua vez, estrutura esse contrato dentro do Estado Constitucional.

Haberle defende que a Carta Constitucional deve ser interpretada como um contrato que inclui todos os cidadãos. No âmago deste contrato, há uma cláusula que não permite que um cidadão ou um grupo seja excessivamente onerado pela maioria e também não permite que nenhum cidadão seja excluído.

Com base no exposto, entendemos na razão desse contrato uma obrigação negativa do Estado para garantir as liberdades, através da limitação dos seus agentes e Poderes. Entendemos, em contrapartida, também uma obrigação positiva do Estado, a fim de assegurar igualdade material às minorias e aos grupos mais frágeis.

O conteúdo da Constituição só tem legitimidade democrática se garantir aos indivíduos procedimentos jurídicos que possibilitem a proteção intransponível de seus direitos fundamentais individuais e coletivos (lato senso).

Além disso, há de se garantir que se tenha a constituição como norte do Estado e de todas as pessoas que estiverem em território nacional. A mais plena eficácia da constituição decorre da observância dos direitos fundamentais e princípios estruturantes constitucionais, dentre os quais se destacam: a igualdade material, a dignidade humana e o respeito às minorias e aos grupos mais fracos.

Essa relação de agência é importante para situar os agentes públicos no desempenho de uma função pública, independentemente de qual seja ela. A competência desses servidores públicos está no próprio ordenamento constitucional. E essas competências são limitadas em seus próprios fundamentos pela Carta constitucional e pelos valores, deveres e direitos nela descritos.

---

<sup>25</sup> HABERLE, Peter. **La Verfassungsbeschwerde nel Sistema della giustizia costituzionale tedesca**. Milano: Giuffrè Editore, 2000. p. 24 Apud: ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 133.

Esta é uma dificuldade histórica brasileira: os agentes públicos se entenderem como ocupantes transitórios de uma função pública, na qual não devem prevalecer os contornos e interesses pessoais e sim os interesses e valores do *principal*, que é o povo.

O personalismo nas relações e escolhas, o pensamento de clã, a dificuldade de seguir regras, o oportunismo e a tendência ao relativismo são características culturais brasileiras que se transformam em desafio à necessária limitação constitucional dos ocupantes de cargos públicos.

O agente público deve cumprir e fazer cumprir a constituição. Independentemente do Poder do Estado, todos os agentes públicos e todas as pessoas que estejam em território nacional estão vinculados à ordem constitucional vigente. A constituição simultaneamente vincula o poder público e limita a esfera privada.

A constituição representa as escolhas políticas de uma nação e a forma como ela se organiza. Dessa feita, a Carta de 1988 deve ser o norte axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, a base e o parâmetro de validade de todo o ordenamento jurídico.

O texto constitucional foi feito para ser efetivo, vivo, para reverberar pleno na ordem jurídica, nas relações públicas e privadas, no tempo e no espaço territorial. O que faz a constituição permanecer viva é o respeito que a ela se deposita, é o seu fiel cumprimento.

Porém, mais do que isso, o que torna a constituição viva<sup>26</sup> é o poder dela se adaptar aos novos tempos e ao mesmo tempo de se manter íntegra, em seu cerne. É a atividade de interpretação contínua que dá vida e aplicação da constituição aos fatos correntes. É a capacidade de se atualizar e ao mesmo tempo de criar e utilizar mecanismos que impeçam o seu açoitamento e a sua desfiguração.

---

<sup>26</sup> “A living constitution is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances without being formally amended”. Uma constituição viva é aquela que permanece e se modifica ao longo do tempo e se adapta às novas circunstâncias sem ser formalmente emendada (Tradução nossa). STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 9. Sobre o tema ver também TRIBE, Lawrence.

As Cartas de 1934 e 1946 são dois grandes exemplos de valorosas cartas constitucionais que se perderam desfiguradas porque não conseguiram defender-se e impedir a supressão dos seus fundamentos, princípios sensíveis e direitos fundamentais que lhe davam forma. Tais elementos juntos formam a vida da constituição; sem eles, a constituição é carta morta, é peso sem vida, é regra fria e inaplicável.

Conforme Kelsen, a constituição é o princípio supremo que determina a ordem estatal inteira e que traduz a essência da comunidade que lhe é afeta. Ou seja, a constituição é a base da ordem jurídica e o fundamento do Estado<sup>27</sup>.

## 1.6 A CONSTITUIÇÃO SOCIAL: OS VALORES CONSTITUCIONAIS DIRIGINDO A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO. A TENSÃO ENTRE REALIDADE E REGRA JURÍDICA NA CONCRETIZAÇÃO DOS FINS DO ESTADO

Em verdade, em que pese a tradição brasileira ter trazido alguns dos direitos sociais na Constituição desde a Carta de 1934, essa não é uma realidade em todos os países<sup>28</sup>. Nem sempre as constituições sociais trazem em seu conteúdo os direitos sociais que lhe caracterizam.

A Constituição da Áustria é um exemplo disso, pois, embora seja caracterizada como social, deixou para introduzir os direitos sociais básicos através da legislação ordinária.

Ocorre que a história mundial e a história brasileira demonstraram esse tipo de conduta, que é típica do direito constitucional do Estado Liberal. Trata-se de proposta que não oferece instrumentos e garantias de respeito da ordem constitucional e de proteção aos direitos fundamentais.

---

<sup>27</sup> Cf. KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 130.

<sup>28</sup> Em verdade, nem sempre as constituições consideram os direitos sociais como direitos fundamentais.



Dessa maneira, a previsão dos direitos sociais no rol dos direitos constitucionais, e desde que entendidos como fundamentais, não só promove a proteção dos direitos de segunda geração como também a proteção dos direitos políticos e individuais.

Ao se abster de prever direitos e garantias do Estado social, por exemplo a igualdade material, seria possível, em nome da juridicidade, elevar-se o direito constitucional a posições extremas de formalismo, as quais permitem a despolitização do Direito e a instauração de uma neutralidade aparentemente absoluta, incompatível com a democracia.

Essa neutralidade absoluta do direito constitucional retira o substrato valorativo das instituições. Esse ambiente desatado de laços ideológicos torna-se terreno fértil para a proliferação de atentados contra os direitos fundamentais, as instituições e a própria ordem constitucional<sup>29</sup>.

Foi essa formatação jurídica que permitiu a proliferação do nazismo e a completa destruição dos direitos fundamentais por regras válidas e imperativas do Estado Nazista. Foi também essa formatação jurídica neutra e desidratada de valores que foi assumida na posição do STF diante do golpe militar que permitiu a instauração do regime militar e os abusos que lhe sobrevieram.

Com isso, faz todo sentido a crítica de Kelsen<sup>30</sup> à Constituição austríaca, quando diz que sem preâmbulo e sem trazer como direitos fundamentais os direitos sociais, a Constituição da Áustria estaria ultrapassada para as necessidades atuais.

Sem dúvida, o direito constitucional clássico sustentado nos ideais liberais da Revolução Francesa e do Estado liberal não consegue atender aos anseios e necessidades políticos, institucionais e sociais plurifacetadas dos tempos atuais. Em

---

<sup>29</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 372.

<sup>30</sup> Cf. KELSEN apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 372.

outros termos, não é possível compatibilizar a realização dos fins do Estado social atual por meio de técnicas do Estado de direito de ontem<sup>31</sup>.

O direito de hoje, que está estabelecido nas constituições sociais, “exprime, com toda a força, a tensão entre a norma e a realidade”. Ele visa a estabelecer diálogo entre os elementos estáticos e dinâmicos da constituição. Ele busca conciliar interesses diversos, tais como o “consenso e o dissenso”, a “harmonia e o conflito”<sup>32</sup>.

O interessante dessa ótica social é que ela precede de uma constatação simples e necessária, a de que a constituição não consegue prever todas as hipóteses em que atuará. Montesquieu já disse que “não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar”<sup>33</sup>.

A Constituição social parte do princípio que será apenas a raiz e o caule em que se sustentarão os galhos, folhas, flores e frutos do direito. A constituição viva implica a racionalização das leis e dos fatos em um sistema íntegro. A validade e o direcionamento dessa árvore estão assentados na própria constituição, assim como é por ela que se comunica e se alimentam os valores fundantes do interesse público que ela sustenta.

No império do constitucionalismo social, em que se busca reverberar na prática os direitos e garantias constitucionais, as complexas relações e interações pessoais e institucionais modernas tornam necessária a intervenção do Estado. A legitimidade da intervenção do Estado social para garantir o respeito aos direitos fundamentais e a supremacia dos valores constitucionais está na própria supremacia constitucional e no cumprimento de seus desígnios.

---

<sup>31</sup> HORNER, Franz; FROEHLER. Die sozialen Grundrechte. Salzburgo- Munique, 1974. p. 227. Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 372.

<sup>32</sup> Ibidem. p. 372.

<sup>33</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secundat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes. 1993. Cap. XX.

Esse papel de tornar a letra fria em medidas públicas de cumprimento integral da constituição deve ser obstinadamente o guia de todos os poderes do Estado. Ou seja, a base de sua formação e legitimidade de sua atuação está sedimentada por valores “refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder”<sup>34</sup>.

De fato, a Constituição de 1988 é “em muitas de suas dimensões, uma Constituição do Estado social”. A constituição de 1988, como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade brasileira,<sup>35</sup> modela-se a partir do tratamento que dá aos direitos sociais como sendo direitos fundamentais que visam a garantir no mundo dos fatos a defesa da dignidade da pessoa humana.

Assim, a Carta de 1988 é produto do constitucionalismo democrático<sup>36</sup> e faz parte de uma mudança global que consagra um perfil social às Constituições, e, conseqüentemente ao Estado e à ordem jurídica. Esse movimento iniciou-se a partir da Constituição do México de 1917 e da Constituição de Weimar e ganhou força a partir da década de 50 do século XX.

As modernas constituições, dentre as quais se inclui a brasileira de 1988, em maior ou em menor grau, passaram a se firmar sobre dois princípios fundamentais: o da inviolabilidade dos direitos fundamentais e o da igualdade<sup>37</sup>.

As novas constituições não mais se limitam “a garantir a restrição dos poderes e a utilização da lei para a promoção dos direitos, passam a perseguir objetivo primordial, qual seja: assegurar a existência de alguns princípios constitucionais fundamentais”<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 371.

<sup>35</sup> HABERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007. p. 272.

<sup>36</sup> ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 108.

<sup>37</sup> *Ibidem*. p. 109.

<sup>38</sup> *Ibidem*. p. 109.

### 1.6.1 Direitos sociais como instrumentalizadores da defesa real dos direitos fundamentais

É na intervenção do Estado para garantir a promoção dos direitos fundamentais e a inalienabilidade dos princípios constitucionais que os direitos sociais ganham vida. Isso demonstra, consoante Norberto Bobbio<sup>39</sup>, a característica marcante dos direitos sociais ou de segunda dimensão, que é seu caráter prestacional.

Por assim serem, os direitos sociais exigem uma atuação positiva do Poder Público<sup>40</sup>, no sentido de promovê-los dentro de seu âmbito de atuação. Por consequência, buscam garantir a efetividade dos direitos individuais e políticos não de uma maneira formal, mas dentro do contexto fático, através de uma atuação positiva do Estado.

Ou seja, o Estado Social sai de uma perspectiva de igualdade clássica e formalista e busca promover uma igualdade fática. Sai do plano abstrato e busca aplicações e garantias que assegurem a igualdade material.

Percebeu-se que o direito abstratamente previsto não consegue alcançar os fatos no mundo. O direito abstrato, sob a perspectiva social e fática, é um direito frio, nada pragmático. A importância dos direitos sociais é realizar a igualdade dentro da sociedade. É aplicar uma igualdade niveladora apta a atuar em situações humanas e concretas.<sup>41</sup>

Por isso Bonavides<sup>42</sup> afirma que não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social nacional fundado na Carta de 1988 “se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos

---

<sup>39</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

<sup>40</sup> Cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**.v. 1. p. 2-3, set., 2012.p. 4.

<sup>41</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 373.

<sup>42</sup> Ibidem.p. 373.

processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade” e ao papel de guarda da constituição do STF.

### 1.6.2 Objetivos do constitucionalismo

O objetivo do constitucionalismo é guardar a carga axiológica intransponível das constituições. Ele surgiu da simples conclusão de que o direito não pode distanciar-se dos valores morais da sociedade que representa.

E essa carga de valores morais está guardada nos direitos fundamentais e nas suas respectivas garantias políticas e jurídicas para mantê-los incólumes. São eles a alma e a vida ao direito de determinada sociedade. São elas as opções políticas mais sagradas de proteção àquelas pessoas que se submetem ao Estado.

O contrato constitucional é refeito todos os dias através da submissão das pessoas ao ordenamento constitucional de um lado e à atuação do Estado para proteger os valores mais caros daquelas pessoas, por outro lado.

Essa relação mútua seria algo como a norma fundante ou fundamental de Kelsen<sup>43</sup>, com a diferença que que essa norma, por sua natureza, não pode distanciar-se, sob pena de sua morte. Portanto, essa norma transporta os valores morais daquela sociedade para dentro do ordenamento constitucional.

Na verdade, Carl Schmitt<sup>44</sup> esclarece que há uma Constituição (letra maiúscula) ou *constitucion*<sup>45</sup> que seria um aspecto material, algo semelhante a essa norma fundamental de Kelsen<sup>46</sup> e a constituição (letra minúscula) ou *verfassung*<sup>47</sup> que pressupõe a existência da Constituição (letra maiúscula) ou *constitucion* e visa

---

<sup>43</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>44</sup> SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial Textos, 1996.

<sup>45</sup> Do latim, é aquilo que une, que funda.

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>47</sup> Constituição alemã.

representá-la no plano formal, que seriam as constituições escritas, originadas a partir de um Poder Constituinte.

Esses valores morais da Constituição são a razão de existência, devem ser a base e a raiz da constituição escrita e de todo o ordenamento jurídico. Impossível retirar a moral do direito, sob pena de um direito morto, um direito ilegítimo. Sob pena de rompimento do pacto fundante da Constituição, sob pena de possibilitar a imposição e subjugação da pessoa humana.

Assim, é por esse contrato constitucional, a que nos referimos, materializado na Constituição ou *constitucion*, que se materializa e legitima a constituição escrita ou *verfassung*. É dessa obrigação mútua materializada na Constituição ou *constitucion* e formalizada na constituição escrita ou *verfassung* que se fundamenta a legitimidade do Estado, de suas leis e de seus atos.

O fio condutor simbólico que mantém essa relação é a constituição escrita ou *verfassung*. Enquanto o Estado se compromete a guardar os valores morais instituídos nos direitos e garantias fundamentais da constituição ou *verfassung*, as pessoas comprometem-se a respeitar a atuação do Estado, desde que vinculada ao texto constitucional e aos valores que lhe dão vida.

Essa obrigação principal gera e legitima todas as demais obrigações mútuas estabelecidas na Constituição ou *constitucion* e justifica a legalidade aplicada às pessoas e a legalidade aplicada ao Estado.

Nesse ponto é bom especificar que, diferentemente de Schmitt, entende-se que a constituição escrita só é legítima em sua função de regular as relações jurídicas de um povo, se for o reflexo material da Constituição. Caso contrário, conforme Lassalle<sup>48</sup>, seria apenas uma reunião das escolhas políticas que refletem os interesses dos grupos dominantes.

---

<sup>48</sup> LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

O apego a um Poder Executivo forte e a relativização que faz Schmitt ao alegar a ausência de vínculos necessários de ligação entre constituição e Constituição foi o passo necessário para a teoria de Schmitt se encaminhar para o utilitarismo que serviu de base filosófica para o totalitarismo nazista<sup>49</sup>. O caminho tomado por Schmitt ratifica a necessária indissociação entre Constituição e constituição escrita, direitos fundamentais e legitimidade, direito e valores morais de uma sociedade.

Sob uma perspectiva do direito e dos valores nele inscritos, Atienza expõe que o Direito de um Estado não pode ser entendido “simplesmente como um sistema de normas, mas, fundamentalmente, como uma atividade, uma prática social que trata, dentro dos limites estabelecidos pelo sistema, de satisfazer a uma série de fins e valores que caracterizam essa prática”<sup>50</sup>.

O Estado deve agir conforme a constituição e suas derivações legais, sua liberdade está enclausurada na base normativa e valorativa constitucional que lhe sustenta. Diferentemente da pessoa, o estado deve justificar suas escolhas nos valores e regras constitucionais.

Por sua vez, desde que respeitem a ordem constitucional e as respectivas derivações legais, as pessoas são livres para agir como entenderem e não precisam motivar suas escolhas.

O fato é que a constituição estabelece essas obrigações. Nela escrevem-se os fundamentos extraídos dos direitos e das garantias fundamentais que dão forma aos princípios sensíveis que, juntos dinamizam o funcionamento do Estado. Esse conjunto é intransponível porque são, respectivamente, a vida e os órgãos vitais do direito de um povo.

É na constituição, como uma regra jurídica superior, o lugar adequado para guardar esses valores superiores e conformadores do Estado social. É na defesa de uma força normativa da constituição que se depositam

---

<sup>49</sup> Repensando a teoria de Kant para o caso em exame.

<sup>50</sup> ATIENZA, Manuel. Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de confusões. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 05 set. 2015.. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

Para evitar que a constituição escrita se preste a ser apenas uma justificativa teórica para justificar o poder dominante, Hesse sustenta a existência de uma força própria e ordenadora da constituição<sup>51</sup> que atravessa os planos fático e normativo.

Para Hesse, a Constituição se fortalece através da força normativa quando ela realiza no mundo dos fatos a sua pretensão normativa<sup>52</sup>. Essa é a grande tensão e o grande desafio das constituições modernas, realizar os direitos princípios e fundamentos constitucionais no mundo dos fatos.

### **1.6.3 A preeminência do princípio da igualdade material para dinamizar o Estado Social**

Não se deseja apenas uma previsão normativa dos direitos e garantias constitucionais na constituição, pretende-se que essa lei fria repercuta nos fatos. Inequivocamente, os direitos sociais e sua inerente busca por igualdade material são os grandes instrumentos da constituição para se aproximar da dimensão fática que pretende atuar.

Por isso, Bonavides defende que o Brasil avançou muito. Para o autor, a Carta de 1988 não só prevê abstratamente os direitos sociais, como os garante. Diferentemente da Carta de 1967, o constituinte de 1988 estabeleceu que os direitos sociais não são normas programáticas.

Portanto os direitos sociais previstos na CF/88 têm eficácia plena. Cabe ao ente público garantir sua aplicabilidade imediata. Mais do que isso, sustentam Ingo Sarlet<sup>53</sup> e Flávia Piovesan<sup>54</sup> que os direitos sociais representam valores tão caros à sociedade brasileira que não podem sequer ser retirados por emenda do rol

---

<sup>51</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

<sup>52</sup> Ibidem

<sup>53</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 66 – 67.

<sup>54</sup> PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 45. São Paulo. Revista dos Tribunais, out. 2003. P. 1-2.



constitucional, pois foram incluídos como cláusulas pétreas no §4º do art. 60 da CF/88<sup>55</sup>.

Nessa lógica, o grande desafio do Direito Constitucional é criar e instrumentalizar técnicas e institutos processuais que sejam capazes de garantir a efetividade dos direitos sociais, fornecendo uma igualdade material e o pleno respeito aos direitos fundamentais como um todo<sup>56</sup>.

Até porque, conforme Habermas, se existe algo que justifique a existência do direito moderno, é a proteção dos direitos humanos e dos princípios informadores de soberania do Estado<sup>57</sup>. Ou seja, é a defesa da vida da constituição. E não há nada mais vivo em uma constituição social do que o princípio da igualdade material.

Segundo Bonavides a igualdade e os direitos sociais fluem da dignidade da pessoa humana, como fundamento e “medula axiológica da constituição”. A igualdade material é o critério de interpretação dos direitos sociais constitucionais.<sup>58</sup>

Por consequência, o princípio da igualdade é o “centro medular do Estado social” porque, segundo Leibholz ele trouxe a dimensão de aplicação prática aos direitos sociais. Ele visa a garantir uma atuação do Estado a fim de que se garanta na prática, através da igualdade material, uma liberdade plena e o atendimento aos demais direitos fundamentais.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>56</sup> Ver BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 373.

<sup>57</sup> Cf. HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade**. Flávio Beno Siebeneichler – UGF. v. II. Trad.. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

<sup>58</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 374.

<sup>59</sup> Ibidem p. 374.

Trata-se de uma igualdade feita pela lei, através da atuação positiva da lei<sup>60</sup> A igualdade fática gera isonomia fática e retira a vulnerabilidade da liberdade e dos direitos individuais clássicos, tornando-os efetivos.

A igualdade do Estado social é material, é tarefa distributiva de todos os poderes. Para além disso, a igualdade transforma os direitos sociais de limites para a atuação do Estado para diretivo da atuação da administração, da legislação e do judiciário.

Nesse sentido elenca o artigo 3º da CF/88 os objetivos fundamentais da República e as ações que cabem ao ente público para corrigir as desigualdades e promover o desenvolvimento nacional.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para tanto utiliza os verbos construir, garantir, erradicar e promover, de maneira a demonstrar ações que devem ser tomadas pelo Estado para alcançar os objetivos que se propõe.<sup>61</sup>

Dessa forma, coloca-se ordem de impor sobre as situações fáticas o peso da lei<sup>62</sup> e do Estado voltar-se às necessidades reais de sua população. Essa é a ótica da igualdade material, dinâmica e envolvente dos fatos, dependente da intervenção estatal.

Como demonstrado, a igualdade material está ligada ao princípio democrático perseguido pela Constituição de 1988. Visa a proteger as minorias e os grupos

<sup>60</sup> LEIBHOLZ, Gerhard. **Das Wasen der Representation und der Gewaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert.** p. 220. Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 376.

<sup>61</sup> Cf. MELLO, Marco Aurélio. Prefácio. In **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional.** CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 27

<sup>62</sup> Ibidem. p. 27

vulneráveis de forma a dar representatividade política a esses setores da sociedade, através de ações públicas<sup>63</sup> de todos os poderes.

## 1.7 CONSTITUCIONALIZANDO O DIREITO. A CONSTITUIÇÃO COMO CRITÉRIO DE VALIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO PERMANENTE E A AUTORIDADE, A LEGITIMIDADE E A VINCULAÇÃO NATURAL

Ao aplicar sobre o direito uma racionalidade constitucional se entenderá que a validade das regras jurídicas deve ser obtida a partir da compatibilidade com a Constituição.

E uma constituição só tem força normativa, só permanece viva e aplicável se estiver constantemente adaptando-se ao mundo dos fatos sem que perca sua essência sua ligação com a Constituição.

A autoridade da Constituição e a prevalência sobre todo o direito pátrio é que capacitam a vinculação das decisões da Corte Constitucional, (que é o intérprete natural). Então, os efeitos vinculantes derivam de competência de interpretação legitimada na própria supremacia constitucional.

### 1.7.1 Constituição como fundamento do Estado e paradigma de validade do ordenamento jurídico

Kelsen<sup>64</sup> conta que através das múltiplas transformações pelas quais passou, a constituição foi se afirmando como princípio supremo que determina a ordem estatal

---

<sup>63</sup> MELLO, Marco Aurélio. Prefácio. In **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. CLÉVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 25.

<sup>64</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 130.

como um todo, e também os princípios essenciais da comunidade que se constitui no cerne dessa ordem.

Por isso, para o austríaco, a constituição traduz o fundamento do Estado e serve como base para a construção de toda a ordem jurídica. Ela é uma regra de procedimento e uma regra de valores ou fundo.<sup>65</sup>

É de procedimento porque estabelece o processo legal de criação das leis. E também é uma regra de fundo porque “traça princípios, diretivas, limites, para o conteúdo das leis vindouras”<sup>66</sup>.

Kelsen em seu livro “Jurisdição Constitucional” tem uma importante abordagem legislativa sobre a constituição como norma hierarquicamente superior, base de sustentação de todas as demais leis ordinárias.

Mesmo com a abordagem firmada na hierarquia constitucional para garantir a coerência interna do ordenamento jurídico, Kelsen anota a possibilidade da Constituição concretizar-se em formas jurídicas que não fossem as leis. Cita como exemplos o decreto e o ato jurídico individual.<sup>67</sup>

### **1.7.2 Constitucionalização do ordenamento jurídico**

Na verdade, como base do ordenamento, todo o Estado, suas leis, seus valores, seus atos têm como parâmetro de validade a Constituição. É essa impregnação da constituição que Guastini chama de constitucionalização do ordenamento jurídico. E a constituição social tem como pressupostos a constitucionalização do ordenamento jurídico e a constitucionalização da atuação do Estado e suas instituições.

---

<sup>65</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. 132.

<sup>66</sup> Ibidem. p. 132.

<sup>67</sup> Ibidem. p132.

Segundo Guastini<sup>68</sup>, um ordenamento jurídico realmente constitucionalizado, que é o ordenamento dos Estados constitucionais, tem uma constituição intervencionista, com capacidade de condicionar legislação, jurisprudência e doutrina.

Trata-se de regra jurídica que interfere nas ações, nos atores políticos e nas relações sociais, políticas e jurídicas. A constitucionalização é um fenômeno dinâmico, construído e afirmado dia a dia, gradualmente<sup>69</sup>. Hesse afirma que essa constitucionalização variará de acordo com o momento histórico vivido por determinado povo<sup>70</sup>.

Para Guastini é possível dar máxima efetividade à constitucionalização do ordenamento desde que sejam adotadas as seguintes medidas: constituição rígida, garantia jurisdicional da Constituição, força vinculante da constituição, interpretação soberana da constituição, interpretações consubstanciadas nos limites do texto legal, eficácia imediata das normas constitucionais e influência da constituição sobre as relações jurídicas.<sup>71</sup>

A constituição é hierarquicamente superior às demais leis, seus valores supremos de formação do Estado e de defesa dos direitos e garantias fundamentais devem ser guardados a fim de que não sejam alcançados pelo legislador ordinário.

### 1.7.3 O exemplo de constitucionalização do ordenamento inglês

Interessante pensar o sistema inglês. Não há uma constituição moderna e, sem dúvida, naquele ordenamento estão bem protegidos os direitos fundamentais. Não existe uma constituição escrita propriamente dita como a que conhecemos hoje, em que pese a existência da Carta de 1215.

---

<sup>68</sup> Cf. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>69</sup> Cf. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>70</sup> Cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

<sup>71</sup> Cf. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

Em verdade, o caso inglês demonstra que mais importante do que uma constituição escrita e sistematizada, é a existência e a proteção de um núcleo intangível de direitos fundamentais. E essa tradição tão bem desenvolvida no tempo sustenta as vozes que defendem a não adoção de uma constituição escrita, uma vez que aquele povo tem uma Constituição não codificada, advinda da herança cultural e produto de séculos de desenvolvimento contínuo, que não poderia ser destruída.<sup>72</sup>

A própria *common law*, que foi onde se desenvolveram grande parte desses direitos, demonstra que a supremacia desses direitos fundamentais é o que Schmitt chama de Constituição, que são essência e valores superiores e conformantes daquela sociedade.

Os juízes da *common law* entendem que não podem surpreender os cidadãos, e a previsibilidade do sistema inglês está na prática reiterada desses juízes obedecerem aos precedentes. Em um direito estável, uniforme e sólido, a igualdade é naturalmente respeitada.<sup>73</sup>

O próprio valor vinculante das decisões da Suprema Corte inglesa deriva da autoridade e da legitimidade daquele Tribunal para criar regras conforme o direito existente. Esses dois atributos derivam da competência historicamente construída desses juízes de interpretarem os casos e construírem o direito a partir dos precedentes.

O papel do juiz inglês, segundo Blackstone era decidir não com base nos seus sentimentos pessoais, nem de acordo com seu próprio juízo, mas de acordo com o direito já estabelecido cuja origem é a cultura e os costume daquele povo<sup>74</sup>.

O sistema inglês demonstra que o argumento de autoridade da Corte é aquele direito superior que abrange os valores e direitos essenciais daquele povo, os quais

---

<sup>72</sup> ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. **English Legal System**. 7 ed. Dorchester: Pearson Education Limited, 2006.

<sup>73</sup> Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 2009. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo: v. 172, p. 121 et seq. jun. 2009. p. 5.

<sup>74</sup> Cf. BLACKSTONE, William *apud* ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. **English Legal System**. 7 ed. Dorchester: Pearson Education Limited, 2006.

estão abrigados na *common law*. A forma como os juízes ingleses vêm-se coagidos a seguir os precedentes é algo a se destacar.<sup>75</sup>

A preocupação com os precedentes naquele sistema demonstra respeito pelos direitos já construídos, coerência com esse direito e a plena demonstração de que nenhum juiz ou pessoa estaria acima da lei superior daquele povo, que é a *common law*. Isso assegura que todos em situações similares devem ser julgados da mesma forma. A igualdade é algo que fundamenta os precedentes na Inglaterra<sup>76</sup> e nos Estados Unidos<sup>77</sup>.

Na Inglaterra, os direitos fundamentais construídos na *common law* são intransponíveis. A própria *House of Lords* está vinculada à *common law*. Sendo que tal órgão utiliza-se da *common law* como ponto de partida e parâmetro de validade das *statute laws* que criam<sup>78</sup>.

A vinculação às decisões da Suprema Corte deriva da autoridade e da legitimidade que ganham na interpretação e na construção dos argumentos com base nos direitos que lhes substanciam, os quais estão na própria *common law* e passam a ela se integrar.

Contudo, a constitucionalização permanente do direito e os efeitos vinculantes, que dela derivaram, foram construídos durante a história tal qual ocorre com os direitos fundamentais.

Segundo Bustamante, o efeito estritamente vinculante começou a ser questionado na *House of Lords* em 1827, mas só foi definitivamente sedimentado em 1898<sup>79</sup>, por isso, é relativamente recente. Mas antes de 1898 já havia uma harmonização entre as decisões, o *stare decisis* inglês foi um passo natural àquela cultura que primava

---

<sup>75</sup> CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4 ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. P. 3.

<sup>76</sup> Ibidem

<sup>77</sup> CAMBI, Eduardo. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 215, jan., 2013. p. 2-3.

<sup>78</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Precedente Judicial – a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 50.

<sup>79</sup> Ibidem. p. 77.

pela racionalidade, pela superioridade da lei comum, pela previsibilidade e pela coerência.

Na verdade, no *common law* inglês há primeiro uma vinculação do Poder Judiciário e da administração e depois, com o tempo, com o uso reiterado do precedente a própria população vai incorporando em sua cultura aquele direito consolidado.

Com o tempo e com a difusão do direito naquela comunidade, em alguns casos, o efeito vinculante toma forma do que conhecemos como eficácia *erga omnes*, de maneira a ser visto como um direito exigível a qualquer pessoa naquela comunidade. Vários ramos do direito na Inglaterra estão dispostos basicamente em decisões judiciais<sup>80</sup>.

E assim, o sistema inglês mantém-se porque foi se construindo na história um direito com base nos direitos, garantias e valores fundamentais superiores que lhe precederam. É como se esse grupo de elementos estivesse definido em uma constituição escrita que embasa um ordenamento marcado por uma constitucionalização permanente.

Mesmo em uma mudança constante, os direitos fundamentais construídos na história inglesa foram ganhando uma proteção que não permitiu que fossem suprimidos ou deixados para trás no decorrer dos anos.

A preocupação com a coerência típica da cultura daquele povo traz em si uma necessidade de relacionar o que se tem com algo que se deseja criar. A necessidade de comprovar a eleição à Deus reflete no direito como necessidade de provar que se respeitaram os direitos e valores ancestrais do Estado. É essa autoridade que legitima a criação do direito pela Suprema Corte ou pela *House of Lords*.

#### **1.7.4 Origem da vinculação: efeito da supremacia da constituição**

---

<sup>80</sup> CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4 ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 4.



Pelo exemplo inglês torna-se fácil perceber que a vinculação não advém de previsão constitucional de vinculação expressa na constituição ou na lei, mas da supremacia da constituição e daquilo que chamamos de vida que ela carrega.

Na esteira do já dito, caminha Morales ao afirmar que “se a Constituição é a lei máxima então seu valor normativo é superior ao de qualquer outra norma, quedando fora de dúvidas sua observância vinculante”<sup>81</sup>.

Por esses motivos entendemos que o efeito vinculante surge naturalmente da constituição, da sua força imperativa sobre todo o ordenamento. Dessa forma, o efeito vinculante é justamente da constitucionalização permanente do Estado, suas leis e suas práticas.

Ao refletir com base em Hesse<sup>82</sup>, entendemos que é através dessa reafirmação no mundo dos fatos que a constituição se adapta e se aperfeiçoa, ganhando força normativa e se tornando viva e dirigente. Por isso, quanto mais constitucionalizado um Estado, maiores também são a força normativa e a força vinculante da constituição sobre seus atores e sob o ordenamento jurídico.

Aqui justificamos a escolha pelo termo vinculante (e não obrigatório) que adotamos na presente pesquisa. Por toda a questão de hierarquia, de supremacia, de autoridade e de legitimidade, tal qual explicamos, é que a constituição e a decisão do seu intérprete natural que visa a afirmá-la vinculam toda a ordem constitucional e os sujeitos nela inseridos.

### **1.7.5 Pensando o efeito vinculante das decisões do STF e do STJ**

Independentemente de lei ou de código de processo civil, a tendência do Estado que caminha para a democracia plena é a constitucionalização. A obrigação de seguir a

---

<sup>81</sup> Tradução nossa. In: MORALES, Carlos Alfredo Soto. La constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano, a luz de la teoría de Riccardo Guastini. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**, 2003. P. 193 – 194.

<sup>82</sup> Cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

constituição e a decisão da Corte Constitucional antes de se legitimar por uma lei ordinária, se legitima e toma autoridade na própria constituição.

Por isso entendemos que há uma diferença fundamental entre os precedentes do STF e dos demais tribunais. O efeito vinculante dos precedentes do STF é inerente à força normativa e à supremacia da CF/88.

A constituição dá unidade e validade ao ordenamento jurídico, por essa razão deve imperar sobre todas as leis e atos. Assim como todas as leis e atos devem ser lidos pela ótica constitucional Por efeito, os precedentes do STF vinculam todas as cortes, inclusive o próprio STF.

Interessante pontuar que o exposto não é uma unanimidade na doutrina brasileira. Em geral, os doutrinadores brasileiros adotam superficialmente e de modo questionável uma tese inglesa. Tal tese associa o efeito vinculante dos precedentes judiciais à autoridade do STF como corte constitucional. Ou seja, justifica o efeito vinculante das decisões à autoridade do órgão emissor da decisão.

A título de exemplo, Zavascki entende que quando no caso concreto há conflito entre o princípio da estabilidade das sentenças judiciais e o princípio da supremacia da Constituição, o moderador do conflito será um terceiro princípio, qual seja, a autoridade do STF<sup>83</sup>.

Dessa forma, expõe o autor que a autoridade do STF é que faz as decisões da Corte terem efeito vinculante. Numa análise dessas afirmações tão comuns na doutrina, percebe-se que, em essência, a lógica utilizada coloca a autoridade do STF acima da supremacia da Constituição.

Se o conflito entre a supremacia da Constituição e a estabilidade das decisões é decidido pela autoridade do STF, então esse princípio é superior aos dois primeiros. Com todo o respeito, esse tipo de argumento é inconcebível na ordem constitucional.

---

<sup>83</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

No Estado Democrático Constitucional todos devem se subordinar à Constituição, principalmente à Corte Constitucional. Sem ter essa noção inicial abre-se espaço para um controlador sem controle<sup>84</sup>.

É exatamente essa a preocupação de Ingeborg Maus quando alerta que a Corte Constitucional não pode estar acima da ordem constitucional e da democracia. A autora defende que a Corte Constitucional não pode representar hoje o que os déspotas foram ontem, sob pena de uma ditadura de juízes.

Importante também destacar que essa teoria que muitos atrelam à Inglaterra é defendida aqui de forma muito diferente do que ela significa e funciona na Grã Bretanha.

Lá toda a autoridade judicial e, desde 2009, a autoridade da Suprema Corte se baseiam justamente na fiel e completa subordinação à *common law*, aos costumes e aos valores daquele povo.

Por isso nenhum juiz, nem a Suprema Corte e nem mesmo o Parlamento estão acima da *common law* nem podem desrespeitá-la. E é essa plena subordinação à *common law* que confere legitimidade e autoridade às decisões da Suprema Corte da Inglaterra e também confere autoridade ao referido Tribunal.

Portanto, é equivocada a forma como grande parte da doutrina brasileira justifica o efeito vinculante das decisões do STF. Tal justificativa não é também coerente com a matriz teórica que utilizam como base.

O efeito vinculante deriva da autoridade da própria constituição que deve imperar sobre todo o ordenamento e relações jurídicas. Deriva da Constituição viva que, por meio da atuação do intérprete, cumpra com seus princípios, direitos e garantias ao alcançar o caso concreto.

---

<sup>84</sup> VILLALÓN, Pedro Cruz. Control de la Calidad de la Ley y Calidad del Control de la Ley. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (Org.). **Perspectivas Constitucionais Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

A vinculação é uma consequência da própria supremacia da Constituição que encarregou o STF de interpretar o direito de acordo com a Constituição em última instância. Pela supremacia constitucional os precedentes do STF vinculam todas as cortes, inclusive o próprio STF.

Já o efeito vinculante dos precedentes do STJ e dos Tribunais de Justiça dos estados apóia-se na divisão de competências legislativas estabelecida na Constituição. Porém, não se pode olvidar que abaixo da constituição, todas as leis estão na mesma hierarquia, independentemente de federal ou estadual.

Assim, o efeito vinculante justifica-se na plena observância da Constituição. A autoridade da decisão e a sua capacidade de vincular os demais órgãos jurisdicionais está fundamentada na matriz Constitucional.

Quanto aos demais tribunais, a vinculação vai depender da competência jurisdicional do intérprete, que por sua vez funda suas bases nas competências legislativas, para interpretar em última instância sobre o parâmetro da lei ordinária.

Quando o parâmetro é a Constituição, todo o ordenamento pode ser revisto pelo STF, inclusive os precedentes vinculantes dos outros tribunais. Em termos outros, os precedentes vinculantes dos outros tribunais não vinculam o STF quando o parâmetro é a constituição.

Por consequência, por uma questão de hierarquia e de força vinculante da constituição, a eficácia vinculante dos precedentes cujo parâmetro é a Constituição e o intérprete natural é o STF, é superior à das demais cortes, inclusive a do STJ.

A justificativa teórica do STJ como corte de precedentes apóia-se no exemplo norteamericano. Nos Estados Unidos os precedentes decorrem da própria estrutura do Judiciário e conseqüentemente das características daquele país, principalmente o federalismo.

Nos EUA há muitas competências legislativas exclusivas dos estados e também há uma constituição federal muito enxuta que deixa muitas matérias a serem tratadas pelas constituições dos estados e pelas leis ordinárias.

Os precedentes no modelo norte-americano refletem o federalismo<sup>85</sup> que dá forma à divisão de competências no Poder Judiciário. A Justiça Estadual americana apresenta uma dinâmica independente e com muitas competências diferentes da Justiça Federal e da Suprema Corte.

E a Justiça Estadual dentro de suas competências é soberana<sup>86</sup>, só não pode desrespeitar a Constituição Federal e, diante de matéria de competência comum com as leis federais, prevalecem as federais.

A Constituição americana, por sua vez, é bem enxuta e não organiza o Poder Judiciário nem na esfera federal (que é feita pelo *Judicial Act* de 1789) nem na esfera estadual (que é feita pelas leis de cada estado).

---

<sup>85</sup> *Amendment X*

*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.*

<sup>86</sup> *Article IV*

*Section 1.*

*Full faith and credit shall be given in each state to the public acts, records, and judicial proceedings of every other state. And the Congress may by general laws prescribe the manner in which such acts, records, and proceedings shall be proved, and the effect thereof.*

*Section 2.*

*The citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states.*

*A person charged in any state with treason, felony, or other crime, who shall flee from justice, and be found in another state, shall on demand of the executive authority of the state from which he fled, be delivered up, to be removed to the state having jurisdiction of the crime.*

*No person held to service or labor in one state, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labor, but shall be delivered up on claim of the party to whom such service or labor may be due.*

*Section 3.*

*New states may be admitted by the Congress into this union; but no new states shall be formed or erected within the jurisdiction of any other state; nor any state be formed by the junction of two or more states, or parts of states, without the consent of the legislatures of the states concerned as well as of the Congress.*

*The Congress shall have power to dispose of and make all needful rules and regulations respecting the territory or other property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to prejudice any claims of the United States, or of any particular state.*

*Section 4.*

*The United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government, and shall protect each of them against invasion; and on application of the legislature, or of the executive (when the legislature cannot be convened) against domestic violence.*

Esse federalismo deriva de um fato histórico, porque o país começou como uma união de estados independentes que tinha funcionamento e características próprias.

Diferentemente, no Brasil, por sua vez, embora a fracassada tentativa das capitânicas hereditárias, a administração brasileira, construída durante séculos, sempre teve um poder central, em tese mais interveniente e dominador, apesar das limitações dos poderes locais. Então, no Brasil construiu-se um federalismo desagregador ou devolutivo.

Não por acaso, diferentemente do que ocorre no federalismo brasileiro, nos EUA há muito mais independência entre as esferas federal e estadual. De igual maneira há uma constituição muito menos abrangente do que a brasileira, principalmente, quanto aos direitos fundamentais.

Em 1891, houve, no Brasil, a tentativa de adotar algo próximo ao federalismo americano quanto à divisão de competências no Judiciário, mas não funcionou. E Getúlio Vargas e sua necessidade de centralizar o poder terminou em seguida com essa separação na Constituição de 1934. Desde então as constituições são muito centralizadoras e as competências legislativas dos estados são muito limitadas em relação aos estados americanos.

Ainda existe algo semelhante na divisão das competências judiciárias, mas a grande diferença está nas competências legislativas e na própria abrangência da constituição, o que gera uma diferenças quantos aos intérpretes do direito.

Outro detalhe importante destacado por Eduardo Cambi<sup>87</sup> é que nos Estados Unidos as leis federais são hierarquicamente superiores às leis estaduais. Então, havendo divergências dentro de competências concorrentes, a lei federal prevalece.

Assim, a junção de uma lei federal superior a uma constituição pouco abrangente, inclusive quanto a direitos que no Brasil são considerados fundamentais, e a

---

<sup>87</sup> CAMBI, Eduardo. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 215, jan., 2013. P. 2 et seq.

competências estaduais exclusivas, é racional e é justificável que haja precedentes vinculantes nas esferas nacional, federal e estadual norte americanas.

Posto isso, vejamos a realidade brasileira. Em se tratando de corte de precedentes das leis federais e estaduais, são possíveis uma grandes discussões. A primeira é que o NCPC tratou apenas do STJ e do STF como cortes de precedentes, embora se saiba que, em tese, a lógica para abranger o STJ é a mesma que faria abranger os tribunais de justiça dos estados.

A ausência de hierarquia entre as leis federais e as lei estaduais e o fato de, sob o paradigma da legislação estadual haver competências jurisdicionais exclusivas dos tribunais de justiça dos estados, por si só, atribui fundamento racional idêntico ao dos precedentes do STJ.

Pode-se sustentar que o silêncio do NCPC mostre-se como uma resposta a três questões: porque muitos destes tribunais não têm condições de arcar com tamanha competência nem com a responsabilidade que deles se espera. Ou mesmo porque a relevância prática dessa previsão é tão limitada que parece quase nula, seria, na prática, uma regra praticamente sem objeto, por si mesma desnecessária. Ou pela maior resistência que a comunidade jurídica receberia essa possibilidade, devido às duas primeiras justificativas e à falta de confiabilidade, respeito e autoridade às decisões dos tribunais de justiça, o que traria descrédito ao instituto. Honestamente, no momento atual, as ressalvas são coerentes e racionais.

Cortes sem confiabilidade e respeito às decisões são cortes sem autoridade porque, nos estudos de Taruffo, seus precedentes não têm força e intensidade suficientes para influir sobre as decisões que lhes sucedem.<sup>88</sup>

Com base nessa força e intensidade de influir entende-se pela necessidade de repensar os precedentes vinculantes do STJ. Trata-se de uma corte que não

---

<sup>88</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 36, n. 199, p. 139 – 155, set. 2011.

consegue se entender nem internamente. A variação de suas posições e a falta de um mínimo de coerência nas decisões proferidas são marcantes<sup>89</sup>.

Talvez a Corte precise se firmar internamente para que possa sustentar com responsabilidade o efeito vinculante das decisões em matéria federal. Sem dúvida, o NCCPC lançou ao STJ um desafio impulsionador de coerência que só o tempo mostrará o resultado.

Por outro lado, a enorme abrangência e a característica centralizadora da Constituição de 1988 torna quase toda matéria uma discussão constitucional. Não é difícil de perceber que a maioria dos processos em que há recurso especial também há um recurso extraordinário para o STF.

Por outro viés, há uma verdadeira dificuldade em dar normatividade à constituição e trazê-la para o centro das instituições e do ordenamento jurídico. A própria prática de tornar necessária a expressa previsão dos efeitos vinculantes denota a nossa cultura positivista e formalista.

Aliás, chamar os efeitos vinculantes de obrigatórios já é fato que tira de dúvidas a necessidade de seguir precedentes, e convoca os magistrados a se adaptarem ao julgamento por precedentes.

Na verdade, é uma tentativa de realçar o óbvio, se a constituição é a base fundamental do ordenamento, das instituições e das relações humanas neste Estado, e, por sua vez, o STF é quem define em definitivo a norma segundo a constituição, então, por óbvio, a norma constitucional da decisão do STF como órgão (entenda-se o plenário) deve vincular tudo e todos.

E se a Constituição deve prevalecer e ela coloca o STJ como definidor da interpretação da legislação federal, então não restam dúvidas que todos os demais tribunais sob parâmetro de lei federal devem seguir o precedente do STJ.

---

<sup>89</sup>Nesse sentido MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 213 -214.



Essa é mais uma prova de que, apesar de diversas inserções de direitos oriundos do *common law* ou do sistema norte-americano ao longo da história, nossa cultura é predominantemente arraigada à positividade da *civil law* e ao positivismo à brasileira.

É demasiadamente difícil fazer uma cultura individualista pensar em conjunto, com coerência e construir uma obra a muitas mãos de maneira íntegra em que deve soar mais alto a constituição.

Ainda dependemos da positividade dos efeitos vinculantes para que o Poder Judiciário possa se sentir constrangido a ser uno e coerente. O personalismo e a anarquia típicos da nossa cultura dificultam a visão coletiva do Judiciário e do próprio direito como um todo.

O entendimento de supremacia hierárquica e constitucionalização do direito e do Estado e a existência de uma Corte com função de constitucionalizar em última instância o direito, por si só, são argumentos mais do que suficientes para promover a vinculação. Mas essa não é a nossa realidade brasileira.

### **1.7.6 Os efeitos vinculantes no NCPC: uma limitação à liberdade judicial**

Por isso, em que pese a discordância e as ressalvas feitas, o Brasil evoluiu muito com a adoção dos efeitos vinculantes no NCPC. Historicamente, nossas mudanças começam nas leis. Primeiro positivamos, e então passamos a ter um simbolismo naquele texto, que por fim, aos poucos, vamos aplicando na prática. Isso aconteceu com os remédios constitucionais e está acontecendo com a jurisdição constitucional e, esperamos que ocorra com os precedentes vinculantes.

É bom lembrar que o efeito vinculante não deixa de ser uma limitação ao Poder Judiciário. Nos referimos ao Poder Judiciário como um todo para alcançar a vinculação vertical e a horizontal. Nesta última, o STF deve se vincular ao que já foi por ele decidido.

Na história é possível perceber primeiro uma limitação do Executivo, depois uma limitação do Legislativo e agora uma limitação do Poder Judiciário através da vinculação.

Essas limitações soam necessárias a fim de manter a democracia e a supremacia constitucional, o respeito aos elementos mais importantes da Constituição e do Estado.

Villalón<sup>90</sup> trata do controle ao controlador em seu livro. De fato essa é uma preocupação recorrente não só na Espanha, como também na maioria dos países latinos. Por isso, assuntos como *self restraint* estão sendo trazidos para estudo neste momento em território nacional.

Culturalmente os *lords e ladies* ingleses têm uma preocupação muito grande em não se colocarem acima da *common law* nem de entrarem em competências do Parlamento britânico. Mas esse não é o caso da cultura brasileira.

Por isso é importante a ampla publicidade das decisões e dos diálogos institucionais a fim de que possam ser avaliados pela classe jurídica, pelas instituições estatais e pela população.

A transparência e a publicidade permitem um controle externo sobre a atividade judicante. Tal controle exige do STF um zelo maior na fundamentação de suas decisões. Esse controle promovido pela transparência e pela publicidade democratiza e auxilia o desenvolvimento do direito jurisprudencial porque exige a comprovação da legitimidade do direito construído, com base na ordem constitucional. Portanto afasta uma cultura de justificar as ações institucionais com embasada na autoridade de um órgão ou de um ocupante de cargo público.

---

<sup>90</sup> VILLALÓN, Pedro Cruz. Control de la Calidad de la Ley y Calidad del Control de la Ley. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (Org.). **Perspectivas Constitucionais Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Por meio da fundamentação é que se convencer racionalmente de que a decisão está íntegra e coerente com o direito local. Essa necessidade de fundamentação exigente deriva do fato de que todo aquele que fala em nome de outro deve justificar suas escolhas. No caso do juiz, ao falar em nome do Estado Nacional, deve justificar-se nos termos do ordenamento constitucional, demonstrando a supremacia da constituição.

E o que faz a constituição ser a norma base e fundamental, o que a faz ser vinculante, é justamente sua vida e seus órgãos vitais. São seus valores, os direitos e as garantias fundamentais e as escolhas políticas de organização mais importantes, seus princípios sensíveis. Seria algo como a Constituição de Schmitt ou a norma fundamental de Kelsen ou mesmo aquilo que chamamos de contrato primário de obrigações firmado entre a sociedade com o Estado.

São esses elementos fundamentais que devem formar a constituição escrita. Todavia, independentemente de sistematização ou desse conteúdo estar unificado, o faz ser constitucional é a sua natureza e a maneira como é guardado preservado e reproduzido e aplicado por um povo.

Por isso entendemos que, tal qual demonstrado na história da *common law*, o efeito vinculante não é obra de um legislador ou do constituinte, é natural da constitucionalização permanente de um Estado Constitucional Democrático que protege veementemente sua Constituição e seus direitos, garantias e valores fundamentais. Portanto, a vinculação é um grau de efetividade constitucional na escala da democracia e da cidadania.

Na Inglaterra todos sentem-se subordinados à *common law*, a rainha, o Parlamento, o Primeiro Ministro, a Suprema Corte e os juízes. Todo aquele que desempenha uma função pública se sente vinculado aos direitos, garantias, opções fundamentais e valores essenciais do Estado inglês. Esses conteúdos se materializam principalmente através das decisões jurídicas da *common law*.

Historicamente a *common law* foi um instrumento de limitação dos agentes públicos através do direito comum e dos valores mais essenciais daquela comunidade. A

construção da cidadania na Inglaterra seguiu sempre pela limitação dos donos do poder por meio da jurisdição da *common law*, que nada mais é do que uma jurisdição constitucional.

No Brasil não comungamos da mesma cultura tampouco da mesma história, mas é inegável que a Constituição de 1988 trouxe um compromisso com a constitucionalização permanente e com a defesa dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas, que não podem ser suprimidas.

Graças à atuação pioneira do STF e da doutrina que lhe robustece os julgados, os direitos fundamentais sociais são considerados de eficácia plena. Tendo em vista a redundante ligação entre direitos sociais e a busca da igualdade material, o Brasil curva-se à constitucionalização do Estado e do direito, a fim de se tornar um verdadeiro Estado Constitucional Democrático.

A importância da eficácia plena das normas constitucionais é dimensionada por Guastini<sup>91</sup> como necessária a se alcançar uma constitucionalização do ordenamento jurídico.<sup>92</sup>

## 1.8 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ESTADO E MUDANÇA DE PARADIGMAS. A VALORIZAÇÃO DA RACIONALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO LEGAL E APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA CONSTITUCIONALIZADA AOS FATOS

A constitucionalização do Estado e do ordenamento jurídico em uma realidade plural e complexa exige um direito “dúctil”<sup>93</sup>, melhor dizendo, maleável. Um direito racionalizado com base no contexto histórico e social.

---

<sup>91</sup> Cf. GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003

<sup>92</sup> Especificamente neste ponto, entendemos que as normas suscitadas por Guastini são aquelas que realmente têm elevação materialmente constitucional. Ou seja, que não recebem terminologia de constitucional simplesmente por uma questão de *topus* ou localização na Carta Constitucional. São aquelas que refletem a vida e os órgãos vitais da constituição. São os valores, direitos e garantias fundamentais e as opções mais importantes para a formação e organização do Estado.

Assim, por meio de seus Poderes e instituições, cabe ao Estado buscar a correta interpretação e aplicação do direito conforme a constituição no caso concreto. Não se trata de tarefa fácil, mas é definitivamente uma tarefa necessária.

Segundo Zagrebelsky, a organização do Estado Constitucional depende de alterações essenciais. A aproximação dos fatos para o cumprimento dos valores constitucionais esbarra na ausência de regras específicas para dirimir todas as situações.

Por isso, a interpretação e a aplicação das normas constitucionais pressupõem a utilização de princípios constitucionais (que fazem o aporte dos valores constitucionais) com força normativa diretamente nas leis e no caso concreto.

### **1.8.1 A imprecisão da regra constitucional e a necessidade de adaptar a Constituição e a interpretação legal constitucionalizada ao caso concreto**

A utilização dos princípios conformadores e diretrizes constitucionais, como se fossem regras jurídicas cogentes, fez com que as opções políticas da Constituição se materializassem nas mais diversas obrigações práticas nas esferas públicas e privadas.

Esse fato, por si só, já retira toda a certeza, a autossuficiência e a unicidade das regras jurídicas, e conseqüentemente do próprio ordenamento. Por efeito, para se chegar a um Estado Constitucional, é preciso afastar-se do Estado positivista de outrora<sup>94</sup> (no sentido de não ter expressividade normativa da Constituição) e aproximar-se da Constituição buscando dar-lhe eficácia prática.

---

<sup>93</sup> Referência à ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. 10 Ed. Madrid, Trotta, 2011.

<sup>94</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. 10 Ed. Madrid, Trotta, 2011.

Por consequência, há de se admitir um direito insuficiente de prever todas as situações do mundo dos fatos e, mais que isso, um direito em construção contínua. Dessa maneira, todas as regras jurídicas devem integrar-se a esse sistema constitucional. Este sistema, por sua vez é autorreferente com base na supremacia e na força normativa da constituição.

Então, as regras constitucionais são utilizadas para resolver os problemas de ordem prática. No entanto, devido ao alto grau de generalidade, não raro, permitem as mais amplas, controvertidas e diferentes aplicações.

Perante a dificuldade de ligação dos princípios com os casos práticos combinada com a ausência de previsibilidade dos conflitos que podem ocorrer, e ainda com a insuficiência de regras com previsão específicas para todas as situações, o legislador passa a adotar técnicas abertas.

Essas técnicas que incluem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados visam a permitir a adequação jurídica através da interpretação constitucional do dispositivo.

Essa interpretação acaba sendo uma reconstrução constitucionalizada de uma regra jurídica. E essa reconstrução interpretativa do dispositivo legal é aplicada tal qual uma lei para o caso concreto. É direito e é cogente para as partes do litígio.

Essas circunstâncias permitem algumas afirmações. A primeira é que a lei, isoladamente considerada, não é capaz de coordenar o Estado Constitucional, tampouco atingir seus fins.

A segunda é que mesmo sem cláusulas abertas, é provável que haja maneiras diferentes de interpretar e aplicar a lei no caso concreto. A terceira é que todas as regras e interpretações jurídicas devem afirmar-se e referenciar-se na constituição.

A quarta é que a imprecisão semântica própria da linguagem é reconhecida pelo Estado Constitucional, de forma que se admite a existência de diferença entre regra e norma. Ao se entender que uma mesma regra jurídica pode gerar inúmeras

normas (interpretações extraídas do mesmo texto legal) jurídicas diferentes, deve-se entender a indispensabilidade do intérprete.

Isso porque a interpretação é uma atividade humana de racionalização de um texto. Queda por este argumento, qualquer defesa de interpretação como atividade mecânica, silogística pura e dissociada da realidade.

### **1.8.2 Mudança de paradigma do Estado legislativo para o Estado constitucional**

A necessidade de, a partir da regra jurídica, encontrar a norma aplicável ao caso que mais se adere aos fins e valores constitucionais faz o foco do direito transferir-se da regra para a norma jurídica.

Se o Estado Legislativo focava na regra jurídica, o Estado Constitucional foca na interpretação aderente ao fato que mais se adequa à constituição. Se o Estado legalista foca na previsão abstrata dos direitos fundamentais individuais para garantir uma igualdade formal, o Estado social foca na efetividade dos direitos e garantias fundamentais individuais e sociais para garantir uma igualdade material. Se o Estado Legislativo foca na atividade do legislador, o Estado Constitucional foca na atividade interpretativa através da submissão de todos os poderes e particulares à supremacia e à força normativa constitucional. Se no Estado Clássico a defesa dos direitos era dada apenas com a previsão abstrata, no Estado Moderno a defesa dos direitos é dada com a interpretação constitucionalizada e a defesa da constituição com a intervenção pública para dar efetividade aos direitos constitucionais. Se o Estado liberal tinha nos direitos fundamentais uma obrigação negativa, no Estado constitucional esses mesmos direitos implicam uma obrigação de proteção interventora e efetiva.

O Estado Liberal tinha no direito privado o centro de suas atenções. Era dado um tratamento para o direito privado, que interessava aos poderosos da época e outro tratamento diferente ao direito público, que era mais um dever negativo do Estado.

Hoje o Estado constitucional não faz essa divisão estanque porque todo o ordenamento está sob as bases de uma constituição, que é direito público. A Carta fluida deve adaptar-se à realidade seja nas relações entre Estado e particular e entre particulares entre si.

A constituição não só deve ser a base das relações públicas como também das relações privadas. Todo o ordenamento deve ser lido e relido conforme a constituição<sup>95</sup>. Então, não importa se a relação é privada ou pública, a constituição deve servir de base para a intervenção do Estado a fim de garantir a integridade do ordenamento jurídico e os objetivos do Estado social.

### **1.8.3 O papel do intérprete e da norma jurídica na ordem constitucional**

O Estado social exige uma racionalidade dinâmica e reflexiva que não cabe na estrutura do dispositivo legal. Da mesma forma que o direito também não pode ser admitido apenas como fruto da atividade do legislador.

Como visto, a atividade do intérprete ganha o foco do Estado social. E o direito aplicável passa a ser a norma constitucionalizada atinente ao caso concreto e não a regra geral e abstrata.

Mesmo que essa construção da norma jurídica constitucionalizada não seja feita pelo legislador e sim pelo juiz, ela se comporta e é respeitada como aplicação legítima do direito.

Por isso, a norma jurídica obtida através da interpretação judicial é considerada direito e a atividade interpretativa do judiciário é considerada fonte do direito no Estado moderno.

---

<sup>95</sup> MORAES, MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas. 2 ed. Rio de Janeiro: PUC, v. 91, n.1, p. 59 – 73, jul. – dez. 2014.



#### **1.8.4 O Poder Judiciário como intérprete natural da Constituição**

Para o Estado social não basta apenas a interpretação, é preciso que essa interpretação esteja substanciada na constituição. Todos os atos do Estado Constitucional devem visar ao cumprimento da constituição, garantir seu respeito e reforçar a sua autoridade e supremacia.

Mas, como garantir a constitucionalização dos atos do Estado? Como impedir o desrespeito, a supressão e a deterioração? Como é possível manter viva a constituição? Como impedir que os direitos e garantias fundamentais e os valores essenciais à conformação daquela civilização não sucumbam aos interesses de pessoas ou grupos do poder?

O Estado Constitucional atribuiu a guarda e a defesa da constituição a todos os poderes e pessoas. No entanto, a constituição escrita, como qualquer outro texto, precisa ser interpretada para que se extraia a norma jurídica adequada ao caso sob exame.

Nesse sentido, a Constituição deu competência ao judiciário para desenvolver o múnus público de dar interpretação adequada à constituição e garantir o respeito integral à sua vida e órgãos vitais. Então, cabe ao Judiciário dar integridade ao ordenamento.

O Poder Judiciário deve guardar a Constituição e impedir que as cláusulas pétreas sejam desfiguradas, suprimidas ou desrespeitas. Cabe ao Poder Judiciário impedir a morte da constituição e o fim do Estado Constitucional Democrático.

Isso implica dizer que o Judiciário deve impedir desrespeitos ou retrocessos inconstitucionais do Poder Legislativo ou do Poder Executivo seja por parte de atividade legislativa ou normativa ou práticas. Como também determina que os particulares não podem desrespeitar a Constituição.

Essa lógica atribui ao Poder Judiciário o status de guardião da Constituição e a qualidade de intérprete oficial da Carta Magna, responsável por certificar, fomentar e garantir a força normativa da constituição e intocabilidade de seus elementos mais importantes.

Sob tal perspectiva, observa-se que, ao ser o intérprete natural da Constituição, o Judiciário toma para si a função de, em última instância, dar sentido à regra jurídica. Função que no Estado Liberal era do Legislativo.

Como o judiciário é o intérprete natural e guardião e, por efeito, o maior responsável por manter viva e operante a constituição, esse poder passou a ocupar posição central em importância no Estado social.

## 1.9 O PODER JUDICIÁRIO, A DEMOCRACIA E A APLICAÇÃO DO PROJETO CONSTITUCIONALIZANTE DA CARTA DE 1988. A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONALIZANTE

Apesar de o movimento constitucionalista e a onda de democratização<sup>96</sup> terem surgido na Europa na metade do século XX, no Brasil esse movimento só foi possível após a ditadura militar e a instauração de um regime democrático pela Constituição de 1988.

Essa ocorrência justifica-se principalmente por uma ligação indissociável entre a democracia e a constituição social e dessas com os valores substanciais e direitos fundamentais da constituição (principalmente os direitos fundamentais e a igualdade material).

---

<sup>96</sup> HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century.** Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

Antes, segundo Ferrajoli<sup>97</sup>, o Estado positivista clássico atuava sob um critério formal de validade, como pertencimento a certo ordenamento jurídico mediante inserção por procedimento adequado<sup>98</sup>.

O constitucionalismo mudou essa realidade. Segundo Ferrajoli<sup>99</sup> com a supremacia da constituição e a inalienabilidade dos seus direitos fundamentais, o Estado Constitucional introduz uma dimensão nomostática em que as regras e normas jurídicas produzidas são confrontadas com o conteúdo constitucional.

Defende o autor que, caso destoem da Carta constitucional e não atendam aos princípios da coerência e da completude do sistema constitucional, essas regras e normas destoantes devem ser removidas do ordenamento jurídico.

---

<sup>97</sup> *Comencemos por la primera alteración producida por el modelo garantista en el esquema positivista clásico: la que afecta a la teoría del derecho. Según la concepción prevaleciente entre los máximos teóricos del derecho —de Kelsen a Hart y Bobbio— la «validez» de las normas se identifica, sea cual fuere su contenido, con su existencia: o sea, con la pertenencia a un cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo. Esta concepción puramente formal de la validez es, a mi juicio, el fruto de una simplificación, que se deriva, a su vez, de una incomprensión de la complejidad de la legalidad en el Estado constitucional de derecho que acaba de ilustrarse. En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas —habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional— no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma —por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad— por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.* FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e garantías. La ley del más débil.** Trad. Perfecto A. Ibañes e Andrea Greppi. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 20-21.

<sup>98</sup> Por isso, neste ponto, nos distanciamos dos entendimentos adotados por teóricos como Bobbio que fixam sua teoria no Estado de Direito e não no Estado constitucional. Bobbio apregoa que a democracia e o Estado de direito não dependem um do outro, ainda que possam coincidir. In: BOBBIO, Norberto. *A Crise da democracia e a lição dos clássicos.* **Arquivos do Ministério Público.** Fundação Petrónio Portella, Brasília, Ano 40, n. 170, out. - dez. 1987. p. 33. Contudo, defende que a relação entre Estado de Direito e Democracia tem se estreitado, de maneira que o Estado de Direito celebra a democracia porque o Estado de direito permite a distinção entre as forças legítimas e ilegítimas, legais e ilegais. In: BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.. Na verdade Guillermo O'Donnell simplifica o que muitos autores defendem, ao dizer que “El Estado de derecho es un puntal de toda democracia de buena calidad”. O'DONNELL, Guillermo. *Democracia y Estado de derecho.* **Nexos.** n 325. México, jan. 2005. p. 19.

<sup>99</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos.** O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 20.

Ferrajoli entende o elemento valorativo como intrínseco e indissociável da constituição. Esses elementos ganham aplicação cogente tomando forma de direitos fundamentais e princípios estruturantes.

Assim, prossegue o autor, passam a servir como uma vedação negativa do Estado descumpri-los ou suprimi-los, quanto aos direitos individuais e uma obrigação positiva do Estado promovê-los, quanto aos direitos sociais.

Com os princípios e direitos fundamentais por esta (constituição) estabelecidos estipulou-se, de fato, como um solene “nunca mais” aos horrores dos totalitarismos, aquela que chamei de a esfera do não decidível: aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos na Constituição.

### 1.9.1 Constituição e democracia e civismo

A supremacia da constituição que torna obrigatória o respeito aos direitos fundamentais e princípios constitucionais. É a supremacia que dá normatividade à Carta Magna que obriga o Estado a promover os direitos sociais no mundo dos fatos.

Por efeito, não há como pensar em um direito fundado e desenvolvido com base na constituição social sem pensar em um ambiente democrático, no qual todos e principalmente os agentes públicos subordinam-se às diretrizes materiais e formais da constituição.

Nesta altura é interessante trazer as considerações de Alexis de Tocqueville<sup>100</sup> sobre a democracia dos Estados Unidos. O francês, em 1831 viajou à América e trouxe o relato de uma democracia que marchava rumo à igualdade e que tinha como característica a forte intervenção dos juízes em todas as esferas sociais.

Contou ainda que, diferentemente dos europeus, na América anglo-saxã não só se queria a democracia como também se traduzia esse querer nas instituições

<sup>100</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**. Leis e costumes. Livro 1. 2 ed. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

democráticas. A cultura e as leis nos Estados Unidos foram construídas a partir do Estado social e cultural, que, por sua vez, se subordinava à sociedade.

Esse relato do magistrado francês demonstra que a democracia está estreitamente ligada a uma subordinação do Estado à sociedade. E a constituição social representa esse contrato entre sociedade e Estado. Para o autor, só é possível ter democracia quando as instituições também são democráticas, ou seja, voltam-se para a sociedade e para os fins sociais.

A constituição social é simultaneamente uma carta jurídica e uma carta política. Nela estão descritos os fundamentos, as diretrizes e as escolhas daquela nação. Então todo aquele que age ou fala em nome daquele povo deve respeitar a constituição e tê-la como norte e parâmetro de validade de seus atos.

Hans-Peter Schneider<sup>101</sup> tem um trecho que explica o modelo de Estado Constitucional, em que estabelece quando a constituição imbuída de direitos fundamentais e valores democráticos direciona uma comunidade:

A Constituição tem, melhor dizendo, o caráter de um modelo amplo, sendo um modelo de vida para a comunidade política orientado para o futuro (...) e, por isso, sempre tem algo do que poderia se chamar de utopia concreta. Dela resulta a orientação finalista do direito constitucional com respeito a determinados pensamentos orientativos, diretivos e mandatos constitucionais, que refletem esperanças do poder constituinte e prometem uma melhora das circunstâncias atuais; ou seja, que vão mais além de apenas registrar as relações e poder existentes. Tais objetivos da Constituição são a realização de uma humanidade real na convivência social, o respeito à dignidade humana, o êxito da justiça social sobre a base da solidariedade e no marco da igualdade e da liberdade, a criação de condições socioeconômicas para a livre auto realização e emancipação humana, assim como o desenvolvimento de uma consciência política geral de responsabilidade democrática. Estes conteúdos da Constituição, na

---

<sup>101</sup>Tradução livre do trecho: *La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro... y, por ello, siempre tiene algo de 'utopía concreta'. De ello resulta la orientación finalista del derecho constitucional con respecto a determinados pensamientos orientativos, directivos y mandatos constitucionales, que reflejan esperanzas del poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales; es decir, que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Tales objetivos de la Constitución son la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática. Estos contenidos de la Constitución, la mayoría de las veces, no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política (...) la Constitución (...) se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales.* Schneider, Hans-Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid: CEC, 1991. p.49.

maioria das vezes, não estão presentes na realidade, uma vez que estão sempre pendentes de uma futura configuração política, (...) a Constituição (...) ocorre de forma ativa e se transforma em prática de forma autônoma sob a participação democrática nas decisões do Estado.

No Brasil, assim como em qualquer outro país, a realização de um “projeto constitucional” social e democrático é uma construção contínua<sup>102</sup>. O texto bem redigido e rico em direitos fundamentais não é suficiente para se ter uma aplicação que reproduza na prática a intenção do referido projeto<sup>103</sup>.

São necessárias a cobrança e a participação da sociedade de forma a reivindicar o cumprimento da constituição e não permitir o açoitamento do texto constitucional. Isso significa que a sociedade deve exigir o prevailecimento do interesse público traduzido nos valores essenciais e direitos fundamentais da Constituição.

Seria, na prática, algo como o que Habermas chamou de “poder social” o qual “se expressa na força de imposição de interesses superiores, que podem ser defendidos de modo mais ou menos racional.” Como também o que Habermas entende sobre o poder político como um “poder social abstrato e duradouro, que permite intervenções no “poder administrativo”, isto é, nos cargos organizados de acordo com competências”.<sup>104</sup>

## 1.9.2 O direito como uma obra inacabada no Estado Democrático Constitucional

A sociedade através do controle social, certamente, exerce um poder político e um poder social. O exercício desse poder é imprescindível para o fortalecimento da democracia e da Carta constitucional. Esta Carta segue como um direcionador dos atos do Estado.

<sup>102</sup> Cf. MELLO, Marco Aurélio. Prefácio. In **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. CLÉVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 8.

<sup>103</sup> Cf. BALKIN, Jack M. **Constitutional redemption**. Political faith in an unjust world. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

<sup>104</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 11

A Constituição enfrenta o desafio de reger uma sociedade complexa e filtrar<sup>105</sup> o direito positivo, que Garapon afirma estar condenado a um déficit permanente<sup>106</sup>. Para se encontrarem as respostas aplicáveis aos mais diversos casos concretos deve-se utilizar a constituição como um norte de validade e interpretação das leis e normativos de maneira geral. Essa adaptação contínua fortalece a força normativa da Carta Magna, dando-lhe maior importância e mais vida.

E a constituição viva vai se modificando durante o tempo a fim de que permaneça aplicável e seja capaz de regular as situações postas. Segundo Slapper e Kelly, o fato da *House of Lords*<sup>107</sup> modificar suas decisões justifica-se no reconhecimento de que o direito deve manter-se vivo, esteja ele expresso na jurisprudência ou nas leis. Portanto, desde que necessário, as Cortes Supremas devem modificar seus precedentes a fim de se manter a relevância prática do direito aplicado<sup>108</sup>.

Esse crescimento em importância e aplicabilidade da constituição é algo que tem tomado força nas sociedades atuais. Seria algo como a tensão entre a Constituição e a democracia<sup>109</sup>, sendo que uma dá suporte a outra.

### 1.9.3 O papel do juiz na tensão entre a Constituição e a democracia

O Poder Judiciário durante o Estado clássico positivista tinha a função de declarar os direitos, sendo que essa declaração só tinha validade se fosse fiel à intenção do legislador. Ou seja, o juiz do período positivista não podia interpretar a lei e a constituição ficava no plano político, sem normatividade ou vinculatividade praticamente nenhuma.

---

<sup>105</sup> A expressão filtragem constitucional é utilizada por Paulo Ricar Schier. Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: **A constitucionalização do direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira (coord.); SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>106</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>107</sup> Hoje este encargo é da Suprema Corte.

<sup>108</sup> SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The English Legal System**. 8 ed. Oxon: Routledge-Cavendish, 2006. p.82.

<sup>109</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

Mesmo no Brasil onde prevalecia a justificativa legal para a escolha política pessoal do magistrado e não exatamente uma preocupação com o legislador, havia um constrangimento dos juízes em dar plena eficácia aos dispositivos constitucionais.

A constitucionalização do direito e o direcionamento da ordem jurídica conforme a Constituição mudou essa perspectiva e trouxe como papel principal do juiz a aplicação da constituição no caso concreto e a interpretação das leis segundo a constituição.

Hoje a atividade de controle de constitucionalidade e de filtração constitucional das leis pelo Judiciário é uma produção de normas jurídicas, é uma produção legítima de direito, desde que seja feita dentro dos critérios e limites constitucionais e legais.

A atividade do Poder Judiciário deixa de ser declaratória de direito e passa a ser constitutiva de direito. No Estado Democrático Constitucional não há dúvidas de que o juiz produz direito, através de sua decisão, com vistas à concretização da constituição no caso em exame, dentro dos limites legais e constitucionais.

O conceito de jurisdição de Chiovenda<sup>110</sup> como atuação à vontade concreta da lei hoje recebe necessariamente o filtro constitucional. Logo seria algo como a produção de normas jurídicas concretas segundo a lei e válidas formal e materialmente conforme a constituição e íntegras com o ordenamento constitucional, coerentes com o que já foi produzido.

#### **1.9.4 Os conflitos sociais no processo judicial. A construção da democracia e da cidadania nos fóruns e tribunais**

Com a obrigação de interpretar e materializar a constituição no caso concreto, o Poder Judiciário é chamado a garantir direitos aos que a ele demandam. Essa tensão entre a democracia e a constituição escrita que passou a ter um amplo rol de

---

<sup>110</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. 1. Napoli: Jovene, 1935.



direitos e garantias fundamentais de aplicabilidade imediata, trouxe o conflito político para dentro dos fóruns e tribunais.

Com a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário que até então tinha a função de declarar direitos é chamado a dar efetividade aos direitos fundamentais, e ao fazê-lo cria normas jurídicas dentro dos seus limites e competências.

Essa constitucionalização do direito fez com que, segundo Werneck Vianna, o Judiciário passasse a resolver conflitos sociais que antes eram resolvidos em outros espaços políticos ou institucionais<sup>111</sup>. Houve, portanto, um deslocamento do espaço simbólico da democracia para o Poder Judiciário<sup>112</sup>.

É inegável que houve uma expansão do direito sobre a política na sociedade contemporânea. Segundo Weneck Vianna, essa é a principal característica das sociedades complexas hodiernas, inclusive da brasileira<sup>113</sup>.

Para Habermas a posição destacada do judiciário deriva da expansão do direito que, por sua vez, ocorre por meio do processo como paradigma procedimental. É através da expansão do direito pelo processo judicial que se fortalecem a democracia e a própria cidadania.

### 1.9.5 A judicialização dos conflitos sociais

Essa construção casada da expansão do direito pelo processo judicial que causa o fortalecimento da democracia e da própria cidadania, coloca o Poder Judiciário e o Tribunal Constitucional no centro das discussões políticas e sociais.

---

<sup>111</sup> VIANNA, Werneck Luiz. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>112</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>113</sup> VIANNA, Werneck Luiz. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Por efeito, a consciência da sociedade acerca dos seus direitos fundamentais de cunho individual, social e coletivo (*lato senso*) refletiu sensivelmente no excessivo aumento de processos judiciais.<sup>114</sup>

O fenômeno foi chamado por Cappelletti<sup>115</sup> de judicialização dos conflitos sociais. A causa, segundo o autor é a ampliação dos direitos sociais que, por sua vez, reflete a consolidação do *welfare state*.

Não obstante a boa intenção constitucional, o Estado do bem estar social faz-se por políticas públicas das instituições do Estado. Portanto, a proposta democrática e social de 1988 depende de grande empenho das instituições estatais em dar efeito ao texto normativo e da população em cobrar essa intervenção positiva do governo.

A mudança paradigmática do direito individualista de não intervenção do Estado para um direito social de intervenção necessária do Estado<sup>116</sup> requer grandes mudanças e esforços de todos os setores da sociedade e do Estado.

A ampliação do rol de direitos fundamentais para englobar os direitos sociais<sup>117</sup> e os coletivos (*lato senso*) quebrou as barreiras que limitavam a atuação do Poder Judiciário.

Talvez essa seja a grande mudança proporcionada pela Constituição Federal no que tange à atuação do Poder Judiciário, que é a de facultar aos magistrados interferir nas políticas públicas. Há de se dizer que seria mais do que mera intervenção, seria uma verdadeira promoção de políticas públicas a partir de decisões judiciais.

O munus de dar efetividade à constituição tomou o Poder Judiciário. Os juízes sentiram-se incumbidos de trazer para a prática as previsões constitucionais. A

---

<sup>114</sup> CATHARINA, Alexandre de Castro. **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 49.

<sup>115</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

<sup>116</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

<sup>117</sup> Flavia Piovesan garante que a CF/88 foi a primeira a incluir os direitos sociais como direito fundamental de aplicabilidade imediata. Piovesan, Flavia. Proteção dos direitos sociais no Brasil: Desafios e perspectivas. In **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 410.

década de noventa foi um momento de redescobrimto do Poder Judiciário como um superpoder cujos limites ainda hoje são difíceis de se ver na prática forense.

Uma nova conduta, agora intervencionista e livre, passou a ser adotada pelos juízes que, destemidamente, passaram a buscar dar efetividade à Constituição, utilizando-se para tanto de princípios e cláusulas abertas.

Assentados na confiança popular, os juízes julgavam com base em um muito livre convencimento cuja motivação se retirava de uma constituição aberta. Como um poder em ascensão diante da crise de representatividade dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário decidia de maneira a imperar sobre os demais poderes.

Essas circunstâncias e a ausência de limites davam espaço para as mais interventoras decisões sobre os mais diversos aspectos da sociedade em um solipsismo judicial nunca antes visto.

O momento histórico de desconfiança dos outros poderes e de sedimentação da democracia depois de vinte e um anos de restrição aos direitos trazia vigor à atuação judicial. Essas circunstâncias ancoradas no compromisso constitucional com os direitos humanos foram oportunas para o surgimento e protagonismo dos juízes ativistas.

## 1.10 ALGUMAS PALAVRAS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO, A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, A LIVRE INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E O ATIVISMO JUDICIAL DO PÓS 1988

### **1.10.1 A constitucionalização como um movimento de limitação dos agentes públicos e dos poderes do Estado**

“O constitucionalismo surge como fenômeno histórico-político, cuja função consiste em limitar e racionalizar o poder político, estabelecendo todas as regras normativas”,

a partir das quais o Estado deve pautar suas ações<sup>118</sup>. Portanto, trata-se de um movimento que visa a limitação de todos os poderes do Estado.

É um fenômeno histórico porque é uma resposta aos abusos cometidos pelos Estados totalitários contra a dignidade da pessoa humana. É um fenômeno político porque mune o direito de valores, o quais são depositados na Constituição e porque são esses valores morais petrificados como jurídicos na Constituição que limitam e asseguram o não utilitarismo dos poderes estatais. Segundo Ferrajoli, essa inserção de valores no direito é o grande diferencial do constitucionalismo.<sup>119</sup>

Para o positivismo crítico de Ferrajoli, é preciso adequar o paradigma positivista ao constitucionalismo. Isso implica dizer que a validade se ergue a partir da constituição e se divide em formal e material, de forma que a validade material está nos valores morais materializados como jurídicos pela constituição.

Dessa feita, só são válidos as leis, os atos e decisões judiciais quando estão materialmente e formalmente de acordo com a constituição<sup>120</sup>. Então há duas formas de analisar um direito, uma pelo critério material e outra pelo critério formal.

No constitucionalismo o paradigma deixa de ser a lei e passa a ser a constituição. E todo o ordenamento jurídico deve ser racionalizado e interpretado de acordo com a Constituição, que é o fundamento formal e material de validade de todas as normas.

O movimento constitucionalizante está intrinsecamente ligado à relação entre constituição, fundamentação e jurisdição constitucional<sup>121</sup>. Ele fundamenta-se na supremacia constitucional e se desenvolve na defesa dos direitos fundamentais e, conforme Atienza<sup>122</sup>, na limitação do Estado e dos agentes públicos através da

<sup>118</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 47.

<sup>119</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid : Trotta, 2003.

<sup>120</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid : Trotta, 2003. p. 19.

<sup>121</sup> STRECK Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37.

<sup>122</sup> ATIENZA, Manuel. **Argumentación y Constitución**. Disponível em: <[http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Razones\\_para\\_leer\\_a\\_Manuel\\_Atienza.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Razones_para_leer_a_Manuel_Atienza.shtml)> Acesso em: 02 fev. 2016.

justificação exigente e racional dos atos dos entes públicos como também da jurisdição constitucional<sup>123</sup>.

Essa limitação promovida através da jurisdição constitucional é vista por Kelsen como um “princípio, específico do Estado de direito, que seria o princípio da máxima legalidade da função estatal”.<sup>124</sup>

Ocorre que a máxima legalidade e o positivismo sozinhos não são capazes de conter os avanços pessoais dos ocupantes dos poderes do Estado, principalmente do próprio Poder Judiciário.

Lênio Streck, em uma visão mais associada ao Brasil, explica que o positivismo tem como “principal característica, a discricionariedade” porque é “calcado, de um lado, em um objetivismo que não diferencia texto e norma e, de outro, em um subjetivismo que ignora os limites semânticos do texto jurídico”.<sup>125</sup>

Ou seja, o positivismo por não ter a base valorativa extraída da constituição, não permite uma visão completa do direito e dá margem a subjetividades e a abusos do intérprete.

Diante da exigência de adequação aos valores constitucionais, Atienza, defende que a argumentação foi a grande mudança proposta pelo constitucionalismo. Segundo o autor, o constitucionalismo modificou a maneira de se entender o direito, desmistificando a unicidade do texto jurídico e valorizando o direito como uma prática racional e argumentativa.

É a análise dessa argumentação que serve de instrumento para que se verifique, no caso concreto, se houve respeito às diretrizes constitucionais. A tarefa de trazer a máxima eficácia da constituição para os casos práticos exige, segundo Atienza, que

---

<sup>123</sup> No mesmo sentido ver RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.35.

<sup>124</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 239.

<sup>125</sup> STRECK, Lênio Luiz. Prefácio. In: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

se busque a justificação racional e a plena adequação constitucional na argumentação.

Diante dos pressupostos de que o direito positivo não consegue prever todas as obrigações e de que, segundo Habermas e Dworkin, não existem casos exatamente idênticos, não há como abrir mão da racionalidade e da argumentação do intérprete para dar aplicação válida e adequada do direito positivo à ordem constitucional e ao caso concreto.

Independentemente de se buscarem resolver lacunas e contradições para Ferrajoli ou de se alcançarem os fins e valores da prática jurídica do Estado Constitucional para Dworkin. Independentemente da corrente ou do autor de referência, é possível perceber que o constitucionalismo coloca a supremacia da Constituição com a subordinação de todos a ela e a busca também de todos por sua máxima efetividade como sendo guias à atividade jurisdicional.

A Constituição ao se instruir de valores e ao admitir que não é capaz de prever todas as situações possíveis de forma unívoca e inequívoca, traz o trabalho da constitucionalização para as cláusulas e princípios constitucionais que tomam forma através da argumentação do intérprete.

O constitucionalismo diferencia a norma e a regra jurídica. A primeira fruto da interpretação e a segunda, fruto da previsão abstrata propriamente dita. Nesse sentido é importante observar o que disse Taruffo<sup>126</sup>:

A norma já não se entende como um enunciado que tem um significado claro e predeterminado, senão que se considera como enunciado cujo significado deve ser identificado através da atividade interpretativa que realizam os encarregados de levá-la a termo. Entre estes sujeitos destaca-se o juiz (...).

---

<sup>126</sup> Tradução livre do trecho: “*La norma ya no se entiende como un enunciado que tiene un significado claro y predeterminado, sino que se considera como enunciado cuyo significado debe ser identificado a través de la actividad interpretativa que realizan los encargados de llevarla a cabo. Entre estos sujetos destaca el juez (...)*”. In: TARUFFO, Michele. Jueces y Política. **Isonomía** Universidad de Pavia, n 22, p. 8 – 18, abr. 2005 Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/8101/Taruffo,%20Michele>> Acesso em: 05 fev. 2016.P. 13.

Com base nessa lógica de valorização da norma, Atienza atribui à argumentação a grande modificação do que entendemos por direito. Para o espanhol, a argumentação racional passa a ser o direito exigível e imprescindível à prática jurisdicional. Ao contrário do que ocorria nos séculos XVIII, XIX e início do século XX, hoje não há dúvidas de que a atividade judicial produz direito.

Rebecca Huxley-Binns e Jacqueline Martin<sup>127</sup> explicam que, mesmo no modelo inglês, “não existe autoridade legislativa ou expressa autoridade democrática para as cortes produzirem direito, no entanto, não obstante, é claro que os juízes criam sim o direito em duas maneiras chaves: ao desenvolver a *common law* e ao interpretar os atos do parlamento”.<sup>128</sup>

E a chave do controle das decisões judiciais e da atividade não só dos magistrados mas de todos os agentes públicos está na fundamentação, conforme Atienza. É por análise da fundamentação que se verifica se houve adequação e coerência com o direito já construído na ordem constitucional e com o próprio caso concreto.

É por meio desta justificação racional defendida por Atienza que se analisa se o direito construído pelo juiz atende ao conceito de integridade em Dworkin, num processo de construção e justificação tal qual pontua Dworkin.

<sup>127</sup> Tradução livre do trecho: “*There is no legislative or express democratic authority for the courts to be law-makers but, nevertheless, it is clear that judges do make the law (...) in two key ways: developing the common law; interpreting Acts of Parliament.* In: HUXLEY-BINNS, Rebecca; MARTIN, Jacqueline. **Unlocking the English Legal System**. 4 ed. Abingdon/New York: Routledge, 2014. p. 3.

<sup>128</sup> Sobre a atividade criativa dos juízes com ênfase na tradição civil law, Taruffo expõe: “*En esta actividad de interpretación, el juez lleva a cabo una función que es muy creativa porque no se trata solamente de descifrar lo que la norma dice desde un punto de vista literal, sino de atribuirle, una y otra vez, significados diferentes y variables en los que se reflejan valores morales, necesidades sociales, criterios de justicia de los que el juez es portador al realizar su función. El aspecto creativo de esta función es particularmente evidente en los casos –que son cada vez más frecuentes– en los que las normas se formulan en términos precisos y rigurosos pero incluyen términos vagos, conceptos indeterminados o cláusulas generales. De hecho, en estos casos, el legislador delega al juez el poder y la carga de decidir la policy que el propio legislador no ha querido o no ha podido elegir al crear la norma.*” In: TARUFFO, Michele. *Jueces y Política*. **Isonomía** Universidad de Pavia, n 22, p. 8 – 18, abr. 2005 Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/8101/Taruffo,%20Michele>> Acesso em: 05 fev. 2016.p. 14.

### 1.10.2 O caráter de resistência e de limitação dos poderes da constitucionalização do direito

A ideia de controle e limitação dos Poderes trazida pelo constitucionalismo permitiu a Mauro Cappelletti afirmar que “a grande 'descoberta' do pensamento moderno está nas Cartas Constitucionais, entendidas como a *lex superior*, vinculatória até para o legislador.”<sup>129</sup>

A proteção e a observância da Constituição é uma limitação aos poderes e agentes públicos. E o Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional, ganha a função de último intérprete e protetor da Carta Magna.<sup>130</sup> Isso porque o movimento constitucionalizante defende que todos os poderes e agentes públicos defendam e respeitem a ordem constitucional.

Não se trata de achar que os juízes serão um juiz Hércules de Dworkin que não erra, que tem capacidades e entendimentos acima do senso comum. A ideia é justamente fugir da personificação e das características pessoais do juiz “sobrenatural” e acima da média e se aproximar da realidade sob a condução da constituição.

O trecho acima condiz com o alerta de Ingeborg Maus<sup>131</sup> sobre um poder judiciário que substitui o monarca na condução do país para evitar o prosseguimento do paternalismo autoritário hoje representado pelo judiciário.

Nessa esteira, para que a sociedade deixe de ser órfã e se veja como um povo ativo, legitimante e participante é necessário que a constituição deixe-se vincular à realidade<sup>132</sup> e isso só é possível se todos se submeterem à constituição.

<sup>129</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2 ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992. p. 62.

<sup>130</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. O modelo garantista (MG) e redução de discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 58 et seq.

<sup>131</sup> MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

<sup>132</sup> MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 7 ed. rev, atual., e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.



Portanto, a submissão geral dos agentes públicos à constituição e ao ordenamento constitucional, incapaz de prever todas as situações, pode ser vista pelo ângulo da justificação racional das decisões.

Nessa lógica, o movimento constitucionalizador é um movimento de limitação contra arbitrariedades dos Poderes do Estado. Visa, através da justificação racional e da jurisdição constitucional, a proteger os direitos fundamentais e a própria constituição.

A jurisdição constitucional é um instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da própria constituição. O constitucionalismo não é um movimento de mudança ou de revolução. Trata-se de movimento de proteção e manutenção da ordem constitucional derivado do desenvolvimento do conceito de direito a partir do que foi construído.

Sobre o fenômeno, entendemos a partir de Atienza<sup>133</sup> que, ao se compreender o direito como uma prática argumentativa que se justifica na racionalização dos atos, leis e decisões conforme a Constituição, todos os agentes públicos são obrigados a justificar seus atos e opções na Carta Constitucional através da argumentação.

Então, entendemos, a partir de Atienza, que toda a ordem jurídica e todos os atos dos agentes públicos devem ser validados através da fundamentação. Na fundamentação deve-se comprovar a legitimidade da escolha, conforme a ordem constitucional. Assim, as decisões e os atos jurídicos se ligam à Constituição e ao ordenamento constitucional através da prática argumentativa exigente e racional.

Para o autor espanhol o movimento constitucionalizante “supõe a submissão completa do poder ao Direito e à razão: a força da razão frente à razão da força”. Nessa lógica Atienza entende a exigência de justificação dos atos dos entes públicos como “bastante lógico que o avanço do Estado constitucional tenha sido

---

<sup>133</sup> ATIENZA, Manuel. **Argumentación y Constitución**. Disponível em: <[http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Razones\\_para\\_leer\\_a\\_Manuel\\_Atienza.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Razones_para_leer_a_Manuel_Atienza.shtml)> Acesso em: 02 fev. 2016.

acompanhado de um incremento quantitativo e qualitativo da exigência de justificação dos órgãos públicos”.<sup>134</sup>

Então, para o autor, “a diferença que ocorria entre o Estado legislativo e o Estado constitucional é que o poder do legislador e de qualquer outro órgão estatal é um poder limitado e que tem que se justificar de forma mais exigente”.<sup>135</sup>

Atienza defende que “não basta se ater a uma referência a uma autoridade dada ao órgão competente ou a certos procedimento, uma vez que sempre se requer um controle quanto ao conteúdo”.<sup>136</sup>

Arremata o autor ao defender que o “Estado constitucional supõe assim um incremento enquanto no dever de justificativa dos órgãos públicos, e, portanto, uma maior demanda de argumentação jurídica que a requerida pelo Estado de Direito”.<sup>137</sup>

Para o autor houve uma evolução da obrigação e da prática da motivação judicial das decisões nos países de tradição *civil law*. Para tanto cita Taruffo<sup>138</sup>, que, por sua vez, traça dois momentos da motivação judicial, um primeiro endoprocessual e um segundo extraprocessual.

---

<sup>134</sup> Tradução livre do trecho “*supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos*” ATIENZA, Manuel. **Argumentación y Constitución**. Disponível em:

<[http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Razones\\_para\\_leer\\_a\\_Manuel\\_Atienza.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Razones_para_leer_a_Manuel_Atienza.shtml)> Acesso em: 02 fev. 2016. p. 16.

<sup>135</sup> Tradução livre do trecho “*En efecto, a diferencia de lo que ocurría en el "Estado legislativo", en el "Estado constitucional" el poder del legislador y de cualquier órgano estatal es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma más exigente.*” Ibidem. p. 16.

<sup>136</sup> Tradução livre do trecho “*No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido.*” Manuel. **Argumentación y Constitución**. Disponível em:

<[http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Razones\\_para\\_leer\\_a\\_Manuel\\_Atienza.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Razones_para_leer_a_Manuel_Atienza.shtml)> Acesso em: 02 fev. 2016. p. 16.

<sup>137</sup> Tradução livre do trecho “*El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho).*” Ibidem. p. 16.

<sup>138</sup> TARUFFO, Michele. In: ATIENZA, Manuel. **Argumentación y Constitución**. Disponível em: <[http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Razones\\_para\\_leer\\_a\\_Manuel\\_Atienza.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Razones_para_leer_a_Manuel_Atienza.shtml)> Acesso em: 02 fev. 2016.

Defende o autor italiano que, em um primeiro momento, que ocorreu na segunda metade do século XVIII, predominava a concepção endoprocessual da motivação. O foco do período era de garantir às partes que entendessem as razões da decisão.

Já na segunda etapa, que ocorreu após o fim da 2ª Guerra Mundial, às funções endoprocessuais se juntam as extraprocessuais, essas funções externas ao processo transformam a fundamentação como um instrumento de controle da atividade judicial.

Ou seja, o constitucionalismo concede ao juiz a tarefa de respeitar e dar eficácia à constituição, de maneira a se ter uma ordem constitucional viva. Assim, não se pode perder a maestria da Constituição e da ordem constitucional sobre todos, inclusive sobre o julgador. Então o constitucionalismo tem caráter de resistência e prega a limitação de todos os poderes, inclusive do Poder Judiciário.

Ingeborg Maus<sup>139</sup> recorda em seu livro que grande parte dos juízes e do Poder Judiciário alemão curvou-se ao regime nazista. Então, ver o Poder Judiciário e a Suprema Corte como um poder diferente quase acima dos demais e que não precisaria de ampla fiscalização e de limitação, seria um grande erro.

Essa colocação da autora reforça a necessidade de se ver o constitucionalismo pelo seu viés de instrumento de resistência em prol da afirmação e do fortalecimento da constituição e do controle e da limitação da atividade judicial.

## 1.11 O CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL APÓS 1988. O CONSTITUCIONALISMO À BRASILEIRA

### 1.11.1 O constitucionalismo no Brasil pós 1988

---

<sup>139</sup> MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

Após a 2ª Guerra Mundial o constitucionalismo espalhou-se no mundo e chegou em solo brasileiro munido de novos valores e de novos paradigmas. Apoiado em uma teoria de primazia da interpretação e de aderência prática, o texto constitucional de 1988 ganha uma supremacia e normatividade até então jamais vistas em outras constituições.

Por influência da Constituição de 1988, que protagonizou a transição do regime ditatorial para o regime democrático com a concepção de um Estado constitucional, houve o estabelecimento de um rol de direitos e garantias fundamentais nunca antes visto no país. A Carta evidenciou a "redescoberta da cidadania", com a consequente generalização da conscientização das pessoas em relação aos seus direitos.<sup>140</sup>

No parâmetro constitucionalista, a Constituição, mais do que uma carta de organização do Estado, é uma carta de valores, direitos, garantias e princípios superiores daquela nação.

A busca pela constitucionalização do direito, abrigada no texto da CF/88, determinou ao Poder Judiciário o dever de dar a interpretação às regras conforme a Constituição.

Antes, segundo o entendimento positivista, cabia ao juiz a fria aplicação silogística da regra legal fundamentada nas escolhas do legislador. O legislador, enquanto representante do povo, era quem legitimava a atividade do juiz.

Entende Cristina Queiroz<sup>141</sup> que os juízes devem servir de instrumento da força normativa da Constituição, e estão a ela vinculados e não ao Legislativo. Devem os magistrados não apenas aplicar cegamente a lei, mas racionalizá-la de acordo com o texto maior :

No Estado constitucional, os juízes se sentem diretamente vinculados à Constituição e não, à vontade do Poder Legislativo, razão pela qual

---

<sup>140</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Instituto Brasileiro de Direito Público. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, ed. 9.: mar-maio 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 01 ago. 2015.

<sup>141</sup> QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 32.

ampliam seu espaço interpretativo, especialmente ao buscarem a concretização dos valores constitucionais.

Nessa toada, o positivismo legalista, centrado apenas na justificação do texto legal, foi substituído pelo constitucionalismo pós moderno, em que o direito rege-se a partir da constituição e, por efeito, encontra-se permeado de discussões políticas, de influências dos vários setores e dos diversos valores da sociedade.

A abertura constitucionalista seria algo como a comunicação entre os sistemas de Luhmann. Apesar de continuar sendo um sistema fechado, o direito traz para seu interior elementos de outros sistemas, os quais lhe interessam.<sup>142</sup>

Dessa forma, o direito, através de uma constituição social intervencionista para a promoção dos direitos fundamentais, passa a promover comunicações com outros sistemas que integram a sociedade de maneira a dar respostas mais adequadas e mais coerentes com as realidades sobre as quais atua.

Sobre o assunto, Louis Assier-Andrieu defende que, para se compreender o lugar, o significado e o papel do direito nas sociedades humanas, não se deve menosprezar nenhuma daquelas dimensões que precedem o direito. Então, o direito desvencilha-se da pureza de outrora para se imiscuir à realidade e suas diferentes facetas. Nesse sentido, disserta Haberle<sup>143</sup>:

[...] uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema 'constituição e realidade constitucional'- aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para o 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.

Konrad Hesse<sup>144</sup> fala de uma Constituição viva que deve acompanhar a realidade e ao mesmo tempo dar-lhe direção. Nessa lógica, passou-se a acreditar que a melhor interpretação é aquela que melhor se molda à constituição e que dá maior efetividade constitucional no caso concreto. Portanto, passou-se a buscar a

<sup>142</sup> LUHMANN, Niklas. **A sociedade como Sistema**. Trad. por Leo Peixoto Rodrigues e Fabrício Monteiro Neves. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012.

<sup>143</sup> HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Safe, 1997. p. 93.

<sup>144</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991. p. 18.

“integração da realidade” através do processo interpretativo<sup>145</sup> sob a livre regência do julgador.

Com o novo panorama, a interpretação é direcionada pela máxima eficácia da CF/88 e pela unidade e fortalecimento da ordem constitucional. Dessa forma, perdem espaço o positivismo e a aplicação irrefletida da lei.

Com a função de defender e dizer o significado da Constituição, os juízes deixam o papel de burocratas legalistas e se ungem na função de representantes do Estado, a quem cabe intervir para cumprir em fatos os direitos fundamentais e todo o texto constitucional. Ocorre que agora tais direitos não só abrangem os individuais, como também os sociais e os coletivos (lato senso).

Nesse íterim de valorização da interpretação e de cumprimento dos dizeres constitucionais, os princípios passaram a protagonizar o cenário jurisdicional, atuando como fundamento de inúmeras decisões. Pois que, para se aproximar e dar cumprimento à Constituição, o intérprete recebe aval para não aplicar a lei.

O grau de abstrativização da maioria dos princípios associado à ausência de hierarquia entre eles e à supremacia de uma Carta Magna extensa e abrangente foi o adubo certo para o crescimento e importância do papel dos juízes em solo nacional e da interpretação judicial.

Naturalmente, a valorização da interpretação constitucional implicou a valorização do intérprete constitucional. E o texto legal e a norma jurídica passaram a ser vistos como institutos diferentes: o texto vinha do trabalho do legislador enquanto a norma era extraída a partir do intérprete judicial com vistas à Constituição.

Dessa forma, a essência está no texto constitucional mas a forma prática que o texto toma no mundo se dá através da interpretação. A interpretação dos textos conforme a constituição é a grande tarefa judicial, como expõe Canotilho:

---

<sup>145</sup> HABERLE apud BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Ed., 2002. p. 140-141.

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica-, que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Essa ‘concretização normativa’ é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado ‘técnico’ do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica.

Assim, com o Judiciário chamado a concretizar no mundo dos fatos o que a Constituição previa abstratamente, as pessoas passaram a ver naquele poder o único que conseguiria trazer para realidade o direito escrito. Essa confiança gerou um aumento da importância do Judiciário, acompanhado de um crescimento cada vez maior das demandas judiciais.

### **1.11.2 O constitucionalismo à brasileira**

Com o auxílio de um livre convencimento que antecede a indicação legal ou constitucional, o Brasil absorveu muito bem a liberdade e o papel paternalista de fornecer eficácia prática ao texto constitucional.

Todavia, essa liberdade irrestrita de intervenção dos magistrados não coaduna com o outro lado da moeda do constitucionalismo, que é a subordinação de todos os poderes e agentes públicos à ordem constitucional e à fundamentação racional e exigente de todas as decisões.

Nesse processo, surge o protagonismo judicial, no qual observam-se juízes com poderes de interpretar o texto legal e criar normas de concretização dos direitos e garantias fundamentais. O Judiciário despontou como poder soberano sobre os demais e o STF tomou o centro das atenções de todos, intervindo nas mais diversas esferas públicas e privadas.

Ocorre que ao ser eleito como intérprete constitucional, boa parte dos membros do Poder Judiciário brasileiro recebeu a autoridade da Constituição e exerce essa autoridade como se fosse sua própria autoridade. Essa confusão entre cargo e pessoa é cultural no Brasil, assim como já era cultural utilizar as leis apenas para justificar uma escolha livre.

Não raro estejam movidos de valores morais e boas intenções, os membros do Poder Judiciário acostumados a um positivismo à brasileira, recebem o constitucionalismo dirigente do Estado social como uma liberdade sem freios. É o que ora chamamos de constitucionalismo à brasileira.

No constitucionalismo à brasileira, era preciso racionalizar o caso concreto de acordo com a vontade pessoal e depois indicar algum princípio ou direito para fundamentar a escolha.

No entanto, agora, sob a justificativa da intervenção positiva do Estado social para garantir não só os direitos individuais, como também os direitos fundamentais sociais e coletivos (lato senso), os magistrados brasileiros passaram a ter fundamentos para promoverem políticas públicas e darem as mais intervenientes decisões.

Antes, com o positivismo à brasileira, os magistrados utilizavam-se da lei para fundamentar seu livre convencimento e atuavam para a proteção apenas dos direitos individuais. A especificidade da lei e a Constituição menos abrangente no quesito de direitos fundamentais acabavam sendo freios à atuação judicial. Antes também não se permitia tamanha intervenção e promoção de políticas públicas.

Assim, a ampliação do espaço interpretativo dos juízes e a ideia de uma constituição viva e abrangente juntou-se a uma tendência de liberdade cultural e de dificuldade de seguir regras para ampliar muito os limites da decisão judicial.

A possibilidade de utilizar princípios constitucionais para fundamentar as decisões judiciais também contribuiu para o ativismo judicial. A valorização da interpretação e fragmentação do texto legal da norma criou as condições necessárias para que o



direito brasileiro se transformasse em um cenário anárquico, imprevisível e incoerente.

O desafio da obviedade da lógica exposta é que ela atenta à teoria da separação dos poderes do Estado Clássico. Nas obras clássicas sobre a separação de poderes, de Locke<sup>146</sup> e Montesquieu,<sup>147</sup> o equilíbrio do Estado está na distribuição de suas atividades e no controle recíproco entre os poderes. No panorama exposto, é óbvio o desequilíbrio entre os Poderes com um Judiciário que sobressai frente aos demais.

Autores como Gilberto Andreassa Júnior<sup>148</sup> defendem que a lógica do Estado Liberal não é apropriada para pensar o Estado social porque, no momento atual, o Poder Judiciário busca ocupar uma omissão dos outros poderes.

Para o autor, o ativismo judicial não seria uma demonstração de um Poder Judiciário com superpoderes e sim a demonstração de uma atuação para a harmonização através da integração entre os poderes.

O problema é que a lógica de que o poder deve conter o poder<sup>149</sup> fica desequilibrada com um Poder Judiciário que interpreta e diz o significado da Constituição que todos devem seguir.

Outro problema é que as opções políticas do Legislativo e do Executivo sobre certas matérias podem ser revistas pelo Poder Judiciário a qualquer tempo. Sob o fundamento de princípios, o Poder Judiciário faz verdadeiras escolhas que, em tese, seriam do Legislativo e do Executivo.

---

<sup>146</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Júlio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>147</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secundat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

<sup>148</sup> ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. **Ativismo Judicial e teoria dos precedentes: integração dos Poderes e Coerência nas Decisões do Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2015.

<sup>149</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 67 et seq.

Ou seja, por interpretar em última instância a Constituição, o Poder Judiciário confunde a autoridade da constituição com a sua própria autoridade e se imiscui em todos os setores sociais para cumprir o que entende como constitucional.

Mais desequilibrada ainda fica essa lógica quando, (a partir da CF/88) sob o argumento de proteger princípios e direitos constitucionais, o Poder Judiciário sente-se capaz de intervir diretamente e promover todo o tipo de políticas públicas, muitas vezes a seu critério, sem um juízo exauriente e sem nenhuma preocupação orçamentária, financeira ou de gestão.

Esse acúmulo de competências e essa predominância do Poder Judiciário fragiliza a harmonia entre os três poderes clássicos do Estado. Ao mesmo tempo que aumenta a dependência do legislativo e do executivo em relação ao judiciário<sup>150</sup>, torna o Poder Judiciário mais livre, autoritário e dominante sobre os demais poderes. O constitucionalismo à brasileira configura claramente um desequilíbrio na ordem constitucional.

Nelson Nery Júnior<sup>151</sup> critica essa situação de desequilíbrio por sobrecarga de funções ao Poder Judiciário. Defende, assim, que nos “países que possuem tribunais constitucionais, como, por exemplo, a Alemanha, esse tribunal é o órgão constitucional, situando-se no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário”.

Prossegue o autor ao explicar que a Corte Constitucional não é, “portanto, órgão do Poder Judiciário, nem se situando acima dos Poderes Executivo e Legislativo. É formado por pessoas indicadas pelos três poderes, com mandato certo e transitório, vedada a contínua e posterior recondução.

No Brasil, o STF acumula diversas competências, seja de corte de apelação, seja de julgamento de algumas autoridades, seja ainda de corte constitucional. O acúmulo de competências do STF associado a uma postura não raro ativista e a uma

---

<sup>150</sup> Sobre relação de interdependência entre os poderes ver HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russell, 2005.

<sup>151</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 48.

ausência de linearidade metodológica e de uma previsibilidade nos julgamentos torna a jurisdição constitucional brasileira da Suprema Corte uma questão sobre a qual refletir.

Problema maior ainda é que no Brasil esse desequilíbrio entre os poderes é ainda mais grave porque a jurisdição constitucional não é feita apenas pelo STF e sim por todos os juízes. E o Poder Judiciário brasileiro não se manifesta de maneira uma como instituição, coerente e íntegra com o ordenamento e com o direito produzido.

Assim, o constitucionalismo que nasceu como uma limitação aos poderes políticos do Estado, no Brasil, acaba criando uma sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais poderes, e um inevitável desequilíbrio da ordem constitucional.

O Poder Judiciário, ao ter competência para realizar e defender os mais diversos direitos e princípios constitucionais, inevitavelmente, volta à discussão sobre o mérito das políticas públicas<sup>152</sup>.

Sem nenhum embargo, sob o fundamento constitucional, os magistrados interferem nos demais poderes de forma independentemente dos trâmites, exigências, limites e planejamentos orçamentários e cautelas cobrados do gestor público. Esse solipsismo independente e ativista dos magistrados gera um caos na administração, no planejamento e no orçamento público.

Segundo Daniel Sarmento, a amplitude dos princípios e dos direitos constitucionais gera uma “panconstitucionalização” do direito, de forma que todos os problemas podem ser resolvidos com base na constituição. Para o autor, essa situação gera anarquia metodológica<sup>153</sup>.

Dessa forma, a panconstitucionalização do direito de caráter social e interventivo implicou a atuação sem limites e desmensurada dos magistrados. Os juízes

---

<sup>152</sup> Sobre políticas públicas e direitos humanos, ver DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 15.

<sup>153</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

passaram a se utilizar de princípios muito genéricos para decidir toda e qualquer situação e promover toda e qualquer intervenção em todas as esferas públicas e privadas, no Brasil.

Por isso, tem razão Sarmento em falar em anarquia, porque o direito perde-se nas mais variadas formas de interpretação e na ausência de método ou forma de contenção dessas interpretações. Ninguém consegue entender o que é o direito porque ele se perde nas opções e interpretações solipsistas e pessoais dos magistrados.

É o retorno ao estado despótico, onde não há lei. Onde não há previsibilidade ou segurança jurídica. Onde o entendimento do juiz é a lei. Onde não há limites à intervenção do Poder Judiciário.

Ingebord Maus<sup>154</sup> fala que a sedimentação desse Estado Judicial ocorre quando o Judiciário avoca para si a competência para expressar a consciência social. Quando se comporta como instância moral ou superego da sociedade ou pai de uma sociedade órfã.

Esse tipo de discurso de representação do povo é visto claramente em vários julgamentos do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal. Para citar um exemplo, recentemente o STF declarou que não era necessário o trânsito em julgado para se determinar o cumprimento de pena em segunda instância através do HC 126.292 SP, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Entre os discursos dos ministros é possível ver a morosidade do processo como argumento para afastar o texto constitucional, num claro discurso de maioria<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

<sup>155</sup> Sobre o caso específico e o desrespeito ao texto constitucional ver STRECK, Lênio Luiz. Presunção da Inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 30 jun. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

Ora, Dworkin defende que juízes decidem com base em princípios, enquanto legisladores decidem com base em política. Nada mais político do que justificar a decisão em uma vontade popular.

No caso dessa específica decisão do STF, a legitimação na vontade da população ainda poderia ser atribuída a um déspota, tal qual sugerido por Maus. Quando se percebe que a decisão vai contra o texto constitucional, mais lamentável ela se torna.

Esse é o problema do relativismo de Kant. Esse é o caminho da perdição tão bem ilustrado em Guerra nas Estrelas com Luke Skywalker, ou no caso brasileiro, com a juristocracia.

Segundo Maus, o judiciário ilimitado promove o desaparecimento dos espaços autônomos isentos do direito. E essa completa intervenção ilimitada conduz a uma ditadura de juízes pela completa colonização do sistema político (do Legislativo e do Executivo) pelo sistema jurídico.

Para a autora, se é o magistrado ou o tribunal o responsável por decidir em qual matéria e de qual maneira ele ainda quer fazer uso do direito escrito, indicando a fundamentação teórica que lhe aprouver, então já vivemos o que Montesquieu caracterizou como sendo Estado do despotismo.

Seria, para a professora, a substituição do antigo déspota pelo atual Poder Judiciário, e nisso não há nada de supremacia popular e sim uma dominação sob novo dirigente paternalista ou não.<sup>156</sup>

Quando a lei e a constituição escrita perdem contato com norma judicial, há uma transferência de fundamento, deixa de ser fundamento da autoridade da constituição e da lei e passa a ser autoridade do julgador.

---

<sup>156</sup> MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

Esse é o grande perigo, porque vulnerabiliza-se a legislação ao alvedrio do julgador. E o julgador, estando acima de todos os demais poderes, transforma-se em um déspota livre para adentrar sobre qualquer espaço ou poder público ou privado.

Essa ilimitação foi muito bem recebida pela cultura brasileira, através da adoção pela sociedade de um Judiciário interventor como um líder das transformações sociais da Constituição .

Barroso alerta que os julgadores não podem impor vontades e entendimentos pessoais acima da regra jurídica e da constituição, indo, por vezes, contra o texto legal.

Luís Roberto Barroso<sup>157</sup> explica ser inaceitável que o juiz seja um repetidor do texto legal sem racionalizar esse texto segundo a ordem constitucional. Contudo, adverte que, “em matéria constitucional, é importante que se diga, o apego ao texto positivado não importa em reduzir o direito à norma, mas, ao contrário, em elevá-lo à condição de norma, pois ele tem sido menos do que isso.”

Não é adequado que o julgador desvencilie-se de tal maneira do texto legal de modo a criar uma norma jurídica que esteja claramente em afronta ao texto legal, a não ser que declare expressamente a inconstitucionalidade do dispositivo.

Na verdade, a decisão judicial é uma decisão de princípio que deve guardar coerência com o ordenamento constitucional e com os capítulos já escritos. Deve-se integrar ao direito existente com naturalidade de forma que se veja a supremacia do direito e da ordem constitucional e não a do julgador.

Não se trata de decisão política sob justificativa de força e dominação, trata-se de uma construção racional com fundamento exigente que permita o controle e demonstre a legitimidade com a ordem constitucional.

---

<sup>157</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Contudo, infelizmente, não é assim que se comporta o constitucionalismo à brasileira. Com a liberdade de intervir para cumprir extenso rol de direitos fundamentais e a facilidade de utilizar lei ou dispositivo constitucional genérico que livremente entender para justificar uma escolha subjetiva, o constitucionalismo concedeu uma liberdade enorme aos magistrados.

Essa liberdade ainda se associa a uma fundamentação superficial baseada em fragmentos conceituais genéricos de julgados distantes do caso concreto, que são utilizados para balizar as escolhas dos julgadores.

No Brasil, ao combinar a adoção de previsões abstratas, que frequentemente não coadunam com a realidade, com uma falsa noção de argumento de autoridade que se dá a essas previsões, os juízes se viram com uma discricionariedade enorme que faz lembrar o medievo<sup>158</sup>.

### **1.11.3 O Poder Judiciário no Brasil e a necessidade de uniformizar a jurisprudência e de dar unidade ao direito**

Franqueado o espaço para a discricionariedade judicial, inúmeras decisões divergentes surgiram. Os juízes agora têm mais fontes para seus fundamentos e mais espaços de intervenção para acomodarem seu convencimento e, por sentirem-se livres, verdadeiros remédios para todos os problemas e promovedores da democracia, passaram a prolatar as mais interventoras decisões.

Para justificar sua escolha e se aproximar da realidade, assim como decidir conforme a constituição, os juízes brasileiros, não raro, acabavam afastando-se do próprio texto legal e se aproximando de princípios abstratos. Tais princípios

---

<sup>158</sup> Sobre o período medieval e a discricionariedade dos juízes, Bobbio narra: “Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz, ao resolver as controvérsias tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão, segundo princípios da razão natural.” In: BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito compiladas por Nello Morra. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E.. São Paulo: Ícone, 1995.

passaram a justificar as sentenças, conforme o entendimento pessoal dos julgadores.

Por consequência, muitas dessas demandas, ainda que análogas, estavam sendo decididas de forma bastante diversa. Essa situação gerava fragmentariedade do direito e insegurança jurídica, sobre a qual predominava o domínio do ativismo, panprincipiologismo e afins<sup>159</sup>.

O problema é que tal atuação implicava, na prática, a sobreposição da opinião do julgador sobre a ordem jurídica, sob a justificativa de cumprimento de cláusulas abertas e princípios (naturalmente genéricos) constitucionais.

Mas a constituição é rica em cláusulas abertas, valores e garantias que, não raro, competem e se negam no caso concreto. Com base na constituição, é possível criar as mais variadas normas jurídicas possíveis. Instaura-se, assim, uma tensão entre a coexistência de normas jurídicas diferentes com base nos mesmos pressupostos fáticos.

É fato que, com a aproximação da realidade do caso e com a necessidade de racionalizar segundo a ordem constitucional, mesmo quanto a um mesmo tema específico, não existe uma fórmula apriorística capaz de garantir que todos os juízes encontrem uma mesma solução jurídica diante da apreciação de processos diferentes e complexos<sup>160</sup>. Ainda mais em um ambiente de liberdade, discricionariedade do Brasil.

Porém, não há como pensar em efetividade dos direitos fundamentais e igualdade sem pensar em unidade do direito, integridade das decisões judiciais ao ordenamento constitucional (em relação ao direito já construído inclusive por decisões judiciais) e coerência do Poder Judiciário em si (em relação à manifestação como um poder uno) subordinado a uma ordem constitucional.

---

<sup>159</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3 ed. rev e atualizada de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>160</sup> DWORKIN, Ronald. **Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 132.



Também não há nada mais característico na carta social do que a busca por igualdade. Não é possível ver racionalidade do direito quando este admite tratamentos diferentes para pessoas que suscitam os mesmos direitos sob semelhantes pressupostos fáticos.

A existência de decisões conflitantes para casos semelhantes implica tratamento desigual pelo Estado. Essa situação vai de encontro à segurança jurídica e ao princípio da igualdade. Por consequência, afronta a Constituição social e o próprio princípio democrático.

Nega a Constituição social já que a base constitucional fundamenta-se na igualdade e na isonomia, porque o Estado não pode tratar de forma diferente pessoas em situação semelhante sem uma justificativa de igualdade material.

Nega a Constituição e o princípio democrático porque coloca o entendimento do julgador acima da ordem constitucional. Traz insegurança jurídica e cria um direito irracional e anárquico que não se fundamenta no contrato social e na subordinação de todos à ordem constitucional.

A saída e o caminho das inúmeras decisões divergentes sobre um tema foi o oferecimento de recursos até, não raro, o encaminhamento ao STF e ao STJ, a fim de que se estabelecesse a interpretação constitucional que deveria prevalecer.

As cortes superiores passaram a desempenhar o papel de ponderar valores e dizer qual a norma deveria ser aplicada, de maneira a dar uniformidade ao direito e esclarecer a norma mais afinada à constituição, a fim de que todos pudessem entendê-la e aplicá-la. Essa valorização das cortes superiores foi acompanhada por um crescimento cada vez maior das demandas judiciais e da maior interposição de recursos.

Por outro ângulo, tais cortes passaram a ficar abarrotadas de processos que versavam sobre um mesmo objeto. A razoável duração do processo estava cada dia

mais inatingível. A morosidade do Judiciário tornava-se preocupação inafastável porque, negavelmente trilha caminho oposto ao acesso à justiça.

## **2 OS PRECEDENTES VINCULANTES: O CAMINHO NATURAL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO SOCIAL. CONSTITUCIONALIZANDO A DECISÃO JUDICIAL**

A justiça constitucional é uma garantia para a atuação da constituição nos casos concretos. E traz em si instrumentos que visam assegurar essa atuação com plenitude.

O pressuposto da justiça constitucional brasileira é uma constituição social que tem como características marcantes: a organização do direito infraconstitucional com base na constituição, a intervenção na realidade para garantir a supremacia do texto constitucional e a promoção da igualdade material.

Nesse contexto de justiça constitucional, os precedentes vinculantes são garantias processuais intimamente ligadas aos conceitos de unidade, previbilidade, racionalidade, integridade, coerência, igualdade e isonomia.

Essas características firmam os precedentes como garantias processuais de afirmação e efetividade da Constituição, mesmo que estejam fora do texto constitucional.

Na *common law*, onde foram criados, os precedentes não são um conceito dogmático propriamente dito, são um instituto prático construído para dar unidade, racionalidade, previsibilidade, estabilidade, igualdade, integridade e coerência ao direito.

E foi com base nesses louváveis atributos que os precedentes vinculantes foram inseridos no NCPC. A adoção dos precedentes se justifica em esperança de trazerem uma unidade para a (des)ordem jurídica brasileira e auxiliarem na democratização do processo.

Os precedentes democratizam o direito porque funcionam como garantia processual de efetividade dos direitos fundamentais e regras constitucionais. Nessa toada,

atuam diretamente para a consecução de resultado justo no sentido de previsível; prezam pela racionalidade no sentido de se basearem em regras lógicas e pré-existentes do ordenamento jurídico; propiciam integridade por serem desenvolvidos e aplicados em cadeia, reafirmando no caso concreto o direito já produzido; induzem à coerência porque demonstram que o julgamento está de acordo com o posicionamento do Poder Judiciário em situação semelhante ou que o julgamento decorre de princípios extraídos do direito já produzido; promovem a igualdade porque dão tratamento igualitário para casos muito semelhantes e; promovem a isonomia porque determinam ao Poder Judiciário que seja coerente com o que já decidiu de maneira a tratar casos que tenham a mesma discussão, da mesma maneira.

Assim, esses institutos devem ser estudados sob a ótica da constitucionalização do direito. Todo o ordenamento jurídico se alimenta e se valida a partir das raízes constitucionais. Os precedentes vinculantes são garantias constitucionais e ajudam a afirmar o ordenamento jurídico constitucional.

Os precedentes vinculantes funcionam como garantias que auxiliam na condução e na reafirmação dos elementos da raiz constitucional para todas as ramificações externas, tais como as decisões judiciais. Eles ajudam a levar a legitimidade da raiz para os galhos do ordenamento constitucional. Ajudam também a equilibrar, estabilizar e a permitir o relacionamento prático da raiz constitucional com os elementos externos, a fim de que se permita o desenvolvimento e o crescimento do direito nos casos práticos.

São os precedentes vinculantes, como instrumentos da jurisdição constitucional, o objeto do presente capítulo. No caminho tomado para se chegar aos precedentes vinculantes no NCPC serão visitados alguns instrumentos de uniformização das decisões judiciais, os quais foram utilizados nos últimos tempos. O objetivo é analisar a maneira como se processou a valorização da jurisprudência até a inserção dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico nacional.

Com isso busca-se refletir sobre a evolução dos conceitos e sobre o que se pretende com esse instituto. Assim, será possível traçar algumas reflexões sobre a

inserção dos precedentes vinculantes sob a ótica constitucional, a ótica cultural e histórica e, também, sob a ótica dos requisitos mínimos de adaptação a este instituto tipicamente desenvolvido na *common law*.

Nessa rota, ao se alcançar o momento atual em que entra em vigor o novo Código de Processo Civil, será feita oportuna reflexão sobre como a adoção dos precedentes vinculantes é proposta. Isso se aplica aos ajustes institucionais, procedimentais, valorativos e de fundamentação que devem ser erigidos para que os precedentes possam se estabelecer no ordenamento jurídico nacional.

## 2.1 A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E OS PRECEDENTES VINCULANTES

No conceito de justiça constitucional se inserem o direito constitucional processual e o direito processual constitucional.<sup>161</sup> O direito constitucional processual engloba os instrumentos processuais de proteção previstos diretamente na constituição. Já o direito processual constitucional abrange os instrumentos e princípios processuais que compõem a jurisdição constitucional.<sup>162</sup>

Acerca do direito processual constitucional, Mac-Gregor<sup>163</sup> assenta que tal área do conhecimento tem como objeto de estudo as garantias constitucionais. Para o autor, as garantias são instrumentos preponderantemente processuais que têm a função de proteção e defesa dos valores, dos princípios e das normas constitucionais de caráter fundamental.

Além disso, narra o autor<sup>164</sup> que o direito processual constitucional se encarrega de estudar os outros componentes da jurisdição constitucional que tornam possível a

---

<sup>161</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 11 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 45 et. seq.

<sup>162</sup> Ibidem. p. 45 et. seq.

<sup>163</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

<sup>164</sup> Ibidem

defesa plena das normas de caráter fundamental. São alguns desses viabilizadores: o processo, a jurisdição, a magistratura e os órgãos constitucionais.

Portanto, o processo constitucional é um subsistema processual do direito cuja função é assegurar a solução de conflitos jurídicos de ordem constitucional do Estado, bem como assegurar um meio processual idôneo para proteger e implementar os direitos fundamentais.<sup>165</sup>

Nesse contexto, observa-se que o precedente vinculante ao se afirmar como instituto de promoção da igualdade e de construção da ordem constitucional na realidade dos fatos, também se estabelece como garantia de afirmação da constituição e dos direitos fundamentais. Nessa lógica, os precedentes vinculantes são matéria do direito processual constitucional.

Em verdade, o desenvolvimento dos precedentes se confunde com o desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade pelo STF e com o desenvolvimento do próprio Estado Democrático Constitucional. Por isso é importante estudar o caminho trilhado a fim de, ao final, entender o recebimento nacional dos precedentes vinculantes do NCPC.

## 2.2 A NECESSIDADE DE DAR UNIDADE AO DIREITO E UNIFORMIZAR A JURISPRUDÊNCIA: ENTRE A JUSTIÇA MATERIAL E A NECESSIDADE REAL

Com o decorrer dos anos, o próprio Judiciário foi buscando alternativas capazes de convergir a necessidade de uma política judiciária mais eficiente com a uniformização da jurisprudência e com a concretização da unidade sistêmica do ordenamento (nessa ordem de relevância, porque havia uma preocupação muito maior com a uniformização do que com a unidade).

---

<sup>165</sup> FALCÓN, Enrique. Apud: ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 131.

Frente a tal situação, o STF, passou a tomar para si a tarefa de uniformização da jurisprudência. O Supremo, inspirado no direito dos Estados Unidos, passa a se posicionar como uma corte constitucional a quem cabe defender a Constituição e dizer qual a interpretação está de acordo com as regras constitucionais.

Ao definir em suas decisões qual a interpretação que está mais afinada com a Constituição em um determinado caso, o STF passou a se utilizar da jurisdição constitucional, através do controle de constitucionalidade, para produzir institutos de uniformização da jurisprudência, a exemplo das súmulas e dos precedentes.

Segundo Nunes e outros<sup>166</sup>, a uniformização jurisprudencial reflete a necessidade de conjugar a justiça (como igualdade de tratamento) com a boa aplicação do princípio de justificação das decisões judiciais, ambos princípios constitucionais da Carta de 1988.

Na verdade, respeitosamente, entendemos que os autores ao se referirem à uniformização da jurisprudência, justificaram suas razões com as razões que sustentam a necessidade de unidade do direito. A uniformização da jurisprudência deriva da unidade do direito, na qual se integram o trabalho dos juízes com o trabalho dos legisladores e constituintes.

A unidade do direito promove segurança jurídica, coerência, previsibilidade e integração do direito construído com o direito pré-existente. Portanto, afasta o efeito surpresa e permite que a população possa pautar suas condutas com base no direito produzido pelos tribunais.

Sob outro foco, os juízes passam a se ver como integrantes de um todo, no qual deve prevalecer não a vontade individual do magistrado, mas o consenso estabelecido pelas cortes uniformizadoras do Judiciário.

---

<sup>166</sup> NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Revista Fac. Direito UFMG**, n. 62, jan.- jun. Belo Horizonte, p. 179-208, 2013.

Além disso, a uniformização da jurisprudência obsta demandas e recursos porque já se sabe previamente como o Judiciário decide em determinado caso. Então, mais do que uma questão de justiça, inegavelmente é também uma questão de política judiciária. Sustentadas pelos argumentos apresentados, inúmeras inovações foram feitas no processo nacional.

### 2.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE UNIDADE, ESTABILIDADE, COERÊNCIA E PREVISIBILIDADE DO DIREITO

Para Kelsen a anulação de regra jurídica inconstitucional deve ser a principal e mais eficaz garantia da Constituição<sup>167</sup> justamente porque o direito deve ser certo, coerente, uno e previsível.

Nessa linha, e ampliando o conceito do autor, entende-se que o controle de constitucionalidade tem como objetos não só o texto legal, mas também as normas jurídicas.

Assim, defende que, ao extirpar a norma inconstitucional, confere-se regularidade, racionalidade e coerência interna ao ordenamento jurídico num mútuo reforço em que o direito do país se fortalece. O ordenamento fixa suas raízes e seu critério de validade no texto da Constituição Federal, ratificando a supremacia e a eficácia da ordem constitucional vigente. Enquanto a Constituição, por sua vez, legitima o ordenamento.

Se o controle de constitucionalidade fortalece a constituição, legitima e confere regularidade, racionalidade e coerência ao ordenamento, então, inquestionável a importância do estudo do controle de constitucionalidade. Igualmente importante é o

---

<sup>167</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.p. 148.



papel desempenhado pelos legitimados para tal exercício, destacadamente a atuação do STF como guardião da Constituição Federal”<sup>168</sup>.

O controle de constitucionalidade é um instrumento de uniformização das decisões. Por intermédio dele o órgão decisor questiona a validade das normas perante a Carta Magna, imprimindo coerência e integridade da norma com o ordenamento constitucional.

Conforme Keith S. Roosen<sup>169</sup>, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, é “um dos mais amplos e complexos do mundo”<sup>170</sup> e mescla o controle concentrado de origem romano-germânico e o controle difuso de origem anglo-saxã.

## 2.4 UM POUCO ALÉM DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS: BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.

A construção do direito difuso, apesar de ter sido adotado desde a primeira constituição republicana, se desenvolveu durante anos e partiu de um sistema brasileiro fortemente marcado pela cultura da *civil law*. Surgiu de uma tentativa de defesa de uma república e uma constituição republicana impostas, num ambiente ditatorial onde prevalecia um direito regional ou mesmo intramuros.

A diferença do controle de outrora para os precedentes vinculantes, no mais longo período de democracia já vivido em solo brasileiro, revela a consistência dessa afirmação: sem dúvidas, grandes e numerosos passos foram dados no

---

<sup>168</sup> Cf. Constituição Federal de 1988: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, (...)”

<sup>169</sup> 15 ROOSEN, Keith S.. O controle da constitucionalidade no Brasil: desenvolvimentos recentes. Trad. por Carlos J. Sampaio Costa. **Revista de Direito Administrativo**. n. 227. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-30, jan. - mar 2002.

<sup>170</sup> Título dado por Keith S. Rosenn, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Miami, em conferência proferida, em março de 2000, na Reunião Anual da Associação de Estudos Latino-Americanos (Miami, Flórida). Esse trecho consta em artigo traduzido por Carlos J. Sampaio Costa e publicado na **Revista de Direito Administrativo**. n. 227. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-30, jan. - mar 2002. sob o título “O controle da constitucionalidade no Brasil: desenvolvimentos recentes.

desenvolvimento do controle de constitucionalidade e da jurisdição constitucional brasileiros.

A história não foi diferente com o controle concentrado, que nasceu, através<sup>171</sup> da Ação de Intervenção na Constituição de 1934<sup>172</sup>, como um instrumento de centralização. O objetivo real era atender aos anseios dominadores e centralizadores de Getúlio, num país que o direito era extremamente fragmentado.

Inicialmente, seus efeitos eram restritos ao caso concreto de intervenção federal e a abrangência, assim como a base de análise, não era a constituição como um todo, e sim os princípios federativos.

Na prática voltava-se menos à unidade direito e mais a uma imposição de força e prevalência da União frente aos demais entes federativos. Em essência, era a supremacia do governante e não do texto constitucional que servia de base para o instituto.

A previsão da suspensão dos efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, prevista na Constituição de 1934<sup>173</sup>, não conseguiu dar eficácia às decisões de poder difuso. A própria CF/34 teve esteve vigente por curto prazo.

Essa realidade se modificou com o advento do §4º do art. 141 da Constituição de 1946<sup>174</sup>. A partir da Carta de 1946 o Poder Judiciário ganhou o aval para começar a intervir nas ações dos outros poderes, a fim de garantir os direitos fundamentais

---

<sup>171</sup> A origem do controle concentrado é bem questionável. Por exemplo, essas ações de intervenção tinham efeitos inter partes.

<sup>172</sup> Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a a h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

<sup>173</sup> Art. 91, IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

<sup>174</sup> Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

individuais. Até então era vedado ao Judiciário conhecer matérias políticas, as quais entendia-se serem de tratamento dos outros poderes do Estado.

Até esse momento, não existia uma verdadeira liberdade de atuação do Judiciário ou uma jurisdição constitucional efetiva em prol da defesa dos direitos fundamentais, nem mesmo na Constituição, quiçá na prática. Mas o ambiente democrático e a defesa dos direitos constitucionais individuais, munida dos *remedies* ou garantias mudaram essa realidade.

Com a chegada da liberdade no exercício da jurisdição constitucional foi possível o recebimento dos ideais constitucionalistas vindos da Europa. O ambiente democrático que, pela primeira vez começava a se fixar, permitiu que a jurisdição constitucional e os ideais constitucionalistas crescerem em importância. O mesmo crescimento ocorreu com o Poder Judiciário e com o STF.

Os remédios constitucionais, antes apenas abstratamente previstos, agora tinham condições de serem realmente utilizados. E a reclamação constitucional aportou na prática forense como forma de dar eficácia e garantir a autoridade às decisões do STF. O instituto que começou como uma prática sem previsão legal, foi se consolidando até ser incorporado ao Regimento Interno da Corte, em 1957.

As mudanças aportadas a partir da CF/46 provocaram o aumento do número de ações e de recursos nos anos 50 e 60<sup>175</sup>. E, em 1963, O STF aderiu às súmulas como um instituto para dar previsibilidade e sistematização às decisões da Corte.

No entanto, o golpe militar de 1964 mudou a trajetória democrática vivida. E a Emenda Constitucional 16/1965 deu início às diversas supressões às competências do Poder Judiciário. A Representação de Inconstitucionalidade, que era a instituição do próprio controle concentrado, era uma dessas supressões.

---

<sup>175</sup> Em 1963, ano que foi estabelecida a súmula, o STF julgada 3500 ações por ano. Naquela época, se considerada o número como um contingente quase impossível de ser alcançado. In: ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 879, p. 41 *et seq.*, jan. 2009.

O controle de constitucionalidade concentrado mais próximo do que conhecemos hoje nasceu com a Emenda Constitucional 16 de 1965. Tratava-se de um recurso, dos ditadores do Golpe de 1964, para frear ações dos juízes e tribunais que ousassem obstaculizar, com razões democráticas, as ações do governo.

O efeito *erga omnes* do controle concentrado, acompanhado da força militar era uma garantia de sucesso da ditadura e limitação do Poder Judiciário. O objetivo do controle estabelecido não era dar unidade ao direito, era garantir a legalidade formal dos atos dos ditadores. Inclusive, essa era a grande característica de 1964, sua preocupação em dar aspecto de legalidade a atos materialmente, em essência (*constitucio*), inconstitucionais.

Como os ditadores tinham mudado a composição do STF para garantir a maioria, como a Ação de Inconstitucionalidade só poderia ser arguida pelo Procurador Geral da República (indicado pelo presidente), e como os atos dos militares só poderiam ser julgados pelos tribunais militares, mesmo que restringissem direitos individuais, então, esse conjunto de fatores colocava o Poder Judiciário nas mãos do Executivo.

Assim, contraditoriamente, o controle concentrado, mais próximo do que hoje conhecemos, nasceu para inviabilizar a jurisdição constitucional, para impedir a defesa dos direitos fundamentais e para auxiliar na desconstrução da ordem constitucional de 1946.

Em retorno do fundo do poço, a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade coerente com seus fins só voltaram a existir com o advento da Constituição de 1988. Por isso, trata-se de uma construção muito recente.

Os efeitos vinculantes só vieram ao ordenamento a partir da Emenda Constitucional 03/1993, e tiveram como destinatárias exatamente as ações de controle concentrado.

Dessa forma, só a partir da CF/1988, houve uma verdadeira adoção do controle concentrado com fim de dar unidade ao direito, mais próximo dos moldes do modelo

austríaco de inspiração nas lições de Kelsen. Já o efeito vinculante só veio a ser integrado ao controle de constitucionalidade concentrado em 1993.

## 2.5 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

No Brasil, o controle concentrado, de origem romano-germânica, busca retirar do ordenamento determinado regramento inconstitucional. Há uma análise em abstrato da regra e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são, segundo Kelsen<sup>176</sup>, semelhantes a uma lei negativa, ou seja, tem eficácia semelhante às leis, portanto, *erga omnes*.

O controle concentrado é inspirado no modelo austríaco e propicia a avaliação em abstrato da regra jurídica. Sua apreensão inicialmente somente sobre o texto legal, hoje também se volta à interpretação.

No Brasil esse controle é feito pelo STF, mas em muitos países da *civil law* há um órgão com competência para tanto. Em vários desses países o órgão é vinculado ao Legislativo, justamente porque suas decisões pela inconstitucionalidade têm efeito de lei negativa.

A importância deste tipo de controle e dos seus respectivos efeitos para o presente estudo está justamente na forma como se deu a construção do efeito vinculante dos precedentes do controle difuso.

Os efeitos *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade do controle concentrado foram utilizados pelo STF para justificar a ampliação dos efeitos das suas próprias decisões em controle difuso. O STF, em atuações ativistas, adotou teorias típicas do modelo norte-americano para fundamentar o que defendiam ser uma aproximação dos controles difuso e abstrato, no Brasil. Essa aproximação suscitada apoiava o efeito vinculante às decisões da corte em controle difuso.

---

<sup>176</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

O constitucionalismo, os valores de igualdade e democracia da Constituição Democrática de 1988 juntaram forças ao ativismo do STF para conduzir o ordenamento constitucional aos efeitos vinculantes hoje estabelecidos no CPC/2015.

E esse ativismo do STF se apoiava exatamente nos efeitos do controle concentrado para fundamentar a adoção dos efeitos vinculantes nas decisões de controle concreto de constitucionalidade do STF.

A adoção dos precedentes vinculantes no NCPC foi uma construção do tempo, precedida da postura ativista do STF, que, através de suas decisões, reforçava, inicialmente uma (alegada) tendência e depois uma (alegada) eficácia, de transcendência dos motivos determinantes da decisão e de aproximação do controle difuso ao concentrado.

Os próprios Ministros referenciavam usavam termos como motivos determinantes e *ratio decidendi*, em uma nítida aproximação teórica aos institutos típicos da tradição *common law*, os quais são utilizado para instrumentalizar os precedentes vinculantes naquela tradição. Os magistrados deixavam claro tanto a influência daquela tradição quanto uma notável eficácia que asseguravam ser inerente às suas decisões, sob a justificativa de crescente aproximação ao controle concentrado e de uma mutação constitucional em curso.

Com o tempo e sob diferentes nomes e argumentos, o STF percorreu caminho para a vinculação das suas decisões em controle incidental. Por outro lado, a repercussão das decisões tornava imprescindível que se abrissem espaços para a valorização do contraditório e para um ambiente mais democrático e aberto a debates nos *hard cases* analisados, inclusive através da crescente atuação e aumento da importância do *amicus curiae*.

Depois dessa justificativa de aproximação à *common law* e justificação inicial no controle concentrado, o controle difuso volta hoje aos seus próprios trilhos e se justifica na sua própria essência. Uma vez que, o controle difuso deriva da própria

supremacia constitucional e hoje, em observância da tradição civilista, se afirma nas previsões do CPC/2015.

Assim, conseguiu-se o estabelecimento de procedimento que garantisse instrumentalidade plena ao controle de constitucionalidade concreto do STF, aproximando seus efeitos de sua matriz inspiradora norte-americana.

## 2.6 O CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Já no controle difuso ou concreto, analisa-se o caso concreto. Esse foi o primeiro controle de constitucionalidade judicial do Brasil, e veio por meio da influência de Rui Barbosa na Constituição da República.

O controle difuso recebeu duras críticas justamente por até então, desde a primeira constituição republicana, seus efeitos serem *inter partes*. Ao contrário de seu modelo inspirador, até o momento anterior aos precedentes vinculantes, entendia-se que não havia mecanismos de ampliar os efeitos da decisão em controle difuso do Supremo Tribunal Federal.

É possível perceber que, ainda que se saiba da necessidade de dar unidade ao direito, apesar de há mais de um século previsto nas Constituições brasileiras, as adaptações e a aproximação ao modelo difuso norte-americano permeou-se de dificuldades como bem relataram Streck e Abboud<sup>177</sup>. Grande parte desses entraves se deve à resistência quanto à vinculação dos demais juízes e tribunais às decisões da Corte de vértice. Sobre o tema, comentam Jevaux e Pepino<sup>178</sup>:

[...] no Brasil o controle concreto foi instituído por dispositivo constitucional e, desde logo, encontrou algumas dificuldades, principalmente, no que respeita à eficácia erga omnes: seja pela incompatibilidade do *stare decisis*

---

<sup>177</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3 ed. Rev e atualizada de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>178</sup> PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; JEVEAUX, Geovany Cardoso. Depoimentos. **Revista de Direito das Faculdades de Vitória**, n. 10, jan. - dez. 2006

com a origem romano-germânica da ordem jurídica brasileira, que mais valoriza a livre convicção do juiz do que a força da jurisprudência (BARROS, 2003), seja pela insegurança e timidez dos membros do Supremo no exercício das novas competências (LEITE, 2002), seja pela preocupação excessiva com a separação e usurpação dos poderes e o medo de subverter a sua organização, criando-se uma ditadura do Poder Judiciário ou um “governo de juízes” (LEITE, 2002).

Ao esmiuçar o texto exposto, primeiro, percebe-se que os juristas brasileiros tentam aproximar e justificar os efeitos do controle difuso norte-americano através do controle concentrado, já mais íntimo da nossa tradição civilista. Tanto que, inicialmente, a vinculação do Judiciário acaba sendo tratada como efeito *erga omnes* pelos estudiosos e mesmo pelo STF.

Em segundo, percebe-se que depois da ampla liberdade dada pelo constitucionalismo, os juízes se sentem amedrontados por uma possibilidade de se ter um órgão judicial que defina como os demais juízes devem julgar determinados casos. Fato que é justificável diante de uma cultura marcada por autoritarismos e “donos do poder”.

Em terceiro, por força da cultura jurídica arraigada à tradição *civil law*, os juízes e acadêmicos brasileiros davam muito mais valor à livre convicção do juiz com base na lei escrita do que à jurisprudência dos tribunais superiores.

Em complemento às impressões expostas, os autores relataram como justificativa ao posicionamento apresentado, a insegurança e a própria timidez dos membros do STF no exercício dessa tarefa de Corte Constitucional, de tomar a frente e decidir em definitividade sobre os temas que a ela chegavam. Uma vez que as próprias cortes não têm grande apego ao que já decidiram, pois mudam frequentemente suas posições.

Compreende-se que essa postura sustentava-se em duas preocupações: a defesa da separação dos Poderes do modelo civilista e formalista; e da não usurpação dos poderes e o medo de subverter a instituição, criando uma ditadura do Poder Judiciário ou um “governo de juízes”.



Entendendo, naquele tempo, a vinculação dos demais órgãos do Judiciário como efeito *erga omnes*, Gilmar Mendes e Yves Gandra<sup>179</sup> asseguravam que a eficácia *erga omnes* no direito brasileiro seria como a força da lei no direito tedesco.

Certamente, essa preocupação como o medo de subversão da instituição e de abrir espaço para uma ditadura de juízes é muito coerente com a cultura brasileira, com o personalismo e com a dificuldade de submissão à constituição. Esse conjunto de atributos culturais dificulta o controle sobre o Judiciário e desequilibram os poderes do Estado.

Temerosos dessa força dada a uma Corte, muitos juristas defendiam a falta de legitimidade dos ministros, pois sequer tinham sido eleitos, portanto nem a legitimidade popular tinham para se colocarem contra o trabalho daqueles que representavam o povo, para, de fato, produzirem direito e vincularem a população. Essa afirmação é totalmente coerente com o apregoado na Revolução Francesa, e caracteriza forte influência da *civil law*.

Suscitavam estudiosos o cuidado com a adoção do efeito vinculante, já que, novamente amparados num entendimento civilista, entendiam que a decisão que declara a inconstitucionalidade passa a ter efeitos similares aos de uma lei negativa.

Nessa linha, defendiam que a decisão de inconstitucionalidade aproximava o ato jurisdicional do ato legislativo. Essa aproximação importa muita cautela, e, principalmente, submissão e respeito à Constituição e à ordem constitucional vigente, sob pena de se desrespeitar o objeto de proteção e a própria competência em nome da qual se exerce o controle.<sup>180</sup> Sem esse respeito à ordem constitucional e portando vastas e largas competências, abre-se caminho para a temida “ditadura de juízes”<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 587 – 588.

<sup>180</sup> Cf. VILLALÓN, Pedro Cruz. Control de la Calidad de la Ley y Calidad del Control de la Ley. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (Org.). **Perspectivas Constitucionais Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>181</sup> “construímos (...) um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislador” 22 e, em face disso, precisamos repensar nossa situação jurídica e os discursos românticos da virtude e sensibilidade de nossos decisores, sob pena de com o rótulo de um idílico ativismo judicial se implementar uma verdadeira juristocracia” In: THEODORO JÚNIOR, H.; NUNES,

Num momento em que ainda se via com desconfiança o efeito vinculante e ainda se tentava aproximá-lo do controle concentrado, assegurava Jeveaux<sup>182</sup>, que, para afastar os riscos expostos e dar efeito *erga omnes* à decisão do controle difuso, o constituinte em vez de adotar os precedentes judiciais, legitimou a alta casa do Legislativo Federal através do artigo 52, X para sustar as leis declaradas inconstitucionais pelo STF em decisão definitiva<sup>183</sup>.

Relata o autor, que o Senado e o STF entendem, por força da autonomia entre os poderes, que “em nome da qual, a propósito, não se autoriza a vinculação das decisões jurisdicionais sobre a inconstitucionalidade a esse ato parlamentar”<sup>184</sup>, ou seja, mesmo diante de decisão definitiva de inconstitucionalidade o órgão legislativo não é obrigado a atuar.

Em função do entendimento de que não havia obrigação de atuar do Senado, com o tempo e com a constitucionalização do direito e o crescimento de importância da Constituição e do seu guardião, o STF declarava cada vez mais a inconstitucionalidade de inúmeras leis e atos, ao passo que o Senado Federal praticamente não exercia a competência facultativa de sustar os efeitos do ato inconstitucional. Esse fato comprometia a eficácia da decisão do STF em controle incidental.

Diante do desequilíbrio entre a atuação dos órgãos e a demanda cada vez maior do Judiciário, o panorama inaugural traçado na CF/88 já não respondia satisfatoriamente à realidade histórico-sócio-cultural e democrática brasileira.

Para desenvolver o ineficiente sistema, foram e continuam sendo feitas uma série de mudanças graduais nas leis, na doutrina e na jurisprudência, de forma a conceder

---

D.; BAHIA, A. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 189, p. 9 – 34, nov. 2010.

<sup>182</sup> JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 160.

<sup>183</sup> Ibidem. p. 160.

<sup>184</sup> Ibidem. p. 159.

gradativamente efeito vinculante ou, como inicialmente se falava, transcendência<sup>185</sup> aos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade do STF<sup>186</sup>.

Nesse percurso, no qual se sustentava que se tratava de aproximação dos efeitos do controle concentrado ao difuso, mas que, na verdade, era o início da adoção dos efeitos vinculantes das Cortes Supremas, foram, paulatinamente, criados no direito brasileiro alguns mecanismos como a súmula, a súmula vinculante e o precedente judicial.

A súmula vinculante, cujo lançamento se deu por meio da EC 45/2004, estabeleceu que em questões de repercussão geral, declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, o STF poderia criar com base no artigo 103-A da CF/88 um enunciado que vincularia os demais juízes e a administração.

Esse instrumento de uniformização foi o meio inicial pelo qual se passou a aceitar que as decisões do STF, em controle difuso, vinculassem os demais órgãos judiciais em definitividade. A Reclamação Constitucional era o remédio quando algum órgão judicial se irresignava perante a obrigatoriedade de seguir a súmula.

Passo a passo, com a valorização da jurisprudência do STF, o precedente judicial como a figura típica da *common law*, tomou força e passou a ser objeto de estudo no país.

Nesse primeiro momento, as decisões do STF não formalizadas em súmula vinculante passaram a ser consideradas por ele próprio como precedentes não vinculantes, mas, persuasivos, e que serviriam de fundamento de outras decisões.

Essa prática pode ser vista através do acórdão proveniente do RE 191.898 de 22/08/1997, no qual o STF afirmou ser a decisão do plenário do Supremo Tribunal

---

<sup>185</sup> MORAES, Alexandre de. Separação de Poderes e efeitos vinculante e erga omnes. Justiça Comentada. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 07 jun 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-07/justica-comentada-separacao-poderes-efeitos-vinculantes-erga-omnes>>. Acesso em: 07 dez. 2014.

<sup>186</sup> TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no Recurso Extraordinário. In: **Reforma do judiciário: analisada e comentada**. TAVARES, André Ramos (org.); LENZA, Pedro (org.); ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. São Paulo: Método, 2005. p. 191.

Federal declaratória de inconstitucionalidade de norma, mesmo que em controle incidental, “[...] elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário.”

Defendiam Gilmar Mendes e Yves Gandra que o entendimento jurisprudencial acima transcrito “marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, ainda que de forma tímida, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto”.<sup>187</sup>

Novamente, nota-se a partir do texto acima que a doutrina nacional usava para legitimar os precedentes judiciais do controle incidental uma teoria já aceita em controle abstrato.

Consoante os mesmos autores, a decisão do STF, da forma como foi colocada, antecipou o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental e facultou ao órgão fracionário se desvincular do dever de observância da decisão do Pleno ou de outro órgão do Tribunal a qual esteja vinculado. Os órgãos fracionários poderiam fundamentar sua declaração de inconstitucionalidade com base apenas na declaração *incidenter tantum* do STF<sup>188</sup>

Observa-se, dessa maneira que, com o tempo, o STF, por sua própria conta e risco, passou a declarar a vinculação de suas decisões independente de uma formalização em súmula vinculante.

Tempos depois, a Lei n. 9.756 de 17 de dezembro de 1998 positivou a orientação acima no texto do parágrafo único do artigo 481 do CPC de 1973:

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

---

<sup>187</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 628.

<sup>188</sup> Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Asseguravam Mendes e Gandra que a inserção legislativa “consagra a jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a matéria, assentando a dispensabilidade da submissão da questão ao tribunal pleno ou ao órgão especial”.

Tendo em vista a notoriedade e a importância prática dos precedentes do STF em decisão incidental de inconstitucionalidade, nova alteração legislativa de 1999 resguardou ampla participação, a fim de ampliar os debates e que as decisões que tinham propensão a vincular outros órgãos, estivessem mais próximas possíveis da realidade e dos grupos de interesses que teriam potencial interesse no resultado:

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juizes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1o O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

§ 2o Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

§ 3o O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecurível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

A formação dos precedentes judiciais a partir de decisões do STF e a propensão destas à vinculação continuaram sendo debatidas, tal qual se confere no julgamento do Rcl 4.335/AC de relatoria do Ministro Gilmar Mendes de, quando o STF promoveu discussão sobre a extensão dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pela própria Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Durante o julgamento, o Ministro Teori Zavaski proferiu voto de vista e, dentre os argumentos que levantou, infirmou o que era para ele, a clara tendência evolutiva do direito pátrio de valorização dos precedentes dos tribunais superiores, que passam a crescer em força persuasiva e expansiva. O Brasil, segundo ele, seguia um

movimento de aproximação da *civil law* da *common law*, internalizando cada vez mais a cultura do *stare decisis*.

Segundo o Zavaski eram as disposições do próprio sistema constitucional que traduziam esse movimento e conferiam ao STF o dever de uniformização da jurisprudência e de integração do sistema normativo.

Por sua vez, aduziu o Ministro Gilmar Mendes, se ao controle abstrato de normas conferiu-se até mesmo a possibilidade que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos com eficácia geral não havia razão para restringir os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade apenas *inter partes*. A própria Constituição atribuiu esta competência ao ampliar significativamente o papel do Supremo no controle de normas constitucionais.

Diante disso, alegou Mendes que a justificativa para a existência do dispositivo do art. 52, X estaria inspirada em uma concepção da separação dos poderes que considerava ultrapassada, existente por razões meramente históricas.

A Constituição de 1988, na opinião do Relator, modificou o controle de constitucionalidade direto (ADI, ADC e ADPF) por parte do STF, provocando a releitura de institutos como a suspensão de execução de lei pelo Senado Federal.

Se infere do voto do Relator que este entendia que a suspensão de execução de lei pelo Senado tinha o mero efeito de dar publicidade à decisão do STF em sede de controle incidental.

Para o Ministro, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, por si só, tinha efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado, apenas para que a decisão seja publicada no Congresso. Interessante consignar trecho do voto do Min. Gilmar, no fatídico momento: (RCL 2335, 2014):

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional,

poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação de texto.

A referida reclamação foi paradigmática e serviu de fundo aos debates sobre a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 1º e 2º da Lei 8072/90 que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos no HC 82.959/SP com, na época, o reconhecimento do que se chamou de feitos *erga omnes*.

Na ocasião, utilizaram os Ministros do que chamaram de teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença (*ratio decidendi*) aplicada ao controle difuso. Segundo defendiam, os fundamentos da teoria autorizavam a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para além do processo onde foi proferida. Assim, teria uma eficácia objetiva, de forma a alcançar todos aqueles que se encontrassem em idêntica situação.

A tese se assenta sobre argumentos como: a supremacia da Constituição e sua necessária igualdade e isonomia indissociável de um provimento justo, o poder normativo da Constituição, o papel do STF de intérprete constitucional, bem como a aproximação dos controles difuso e concentrado e mudança do perfil de Corte Suprema para Corte Constitucional.

A Corte discutiu se houve ou não uma mutação constitucional sobre o instituto da suspensão pelo Senado, e, no caso, discutiu-se se a força normativa das decisões do STF em controle incidental seria suficientemente apta a promover a suspensão da execução da lei.

Depreende-se dos julgamentos aqui abordados, a transformação e a constante modificação que se operou no âmbito do STF em relação ao controle de constitucionalidade incidental. Verifica-se que o controle difuso vinha, através da atuação ativista do STF, sucessivamente, adotando institutos e se aproximando da *common law*, mediante a incorporação dos valores trazidos pelo constitucionalismo, até o momento atual. Na verdade, a eficácia vinculante do controle difuso era vista como uma forma de diminuir os volumes (cada dia maiores) das demandas e recursos encaminhados ao STF.

Sobre o desenvolvimento do controle difuso, a adoção do efeito vinculante e a aproximação aos institutos da *common law*, destaca-se a compreensão de Daniel Mitidiero<sup>189</sup>:

[...] o discurso sobre a necessidade de respeito aos precedentes e de sua aplicação concreta só pode ser recolhido em um manancial teórico estranho à tradição romano-canônica. Se é verdade que as razões para seguir precedentes são comuns a ambas as tradições, também o é que e na tradição do *Common Law* que se deve buscar os meios pelos quais os precedentes podem ser corretamente identificados e aplicados em juízo. E a partir dela que a cultura brasileira deve pesar – *criticamente* – a adoção de um sistema de precedentes.

Com as devidas vênias, o que se demonstra neste ponto é algo exatamente diferente do colocado por Mitidiero. Entende-se que no Brasil não houve apenas uma adoção de institutos e teorias da *common law*, como também se utilizou da eficácia do controle concentrado para se alcançar a eficácia vinculante e os precedentes do STF.

Passo a passo, com a valorização da jurisprudência do STF, o precedente judicial como a figura típica da *common law*, tomou força e passou a ser objeto de estudo no país.

Os precedentes vinculantes (*binding precedents*) tão bem desenvolvidos nos países de tradição *common law*, passaram a ser vistos como uma possível solução ao fragmentado direito nacional, à quase inexistente segurança jurídica e à política judiciária ineficiente.

Conforme Marinoni<sup>190</sup>, hoje se entende que no controle difuso “não se pensa em outorgar autoridade de coisa julgada *erga omnes* à parte dispositiva da decisão. O que se pretende, é dar realce e força aos motivos determinantes ou à *ratio decidendi* da decisão, evitando-se a sua desconsideração pelos demais órgãos” do Poder Judiciário.

---

<sup>189</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, v. 37, n. 206, p. 61-78, abr. 2012. p. 69.

<sup>190</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 458.



Na verdade, segundo Lênio Streck<sup>191</sup>, só será possível alcançar essa pretensão de direito difuso e efeito vinculante trazidos no NCPD, caso se valorize e se dê apropriado tratamento à fundamentação das decisões.

Por sua vez, Marinoni defende que a vinculação às decisões da Suprema Corte é “imprescindível à racionalidade de qualquer sistema que dá aos seus juizes o poder de realizar o controle de constitucionalidade diante dos casos concretos”<sup>192</sup>. Dessa forma, o controle difuso depende de precedentes vinculantes da Suprema Corte e de uma fundamentação consistente para que funcione.

Assim, a positivação desse instrumento processual no NCPD demonstra a passagem de uma jurisprudência dominante com efeito obtido a partir da matriz do controle concentrado *erga omnes*, para um precedente vinculante.

Paralelamente, demonstra também que aquela decisão do STF, em controle concreto, prevista desde a Constituição de 1891, ganha agora eficácia vinculante e um mecanismo próprio, aproximando-se de seu modelo inspirador, mas com previsão expressa, tal qual pode se esperar de uma cultura próxima à *civil law*.

## 2.7 A ADAPTAÇÃO E A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Na metade do século XX, entendia-se, no Brasil, que dar à decisão de inconstitucionalidade eficácia *erga omnes* era considerado incompatível com a origem romano-germânica da ordem jurídica nacional, na qual a livre convicção do juiz, com base na lei escrita, tinha maior peso do que a jurisprudência dos tribunais superiores.

---

<sup>191</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>192</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 458.

Culturalmente era inadmissível a supressão do livre convencimento dos juízes e não era visto com bons olhos uma possível vinculação dos magistrados às decisões judiciais das Cortes Superiores, como se estas produzissem o direito ou fossem hierarquicamente superiores aos demais magistrados.

A certeza doutrinária de que o Judiciário produz o direito é recente, assim como é contemporânea a preocupação com o direito produzido. Ambas fluem da constitucionalização do ordenamento e da intervenção da Constituição para conseguir se realizar no mundo dos fatos.

Ou seja, advêm da constatação de que a lei escrita jamais conseguirá prever com exatidão todas as situações da realidade e, principalmente, do fato de que depois de uma longa história, começamos a nos firmar em um ambiente democrático em que a legitimidade da força do Estado vem da Constituição.

Mesmo que tenha antecedido o controle concentrado, o controle difuso teve uma adaptação longa durante a história brasileira, e, em muito, se apoiou no desenvolvimento do próprio controle concentrado.

O controle concreto continua se adaptando, agora mais fortalecido pela constitucionalização do direito, pelo STF como corte constitucional e pelo próprio amadurecimento e estabelecimento da democracia.

Essas conclusões só ratificam o que se supôs no início deste trabalho, ou seja, a mera introdução legal não provoca imediata e completa adaptação ao instituto estrangeiro. Esse instituto deve se desenvolver e se adaptar ao direito em que foi inserido, mesmo no caso brasileiro, que recebe institutos de todos os gostos e lugares.

Para se aproximar dos efeitos vinculantes e aderir a instrumentos desenvolvidos na *common law*, o Brasil se utilizou do controle concentrado, da ideia de corte constitucional de Kelsen e da eficácia *erga omnes* dada às decisões da corte constitucional.

### 2.6.1 A primeira adaptação: a suspensão de eficácia pelo Senado

O primeiro remédio adotado para dar eficácia às decisões do STF em controle difuso foi a suspensão da eficácia da lei julgada inconstitucional pelo Senado. Nesse contexto, fala-se em dar efeito *erga omnes* à decisão que julgou lei ou ato normativo inconstitucional.

Previsto nas Constituições de 1934<sup>193</sup>, na de 1946<sup>194</sup>, na de 1967<sup>195</sup> e na atual, o instituto estabelece que, ao haver declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto ao Senado é facultado suspender a eficácia do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF.

Ao suspender a eficácia do ato normativo o Senado determina que o ato normativo inconstitucional não pode produzir efeitos, portanto, não pode ser aplicado. Essa suspensão dos efeitos é válida em todo território, e se aproxima dos efeitos *erga omnes* produzidos pela decisão em controle concentrado de constitucionalidade.

Dessa forma, tal sustação é, segundo Geovany Jevaux<sup>196</sup>, “[...] um complemento facultativo e acessório do controle difuso, mas com eficácia típica do controle concentrado”. O que demonstra que apesar da adoção do controle difuso de matriz americana, os efeitos produzidos seguem a tendência nacional que é afinada à *civil law*.

Dessa forma, anteriormente, o objetivo do controle difuso e do controle concentrado passa a ser o de impedir a permanência da lei ou do decreto inconstitucionais propriamente ditos ou de impedir que estas regras inconstitucionais produzam

<sup>193</sup> Art. 91 - Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

<sup>194</sup> Art 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

<sup>195</sup> Art 43 - O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados, eleitos pelo voto direto e secreto, segundo o principio majoritário. IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais. por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

<sup>196</sup> JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 160.

efeitos. Portanto, caso uma regra jurídica vá de encontro com a Constituição, ela deve ser retirada do ordenamento ou impedida de produzir efeitos.

suspensão de eficácia pelo Senado, apesar de ser feita para utilização no poder difuso de matriz americana, segue uma lógica da *civil law* e do positivismo. O objetivo então é retirar do ordenamento a lei ou ato normativo inconstitucional. Então, a visão é de uma regra jurídica una e incontroversa, da qual não se extraem interpretações distintas.

É um raciocínio típico do positivismo porque pensa o direito como regra jurídica e não como a interpretação derivada do texto escrito, isso porque apenas o texto legal seria inconstitucional.

Esse tipo de ideia, da regra jurídica ser unívoca, é típica do formalismo positivista e retrata um realidade do Estado Clássico que é reforçada pela própria essência da suspensão.

Isso se verifica na necessidade de devolver a decisão de inconstitucionalidade ao Senado para que este, caso assim entenda, suspenda a eficácia, o que demonstra uma valorização da ideia de separação clássica dos poderes.

No entanto, em virtude do pressuposto de inexistir superioridade entre os poderes do Estado, a suspensão é faculdade do órgão do legislativo e não pode ser a ele imposta. Assim, o efeito *erga omnes* só poderia ser dado à decisão de inconstitucionalidade do controle concreto, através de ato do Senado Federal.

A ligação à tradição civilista também se demonstra na própria ideia de dar efeito *erga omnes* à decisão. Os efeitos *erga omnes* são os efeitos da própria lei, são impostos a toda e qualquer pessoa no território nacional. Dessa maneira, são muito mais abrangentes que os efeitos vinculantes, que apenas vinculam o próprio poder judiciário e, se a lei assim disser, a própria administração.

Além disso, a suspensão como um instituto típico do Estado Clássico, reafirma o Parlamento como casa do povo, cuja vontade, como representação da vontade

popular, deve prevalecer sobre os demais poderes. Isso fica claro através da previsão de conceder ao Senado a função de ampliar os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Nota-se na suspensão o raciocínio típico de *civil law* de que o Poder Judiciário não pode produzir o direito livremente, mesmo que tenha cunho negativo, sob pena de quebra da separação dos três poderes. A suspensão suscita uma falta de legitimidade do Poder Judiciário para, livremente, por si mesmo, tomar decisões que terão impactos sobre toda a sociedade.

A experiência mostrou a inadequação do instituto da suspensão para dar eficácia às decisões do STF em controle difuso e, ao mesmo tempo, ressalta a característica brasileira de que, mesmo ao tentar aproximar o controle concreto do modelo norte-americano, não se perde a essência de sistema culturalmente mais próximo à *civil law*.

Interessante pontuar que os ministros do STF discutiam na Recl 4335 – AC, com base na tese de Gilmar Mendes que defende que teria havido uma mutação constitucional de forma que o instituto do art. 52, X da CF/88 não teria condão de suspender a eficácia do texto legal, e somente seria responsável por conferir publicidade ao acórdão do STF, que, por si só, já teria eficácia vinculante.

Trata-se de uma interpretação que ultrapassa os mínimos limites semânticos do próprio texto constitucional. É uma verdadeira subjugação do texto constitucional à vontade do intérprete, o que não é constitucional. É exatamente o oposto disso.

Nelson Nery Júnior critica o STF em virtude do órgão, em sede de controle concreto, ampliar o objeto da demanda para discussões que não foram levantadas pelas partes. Defende o autor que esse tipo de conduto é uma afronta ao ordenamento constitucional e a vários limites legais e constitucionais.<sup>197</sup>

---

<sup>197</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Prefácio. In: ABOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

A partir do estudado, verifica-se que, apesar do desuso do instituto, não é possível que se permita uma interpretação do Judiciário que torne a Constituição menor do que ela é.

Quer dizer, os limites da interpretação judicial estão no próprio texto, seja ele constitucional ou legal, sob pena de termos déspotas em vez de juizes. Mutação constitucional não pode ser alteração substancial da constituição por magistrados. Essa competência não é do Poder Judiciário.

Sob outro ângulo, com o crescimento do número de demandas e de recursos, outros mecanismos foram introduzidos no direito brasileiro a fim de buscar ampliar os efeitos da decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade e, ao fazê-lo busca se aproximar do modelo precursor norte-americano (praticado pela Suprema Corte), que tem sua eficácia *erga omnes* obtida pela forçá vinculante do *stare decisis*.

### **2.6.2 A súmula: filha da cultura brasileira e descendente da *civil law***

As súmulas surgiram exatamente no primeiro período democrático brasileiro, sob forte influência do constitucionalismo vivo e renovador na Europa. Derivaram da noção de direito legislado como obra inacabada e do papel dos juizes na criação do direito.

Idealizadas pelo Ministro Vitor Nunes, do Supremo Tribunal Federal, as súmulas tinham como fim emblemático dar uma resposta eficaz   incerteza e   inseguranç  jurídica diante da valorização do Poder Judiciário e do aumento do número de ações e recursos. Mas, era na prática uma proposta de uniformização da jurisprudência.

Para usar a imagem dos demógrafos, vivemos, aqui e alhures, uma fase de explosão judiciária. Disso resultam dois graves problemas: Os Juizes e Tribunais ficam impossibilitados de cumprir – ou de cumprir bem – sua esmagadora tarefa e, de outro lado, torna-se penosa a sistematização dos precedentes jurisprudenciais, o que contribui para manter os dissídios de jurisprudência, motivo de incerteza e inseguranç  jurídica.   indiscutível que a Súmula tende a remover – ou, pelo menos aliviar – esse inconvenientes, e estamos convencidos de que ela representa, a longo termo, solução mais

prática e eficaz, para nós, do que tem sido, para os norte-americanos, o seu *Restatement of Law*, como se verá de um breve confronto das duas fórmulas<sup>198</sup>.

Nessa toada, as súmulas foram positivadas em 1963, no artigo 15, inciso IV do Regimento Interno do STF, através da influência do Ministro Victor Nunes Leal. A previsão era de que cabia ao Relator a possibilidade de “mandar arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento indicando o correspondente número da súmula”.

Segundo Nunes, havia dois problemas graves nos trabalhos do STF, que justificavam a adesão às súmulas: um era o esquecimento das decisões, cuja causa era a divulgação falha dos julgamentos, o outro era o acúmulo de serviços, principalmente por questões repetitivas.<sup>199</sup>

Assim, as súmulas foram adotadas para sistematizar os posicionamentos já firmados pela Corte, para funcionar como repositório claro, verbético e oficial, com autoridade para divulgar os posicionamentos e acelerar os julgamentos. Definia o Ministro que a súmula era um método de trabalho, um instrumento de autodisciplina, um elemento de racionalização da atividade judiciária.<sup>200</sup>

Contudo a adoção das súmulas enfrentou diversos questionamentos quanto à independência dos juízes. Questionava-se se haveria uma vinculação horizontal da própria corte ou se haveria uma vinculação vertical dos outros órgãos jurisdicionais. Arguia-se, também, o temor a uma possível limitação ao contraditório efetivo.

Reporta-se que, ainda que existissem as súmulas, os juízes de primeiro grau e das demais cortes e a própria administração não se sentiam vinculados a ela. Para muitos juízes o livre convencimento motivado era uma máxima inalcançável pelas

<sup>198</sup> NUNES LEAL, Vitor. “A Súmula do Supremo Tribunal Federal” e o “Restatement of the Law” dos norteamericanos. Apud GLEZER, Rubens Eduardo. **Súmulas vinculantes e ratio decidendi**: Uma abordagem empírica a respeito de redesenho institucional e cultura jurídica. Dissertação (Mestrado em direito) - Escola de Direito de São Paulo, São Paulo: 2011. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1757\\_60090200007.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1757_60090200007.pdf)>. Acesso em: 06 jan. 2016.

<sup>199</sup> DIAS, Marcos Gil Barbosa. **Controle de constitucionalidade e política judiciária**: evolução histórica das súmulas no Supremo Tribunal Federal. Brasília: 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/98700>>. Acesso: 01 ago. 2015.

<sup>200</sup> Ibidem.

súmulas e, independente do modo como pensavam as esferas superiores, a súmula não poderia lhes atingir.

Muitos defendiam que o Brasil não adotou o sistema *common law*, tradição em que haveria uma subordinação aos julgados da Suprema Corte. Para esses, reinava plena a *civil law*, tradição em que, segundo sustentavam, prevalecia a argumentação fundamentada no caso concreto e o livre pensar dos juízes na análise.

Sobre o último argumento, entende-se que a forma como é sustentado o livre convencimento no Brasil denota um direito à parte. Um direito em cada decisão de juiz ou tribunal. É a típica demonstração do positivismo à brasileira, que é a resistência à submissão à ordem jurídica vigente.

Sob outro ponto de vista, o executivo também não se sentia vinculado pela súmula, primeiro porque ela não era lei, nem tinha natureza normativa. Segundo porque a separação dos poderes não permitia que se seguisse a decisão de outra esfera de poder.

A natureza das súmulas também tomava o cerne de importantes discussões como a que se verifica no julgamento do RTJ 45/1973, em que os Ministros Vitor Nunes e Elói da Rocha discutiram se cabia ou não ao juiz interpretar a súmula.

Na ocasião, Nunes argumentou que “a súmula não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese de jurisprudência”, de tal modo que, se cabia mais de uma interpretação, então ela era falha e não atendia ao fim para o qual foi criada.<sup>201</sup>

A origem das súmulas é algo em que a doutrina diverge bruscamente. Alguns dizem que são inspiradas nos assentos portugueses da Casa de Suplicação de Lisboa, outros defendem que foram inspiradas nos prejudgados, há quem diga que a origem está na “*massima italiana*” e há também aqueles que a veem como herdeira do *restatement of the law*. Outros sustentam que é oriunda dos assentos portugueses e outros a definem como originárias dos prejudgados.

---

<sup>201</sup> Cf. LEAL, Victor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal Federal. **Revista Forense**. v. 208, out./dez., 1964. p. 17.



O Ministro Vitor Nunes se apoiou em José Frederico Marques para definir que as súmulas se situam entre a dureza implacável dos assentos portugueses da Casa de Suplicação, a inteligência perpétua e geral da lei e a inoperância dos prejudgados<sup>202</sup>.

Nunes falava em um instituto de racionalização que se instrumentalizava através da sistematização. Esse é um pensamento típico da *civil law*. Faz recordar o *Pandectas* e também o trabalho dos acadêmicos italianos do norte ao descobrirem os antigos textos romanos.

O idealizador das súmulas se justifica ao argumentar que a sistematização torna mais fácil a divulgação das decisões e facilita os julgamentos quando envolverem causas que tratem do mesmo tema.

Ou seja, as súmulas foram criadas como uma alternativa aos prejudgados civis trazidos ao ordenamento nacional pelo art. 861 do então vigente Código de Processo Civil de 1939.

Os prejudgados civis estabeleciam que “a requerimento de qualquer dos seus juízes, a câmara ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre câmaras ou turmas”.

Então os prejudgados civis tinham três características marcantes, a primeira era a manifestação em abstrato sobre determinada regra jurídica. Numa visão em que lei e norma eram a mesma coisa. Então o objeto era uma análise abstrata, desvinculada do caso concreto.

A segunda característica dos prejudgados que salta os olhos é o fato de que tratavam-se de um pronunciamento prévio. Então era uma análise para o futuro. Dessa forma, seria uma espécie de instituto formado com base na mesma lógica da

---

<sup>202</sup> LEAL, Victor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal Federal. **Revista Forense**. v. 208, out./dez., 1964.p. 17.

formação da lei porque o intérprete se preocupa com hipóteses futuras. Seria o que Streck e Abboud chamam de “espécie de tutela antecipada dos sentidos possíveis e imagináveis”<sup>203</sup>.

A terceira característica dos prejulgados estava na própria visão estrita de separação dos poderes. Para não fugir da lógica continental, apesar da busca por uniformização do entendimento, não havia determinação de que os órgãos do Judiciário nem que os próprios prolatores da decisão respeitassem os prejulgados. Nisso entendemos que estava a grande ineficácia sustentada pelo Ministro Vitor Leal.

Nunes entendia que as súmulas não obrigavam os demais magistrados e tribunais, mas vinculavam indiretamente as partes, que, através dos advogados, já anteviam que, caso o assunto fosse apreciado pelo STF, o Tribunal se serviria da súmula para responder a questão.

Ressalta-se que para Vitor Nunes, as súmulas eram superiores ao *restatement of the law* americano porque não era um código, mas também não era um simples repositório particular de jurisprudência.<sup>204</sup>

Razões como o fato de serem oficiais e derivarem da autoridade do STF dada pelo ordenamento jurídico para uniformizar a jurisprudência, como também a autoridade por serem instrumentos oficiais, eram arguidos como razões que sustentavam a superioridade das súmulas em relação ao modelo americano.

Ademais, a inteligência perpétua e geral das leis estava justamente na abstração dos enunciados de jurisprudência dominante sumulada. Curtas e genéricas como a lei, as súmulas deveriam, segundo o Ministro, comportar um único significado.

---

<sup>203</sup> CF. STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3 ed. Ver. e atualizada de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 35.

<sup>204</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. revista e atualizada São Paulo: Saraiva, 2015.

Assim, as súmulas deveriam ser feitas para perseverarem no tempo. Para que perpetuassem tinham, em seu cerne, uma autoridade ínsita ao fato de serem oficiais. Entendia-se, na época, que para serem perpétuas deveriam estar desvinculadas do momento histórico e das características do caso concreto.

Nesse sentido, a abstração, a concisão e o fato de só poderem ter um único entendimento já demonstravam uma busca por se aproximar da lei. Demonstravam também uma intenção de se comportar de maneira semelhante à lei quanto à necessária univocidade da previsão, o que é típico da visão positivista clássica.

Igualmente, a aproximação com a dureza implacável dos assentos portugueses indica que o STF se propôs a criar regras jurídicas como se tivessem força de lei (característica que vai contra a ordem constitucional).

As súmulas se comportariam como um argumento de autoridade assemelhado a uma lei do Poder Judiciário. Isso foi bem demonstrado por Castanheira Neves<sup>205</sup> que conseguiu, na década de 90, fosse declarado inconstitucional o assento, em Portugal.

Pela falta de apego ao caso concreto, o resultado da aplicação da súmula mais se aproxima de uma aplicação de regra jurídica do legislador do que como um instrumento de uniformização da jurisprudência do Poder Judiciário.

Justamente por ser tão concisa e estar tão distante do caso concreto, não se consegue ver na súmula os elementos básicos da jurisprudência. Por essa razão questiona-se não o fato do Poder Judiciário produzir direito, mas sim a forma como ele o produz através das súmulas.

Entende-se pelo texto constitucional, que a fundamentação racional, íntegra com o ordenamento e coerente com os posicionamentos já firmados pelo Poder Judiciário deve ser a maneira de legitimar as decisões.

---

<sup>205</sup> NEVES, A. Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

Diante das considerações de Dworkin, que defende que os juízes devem julgar por princípios, combinado com o entendimento de Atienza, de que é imprescindível que os juízes demonstrem de maneira exigente e robusta, as razões de direito na fundamentação da decisão. Tendo em vista que só é possível ver semelhanças quando se analisam casos concretos (o precedente e o caso que está para se decidir), conclui-se que a maneira como a súmula é manejada só reforça o positivismo à brasileira (decido e indico a lei ou a súmula), a ausência de integridade do direito jurisprudencial ao ordenamento constitucional e a falta de coerência do Poder Judiciário.

Esse mecanismo silogístico dogmático se assemelha às leis e não se aproxima do funcionamento dos precedentes vinculantes. Os precedentes determinam um retorno ao caso concreto, ao modo como foi decidida situação semelhante, aos princípios adotados do caso precedente.

Por mais relevantes que sejam as intenções de dar previsibilidade e segurança jurídica às decisões do Poder Judiciário, a aplicação das súmulas, desnaturadas do caso concreto, transparece como uma verdadeira aproximação ao trabalho do legislador e a um cientificismo típico da nossa cultura.

Historicamente, no Brasil, assim como no *civil law*, o direito é um produto de estudiosos. A abordagem tem um cientificismo que se distancia das particularidades do caso concreto. Segundo Ovídio Baptista<sup>206</sup>, o próprio ensino jurídico e a prática do direito são historicamente preocupados com a regra jurídica e completamente despreocupados com a análise pedagógica de casos.

As súmulas fortalecem uma cultura brasileira de pouca preocupação com o caso concreto, de foco voltado à extração do direito, à discussão de teses e à despreocupação com as partes e com o momento histórico vivido.

Essa lógica da cultura brasileira, utilizada nas súmulas, contraria a essência do movimento de constitucionalização do direito. Todas as normas e principalmente a

---

<sup>206</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia: O paradigma racionalista**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 37

norma constitucional, que rege o ordenamento jurídico, não têm existência autônoma em face da realidade.

Para Hesse a essência da norma constitucional reside em sua vigência, onde a sua pretensão de eficácia não pode se separar das condições históricas do momento em que se pretende vê-la aplicada.<sup>207</sup>

Alega Hesse, a pretensão de eficácia de uma norma constitucional está ligada às condições históricas de diferentes formas, numa relação de interdependência que não pode ser desconsideradas.<sup>208</sup>

A função normativa do Poder Judiciário é esclarecer a regra jurídica conforme a constituição, num processo de construção racional, impessoal e referencial da norma jurídica para que possa integrar e afirmar ordem constitucional.

Então, como é possível admitir que o judiciário formule norma jurídica genérica, deslocada de seu contexto fático, desapegada das condições históricas do momento de formação e que não fundamenta com rigor a construção e a referenciação racional ao ordenamento constitucional?

Como se pode achar que está se dando previsibilidade e resumindo todos os elementos do caso concreto e que confluíram para a decisão através de súmulas? Como verificar a semelhança com uma decisão se só se tem acesso a uma regra judicial genérica chamada súmulas?

Como dizer que se trata de coisas semelhantes um enunciado genérico cutíssimo e um caso fático, complexo e histórico? As súmulas assim como as leis podem ser aplicadas às mais diferentes situações. A previsibilidade dada pelas súmulas é tão ou mais ampla que a previsibilidade das leis.

A partir da diferenciação (entre regra jurídica e norma) feita em outro momento, é possível, dizer que a súmula é regra jurídica e “não é editada em um contexto de

---

<sup>207</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

<sup>208</sup> Ibidem.

aplicação do direito positivo”<sup>209</sup>, ou seja, ela está afastada do contexto fático e histórico que compõem a decisão jurídica.

Por essa “pureza” do enunciado sumular que analisa apenas o direito em isolamento. Por esse afastamento da realidade, do caso concreto e das complexas relações envolvidas e características históricas e sociais envolvidas, as súmulas significam uma obra do positivismo à brasileira.

A súmula é mais um instrumento para aumentar a irracionalidade do direito brasileiro, ampliar os poderes do Poder Judiciário, principalmente do STF e contribuir para a perpetuação da panaceia desvairada do Poder Judiciário brasileiro.

Os enunciados sumulares não só não ajudam à constitucionalização do direito como são inconstitucionais em essência. Apesar de se dizerem cumprir a constituição, na prática, as súmulas têm força supra constitucional e são utilizadas para justificar de forma rasa e impedir a análise do caso sob exame sem que se faça uma digressão racional e referenciada sobre os princípios utilizados, a fundamentação construída e os demais elementos que compõem o caso fático e às circunstâncias históricas e sociais que deram origem à decisão que gerou a súmula. Em outras palavras, na realidade, as súmulas são um mecanismo para impedir o acesso à justiça e o devido processo legal.

O constitucionalismo tem a proposta de intervir e analisar a complexidade do caso concreto a fim de que a constituição reverbere e tenha a máxima efetividade em sua aplicação, de maneira a garantir não uma igualdade formal, mas sim uma igualdade material racionalizada para que se adapte às necessidades e peculiaridades do caso concreto.

O constitucionalismo é um entendimento que aceita e agrega a complexidade, a historicidade, a racionalidade, a igualdade material observada nos fatores que compõem o caso a fim de que se dê a máxima eficácia prática da constituição. O constitucionalismo é oposto ao isolacionismo do direito.

---

<sup>209</sup> TEIXEIRA, Yuri Guerzet. **Precedentes Judiciais**: Entre normas e decisões. Curitiba: Juruá, 2015. P. 121.

As súmulas são exatamente um instrumento de isolacionismo, de dogmatismo, de direito puro e apartado da realidade complexa do caso concreto. Elas são filhas do positivismo clássico que isola o direito e afasta a efetividade prática da constituição.

Na aplicação quotidiana, as súmulas superam o próprio texto constitucional em importância e mesmo em limitação. Sua autoridade não está na Constituição, está no Judiciário despótico que, no lugar do rei ou do ditador, assumiu a direção do Estado Nacional.

Segundo Streck e Abboud, “quem faz uma ementa e dela se serve de forma atemporal e a-histórica está igualando texto e norma, lei e direito. Para os autores, a pretensão de dar respostas antes das perguntas “deita raízes no século XIX, no positivismo exegético e na sua versão germânica: o pandectismo.”<sup>210</sup>

Na prática as súmulas são a lei maior (acima da Constituição) do Poder Judiciário e a justificativa utilizada por este Poder para limitar e obstar o acesso à justiça, o devido processo legal e o próprio acesso a diversos direitos fundamentais. Elas são inaceitáveis a qualquer ideal mínimo de constitucionalização do direito e de acesso à justiça.

Inequivocamente se pode afirmar que Vitor Nunes esteve certo quando falou que as súmulas remetiam à “dureza implacável dos assentos portugueses”<sup>211</sup> porque elas traduzem uma autoridade que se faz implacável sobre e alheia à ordem constitucional e que não se traduz num instituto democrático de acesso à justiça e sim na objeção deste e também da cidadania.

Súmulas não são precedentes. As súmulas são enunciados, são proposições genéricas, funcionam como as leis, estão no plano do texto. Os precedentes estão

---

<sup>210</sup>STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3 ed. rev. e atualizada de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 35.

<sup>211</sup> Os assentos portugueses, no início, na Casa de Suplicação, eram escritos em livrinhos verdes distribuídos por ordem do rei. Neles estavam breves as regras estabelecidas pelo grupo de juristas reais que tinham a função de dizer o direito. A autoridade desses juristas vinha do rei e não de um direito constitucional ou daquela população. Era um direito imposto e não legítimo daquela população.

em plano distinto, no plano da interpretação, da construção dos fundamentos, no plano das normas jurídicas que surgem a partir da atribuição de significado normativo às regras jurídicas<sup>212</sup>.

Segundo Michael J. Gerhardt, todos os precedentes desempenham determinadas funções estruturais, inclusive de dar forma e esclarecer a estrutura constitucional em formas significantes determinadas.<sup>213</sup>

As súmulas estão no plano do positivismo enquanto os precedentes estão no plano do constitucionalismo. Os precedentes derivam da interpretação e da obrigação de motivação, de uma comprovação de respeito à autoridade da constituição. Enquanto as súmulas derivam da “autoridade” por imposição do Poder Judiciário que desrespeita a constituição.

Os precedentes são estão intrínsecos à análise do caso concreto em sua complexidade, não podem dele se deslocar. Dessa maneira, os precedentes têm em si a historicidade, a racionalidade e a busca constitucional por igualdade material. Numa lógica racional, integrativa e referenciada (no direito já construído, com base na constituição) os precedentes buscam dar máxima eficácia prática à constituição no caso concreto.

Apesar do exposto, com o tempo as súmulas foram absorvidas pela cultura brasileira e seu uso passou a ser rotineiro. Muitos tribunais passaram a formular súmulas e utilizá-las nos moldes das prolatadas pelo STF.

### 2.7.3 As súmulas vinculantes mais que *erga omnes*

---

<sup>212</sup> Ver TEIXEIRA, Yuri Guerzet. **Precedentes Judiciais: Entre normas e decisões**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 121.

<sup>213</sup> Tradução livre do trecho: “*All precedents perform several structural functions, including shaping (and clarifying) constitutional structure in several significant ways.*” GERHARDT, Michael J.. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 157.



Embora bem recebidas e muitas utilizadas, as súmulas criadas pelo Ministro Nunes Leal no STF não estavam sendo capazes de conter o aumento cada dia maior da quantidade de processos a serem julgados pela Corte.

Em 1993 os efeitos vinculantes alcançaram o controle concentrado. E na revisão constitucional de 1994 surgiu a proposta de uma súmula com efeito vinculante. Mais tarde, em 2 de abril de 1997, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sepúlveda Pertence, expôs o tema da adoção do efeito vinculante nas súmulas do Supremo Tribunal Federal em Audiência Pública na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Discorreu o Ministro:

**Qual a diferença entre a súmula vinculante e a súmula do meu saudoso mestre Vitor Nunes Leal? Ou a atual decisão da ADIN? A diferença é puramente processual.**

Hoje, se a administração não observa uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional uma norma tributária e permanece lançando tributos declarados inconstitucionais, ou exigindo tributos declarados inconstitucionais, ou recusando-se a devolução, vai o cidadão para um mandado de segurança, se ainda tiver prazo, ou a uma ação ordinária em primeiro grau. Se vai juntar as cinco mil, sete mil, doze mil, conforme a Vara Federal em que for parar, segue a um Tribunal Regional Federal atropetado, alguns levando um ano para distribuir os recursos; e dois a três anos para admitir o recurso extraordinário para o Supremo. E um dia chegará ao Supremo.

**A solução do efeito vinculante que, num primeiro momento, provavelmente, assoberbará mais o Supremo do que hoje é o da utilização da reclamação.** Hoje, declarada inconstitucional uma lei à falta de efeito vinculante, o que sucede se o juiz continua a aplicá-la? O juiz apenas cometeu uma ilegalidade. Era como se aplicasse uma lei não vigente. E para isso – diz a doutrina assente do Supremo Tribunal – não cabe a reclamação, que visa assegurar autoridade das decisões do Tribunal. **O efeito vinculante visa exatamente enquadrar a hipótese naquelas que pelo processo absolutamente sumário da reclamação possam ser coibidas imediatamente. Na esperança, é claro, de que o tempo, a prática, a convivência com o Estado de Direito Efetivo vá tornando excepcionais essas recalcitrâncias a uma força vinculante emprestada pela própria Constituição.** (grifos nossos)

Embora tivesse árdios defensores, a súmula vinculante também recebia duras críticas, muitas delas tinham o mesmo teor daquelas levantadas em 1963 contra a proposta do Ministro Nunes Leal.

Dentre os argumentos opositores, merece destaque as ponderações do Ministro Evandro Lins e Silva na audiência pública, realizada em 23 de abril de 1997, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal:

**Não vejo como seja possível ficar o juiz coarctado, sem poder decidir de acordo com a sua convicção e consciência jurídica.** Então, suprimamos a primeira instância e levemos logo todos os casos instruídos para o Supremo decidir se são constitucionais ou inconstitucionais, porque, do contrário, a Justiça perde inteiramente.

Percebe-se logo a **absoluta inverdade de se introduzir o instituto do precedente absolutamente vinculante nos sistemas da família romano germânica como a nossa.** Nesses, como sabido, a fonte primária do Direito é sempre a lei, isto é, a norma geral e abstrata, emanada do poder competente, o qual, no regime democrático, é o próprio povo, diretamente, ou os seus representantes legitimamente eleitos, que formam o órgão estatal legislativo.

**Os juízes não têm legitimidade democrática para criar o Direito, porque o povo não lhes delegou esse poder.** A sua função precípua, na organização estatal, é a de funcionarem como árbitros supremos dos conflitos de interesse na aplicação da lei.

**Ademais, o efeito vinculante dos precedentes judiciais afrontaria duas garantias maiores, ou seja, institutos postos na Constituição para garantir os direitos fundamentais do cidadão. O primeiro deles é a separação de poderes, inscrita no art. 2º da Constituição.**

A independência recíproca dos Poderes pressupõe, como é óbvio, que cada um deles exerça uma função exclusiva, caso contrário, haveria superposição funcional. A função precípua e exclusiva do Poder Legislativo, como estabelecido, desde os primórdios, no regime democrático moderno, é a de editar as leis, entendidas como expressão da vontade geral do povo.

**A segunda garantia institucional afrontada pelas súmulas vinculantes é a da liberdade de poder de todos os magistrados de decidir litígios segundo a lei e de acordo com o seu convencimento pessoal.**

Essa independência da Magistratura não pode ser suprimida, nem mesmo reduzida, não só pelos demais Poderes, como é óbvio, mas também pelos Tribunais Superiores, órgãos dirigentes do Poder Judiciário.

**Os juízes de primeira instância ficariam proibidos de julgar livremente os casos abrangidos pelo pronunciamento prévio dos tribunais superiores, com a supressão do princípio do duplo grau de jurisdição**

Ora, a súmula com efeito vinculante absoluto para os juízes de primeira instância significa a introdução em nosso sistema jurídico de um sucedâneo da lei, que produzirá a superposição ou conflito de atribuições entre os Poderes Legislativo e Judiciário. . (grifos nossos)

Do trecho acima se extrai a maior dificuldade para que a comunidade jurídica aceitasse as súmulas vinculantes, que era exatamente de aceitar uma limitação ao livre convencimento motivado, um entrave à independência total dos juízes.

Na verdade, o positivismo com vestes de constitucionalismo à brasileira é que toma forma nesses argumentos. É a anarquia e a irracionalidade do Poder Judiciário brasileiro e a dificuldade cultural de se ver como parte de um todo em que devem o direito e a constituição prevalecer e não a opinião pessoal e o personalismo que soaram mais alto.

De igual maneira percebe-se a confusão entre o poder pessoal e a função do cargo exercido, a dificuldade de manter a impessoalidade no exercício de função pública e a necessidade cultural de domínio do que seria o direito.

As críticas às súmulas não seriam em razão de sua aproximação com as leis, isso já estava relativamente bem aceito. A crítica seria justamente por seu efeito vinculante, por ter o juiz que, em tese se subordinar a um entendimento institucional.

Até porque grande parte da doutrina entendia que a eficácia vinculante seria exclusiva do dispositivo das decisões em sede de controle concentrado de inconstitucionalidade.<sup>214</sup>

Ou seja, a própria decisão em sede de controle direto só era considerada em seu dispositivo e não em sua fundamentação. Dessa forma, não havia uma verdadeira preocupação com a fundamentação das decisões e com as peculiaridades do caso concreto.

Não obstante as inúmeras críticas e os debates, a Emenda Constitucional 45/2004 inseriu na Carta Constitucional as súmulas vinculantes. Diante da necessidade fática de uniformizar a jurisprudência e diminuir os estoques de processos nos escaninhos do STF, as súmulas foram colocadas como a tábua da salvação para a resolução serial de demandas.

Para fundamentar em termos constitucionais a opção que tinha caráter de medida de política judiciária, foi utilizada a equivocada ideia de que as súmulas vinculantes

---

<sup>214</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 69.

trariam segurança jurídica e justiça social. A elas se creditavam a promoção de igualdade e de previsibilidade, como se fossem os precedentes da *common law*.

As súmulas dão tanta previsibilidade ao direito como as leis. Elas funcionam como regras jurídicas supra legais e supra constitucionais cujo descumprimento gera um recurso que pula todas as instâncias e chega diretamente no STF. Assim como os assentos portugueses criticados por Castanheira, nada mais inconstitucional que as súmulas vinculantes.

Contudo, não se podem negar os avanços óbvios que provocaram tanto para o desenvolvimento do controle difuso, que ganhava efeitos vinculantes, quanto para a popularização e valorização do papel da jurisprudência e o estabelecimento de sua condição de fonte de direito, tanto para que se repensasse o papel dos juízes e tribunais na ordem constitucional.

Embora, se entenda inconstitucionais as súmulas vinculantes (por mais pleonástico e incoerente que se possa parecer), não se pode deixar de ressaltar e reconhecer o papel que desempenhara para a evolução da jurisdição constitucional brasileira.

Com o amadurecimento da ordem constitucional, aos poucos se firmava o ideal de que os juízes e tribunais são órgãos jurisdicionais que representam o país e não a livre convicção pessoal do indivíduo atrás da toga e que a unidade do direito era uma necessidade.

Não se podia mais admitir que os magistrados atribuíssem significados aos textos constitucionais da maneira como queriam, como se a Constituição fosse uma saída para a liberação dos valores e desejos pessoais do ocupante de cargo público<sup>215</sup>, como se o direito fosse algo que lhes pertencia.

Em que pese o avanço, ainda é necessário que as cortes superiores também se atentem para a sua própria limitação. Não basta apenas limitar o magistrado e os tribunais de recursos, é necessário que essa concepção fosse também absorvida

---

<sup>215</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 72.

pelos cortes de precedentes (em que pese o STJ ainda não se comporte como tal), sob pena de uma ditadura de juízes.

Assim, é necessário que o Estado-juiz ou Estado-tribunal, ao firmar entendimentos, atue conforme a constituição e não acima dela e de todo o ordenamento. Afinal, o Judiciário é um único poder que deve se subordinar à ordem constitucional.

Nesse contexto a Constituição deve ser o norte e o limite da atuação. E se a Carta Constitucional estabelece que a mais alta Corte de Justiça é seu intérprete natural da Constituição, então, nada mais lógico que os demais órgãos adotassem tal posicionamento.

Todavia, essa adoção não é uma imposição de força. A competência de interpretar em última instância não afasta a obrigação de fundamentar de maneira exigente e transparente a legitimidade, coerência e integridade da escolha. A demonstração das razões devem ser robustas o suficiente para provocarem o convencimento e permitirem o necessário controle da decisão pelos demais membros do judiciário, pela população e pelos demais poderes.

A fim de não banalizar o (muito) criticado instrumento, o texto constitucional elencou requisitos e procedimento específicos para a formação da súmula vinculante. A concretização está condicionada a ocorrer após reiteradas decisões (impacto de massa), sobre casos que tratam de matéria constitucional e mediante aprovação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. Assim, estabelece a Constituição:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, 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 pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Para seus idealizadores, a súmula vinculante como fruto da jurisprudência seria um instrumento de mudanças sem alteração do regramento. Isso porque, ao elencar a

interpretação adequada, a súmula alteraria o significado sem alterar o texto constitucional ou significante.

Para seus defensores a súmula permitiria a mutação e daria mais dinâmica ao texto constitucional. De sua natureza interpretativa nasce aquilo que defendem como sendo uma de suas maiores características, a flexibilidade, no sentido de ser capaz de se aproximar e adequar às mutações sociais e econômicas com rapidez.

Então, seus defensores alegam que as súmulas vinculantes permitiriam uma aderência maior da situação particular ao regramento, de maneira a pinçar a leitura (interpretação) mais adequada à sociedade no tempo do julgamento.

Em que pese as expectativas, na prática, da maneira como são aplicadas, as súmulas surgem como normas genéricas ligadas a de regras constitucionais. Estão, dessa forma, atreladas à regra constitucional, porém, apesar da dependência, as súmulas acabam se tornando mais fortes que as regras constitucionais justamente porque se denominam a interpretação correta delas.

Nessa toada, prejudicada estará a súmula quando a regra a que se refere for alterada ou retirada do ordenamento. A razão está na lógica do sistema sumular (satélite) o qual se destina a fixar premissas relacionadas com a interpretação, com a validade, e com a eficácia das normas objeto.

Da forma como vem sendo aplicada, a súmula vinculante que é hierarquicamente subordinada à norma constitucional que lhe serve de objeto, ganha desta ligação uma projeção em maior grau, como se regra constitucional fosse.

Na verdade, segundo Streck e Abboud, as súmulas estariam no topo do ordenamento. Isso porque regras legais e constitucionais podem deixar de ser seguidas, mas súmulas vinculantes não.<sup>216</sup>

---

<sup>216</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3 ed. Rev e atualizada de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 133.

Quando não se respeitam leis e regras constitucionais, recorre-se, quando não se respeitam súmulas, ajuíza-se reclamação constitucional ao STF. O remédio sem dúvida para as súmulas é mais forte do que para os enunciados do Poder Legislativo.

Porém, de maneira muito mais simples do que a alteração do texto da lei ou da Constituição, as súmulas podem ser canceladas ou revisadas quando não mais adequadas.

Sustentava-se que o efeito vinculante (que diferencia as súmulas vinculantes das ordinárias) era o mecanismo que fazia efetiva a uniformização da jurisprudência e a contenção de demandas.

Os idealizadores garantiam que, ao contrário do que acontecia antes, o conteúdo da súmula vinculante era de obediência obrigatória, não só para todos os órgãos do Judiciário como também para os do Executivo. Apenas o Legislativo não estaria adstrito às súmulas.

Se as súmulas vinculantes têm um caráter normativo, inofidável igualmente que, apesar de inferiores, se comportam como se normas constitucionais fossem. Na prática, as súmulas vinculantes criam a figura dos juízes super legisladores.

De fato, as súmulas extraem premissa de tal maneira abstrata que é impossível vinculá-la às razões (*ratio decidendi*) dos casos precedentes que lhe provocaram a origem. Em verdade, esses casos precedentes sequer são minimamente mencionados.

Conforme Cappelletti<sup>217</sup>, regras genéricas são criadas pelo legislativo, já as concretas que estão limitadas pelas primeiras são formadas pelo entendimento do magistrado.

---

<sup>217</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2 ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

No Brasil, verifica-se, pelas súmulas, uma tendência de formatar normas, as mais abstratas possíveis, a partir do extrato da decisão. Enquanto que na *common law* o que vincula são os fundamentos da decisão, os princípios aplicados no caso concreto, a racionalidade impressa para se chegar àquela conclusão.

As súmulas não são a *ratio decidendi* do caso precedente, como muitos defendem. Através da leitura das súmulas não é possível alcançar o caso concreto. Ela se desmembrou completamente do caso concreto e não precisa dele para existir ou para ser utilizada.

Na verdade, essa é a grande crítica à súmula, ela é utilizada sem nenhum lastro ao caso concreto. Na prática é uma previsão genérica do judiciário legislador com força acima das leis e da própria constituição, ainda mais sendo vinculante. Nesse sentido narram Streck e Abboud:

Assim, o perigo apresentado pela institucionalização das súmulas vinculantes consiste, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar as leis; se os fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar as súmulas. Nesse caso, conforme a emenda à Constituição aprovada, não caberá recurso e, sim, reclamação... OU seja, em *terrae brasilis* a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição.

Leis podem ser afastadas, regras constitucionais podem ser mitigadas, mas as súmulas vinculantes são de observância obrigatória, mesmo que não se faça nenhuma referência ao caso concreto. Mais do que isso, predomina na doutrina que as súmulas vinculantes não podem ser objeto de controle de constitucionalidade.

A forma como se tem utilizado as súmulas vinculantes é a mais plena demonstração de um STF fora dos limites. Um Poder que afasta a lei e a Constituição para prevalecer de forma genérica, sem lastro e, principalmente, sem fundamentação.

Portanto, a súmula abstrai a racionalidade, o controle e os princípios usados na construção da decisão. É um instituto incontrolável e uma prova do desequilíbrio dos poderes do Estado.



Essa constatação demonstra que estamos vivendo o Poder Judiciário como superego da sociedade anunciada por Maus. É a prova de que o Judiciário, principalmente o STF, se comporta sem demonstrar a fundamentação de suas decisões, como se a sua autoridade apenas fosse suficiente para legitimar suas escolhas.

A forma como são utilizadas são a máxima comprovação de uma superioridade sem fundamentação e sem controle do Supremo Tribunal Federal. E pior, o controle é ainda menor porque o procedimento de confecção final do enunciado das súmulas vinculantes fica a cargo de um dos Ministros. Dessa forma, abre-se espaço para a manipulação dos enunciados a fim de atender interesses pessoais, como já foi diversas vezes observado no STF.

Na verdade, o modelo brasileiro, por ser distante do caso concreto, dificulta a identificação das razões de decisão. Isso porque os métodos tradicionalmente utilizados na *common law*, para esse fim, não conseguem ser eficientes no Brasil.

A *ratio decidendi* (modelo inglês) ou a *holding* (também utilizado no modelo americano)<sup>218</sup> são termos que designam as razões de decidir<sup>219</sup>. Não se trata de um elemento específico da sentença (fundamento, dispositivo e relatório)<sup>220</sup>.

O Brasil ainda não se adaptou ao verdadeiro significado e à função dos precedentes, ao controle e à necessidade de fundamentação das decisões. Um direito anárquico e um Poder Judiciário sem limites não se constitucionalizam de imediato. Mas o novo CPC, em que pese as críticas aplicáveis, deu bons passos em busca desse entendimento.

Ao traçar um paralelo com a diferença original entre os dois sistemas (*civil law* e *common law*), percebe-se na forma de condução brasileira uma clara aproximação da construção do direito jurisprudencial ao trabalho do legislador. Por outro lado,

---

<sup>218</sup> SILVA, Celso de Albuquerque. **Súmula Vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72

<sup>219</sup> MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes Judiciais Vinculantes**. A eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica. Curitiba, Juruá, 2014. p. 100.

<sup>220</sup> Ibidem. p. 100.

percebe-se uma grande despreocupação com o direito já construído e com a supremacia da ordem constitucional vigente.

Tradicionalmente, por uma questão cultural, essas mudanças no sentido de tratar a jurisprudência como um direito em construção, como parte de um todo com o qual deve se integrar, são muito difíceis.

Ao contrário do que ocorre na *common law* e, não obstante, de acordo com a o *modus operandi* dos aplicadores do direito brasileiro, a utilização e condução do direito jurisprudencial ainda é muito precária.

Segundo Nogueira<sup>221</sup>, é tarefa de alta complexidade conseguir, por meio de um verbete sumular, expor o real significado de um determinado precedente, de maneira que isto conduz não apenas a uma aplicação equivocada, mas também a não se alcançar a efetividade do próprio precedente como um todo. Justamente porque a súmula é uma apreensão pontual e parcial construída a partir de um precedente (que dele se dissocia).

Nessa ordem, as súmulas não são modelo “apto a demonstrar a adequada preocupação com a coerência da ordem jurídica, sobre os ideais de previsibilidade e de igualdade atinentes aos precedentes judiciais no *common law*”.<sup>222</sup>

Uma das principais razões das súmulas serem tão distantes da *common law* é porque não foram os ideais de previsibilidade e igualdade que motivaram sua implantação e a ampliação de seus efeitos, mas sim “a tentativa de desafogar o judiciário com a facilitação na resolução de casos menos complexos”.<sup>223</sup>

Muito se confunde em relação à unidade e à uniformização do direito. A unidade se afina aos sentidos de racionalidade, de coerência interna, de previsibilidade, de segurança jurídica, de subordinação aos parâmetros constitucionais.

---

<sup>221</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>222</sup> MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes Judiciais Vinculantes. A eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica**. Curitiba, Juruá, 2014. P. 180.

<sup>223</sup> Ibidem. p. 10.

A uniformização do direito é um dos efeitos da unidade. Está ligada às decisões judiciais e não ao direito como um todo. Quando há unidade do direito, o direito é previsível, então as decisões se comportam de acordo com os parâmetros pré-estabelecidos.

A uniformização sozinha se dissocia da ideia de direito como um todo e da própria ideia de constitucionalização do direito, da necessidade de fundamentação em que se verifique a integridade das decisões numa construção contínua e impessoal do direito.

Da forma como vêm sido aplicada no Brasil, a uniformização revela a massificação das decisões judiciais, a preocupação quantitativa e a supremacia não da constituição, mas sim dos tribunais superiores, principalmente do STF.

Essa preocupação mais voltada à política judiciária e de afirmação do STF (principalmente) pode ser vista nas reformas legislativas recentes. Mesmo que use a referência através do signo linguístico precedentes, os objetivos e o tratamento legislativo anteriores ao NCPD eram muito diferentes dos precedentes da *common law*.

Isso ocorreu na Lei nº 9.756, de 17/12/1997, que deu nova redação ao artigo 557 do CPC/73, de maneira a possibilitar que o relator, em julgamento monocrático, por exemplo, negue seguimento a recurso em razão de confronto com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal de origem ou dos tribunais superiores.

A Lei nº 11.276, de 07/02/2006, incluiu os parágrafos 1º e 2º do art. 518 do CPC/73. A mudança permitiu que o juiz não recebesse o recurso de apelação quando a sentença estivesse em conformidade com súmula do STF ou do STJ.

Na Lei nº 11.277, de 07/02/2006 incluiu o art. 285-A do CPC/73 que permitia ao juiz decidir de plano quando a ação tratasse apenas de matéria de direito nas quais já houve estabelecimento de decisão por total improcedência.

A Lei 11.417, de 19/12/2006, regulamentou a edição, a revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes pelo STF além de torná-las de observação obrigatória o âmbito da administração federal. A Lei nº 11.418, de 19/12/2006, regulamentou no art. 543-A e 543-B do CPC/73 a repercussão geral.

Todas as previsões legislativas acima citadas têm em comum a inovação legal para conseguir dar maior uniformização da jurisprudência sem uma verdadeira preocupação com a unidade do direito. São reformas que visam a redução dos estoques do judiciário e não a verdadeira recepção dos precedentes judiciais.

Segundo Ramires, a repercussão geral trazida pela EC 45/2004 é “uma tentativa de que o Supremo passe a julgar interesses alheios à demanda individual, ampliando a abrangência de um acórdão particular.”<sup>224</sup>

Trata-se de cláusula que visa impedir o recebimento de recursos para a mesma Corte em matérias semelhantes, e a possibilidade de retratação do Tribunal de origem nos processos em que estiverem pendentes recursos extraordinários com fundamento na orientação firmada no Supremo.<sup>225</sup>

Portanto, a repercussão é mais uma prova do desapego ao caso concreto e a preocupação com a massificação das decisões. É a substanciação do vício que Lênio Streck chama de “*habitus dogmaticus*”<sup>226</sup>, que é exatamente o costume brasileiro de abstrativizar o direito, sem se preocupar com a justiça e com o caso concreto e com as complexas que o envolvem.

Por essas razões jamais se pode falar em repercussão geral se insere no conceito de precedentes. Até porque o precedente é uma só decisão que é reconhecida como precedente no momento posterior. A repercussão geral já nasce para ter efeitos futuros. Os precedentes vinculantes tem efeito vinculante, a repercussão

---

<sup>224</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 88.

<sup>225</sup> Ibidem. p. 89.

<sup>226</sup> STRECK, Lênio. Prefácio. In: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

geral já visa impedir a análise em recurso. São institutos completamente distintos da sua razão de existência, passando pela sua construção até a sua utilização.

Interessante que, apesar de todas as inovações legislativas, o efeito vinculante, o efeito impeditivo e todas as formas de garantir uma política judiciária eficiente não conseguiram cumprir com o fim que se propuseram. Isso se confere através do estudo desenvolvido por Georges Abboud<sup>227</sup>.

No ano de 1993, o efeito vinculante foi introduzido no sistema jurídico brasileiro pela EC 3, foram proferidos 21.737 julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal, número que saltou para 28.221 julgamentos no ano seguinte e 34.125 julgamentos em 1995. Esse índice permanece em constante progressão a partir de 1997, quando foram 39.944 processos. Em 1998, superou-se a barreira dos 50 mil feitos julgados, sendo proferidos 51.307 julgamentos.

Em 1999, ano da extensão do efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas em ADIn e ADPF pelas Leis 9.868/1999 (art. 28, parágrafo único) e 9.882/1999 (art. 10, § 3º) respectivamente, foram proferidos 56.307 julgamentos. Em 2001, é a vez da marca atual dos 100 mil julgamentos se superada, com 109.692 processos sendo julgados pelo STF. Em 2004, ano de advento da EC 2004, ano de advento da EC 45, que estendeu, no plano constitucional o efeito vinculante às decisões definitivas de mérito da ADIn, foram julgados 101.690 processos. E os números persistiram aumentando (103.700 julgamentos em 2005; 110.284 julgamentos em 2006), atingindo a assombrosa marca de 159.522 julgamentos proferidos em 2007. Em 2008, os números sofreram pequenas reduções, sendo proferidos 130.747 julgamentos, e em 2009, 121.316 julgamentos, e, por fim, em 2010, 103.869 julgamentos.

Os resultados das pesquisas mostraram a ineficiência dos instrumentos de demandas seriais. Eles não resolvem o problema do acúmulo de processos nos escaninhos do Poder Judiciário.

Em verdade, como se viu anteriormente, a uniformização é um efeito da unidade do direito que gera previsibilidade e uniformização. Para se alcançar a unidade do direito é preciso constitucionalizá-lo. É preciso que se respeitem os direitos e garantias fundamentais, inclusive, principalmente, as processuais.

É preciso que o processo seja um instrumento de justiça, de fortalecimento e respeito à constituição. O julgamento serial de demandas não respeita o caso concreto e suas peculiaridades. Impede assim que a constituição gere efeitos dentro

---

<sup>227</sup> ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 463 - 464.

daqueles limites da lide. Não permite que a constituição seja efetiva mesmo nos casos em que o Estado seja chamado a tutelar. É contrário à constitucionalização e à democracia.

É preciso promover o acesso à justiça e não obstá-lo. É preciso constitucionalizar o processo para que ele cumpra os fins da Carta de 1988. Ao se constitucionalizar o processo segundo a constituição as preocupações voltam ao caso concreto, à busca da efetividade da Constituição, à fundamentação racional, coerente e integrativa das decisões para que se possa haver unidade e previsibilidade. Sobre a importância da motivação das decisões, Abboud disserta:

No Brasil, ultimamente, as principais alterações legislativas objetivaram reduzir a quantidade de processos, acelerando a atividade jurisdicional. Acontece que a diminuição de processos, em detrimento da garantia dos jurisdicionados, em nada contribuiu para a consolidação da democracia se, concomitantemente à aceleração da justiça, não ocorrer incremento na qualidade da prestação jurisdicional a ser constatada principalmente pela melhora na motivação das decisões judiciais<sup>228</sup>

Enquanto o Brasil fixar as inovações legislativas em institutos de resolução serial de demandas sem se voltar à fundamentação e a dar vida à constituição no caso concreto não se resolverá o problema do acúmulo de ações e de um Poder Judiciário ineficiente. Enquanto prevalecer a utilização anárquica do direito legislativo e jurisprudencial, não se promoverá justiça e democracia.

## 2.8 A PANACEIA DESVAIRADA<sup>229</sup> DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL: A DIFICULDADE HISTÓRICA E CULTURAL DO

<sup>228</sup> ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 460.

<sup>229</sup> Aqui faço uma combinação entre dois mundos distintos que vejo que conjuntamente unem características que retratam o momento destacado. Panaceia, do latim *panacea*, na Antiguidade era considerada uma planta imaginária ou mítica ou substância que curava todas as doenças. Na mitologia grega Panaceia era o nome da Deusa da cura, filha de Apollo, o Deus da medicina. Imagino que no tempo em questão o Judiciário se sentia o grande revolucionário, o poder que mudaria o Brasil. Os juízes ativistas teriam nos princípios, direitos e garantias constitucionais todos os remédios para o Brasil, por isso Panaceia, por isso o Judiciário como o remédio para todos os problemas. Enquanto desvairada é uma referência à obra modernista de Mário de Andrade cujo nome é “Pauliceia Desvairada”, uma coletânea de poemas que transitavam do lírico, ao dramático, ao crítico, ao deboche e ao patético. Tudo cabia na obra de Andrade, que visa retratar um cenário de mudanças ocorridas em São Paulo. Andrade rompe rispidamente com as escolas anteriores, numa liberdade que assusta o leitor, que inova, que não tem limites. É o modernismo que rompe, que renova, que

## POSITIVISMO E DO CONSTITUCIONALISMO À BRASILEIRA. UM DESAFIO À PROPOSTA DOS PRECEDENTES VINCULANTES

No momento pós-positivista atual, não restam dúvidas de que o direito é tudo menos a previsão e aplicação formalista, una, abstrata, pura e fria da regra jurídica. Esse modelo se mostrou incapaz de trazer a justiça material à vida das pessoas. O modelo puro é morto por natureza e não tem legitimidade no contrato social fundante da Constituição que justifica a ordem jurídica.

Fala-se em positivismo brasileiro por entender a Carta Constitucional como uma regra política e não uma regra jurídica. O predomínio das leis sem uma preocupação com o conteúdo remete ao positivismo e ao formalismo.

Assim como a satisfação com a igualdade formal e a limitação do Poder Judiciário para não se imiscuir nos assuntos de natureza política (ou que deveriam ser cuidados pelos outros Poderes do Estado) terminam por traçar o fim da confluência entre o formalismo europeu e o brasileiro.

Inegavelmente, na Europa ou na América, o positivismo e o formalismo são as bases mais dóceis para o desenvolvimento das vontades individuais e do utilitarismo do Estado. Ao se prender apenas ao formalismo e à produção de normas sem preocupação do seu conteúdo atrocidades podem ser tidas como legais.

---

acorda a cidade. O constitucionalismo foi recebido no Brasil com esse rompimento ao positivismo, com a ideia de ser inovador, arrasador, com uma nova função do Judiciário de interpretar livremente a Constituição e fazê-la realizada nos processos. Era o rompimento das amarras do Poder Judiciário, era um novo tempo que se erguia no território. Então panaceia desvairada era o Poder Judiciário como o remédio para todos os problemas do Brasil era desvairado porque era revolucionário, rompia com o positivismo anterior, não tinha amarras ou limites, porque era extremamente livre para interpretar com base no que entendesse e determinar o cumprimento da constituição, independente das opiniões dos outros poderes ou das pessoas. Simplesmente era aquilo decidido livremente, independente do antes e do depois, dos outros magistrados, enfim, se bastava livremente em si mesmo. Sobre significado de Panaceia ver: Significado de Panaceia. **Significados**. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/panaceia/>> . Acesso em: mar, 2016. Sobre pauliceia desvairada ver: SCHNEIDER, Daniel; MINANI, Thiago. Paulicéia Desvairada. **Educar para crescer**. Disponível em <<http://educarparacrescer.abril.com.br/leitura/pauliceia-desvairada-402047.shtml>> . Acesso em mar, 2016.

Então, a proposta de 1988 de retomar com os valores da Constituição para o ordenamento, possibilita trazer a racionalidade através de um controle material dos atos públicos.

A Constituição como valor supremo delinea o comportamento de todo o direitos e das pessoas sob território nacional. Para cumprir esse papel a CF/88 convoca uma justiça passível de interferir em todos os poderes e todas as decisões do Estado.

Assim, a CF/88 confia ao Poder Judiciário tomar as medidas para cumprir seu conteúdo. Confia também o controle de constitucionalidade formal e material dos atos públicos a fim de atingir a igualdade material e a plena observância dos direitos, garantias e princípios constitucionais.

Não se trata de uma quebra com um positivismo entendido na França, porque no Brasil, apesar do mesmo signo, o significado é diferente daquele dado na Europa. Aqui, o positivismo tem uma conotação própria que se distancia muito da submissão do povo e do juiz francês às leis.

Segundo Streck e Abboud, na tradição jurídica romano-germânica a jurisprudência possui uma maior autolimitação em relação à legislação. Isso porque a jurisprudência se limita diretamente no texto legal, uma vez que deve prevalecer o sistema de direito escrito. No entanto, asseguram os autores que o Brasil claramente não obedece essa regra básica da tradição.<sup>230</sup>

Segundo os autores, a jurisprudência dos países de tradição *civil law* tem força normativa inferior em relação à legislação porque suas regras seriam mais frágeis, abandonáveis ou justificáveis a qualquer tempo, ao contrário do que ocorre com as leis<sup>231</sup>. Porém como visto, não é o caso brasileiro.

---

<sup>230</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3 ed. rev. e atualizada de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 35.

<sup>231</sup> Ibidem. p. 36.



No Brasil os juízes e mesmo os tribunais superiores não se limitam à lei para criar o direito. É muito comum que ultrapassem os limites semânticos claros e expressos de uma lei e válidos conforme o ordenamento constitucional.

O positivismo brasileiro, no âmbito da atividade judicial, em vez de limitar o juiz deixa ele livre em sua subjetividade, com apenas o dever de indicar referência legal que substancie (ou não) o que decidiu. É diferente do positivismo da França.

Ao trazer o positivismo para os tribunais do Brasil modificamos o seu sentido. Apesar da necessidade de elaborar muitas leis e de utilizar como justificação das decisões as leis, no Brasil não há essa submissão ao texto legal nem pelo Estado, nem pelo juiz, tampouco pelos jurisdicionados.

Nos julgamentos brasileiros as leis que justificam a vontade, este *animus* pessoal vem primeiro. No Brasil ocorre primeiro a decisão política depois a aplicação do princípio legal que se encaixe ao caso. Na França positivista primeiro os julgadores buscam os princípios legais. A vontade do juiz fica subordinada e retida no escudo legal.

Aplicando os conceitos de simbólico<sup>232</sup> ao positivismo brasileiro, podemos dizer que, o termo positivismo sofreu no Brasil um deslocamento de sentido para outra esfera de significações que indicava uma liberdade maior e uma vocação para o próprio desapego ao conteúdo normativo.

Na França, origem do positivismo, predominava a ideia de ter um paradigma escrito nas leis para pautar o comportamento de todos os agentes públicos<sup>233</sup>, principalmente o chefe do Executivo e os juízes. No julgamento, deviam os magistrados aplicar silogisticamente a lei ao caso concreto.

O ponto de partida do julgamento francês era a lei e estavam os juízes a ela limitados, devendo só a regra jurídica prevalecer. Todas as subjetividades

---

<sup>232</sup> Conceitos extraídos a partir de NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>233</sup> Cf. SIÈYES, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa. Que é o terceiro Estado?** Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. p. 55.

individuais do juiz deveriam ser afastadas do julgamento, caso contrário o juiz estaria acima da lei e do legislador, e o julgamento seria ilegal. A legitimidade do julgamento estava exatamente na aplicação mais pura da lei e não na autoridade do juiz ou na força do Estado que ele representa.

Historicamente, no âmbito da decisão, o Poder Judiciário francês esteve limitado e tinha uma posição contida e mesmo tímida nos julgamentos. O juiz francês partia sempre da lei para julgar e devia se restringir a ela.

De maneira diferente, no Brasil nunca houve essa preocupação tamanha em seguir a lei e não ultrapassá-la. O juiz brasileiro partia das suas opiniões pessoais e influências sociais e políticas para depois indicar algum regramento para abalizar a decisão.

Diferente do juiz francês, a legitimidade do julgamento do juiz brasileiro não estava na aplicação pura e silogística da lei e sim na autoridade do juiz e na força da máquina estatal que o magistrado tinha em suas mãos. Em outros termos, a legitimidade do juiz brasileiro está na possibilidade de usar a força do Estado.

Por isso, defendemos que o termo positivismo usado pelo sentido manifesto para se referir à maneira como julgavam os juízes brasileiros não é relevante<sup>234</sup>. O relevante é o seu significado latente que se diferencia do positivismo francês.

O discurso conotativo da palavra positivismo no Brasil indica significação diferente do sentido denotativo que ela indica na prática. Essa diferença brutal está marcada na construção das decisões que se davam de maneira totalmente diferente no Brasil e na França.

Por isso o momento vivido no Brasil sequer pode ser chamado de pós-positivista, porque nunca houve verdadeiro apego ao conteúdo normativo pelos juízes e pelos

---

<sup>234</sup> Racionalização feita a partir das lições de Marcelo Neves. In: NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

instrumentadores do direito. O relativismo e as vontades individuais sempre imperaram no Brasil, isso é histórico e também cultural.

Essa realidade deve ser vista e realçada de maneira inequívoca a fim de que os precedentes judiciais não sejam exatamente o que vêm sendo as súmulas e o que historicamente sempre foi o *modus operandi* livre e autônomo do povo e dos tribunais.

Os juízes e tribunais não podem se utilizar dos precedentes como vêm se utilizando das súmulas e das leis, como uma justificativa vazia para uma decisão pessoal ou conjunta. Assim, definem Dierle Nunes e Alexandre Bahia<sup>235</sup>:

O juiz, assim, não pode ser só a boca da jurisprudência (como já fora da lei, ao tempo dos exegetas), repetindo ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos, ou usar julgados pontuais porque precisa ter uma noção dos que os julgadores do passado fizeram coletivamente. Não dá para se usar julgados isolados como se estes representassem a completude do entendimento de um tribunal.

Não pode se admitir que para dar aspecto de fundamentação a uma decisão jurídica sejam alegados como precedentes alguns trechos desconexos e generalistas, totalmente desvinculados do caso concreto.

Caso se admita a perpetuação dessa prática nos precedentes judiciais, estará se admitindo a perpetuação do problema e a contaminação daquilo que hoje é visto como uma solução ao ordenamento fragmentado e incoerente brasileiro.

É importante que todos os aplicadores do direito tenham em vista a exposição de Dworkin de continuidade<sup>236</sup>. A atividade judicial não é livre, ela sempre será vinculada ao direito já construído cujas bases sempre estão na Constituição.

---

<sup>235</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC 2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. n. 57, jul. - set. 2015. p.21

<sup>236</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Alega o autor que o intérprete deve ver no direito um romance em cadeia, uma obra em construção contínua, de maneira que a página por ele escrita tenha coerência com o que já foi dito e integre plenamente essa obra em andamento<sup>237</sup>.

Segundo Dworkin<sup>238</sup> atividade do juiz tem caráter construtivo e de continuidade, deve fortalecer o enredo, ligar-se naturalmente aos capítulos anteriores como uma obra conjunta que, apesar de feita a muitas mãos não perde sua coerência, sua integridade, sua unidade.

O que propôs a CF/88 foi a ampliação das competências dos juízes dando maiores condições dos juízes defenderem a Constituição e promoverem sua plena eficácia. Contudo, todas essas competências caem por terra se esses juízes não se subordinarem à constituição, serão políticos não eleitos, tal qual exposto por Dworkin<sup>239</sup>:

Eles devem confiar o trabalho de interpretação apenas em princípios, os quais os *justices* honestamente entendem que promovem uma justificação convincente para nossas atuais tradições constitucionais. Eles devem definir os princípios em que se baseiam em suas opiniões, de forma transparente; e eles devem aplicar esses princípios de forma consistente em todos os casos que vieram antes deles. Eles não devem inventar exceções arbitrárias quando estes princípios produzirem resultados eles entendem ser desagradáveis. A menos que justices aceitem essas limitações, eles serão apenas políticos não eleitos. (tradução livre)

Dworkin parece ter dito que se esses juízes julgarem por política e não por princípios, esse julgamento não é legítimo, não é jurídico é político e juízes não têm o aval dos políticos eleitos para fazerem escolhas políticas em nome da população.

---

<sup>237</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>238</sup> *Ibidem*.

<sup>239</sup> *They must rely only on principles that they honestly think provide a persuasive justification for our actual constitutional traditions. They must set out the principles on which they rely in their opinions transparently; and they must apply those principles consistently across all the cases that come before them. They must not invent arbitrary exceptions when these principles yield results they find uncongenial. Unless justices accept those constraints, they are only unelected politicians.* In: DWORKIN, Ronald. The Court's Embarrassingly Bad Decisions. **The New York Review of Books**. New York, 26 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2011/05/26/courts-embarrassingly-bad-decisions/>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

Segundo Dworkin<sup>240</sup> os juízes julgam por princípios. Acima de uma vontade individual está um direito em construção, uma obra inacabada que, a todo o momento, clama seus autores por continuidade, coerência e integridade.

Se não houver um real comprometimento com a racionalização do problema prático a partir e nos limites da constituição e com coerência interna e integridade em relação ao já construído na obra coletiva do direito, veremos o fracasso dos precedentes vinculantes por perpetuação da cultura da insubordinação do personalismo, da confusão da coisa pública, da motivação do clã.

Não se consegue democracia e Estado Constitucional Democrático se o Poder Judiciário inverte a lógica e subordina a Constituição e as leis ao seu livre convencimento, à sua satisfação pessoal e ao que entende como sendo justo. Não se consegue unidade do direito se o direito jurisprudencial não tem um mínimo de integridade e as decisões do Poder Judiciário não guardam a menor coerência entre si.

A necessária limitação do Poder Judiciário a fim de que os juízes se integrem à dinâmica de integridade e unidade na construção contínua do direito nacional e gerem coerência e unicidade do Poder Judiciário é que suscitou a tentativa de inserir uma lógica para construção da decisão judicial através dos artigos 489, 926 e 927 do NCPC.

Essas medidas visam constitucionalizar o Poder Judiciário e as decisões judiciais e visam alocar as vontades e entendimentos dos magistrados sob a limitação constitucional.

Em que pese algumas críticas ao modelo do NCPC, trata-se de uma busca de dar efetividade aos desígnios constitucionais e vencer esse positivismo à brasileira, essa dificuldade de se ver como membro de uma comunidade, essa dificuldade de respeitar uma ordem jurídica, essa insubordinação.

---

<sup>240</sup> Cf. Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

É importante que tenham-se claros o foco do problema: (o positivismo à brasileira) e a ausência de unidade do direito e a pretensa solução para que o NCPC (fundamentação das decisões por princípios, decisões construídas como parte de um todo, coerência e integridade com o que já foi decidido, limitação e submissão de todos, principalmente dos juízes e dos tribunais à ordem constitucional, democratização do processo através da participação das partes) e a proposta dos precedentes vinculantes (no campo da construção da norma legitimada pelo ordenamento constitucional) sejam capazes de trazer soluções adequadas.

## 2.9 POR QUE A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES, A ABERTURA DOS DEBATES E A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO SÃO TÃO IMPORTANTES PARA O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES DO NCPC

Montesquieu disse “Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.”<sup>241</sup> Essa é mudança paradigmática do Estado clássico positivista para o Estado Social. O Estado percebeu que jamais o legislador e o constituinte conseguirão prever todas as situações fáticas que o direito deve reger. O papel dos juízes e Tribunais não é o de ler impensadamente as leis, o papel do intérprete judicial é, tal qual disse Montesquieu, o de fazer pensar.

Segundo Konrad Hesse, os direitos fundamentais, como valores máximos do Estado instituído pela constituição, devem ser o norte do intérprete e de toda administração. De maneira que toda a interpretação deve levar em conta a proteção dos direitos fundamentais:

(...) os direitos fundamentais influem em todo o Direito – inclusive o Direito Administrativo e o Direito Processual – não só quando tem por objeto as relações jurídicas dos cidadãos com os poderes públicos, mas também quando regulam as relações jurídicas entre os particulares. Em tal medida servem de pauta tanto para o legislador como para as demais instâncias que

---

<sup>241</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secundat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes. 1993. Cap. X.

aplicam o Direito, as quais, ao estabelecer, interpretar e pôr em prática normas jurídicas, deverão ter em conta o efeito dos direitos fundamentais.<sup>242</sup>

E essa proteção traduzida em regras constitucionais, segundo o parágrafo 1º do art. 5º da CF/88, tem aplicação imediata:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Os direitos fundamentais não só constituem cláusulas pétreas para o constituinte, mas impedem a restrição por toda a administração, nesse sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal no acórdão da ADPF nº 310 sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki:

VII. Atos do poder público restritivos de direitos fundamentais que não passem no teste da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são inconstitucionais, por atingirem diretamente o conteúdo essencial do direito fundamental protegido.

Segundo o Ministro do STF, Marco Aurélio Mello<sup>243</sup>, “o intérprete constitucional há de ter o papel de ampliar a proteção do indivíduo perante medidas estatais injustificadas e exorbitantes, conferindo sentido maior à liberdade e à dignidade”.

Narra o Ministro que “a jurisprudência do Supremo tem evoluído nesse sentido, (...) consagrando a defesa da dignidade e da liberdade dos cidadãos contra o exercício desmedido de poder pelo Estado<sup>244</sup>”.

Em que pese as críticas ao modo como vem atuando o STF, é importante ressaltar que houve progressos na proteção dos direitos fundamentais, tal qual se confere na ADIn 1.351/DF em que o Supremo se colocou de maneira a defender a igualdade material para garantir que, no âmbito do “Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre –, é dado retirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários.”

<sup>242</sup> HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. In: **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>243</sup> MELLO, Marco Aurélio. Prefácio. In **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

<sup>244</sup> *Ibidem*. p. 24.

Esse posicionamento de proteção fática dos direitos fundamentais através da igualdade material requer um entendimento de que, conforme Robert Alexy no seu livro *Theorie der Grundrechte*<sup>245</sup>, se a administração “quiser produzir a igualdade fática, deve aceitar por inevitável a desigualdade jurídica.”

E onde estão os limites e valores estabelecidos pelo sistema que devem nortear esse pensar e a própria atuação do intérprete? Kelsen responde, esses limites e valores estão na constituição.

Segundo o austríaco, é a Carta Magna o fundamento do Estado e a base para a construção de toda a ordem jurídica. Ela é uma regra de procedimento e uma regra de valores ou fundo.

Maria Celina Moraes completa explicando que a constituição não só deve ser a base das relações públicas como das relações privadas. Todo o ordenamento deve ser lido e relido conforme a constituição<sup>246</sup>.

Esse é o papel do intérprete, pensar o ordenamento jurídico e o caso concreto e também atuar conforme a constituição. Essa é a grande tensão e o grande desafio das constituições sociais modernas, dentre as quais se inclui a brasileira. E é nessa atividade reflexiva, interpretativa e aplicativa da constituição que, segundo Konrad Hesse<sup>247</sup>, a constituição e a democracia se fortalecem.

E como pensar o direito senão pelos direitos fundamentais de cunho social? Segundo Paulo Bonavides, a “medula axiológica da constituição” está na igualdade material e nos direitos sociais. Tanto os direitos fundamentais como a igualdade material fruem da dignidade da pessoa humana, que é fundamento valorativo da ordem constitucional.

---

<sup>245</sup> Teoria dos direitos fundamentais. P. 385.

<sup>246</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas. 2 ed. Rio de Janeiro: PUC, v. 91, n.1, p. 59 – 73, jul. – dez. 2014.

<sup>247</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.



A constitucionalização do Estado e do ordenamento jurídico numa realidade plural e complexa exige um direito que Zagrebelsky diz “dúctil”<sup>248</sup>, melhor dizendo, maleável. Um direito racionalizado consoante a constituição e atento aos fins aplicáveis no contexto histórico e social.

Nesse sentido, não restam dúvidas que a atribuição de dar efeitos concretos à constituição é uma atividade política. A Carta Constitucional traz em si as opções políticas da sociedade, que devem ser o direcionamento material do Estado e das instituições públicas.

Consoante Canotilho, cabe ao julgador ponderar (*balancing process*) de forma a “equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso”<sup>249</sup> com vistas à Constituição.

Para se ter sucesso nessa tarefa, Dworkin<sup>250</sup> leciona que, independente dos parâmetros adotados, o julgador deve ter como guia a busca por uma interpretação que guarde maior integridade com o ordenamento jurídico.

De maneira análoga, Neil Mac Cormick<sup>251</sup> aduz que a melhor interpretação de uma regra é aquela que guarda coerência com o ordenamento jurídico a que pertence.

Por sua vez, Lênio Luiz Streck<sup>252</sup> arremata ao dizer que integridade e coerência correspondem ao respeito ao ordenamento jurídico, principalmente aos valores consagrados em direitos e garantias constitucionais.

Em verdade, o sistema jurídico brasileiro tem na Constituição seu critério de validade, de maneira que, só serão válidas as regras (e as normas jurídicas destas

---

<sup>248</sup> Referência à ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 10 Ed. Madrid, Trotta, 2011.

<sup>249</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1237.

<sup>250</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 263 – 279.

<sup>251</sup> MAC CORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 190 – 193.

<sup>252</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

extraídas), que estiverem de acordo com os valores constitucionais. De forma que, segundo Clève<sup>253</sup>, exige-se do julgador uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais, através do que Ricardo Schier defende ser o filtro axiológico da Constituição Federal<sup>254</sup>.

Depreende-se essa preocupação com a reserva de valores constitucionais em algumas atuações do Supremo Tribunal Federal, tal como se observa no voto do Ministro Marco Aurélio de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.954 AC, no qual o eminente julgador expõe que as regras legislativas devem privilegiar a observância dos direitos e garantias fundamentais a fim de que se alcance o fim almejado por meios menos onerosos e mais vantajosos do que a adoção de medidas que restrinjam tais direitos.

Ademais, tendo em vista a função de produzir normas jurídicas concretas e válidas em relação à constituição, utilizando-se da teoria de Habermas, é importante que se garanta à sociedade uma participação ativa na formação do consenso para a construção de normas jurídicas.

Para Habermas, o Poder Judiciário é o mais importante espaço de formação do direito e do consenso nas sociedades democráticas. Dessa forma, o direito processual deve oferecer mecanismos de participação democrática da sociedade na criação da norma jurídica. E essa preocupação não deve se restringir à produção do direito, mas também na fundamentação da decisão de maneira clara a fim de que possa convencer, ser racionalizada e entendida pela população.

O direito na *common law* funciona como uma racionalização da ciência jurídica a partir dos elementos já conhecidos e já internalizados pelo direito vigente. Seria como conhecer a situação nova através dos conceitos pré-estabelecidos, numa relação de continuidade, de referência e de reafirmação.

---

<sup>253</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**.v. 1. p. 2-3, set., 2012. p. 5.

<sup>254</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 104.

Isso quer dizer que a situação nova é analisada a partir dos conceitos estabelecidos. Ao utilizar os conceitos estabelecidos afirma-se o direito já construído em outra decisão e constrói-se a nova decisão como num romance em cadeia, como num trabalho contínuo, ininterrupto e íntegro do Poder Judiciário.

A maneira referenciada, impessoal e íntegra como se constroem as decisões na *common law* facilita a unidade do direito inglês. Lá as decisões seguem o estilo discursivo. Os juízes ingleses buscam trazer as discussões do processo, e as alegações das partes para dentro da decisão.

Na fundamentação das decisões, os magistrados rebatem e adotam argumentos trazidos pelas partes. A decisão não pode surpreender. Isso quer dizer que os juízes ingleses não se sentem confortáveis para usar teses construídas fora do julgamento ou precedentes que não foram suscitados pelas partes.

Uma das reformas mais recentes da *common law* teve o objetivo de diminuir as formalidades e facilitar o acesso do comum ao direito formado nos tribunais. Não é possível entender a complexidade do direito se não se entende sequer a complexidade da linguagem utilizada, por exemplo. Por isso, como devem convencer as partes e todos que tiverem acesso à decisão, é preciso que se fundamente de forma racional e inteligível.

## 2.10 A PREVISIBILIDADE NO CONTEXTO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Segundo Mac Cormick, “entre os valores que o Estado de Direito assegura, “nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber a segurança de expectativas jurídicas e a garantia dos cidadãos contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes.”<sup>255</sup>

---

<sup>255</sup> MAC CORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005. P. 18.

De maneira semelhante, Luhmann<sup>256</sup> acredita que a função do direito é garantir expectativas de comportamento, é dizer quais condutas são legais e ilegais. Então o direito trabalha com a previsibilidade para dar certeza jurídica acerca dos comportamentos por ele regulamentados, isso gera estabilidade ao direito.

Dessa maneira, o papel do direito é o desenvolvimento compreensivo da generalização e da estabilização de expectativas. Em outros termos, para se respeitar uma regra jurídica é preciso que se conheça ela, é preciso que se tenha uma expectativa de como o ordenamento jurídico vai se comportar.

Portanto, o sistema jurídico trabalha com expectativas normativas de comportamentos e com a previsão antecipada das consequências dos atos e fatos jurídicos.

O próprio contrato social limita a atuação do Estado dentro desse critério de previsibilidade. Pensar num direito imprevisível e instável é abrir espaço para uma restrição inconstitucional dos direitos e da própria liberdade das pessoas, isso é antidemocrático e injusto por natureza.

Nessa lógica é exigível e imprescindível a fundamentação racional, referenciada e legítima perante a Constituição ao se construir o direito pelo Poder Judiciário e mesmo pelo Poder Legislativo, até porque, só existe democracia quando todos respeitam a Constituição, inclusive o legislador e o constituinte.

Além disso, só se pode pensar em justiça quando se dá o mesmo tratamento a casos semelhantes. Se a decisão judicial é norma jurídica, então, mesmo nos casos difíceis deve haver um mínimo de previsibilidade.

Não há direito e ordem democrática constitucional onde não há um mínimo de previsibilidade. A atividade judiciária não é uma atividade de um rei onipotente. Trata-se de uma atividade do Estado por meio de um agente público, que é o juiz.

---

<sup>256</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. **A sociedade como Sistema**. Trad. por Leo Peixoto Rodrigues e Fabrício Monteiro Neves. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012.

Esse agente público deve se preocupar não só com o caso concreto, mas deve atentar para o direito vigente e para dar um tratamento adequado de acordo com o direito que já foi construído.

O direito dito pelo julgador não pode surpreender, isso é uma máxima dos ingleses e dos americanos. Esse efeito surpresa é indesejável e enfrenta a previsibilidade e a construção referenciada, coerente e integrativa do direito.

A tese encoberta pela afirmativa deriva de algo muito simples, se surpreende, se é inesperado é porque era imprevisível, então não pode obrigar. Nessa esteira tem sentido a afirmação de Maurício Ramires sobre a necessidade de “comunicação entre a atividade judiciária e a sociedade, pois faz parte da responsabilidade dos juízes a sujeição de seus provimentos à ciência e à opinião das partes e do público de forma transparente.”<sup>257</sup>

Ou seja, para se produzir uma norma jurídica específica para o caso concreto é necessário que a ordem imperativa que lhe robustece seja pública, por todos conhecida e relativamente previsível.

Admitir o contrário e aceitar o efeito surpresa é admitir a inexistência de uma ordem jurídica democrática, de uma supremacia constitucional. É admitir que alguém esteja acima do direito, o que não caracteriza um Estado Democrático Constitucional.

Por isso é tão importante a previsibilidade e a publicidade do direito nos Tribunais. Isso permite não só o controle institucional, mas também o controle social. O direito em construção precisa ser publicizado para que a população possa conhecer e respeitar.

---

<sup>257</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 40 – 41.

Segundo Gabardo e Salgado<sup>258</sup>, o termo publicidade possui dois sentidos na ordem constitucional: “publicidade como dever de transparência” e “publicidade como direito de persuasão”.

Na construção do direito pela prática judicial esses dois sentidos ganham vida na fundamentação da decisão judicial. A fundamentação engloba o dever de transparência de forma a demonstrar de maneira racional e exigente a integridade, a coerência e a referência à ordem constitucional do direito construído.

Por outro lado, através da fundamentação, o magistrado ao demonstrar a constitucionalidade, a coerência e a integridade do direito criado, deve promover a persuasão racional dos jurisdicionados, os quais, a partir do direito jurisprudencial criado, terão esclarecida uma expectativa normativa de comportamento com uma previsão antecipada das consequências.

Nessa lógica, numa ordem democrática, o direito surge da sociedade e deve se voltar à sociedade, por isso a publicidade e a previsibilidade estão intrinsecamente ligadas ao dever de fundamentação e ao controle, efetividade e eficácia do direito.

Consoante Gabardo e Salgado, a publicidade, como dever de transparência, “reporta-se a um dever tipicamente republicano, inerente ao fato de que todo aquele que não tem domínio, tem o dever de prestar contas ao legítimo detentor do bem”<sup>259</sup>.

Trazendo tais lições para a prática judiciária, o direito criado pelo magistrado só pode gerar efeitos se comprovado através de racional e exigente fundamentação a sua coerência, integridade e legitimidade segundo a ordem constitucional.

---

<sup>258</sup> GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea. In: AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz; GABARDO, Emerson (Coord.) **Direito, informação e cultura**: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática. Anais do Simpósio Comunicação, Cultura de Massas, Globalização e Direito: II Congresso Ciências, Tecnologias y Culturas. Diálogo entre las disciplinas del conocimiento. Mirando al futuro de América Latina y el Caribe. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 149-171.

<sup>259</sup> Ibidem

Norberto Bobbio<sup>260</sup> defende que o Estado democrático pode ser definido como aquele que é duplamente público: público como contraposição a privado, ou seja, que é de todos; e público que é diverso de secreto.

Aplicando os conceitos de democracia em Bobbio ao presente estudo, o juiz como agente do Estado Democrático deve expressar as razões que lhe dirigiram a decisão de forma impessoal e fundamentada o bastante para ser capaz de demonstrar e convencer o leitor e o receptor da decisão, que o direito criado pela sentença ou acórdão está amparado na ordem constitucional e dela deriva.

A importância da fundamentação das decisões pode ser vista com base em Kant<sup>261</sup> no seu “conceito transcendental de direito” no qual o autor aduz que “todas as ações relativas ao direito de outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas”. Ou seja, só é justa a decisão em que há ampla divulgação de todas as razões de fato e de direito que conduziram à resolução do caso concreto.

Essa ampla divulgação das razões de fato e de direito que sustentam a decisão se faz através da fundamentação. É na fundamentação que se abstrai o direito. Pela fundamentação que se possibilita o controle, se prova a justiça da escolha e a coerência e a integridade com o direito já construído. É pela fundamentação que o juiz demonstra a impessoalidade e a primazia da Constituição.

A construção democrática da decisão na fundamentação, através da ampla participação das partes e do respeito incondicional à ordem constitucional, conduz à justiça no caso concreto, no aspecto interno do processo.

No aspecto externo, essa construção demonstra a legitimidade do direito criado, permite o controle a absorção do direito pelos jurisdicionados, os quais criam uma expectativa normativa de comportamento que conduz à eficácia e à efetividade do direito criado.

---

<sup>260</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1997. p. 84.

<sup>261</sup> KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Trad. Artur Mourão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

Por consequência, transparência, justiça e democracia são conceitos que se entrelaçam dever de fundamentação exigente das decisões. Por efeito, o magistrado não pode se eximir da obrigação de justificar suas escolhas e de divulgar de forma acessível e transparente todas as razões legitimadoras da decisão.

## 2.11 CONSTITUCIONALIZANDO O PROCESSO: O NOVO CPC. A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL VALORATIVO

### **2.11.1 Todo o direito precisa de garantias e instrumentos que o viabilizem**

Rui Barbosa<sup>262</sup> afirma, ao seu modo, a ponderação feita por Tocqueville sobre as instituições democráticas americanas. Para o águia de Haia, não basta uma longa e ampla carta de direitos se não há garantias processuais que permitam que sejam colocadas em prática.

O que distingue, na essência, as declarações de direitos promulgadas nas Constituições do tipo que a dos Estados Unidos consagrou, das declarações de direitos exaradas em outras Constituições, é a existência, naquelas, da garantia judiciária para a sustentação prática e a reivindicação eficaz de cada um dos direitos assim declarados.

Na verdade ele só afirma um clássico bordão inglês de que *remedies precede rights*. Ou seja, sem os remédios e garantias que permitam o acesso material e formal à justiça, os direitos não conseguem se fazer efetivos no mundo dos fatos.

Essa é a importância da esfera processual do direito, qual seja, a de, por meio do processo, transformar os direitos abstratamente previstos em tutelas de ordem prática na vida do sujeito de direitos.

---

<sup>262</sup> BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 175.



### 2.11.2 O processo como uma garantia constitucional de efetividade dos direitos fundamentais

O processo é importante porque resolve a tensão entre norma abstrata e caso concreto ao promover a tutela jurídica dos direitos fundamentais, o que incorre em na consolidação prática da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o processo é importante como garantia, como uma porta de acesso à justiça, que deve franquear o acesso ao Poder Judiciário através de procedimento justo e materialmente igualitário.

Por meio deste procedimento, deve o processo proporcionar a igualdade e todos os direitos e garantias que permitam alcançar o fim justo. Ao fim, o processo deve dar provimento igual para casos semelhantes, o que importa segurança jurídica e unidade do direito.

Se o Poder Judiciário é o muro das lamentações da sociedade atual<sup>263</sup> e o espaço no qual a democracia ganha aplicabilidade prática<sup>264</sup>, se o processo é o instrumento pelo qual tal poder se manifesta e cria normas jurídicas, então o processo tem importância fundamental como garantia ímpar para a consecução dos fins constitucionais.

O processo como chave e condutor de acesso à justiça e materialização dos direitos fundamentais recebe o encargo de se constitucionalizar-se a fim de que possa cumprir a magnânima tarefa que lhe foi atribuída.

## 2.12 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

---

<sup>263</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>264</sup> Cf. HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade**. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

O NCPC positiva o importante “papel que o direito jurisprudencial exerce no ordenamento jurídico brasileiro com o delineamento de um microssistema de litigiosidade repetitiva que encampa [...] os precedentes”<sup>265</sup>

Essa posituação afasta qualquer dúvida sobre o fato das decisões judiciais do STF serem fonte de direito e da possibilidade de se ver na atividade criativa dos juízes uma atividade constitutiva de direito.<sup>266</sup>

Contudo, tal como demonstrado nos capítulos anteriores e no adiante estabelecido, em que pese as inovações do novo código, a realidade da formação dos precedentes vinculantes, destacadamente em controle incidental de constitucionalidade, foi uma construção que se apoia em uma série de fatores que lhes precederam no tempo.

Apesar da inegável valorização dos precedentes judiciais que vêm sendo adotados de maneira bem criticável (na verdade, acreditamos que os precedentes não foram adotados no Brasil antes do NCPC por incompatibilidade entre o *nomen juris* e a prática brasileira).

Mesmo que se credite a verdadeira adoção dos precedentes vinculantes por intermédio do NCPC, inegável que esta adoção percorre um caminho inverso ao construído pelo *common law* inglês. O ponto de partida da diferença é muito simples: no Brasil o aspecto dogmático segue à frente dos aspectos práticos e técnicos construídos jurisprudencialmente.<sup>267</sup>

Com o fim de constitucionalizar o processo, nasceu o novo Código de Processo Civil. Em seu cerne o NCPC traz uma série de mudanças que visam conformar o

---

<sup>265</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. A aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: **Precedentes**. DIDIER Junior, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Junior, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de (coord.); Salvador: Juspodivm, 2015. p. 303.

<sup>266</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: **Precedentes**. DIDIER Junior, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Junior, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de (coord.); Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>267</sup> Sobre o assunto ver MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Derecho procesal constitucional**. Origen científico (1928 - 1956). Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 53 et seq.

procedimento a fim de que possa servir de acesso à justiça e de que seja um processo justo, conforme os valores da constituição<sup>268</sup>.

Para Mitidiero, o processo brasileiro estabelece-se com fundamento em dois princípios: o da dignidade da pessoa humana e o da segurança jurídica. Esses dois princípios visam, segundo o autor, coordenar a igualdade e a liberdade, que, para o autor, são os fins do Estado Constitucional.<sup>269</sup>

Ao raciocinar de acordo com o apontado por Mitidiero, é possível ver no processo um instrumento de justiça no sentido de promover os direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos lato senso (especificamente neste ponto ultrapassamos os limites do autor). Ao franquear a promoção desses direitos a todas as pessoas e ao promover esses direitos na ordem judicial, o processo garante e busca dar igualdade material através de tratamento isonômico do judiciário perante os jurisdicionados em situação similar.

Esse tratamento isonômico para questões jurídicas semelhantes implica coerência do Poder Judiciário e afasta o evento surpresa, garantindo através da ampla fundamentação racional e referenciada, a previsibilidade e a segurança jurídica.

Apesar da construção textual lógica e deveras simples, a incumbência é grande e ambiciosa tendo em vista a realidade, a história, a cultura e as instituições brasileiras.

A primeira medida à constitucionalização do processo é a valorização da fundamentação e o desapego aos formalismos. O foco do NCPC ocupa-se com a substância e a efetividade constitucional.

Busca-se, assim, ser o processo um meio justo (atender os valores e princípios constitucionais) e acessível (igualdade formal) de promoção da justiça (dar

---

<sup>268</sup> Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

<sup>269</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 19.

efetividade aos direitos constitucionais) e deixa, em segundo plano, as preocupações formalistas.

Então, mais importante do que procurar motivos para não conhecer as ações e buscar deixas para não apreciar o mérito, de forma a privilegiar a habilidade do advogado e não a resolução do conflito jurídico, numa clara demonstração de primazia da igualdade formal, o NCPC provoca uma preocupação com em dar acesso à justiça e efetividade constitucional.

### **2.12.1 Algumas mudanças importantes trazidas no novo CPC**

A adequação de acordo com a Constituição, a fundamentação, o contraditório forte a oralidade, a primazia dos fatos e do acordo sobre o direito e a valorização da participação das partes e da justiça por participação no resultado (numa visão de resultado justo como resultado construído pelas partes) imperam no NCPC.

Os fóruns e tribunais ganham aspectos democráticos em que deve prevalecer não a vontade do juiz, mas sim o direito construído pelas partes. Formalidades são relativizadas em adequações do rito ao caso concreto e às necessidades das partes. A convergência em prol de um resultado comum é colocada em primeiro plano.

Tendo em vista a função de produzir normas jurídicas concretas e válidas em relação à constituição, utilizando-se da teoria de Habermas, é importante que se garanta à sociedade uma participação ativa na formação do consenso para a construção de normas jurídicas.

Imprescindível, neste contexto, a exigência de fundamentação racional em que se demonstre a coerência e a integridade do direito produzido com a atuação ampla das partes na formação da decisão. O juiz deve convencer de maneira racional através dos fundamentos da decisão.

Para Habermas, o Poder Judiciário é um importante espaço de formação do direito e do consenso nas sociedades democráticas. Dessa forma, o direito processual deve oferecer mecanismos de participação democrática da sociedade na criação da norma jurídica. Nesse contexto, ganha importância e espaço o *amicus curiae*.

## 2.12.2 O juiz intérprete, o processo democrático, a ampla participação das partes na formação da decisão

O juiz constitucional é um intérprete e precisa ver com profundidade o caso concreto e produzir uma decisão concreta em que sejam preservados os valores e a ordem constitucional, a unidade do direito e a coerência do Poder Judiciário como um único poder e a integridade da decisão com a ordem constitucional<sup>270</sup>.

No Estado Constitucional prevalece a norma construída pelo intérprete e não a lei abstrata, a interpretação tópica e não na declaração pura. Decisões mal fundamentadas ou que não suficientemente fundamentadas são nulas<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

<sup>271</sup> Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Não por acaso, o NCPC exige que todas as decisões estejam fundamentadas, porque a validade de uma decisão está em seus argumentos, se estão de acordo com a ordem constitucional.

Esses argumentos devem se ocupar de demonstrar a preocupação de construir a justiça no caso concreto, que preze pela igualdade material, pela impessoalidade, pela segurança jurídica.

Num ambiente que deve convencer, pretende-se uma justiça que valorize a participação das partes e que inclua e valorize esses sujeitos e suas particularidades na dinâmica processual. Almeja-se uma justiça que seja um ambiente democrático e não simplesmente um meio formal de imposição dos juízes-Estado sobre as partes.

O grupo de juristas que elaborou o NCPC entendeu que a decisão democrática construída com a atuação ativa das partes, tende a trazer uma sensação de justiça, o que faz com que as partes tendam a aceita-la. O juiz deve convencer por argumentos expostos no processo.

Não é mais possível que o juiz decida livremente, toda decisão deve estar fundamentada nos argumentos levados pelas partes<sup>272</sup>. E todo e qualquer argumento levado pela parte que possa fundamentar decisão diferente ou interferir na decisão exposta pelo juiz, deve ser expressamente tratado na decisão.

A interpretação é indissociável da tarefa de criação da norma jurídica, a partir da decisão, porque o direito deve ser pensado com vistas a extrair da ordem constitucional a norma jurídica que melhor atenda aos fins constitucionais no caso concreto. As soluções estão dentro do sistema, tal qual defende Luhmann<sup>273</sup>.

A racionalização dessa decisão deve levar em conta o Poder Judiciário como uno, o que obriga os juízes a analisarem se existe alguma interpretação dos tribunais

---

<sup>272</sup> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

<sup>273</sup> LUHMANN, Niklas. **A sociedade como Sistema**. Trad. por Leo Peixoto Rodrigues e Fabrício Monteiro Neves. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012

superiores em precedente judicial ou outro instrumento de uniformização de jurisprudência que possa ser aplicado ao caso.

O juiz deve se preocupar em decidir no limite do que já foi dado conhecimento às partes, o efeito surpresa, que faz opõe à segurança jurídica, deve ser afastado da atividade judicial. O juiz não julga livremente e nem pode decidir sem consultar as partes mesmo em matéria sobre a qual deve decidir de ofício.

### 2.12.3 O processo das partes

O NCPC privilegia uma participação ativa das partes na construção conjunta de uma decisão. Todo o processo pode se adaptar às necessidades das partes. No lugar do formalismo de antes, toma espaço a instrumentalidade das formas.

Adotou-se no NCPC o modelo norte-americano de processo para obtenção de justiça prática, que visa ouvir e atender aos interesses das partes. Há uma preocupação com a busca do processo justo (*fair procedure*) e não do que Taruffo, ao analisar Ferrajoli chama de decisão justa. Porque para o autor só é possível decisão justa se o processo tiver como orientação a busca e o descobrimento da verdade<sup>274</sup>. O NCPC não privilegia a busca pela verdade, não é esse o foco.

O que se vê é a instrumentalidade do próprio processo para alcançar os fins constitucionais. Ao propiciar um ambiente democrático em que as partes são ouvidas e sentem como sujeitos ativos e que realmente no processo, o NCPC reconstrói o sentido de justiça.

A justiça deixa de ser uma imposição do Estado e passa a ser uma construção da sociedade. A constitucionalização do judiciário ganha um forte e vigoroso aliado, o novo Código de Processo Civil.

---

<sup>274</sup> TARUFFO, Michele. Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho n 31. 2008. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/8101/Taruffo,%20Michele> Acesso em: 30 mar 2016. p. 388 et seq.

O novo código demonstra já no seu artigo primeiro a sua intenção de constitucionalizar o processo. A força normativa da Constituição de 1988 arrebatou o processo civil e, por consequência todos os outros, porque este serve de base para todos os demais ramos processuais brasileiros.

O NCPC foca em construir um processo democrático, em construir uma decisão através da atuação das partes e segundo os critérios, valores e princípios constitucionais, os quais são reafirmados no NCPC.

O processo judicial é um ambiente de negociação das partes mediado pelo juiz. O NCPC percebeu que a atuação ativa das partes na construção da decisão simétrica cria uma aceitação melhor da decisão. Isso tende a evitar os recursos e maiores delongas do processo judicial. O NCPC prima pela construção da decisão através da atuação ativa das partes. Inclusive, podendo flexibilizar prazos e formas de produção de provas.

O grupo de juristas que criou o NCPC percebeu um grande número de decisões terminativas que em vez de se ocuparem de dar um julgamento justo, se preocupavam em terminar o processo.

A maior parte dessas decisões judiciais dependia mais da capacidade financeira de contratar um bom advogado ou de produzir determinadas provas do que necessariamente de uma pretensão legítima, legal e em consonância com a igualdade material.

O nível de incerteza das decisões judiciais era tamanho que era difícil até para os mais atentos e competentes advogados preverem o resultado do processo com alguma certeza.

E a regra do processo é a publicidade. O NCPC defende a publicidade dos atos do processo e das decisões. Kant, em seu livro “A Paz perpétua: um projeto filosófico”, defende que a publicidade é um imperativo de racionalidade universal e traz uma ideia de igualdade. Defende que “são injustas todas as acções (sic) que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas se não harmonizem com a



publicidade.”<sup>275</sup>, o que sempre invoca um controle de generalização, no qual se pensa que aquela decisão caberia a qualquer pessoa naquela situação. Nesse fluxo explica o autor:

Este princípio não se considerará apenas como ético (pertencente à doutrina da virtude), mas também como jurídico (concernente ao direito dos homens). Pois, uma máxima que eu não posso manifestar em voz alta sem que, ao mesmo tempo, se frustre a minha própria intenção, que deve permanecer inteiramente secreta se quiser ser bem sucedida, e que eu não posso confessar publicamente sem provocar de modo inevitável a oposição de todos contra o meu propósito, uma máxima assim só pode obter a necessária e universal reacção de todos contra mim, cognoscível a priori, pela injustiça com que a todos ameaça. – É, além disso, puramente negativa, ou seja, serve apenas para conhecer por seu intermédio o que não é justo em relação aos outros. Tal como um axioma, é indemonstrável, certa e, ademais, de fácil aplicação (...).<sup>276</sup>

Se não pode ser público e aplicável a qualquer outro na mesma situação, então não pode ser aplicado naquele caso. Essa também é uma preocupação dos juízes ingleses que, por sua vez, refletem racionalmente sobre como o conteúdo da decisão.

Ponderam os juízes ingleses: se ao aplicar determinada regra ao caso em exame, ele poderá aplicar a todos os casos que vierem sem que essa regra se afigure irrazoável ou inconveniente.<sup>277</sup> Esse tipo de raciocínio demonstra uma dimensão objetiva da decisão que confirma o imperativo público da racionalidade de Kant.

Outra preocupação dos ingleses é de como essa decisão será recebida pelos seus pares, o que demonstra uma visão de corporação pouco comum no Brasil. E, uma preocupação digna de nota, é quanto à maneira como essa decisão será recebida pelos cidadãos daquela comunidade que pautam suas condutas com base nas decisões.<sup>278</sup>

Então, entendemos a partir da previsão do NCPD uma preocupação em despertar uma atenção maior dos juízes em relação: aos fundamentos da decisão, à formação

---

<sup>275</sup> KANT, Immanuel. **A paz perpétua. Um projeto filosófico**. Trad. Artur Mourão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. p. 46

<sup>276</sup> Ibidem. p. 47

<sup>277</sup> CROSS, Rupert; WARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4. Ed. Oxford: Clarendon Press. 2004. P. 26 et seq..

<sup>278</sup> Ibidem. p. 26 et seq.

de uma norma coerente com o ordenamento constitucional, a uma resposta justa aos sujeitos do processo e à própria comunidade jurídica.

A publicidade das razões que levaram ao resultado através da ampla fundamentação racional permite um controle social e um controle jurídico, o que fortalece o caráter democrático do sistema processual e do próprio direito criado.

Noutro ponto, o juiz desce da posição inerte de presidente para ocupar a posição de mediador. E, antes de decidir, deve tentar, por todos os meios disponíveis, que as partes formem acordos, independente do momento processual.

O NCPC demonstra que se percebeu que acordos tendem a gerar mais satisfação e encerramento mais breve do processo do que a decisão judicial. Por isso, o processo judicial é lugar de negócios jurídicos processuais. Por isso também, a constitucionalização do processo gera efeitos práticos, eficazes e eficientes aos problemas de política judiciária e aumento do número de demandas e recursos.

## 2.13 OS PRECEDENTES VINCULANTES COMO UMA MÁXIMA DE RACIONALIDADE NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONALIZADO

A constitucionalização do direito é uma necessidade da ordem democrática. É a supremacia da constituição conduzindo o ordenamento e regulando as relações jurídicas no mundo dos fatos. É o basta à igualdade formal e uma busca pela igualdade material e pela proteção e efetividade dos direitos fundamentais.

Na verdade, a constitucionalização do direito é uma retomada do poder pelo povo legitimador. É a supremacia de uma ordem de defesa das liberdades e da dignidade da pessoa humana.

Ao abrir mão da igualdade formal e buscar a efetividade do direito constitucional no mundo dos fatos, é perceptível que o direito é uma ciência em construção e que é

impossível prever em lei escrita todas as hipóteses sobre a qual deve reger a constituição.

Nessa órbita o Judiciário é chamado a construir o direito no caso concreto, garantir o acesso material à justiça e provimentos jurisdicionais condizentes com a Constituição, numa demonstração de construção da cidadania e da democracia nos tribunais.

O processo judicial também precisa se constitucionalizar a fim de que reflita os princípios e fundamentos da Constituição. A constitucionalização do processo visa alcançar a justiça e não o formalismo.

Sob outro aspecto, o processo constitucionalizado se entende como um processo de criação de direito dentro dos limites do ordenamento constitucional em contínua construção.

E a maneira como se constrói o direito nos tribunais e nos fóruns é por meio da decisão judicial. É na fundamentação da decisão que se se extrai o direito construído e a demonstração de legitimidade daquele direito com base na motivação coerente e íntegra com o ordenamento constitucional.

É na demonstração transparente e racional que se permite o controle e a impessoalidade das decisões, como também se promove a persuasão do direito construído em relação aos jurisdicionados.

É na fundamentação das decisões que se edifica o direito no Poder Judiciário. E o ato de julgar envolve uma construção racional com base e nos limites do ordenamento jurídico.

Na verdade, a racionalidade do direito jurisprudencial (erguida na fundamentação coerente e íntegra) associa-se à supremacia da constituição para juntas estabelecerem os precedentes vinculantes.

Os ingleses explicam que os precedentes são prática racional de construção do direito. É uma prática utilizada no cotidiano em todas as ciências. Tem como pressuposto que só se constrói e se aproxima de algo desconhecido por meio do que já se conhece.<sup>279</sup> Todas as impressões e conclusões de algo novo são feitas a partir das pré-compreensões já estabelecidas.

Então os precedentes não são uma construção dogmática, são uma construção prática, de racionalidade e de respeito a uma ordem constitucional vigente (como já visto, independente dessa constituição estar ou não escrita).

Por essa razão os precedentes não são um instituto da *common law* que só funcionam naquela tradição. Eles são uma lógica racional que só consegue se estabelecer em um ambiente democrático, de um mínimo de respeito à Constituição.

Ao se comportarem como instituto de processo, os precedentes também funcionam como uma prática de racionalidade e de respeito ao direito já construído. Trata-se de um instituto de continuidade em que se constrói, legitima, apresenta e ratifica o direito construído, numa prática referenciada e impessoal, construída a muitas mãos, em que deve prevalecer não a opinião pessoal, mas a Constituição.

Essa lógica de supremacia constitucional e racionalidade através da formação do direito a partir da fundamentação exigente, referenciada e que comprove sua legitimação, é uma prática de justiça, de democracia. Pode, nesses termos, ser adotada em qualquer sistema que tenha esses fins e fundamentos.

Dessa forma, os precedentes judiciais derivam da própria constitucionalização do processo e da unidade do direito com base na supremacia constitucional. Como visto, os precedentes são normas jurídicas construídas por meio da fundamentação das decisões, espaço onde se demonstram a construção do direito, a racionalidade, a integridade e a legitimidade de acordo com o ordenamento constitucional.

---

<sup>279</sup> Cf. HUXLEY-BINNS, Rebecca; MARTIN, Jacqueline. **Unlocking the English Legal System**. 4 ed. Abingdon/New York: Routledge, 2014.

Por isso têm razão os que defendem que os precedentes são matéria de teoria do direito. Para constitucionalizar o direito, dar-lhe unidade, racionalidade e previsibilidade, é necessário respeitar o direito já construído. Para se elaborar um direito novo é preciso partir do direito já existente. Essa é a lógica dos precedentes, essa é a lógica da unidade do direito.

O efeito vinculante deriva do respeito à Constituição, como já visto anteriormente. Desdobra-se da exata noção de unidade, de coerência de integridade em que todos se subordinam à Constituição, em que todos respeitam as competências constitucionais e o direito construído.

Uma decisão foi feita para dizer o direito naquele caso sob exame, contudo, embora feita para funcionar no caso concreto, por saberem os magistrados que está se construindo o direito, deve-se passar por alguns filtros de universalização.

A decisão não pode surpreender as partes nem a comunidade que recebe a decisão como direito. A decisão também não pode surpreender a própria comunidade jurídica porque o direito não é de um órgão ou jurista, é uma obra conjunta e deve guardar coerência com o tudo que já foi estabelecido, com o próprio ordenamento constitucional.

Por essa razão de comprovação e mesmo para permitir o controle da decisão, o conteúdo da decisão deve ser claro e transparente de maneira que demonstre a racionalidade do resultado como um caminho comum e previsível para as partes e para todos que terão acesso à decisão.

Essa preocupação de provar legitimidade e de convencer da coerência, da integridade e da legitimidade do direito que coloca a fundamentação no centro das atenções do jurista e promove justiça e democracia.

Acerca do que vincula nos precedentes, sabe-se que é a *ratio decidendi*, como proposição de direito necessária à decisão. Apesar da conceituação simplória, só é possível definir no caso concreto o que seria essa proposição.

Assim como é através do detido exame do caso concreto que se demonstra que o caso em análise não corresponde ao precedente arguido como norma aplicável. É nas entrâncias do caso concreto e do precedente que se verifica a distinção ou *distinguished*.

No entanto, resta claro sua inseparabilidade do caso concreto, inclusive para a análise na decisão judicial que lhe utilizar. A parte da decisão que não vincula é chamada de *obiter dicta* e contem argumentos persuasivos e detalhes do caso concreto que não interferem no conteúdo decisório.

Os precedentes são normas de direito e podem vir a não corresponderem satisfatoriamente à ordem constitucional. Quando isso ocorre, ele também deve ser objeto de controle através do que foi estabelecido como *overruling*. Em que a própria Corte declara a inaplicabilidade do precedente.

Na *common law*, assim como se espera que ocorra no Brasil, o precedente se apresenta como prática que se comporta como um princípio de racionalidade, um caminho ou ponto de partida para se pensar os demais casos a serem analisados.

Necessário que a doutrina se debruce sobre o tema e estude como adaptar as novas regras a uma cultura jurídica marcadamente civilista. Muitos desdobramentos discorrem a partir da mudança. Uma teoria nacional dos precedentes precisa ser construída e consolidada. Mas, entende-se necessário e muito feliz o passo dado pelo legislador para fixar a unidade da jurisprudência através dos precedentes vinculantes e da sua interdependente fundamentação racional e exigente.

## 2.14 OS PRECEDENTES VINCULANTES DO NCPC

Diante de um judiciário que continuava sobrecarregado e ineficiente e da necessidade de mudanças, o novo Código de Processo Civil trouxe inovações importantes. Esse conjunto de inovações que traduzem-se na própria constitucionalização do processo, permitem a recepção dos precedentes vinculantes

previstos nos artigos 489, 926 e 927 e uma aproximação com os precedentes da *common law* (por maiores os obstáculos que ainda restam a ser superados).

O novo CPC assenta suas bases num processo mais democrático, menos formalista, em que se preza por um contraditório efetivo e uma justiça material. Segundo o § 1º do artigo 489, as decisões devem vir fundamentadas com base nos fatos apresentados e no direito.

Na verdade, a exigência de fundamentação e o estabelecimento de parâmetros mínimos para que ela se externe, é o grande diferencial. A simples indicação da regra jurídica (inciso I) ou de precedente ou súmula (inciso V), o emprego de conceitos jurídicos indeterminados (inciso II) ou mesmo a invocação de motivos genéricos (inciso III) não configuram fundamentação arguível, sendo nula de pleno direito a decisão.

O retorno ao caso concreto é também o outro grande diferencial do NCPC. A nova legislação determina que o caso concreto deve ser analisado, assim como devem ser objeto de análise os argumentos, alegados pelas partes, que podem infirmar a conclusão adotada pelo julgador na decisão.

E, caso exista precedente ou enunciado de súmula invocado pela parte, e o juiz não os aplique, deve o magistrado fundamentar expressamente quais os motivos que perfazem a existência de distinção do caso analisado àquele julgado pelas cortes superiores ou por quais razões houve a superação do entendimento consolidado na jurisprudência.

Em relação às súmulas, caso sejam alegadas, entendemos que deve-se desprezar o enunciado geral e buscar o caso concreto que é referenciado como formador da súmula.

Assim, a partir da complexidade do caso concreto, é que deve se analisar se há ou não semelhança entre o caso em análise e a súmula, o que seria um controle de pertinência que possibilita a aplicação não da súmula em si, que entendemos ser inconstitucional, mas do precedente que lhe antecede na origem.

Contudo, não se pode negar que toda essa situação ainda é muito nova, e, apesar dos esforços do legislador, não há uma doutrina dos precedentes consolidada no país. As imprecisões e as dúvidas são diversas.

Essa falta de base sólida permite uma malversação dos precedentes desde a formação até a aplicação. Por exemplo, apesar de ser inapropriado, é possível uma construção de jurisprudência defensiva em que a formação do precedente ocorre de forma preventiva ou não se baseia no amadurecimento gradual do direito.

Outro ponto a ser destacado é que o julgamento de vários casos repetitivos contraria o modelo *common law* onde a vinculação se dá na fundamentação que envolve a decisão consagrada pelo dinâmico contraditório exercido pelas partes e não no julgamento serial de demandas.

Importante frisar a necessidade de que seja consolidado uma negativa ao apregoador por Maquiavel, em processo constitucional os fins não justificam os meios. Ou seja, a fim de frear grande número de demandas, não se podem produzir precedentes vinculantes sem que se atenda a seus requisitos de constituição.

Essa deve ser uma máxima, o respeito à ordem constitucional, o respeito ao dever de fundamentação exigente, o dever de construir um direito de maneira coerente e íntegra com o ordenamento. Deve-se ter a primazia da constituição e da ordem constitucional e não de uma pessoa ou de um cargo ou órgão.

Ou seja, graças às contribuições de Lênio Streck, o NCPC prega uma lógica de fundamentação que precisa ser absorvida por todos os juristas. O direito está acima da pessoa, do órgão e do cargo. Dessa feita, a lógica é o fim do livre convencimento, fim do eu penso e justifico da forma que quiser.

Deve sobressair o caso concreto, o que o direito nos diz sobre isso, o que foi decidido da última vez, o que as partes trouxeram para que se possa avaliar a semelhança ou a diferença com o precedente arguido.



A constitucionalização do direito e do processo e sua intrínseca formação de precedentes vinculantes mais do que uma realidade são uma necessidade. A unidade do direito gera uniformização da jurisprudência, igualdade e segurança jurídica, estabilidade das decisões e previsibilidade. Espera-se que esse conjunto de consequências da unidade do direito, que por sua vez é promovida pela constitucionalização, provocará, com o tempo, a diminuição do número de recursos e demandas.

## CONCLUSÃO

Em 05 de outubro de 1988 veio à tona no topo da hierarquia do ordenamento brasileiro, a Constituição em cujo cerne se assenta o Estado Democrático Constitucional e um extenso e exemplificativo rol de direitos fundamentais

Além dos direitos, a nova Carta trouxe como garantia de efetividade constitucional a irretroatividade dos direitos fundamentais Mas nela havia também previstos a separação e a independência dos Poderes.

A Constituição Federal garantia a base democrática em que se firmavam todos os demais direitos e garantias. Dessa maneira, que todas as leis então vigentes e que estavam a surgir deveriam estar de acordo com o texto constitucional. Todas as pessoas e instituições, principalmente o próprio Estado, deveriam obediência ao texto constitucional.

Foi através da Constituição de 1988 que realmente ocorreu a constitucionalização do ordenamento jurídico. Nesse processo, o Poder Judiciário recebeu uma carga ainda maior de responsabilidade e de número exponencialmente crescente de litígios. Pois a ele foi dado o dever de dar efetividade ao direito, como a ele foi dado o ônus de dar a interpretação coerente com a Constituição.

A democracia recente, fruto do momento de estabilidade constitucional mais longo já vivido nesse país, renova a esperança de mudar a história, transformar uma cultura de abusos e desigualdades e dar supremacia à constituição e não a um governante ou um grupo do poder.

É com esperança também que o Código de Processo Civil foi feito. Com esperança de constitucionalizar o processo e mudar uma realidade de formalismo à brasileira, que é uma cultura de personalidade, de uma cultura do homem cordial, de donos do direito, de anarquia jurídica, de garantir a igualdade formal para que se maneje o resultado de acordo com os interesses extraprocessuais.

Apesar das críticas fundamentadas e da manutenção incoerente de institutos como as inconstitucionais súmulas vinculantes, o novo Código de Processo Civil nada mais é do que o reflexo substancial da Constituição de 1988. Seu objetivo é encontrar o caminho para a efetividade de direitos fundamentais como o de acesso à justiça, o do contraditório e o da ampla defesa efetiva e o da igualdade material. Em seu texto estão alguns extratos de esperança e algumas exitosas práticas e experiências jurídicas de outros países.

No CPC de 2015 há propostas de mudanças de organização institucional, de política judiciária e de direito. Os precedentes judiciais, como matéria de teoria do direito, trazem uma revolução de racionalidade ao ordenamento constitucional, mas só são possíveis porque são acompanhados de exigência de fundamentação em que impõe ao Poder Judiciário brasileiro uma prática institucional e não pessoal ou grupal.

Na verdade, só nesse momento histórico atual é que se verifica a existência de condições sociais e institucionais para o desenvolvimento e fiel adoção da proposta dos precedentes judiciais e seus intrínsecos unidade, estabilidade, integridade, coerência e previsibilidade que tanto se deseja ver na prática forense.

Os precedentes só conseguem se estabelecer num ambiente no qual haja um mínimo ambiente democrático e uma supremacia da Constituição. Por isso dizer que existia precedentes antes do momento atual é uma falácia.

O primeiro momento em que houve um ambiente minimamente democrático ocorreu após o Estado Novo, mas durou menos de vinte anos de profunda instabilidade. Passada a Ditadura Militar do Golpe de 1964 é que se teve o segundo momento democrático na história do Brasil, momento este que permanece até os dias atuais e que permitiu trilhar caminho para o desenvolvimento e a democratização das instituições e do próprio direito.

No entanto, não estamos acostumados à democracia, à impessoalidade e ao respeito ao ordenamento que ela exige. Elementos culturais típicos do brasileiro tomam forma em dificuldades na adoção dos precedentes, de condutas e institutos racionais.

A irracionalidade do direito e a falta de limitação do Poder Judiciário substanciam problemas à constitucionalização do direito e à adoção do que realmente significam os precedentes vinculantes.

Embora os grandes entraves, há se admitir que o controle de constitucionalidade, assim como o Poder Judiciário e o próprio STF estão se desenvolvendo ao longo dos anos. Muitas vezes esse desenvolvimento se dá por vias avessas, tal como ocorreu com a cidadania no país.

A cidadania no Brasil se construiu de maneira formal, servia a poucos e de maneira excludente à maioria. Isso foi possível justamente pela ausência de um direito efetivo, ausência de uma formação real de nação brasileira. A preocupação em realizar a cidadania no mundo dos fatos cresceu com o próprio desenvolvimento do Brasil como nação e se tornou possível pelo acesso da população à educação.

Os direitos têm origem numa gestão quase feudal secular e de um Estado e constituições que não conseguiam entrar na realidade da população em geral. Essa situação só foi possível por uma ausência de racionalidade, por um analfabetismo massivo e por uma cultura irracional bem adaptada ao domínio dos homens e à pequena ou ausente organização social. Os direitos eram dados formalmente, mas só serviriam aos poucos que compunham o clã, em relações de ampla pessoalidade.

Essas características também tomavam o direito brasileiro e o processo brasileiro formalista em nome e materialmente excludente em substância era guiado de forma avessa à justiça. O próprio controle concentrado surgiu a partir da necessidade de controlar os juízes e tribunais na proteção dos direitos perante a ditadura.

Talvez esse também seja o caso das inconstitucionais súmulas vinculantes. Mesmo que questionáveis constitucionalmente, e nada próximas do que são os precedentes da *common law*, não se pode deixar de admitir que elas foram muito importantes para a valorização da jurisprudência.

Entende-se que esse também é o caso das várias mudanças processuais para dar uniformização às decisões judiciais. Apesar de não terem o condão de dar unidade ao direito e mesmo de constitucionalizarem o direito processual. O legislador percebeu que só se diminui significativamente as demandas através da unidade e da previsibilidade do direito. E, nesse contexto se integrou à ordem vigente os precedentes vinculantes e seu intrínseco dever de fundamentação exigente.

Na verdade, o precedente vinculante é instrumento de garantia de isonomia e de promoção de igualdade, e, antes de se justificar como uma ferramenta de processo e de acesso à justiça, se justifica como uma ferramenta de direito material. E só existe precedente judicial dentro da fundamentação do caso concreto.

Essa é a maneira dos juízes construírem o direito e demonstrarem a legitimidade do direito construído, sempre através da fundamentação efetivamente vista no caso concreto, fundamentação clara que seja capaz de convencer racionalmente as partes, os demais magistrados e a própria população, que deve seguir o direito criado.

Por pressuposto lógico fundado na sua natural promoção de igualdade e de justiça, não se consegue uma verdadeira adoção de precedentes vinculante em um ordenamento em que não haja supremacia da constituição, em que os mínimos valores da isonomia e da igualdade não estejam atendidos na ordem jurídica, na organização institucional e mesmo na cultura de um povo.

Pelos mesmos motivos, não se consegue vislumbrar unidade do direito, integridade do ordenamento jurídico e coerência nas decisões judiciais e no posicionamento do Estado-juiz num cenário cultural-político e histórico em que se admita a perpetuação da cultura do isolacionismo do penso e decido.

Assim como todo aquele que decide em nome de outrem deve justificar sua decisão. A constitucionalização do direito é uma rogativa pelo fim do aventureiro independente, pelo fim do dono do direito, pelo fim da confusão entre o cargo e a pessoa. É um clamor pelo fim dos donos do poder e pela chegada da justiça para todos.

Não há racionalidade igualdade, isonomia, segurança jurídica ou coerência que resista a um sistema em que se admita que o Estado promova desigualdades por meio de decisões judiciais motivadas por privilégios, títulos de nobreza, cor da pele, credo e outras parcialidades, mesmo que não estejam expressas.

Só é possível controlar essa pessoalidade através da fundamentação, quando se exige a plena e clara demonstração de todas as razões que confluíram para aquela decisão, quando se analisa não a partir do achismo, mas a partir do direito já construído pelo legislativo ou pelo judiciário.

Igualmente, não há precedentes em um sistema em que o direito não seja coerente o bastante para vincular o próprio órgão julgador quando exposto à mesma situação já analisada, sem que o direito seja visto como um todo e não um conjunto heterogêneo e fragmentarizado.

Não é possível pensar em precedentes em um sistema jurídico em que os julgadores se vejam como parte de um Poder e tenham obrigação de coerência em relação ao poder a que servem e ao próprio direito já criado.

Na verdade, o dever de coerência com o direito já criado é um princípio universal de justiça, adotado desde antes do Reino de Hamurabi na Babilônia, conhecido como: *treat like cases alike*.<sup>280</sup>

Esse postulado universal é a base dos precedentes judiciais, o fundamento que lhes justifica a existência. Por isso os precedentes são matéria de direito, porque invocam legitimidade por fundamentação racional estabelecida a partir da integração ao direito vigente, igualdade como prestação de justiça, coerência como obrigação do Estado perante sua população e segurança jurídica “vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de

---

<sup>280</sup> CRISCUOLI, Giovanni. **Introduzione allo studio del diritto inglese – Le fonti**. Milano: Giuffrè, 1994. P. 62.

determinada conduta”<sup>281</sup> a fim de conformar um Estado democrático constitucional. Esse conjunto gera efetividade da ordem constitucional e impede interferências arbitrárias do Estado e de seus agentes.

Não se procura defender que os precedentes vinculantes só possam ser aplicados em ambientes de pleno respeito a todos os direitos, mas sem dúvida, é difícil se admitir que eles realmente funcionem em ambientes de instabilidade jurídica e institucional, onde não haja qualquer compromisso com a igualdade, coerência, com a racionalidade, com a estabilidade, com o direito produzido e com o respeito a um mínimo de direitos individuais e de propriedade.

Nessa toada, adiciona Krebs, que os precedentes são de primordial importância para a consecução de “integridade e coerência de um sistema jurídico, na medida em que fortalecem a segurança jurídica, por propiciarem uniformidade, estabilidade, previsibilidade e isonomia”<sup>282</sup>. Continua o autor a afirmar que “os valores conferidos pelos precedentes são indissociáveis a qualquer país que se intitule como um Estado Democrático de Direito.”<sup>283</sup>

Por efeito, como pressuposto lógico racional e como prática de justiça os precedentes vinculantes são matéria de teoria do direito e derivam da constitucionalização do direito, independente da tradição. Por ser utilizada na *common law* há séculos, é difícil não se utilizar daquela experiência para melhor entender o que realmente significam e como se comportam.

E a partir desse estudo da experiência estrangeira foi que se verificou que os precedentes vinculantes só conseguem vingar dentro do Estado Constitucional de Direito porque precisam do imperativo de que o direito está acima de qualquer governante e de suas interferências. Dessa forma, os precedentes vinculantes só

---

<sup>281</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 36-37.

<sup>282</sup> KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. Coleção Liebman. Coord. WAMBIER Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 258.

<sup>283</sup> *Idem*. P. 258. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. Coleção Liebman. Coord. WAMBIER Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 258.

existem mediante limitação dos poderes dos governantes e garantia mínima dos direitos fundamentais.

Então, como se tem o objetivo de adotar um instituto desenvolvido em outra cultura, nada mais óbvio do que usar como pressuposto aquela cultura, e foi exatamente o que foi feito. Talvez, um dos mais importantes conceitos daquele povo é a valorização da unidade, da segurança jurídica e da previsibilidade e esses conceitos se entrelaçam na utilização dos precedentes vinculantes.

Segundo Mac Cormick, “entre os valores que o Estado de Direito assegura, “nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber: a segurança de expectativas jurídicas e a garantia dos cidadãos contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes.”<sup>284</sup>

Outra função das mais caras aos precedentes vinculantes é a de dar efetividade e eficácia aos direitos fundamentais. Segundo Krebs<sup>285</sup>, essa função tem duas formas de materialização: uma direta, “por meio de sua aplicação a um caso presente, assegura-se algum direito fundamental” e outra indireta “quando apenas são respeitados, independentemente de estar em jogo algum direito fundamental no processo”.

A própria construção da *common law*, por meio dos precedentes, acompanhou o desenvolvimento dos direitos fundamentais. Isso deriva de premissas racionais básicas de construção e respeito ao direito construído.

Em breve, porém certa síntese, a constitucionalização do processo torna imprescindível o uso dos precedentes. Contudo, há de se deixar claro que constitucionalizar o processo e adotar os precedentes depende de democratizar o processo e democratizar as decisões judiciais.

---

<sup>284</sup> MAC CORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005. P. 18.

<sup>285</sup> KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. Coleção Liebman. Coord. WAMBIER Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 258.



Constitucionalizar é democratizar porque traz para o processo e para a decisão os direitos, as garantias, os princípios, os valores e as determinações da constituição que, por sua vez, representa os valores escolhidos como regentes por aquela nação. Traz para o processo e para a decisão os valores que compõem o contrato social.

Nada mais democrático, em sua gênese grega, do que a abertura das discussões, do que a fundamentação lógica pelo consenso, pela legitimidade com a ordem constitucional, em vez da lógica da autoridade do cargo.

Constitucionalizar o processo significa que as partes devem ser ouvidas durante todo o procedimento, inclusive na decisão. Para que as partes sejam ouvidas é preciso que a decisão trabalhe os argumentos levantados, demonstre porque devem ser usados ou afastados.

A decisão deve primar pela clareza de maneira que as partes tenham condições mínimas de entendê-la. Não se pode utilizar o direito como um instrumento do elitismo e da alienação, se a decisão é direcionada à parte, ela deve ter condições de entendê-la.

A complexidade da decisão não deve estar em sua linguagem rebuscada, seus excessos de latinismos e termos formais e arcaicos, a grandeza da decisão está sim na fundamentação racional, exigente, transparente, coerente e íntegra com a ordem jurídica vigente, em que se comprova a legitimidade do direito criado em atenção ao caso sob exame.

Essa medida faz parte do dever de convencer racionalmente por argumentos fáticos e da ordem jurídica constitucional, os quais foram expostos durante a condução processual, esse é o dever do juiz. E dessa forma devem ser formados os precedentes.

Os precedentes em controle difuso não podem se desmembrar do caso concreto, ainda que sejam formados pelo STF e pelo STJ. Os recursos especiais e extraordinários foram criados no Brasil para que a lei fosse julgada em abstrato,

numa busca por afastar o caso concreto a regra jurídica inconstitucional, mantendo a coerência interna do ordenamento.

Diferente do momento inicial, em que o objetivo era retirar do ordenamento regras jurídicas inconstitucionais, com o constitucionalismo, essa realidade se modificou. Isso porque se admitiu que não há univocidade das regras jurídicas e que a complexidade atual precisa que o direito vigente se molde a essa complexidade, que só pode ser vista no caso concreto.

Então, para que seja possível constitucionalizar o processo, de maneira que a Constituição possa se realizar no caso concreto, é preciso não perder de vista a realidade, a historicidade e as peculiaridades do caso.

Os juízes devem trabalhar como juízes e não como legisladores. Não se devem realizar análises focadas apenas no futuro e na política judiciária. É preciso que os ministros sejam juízes.

Como visto no curso desse trabalho, o direito jurisprudencial só pode ser construído dentro do processo, de forma democrática, na análise dos fatos com a legitimidade obtida pelo respeito e a integridade à ordem constitucional. A decisão deve convencer por seu valor democrático, racional e de submissão ao direito (fixado sob as bases constitucionais).

Na constitucionalização do processo é inadmissível que os recursos extraordinário e especial sejam analisados de forma dissociada do caso concreto. O direito brasileiro, até então construído de maneira distante da realidade, em privilégio à abstrativização e ao cientificismo dos julgamentos das cortes superiores, se perde no conceito de constituição, democracia e justiça que deveria afirmar.

É preciso retomar ao caso concreto mesmo nos recursos especiais lato sensu. É preciso que a doutrina saia do papel de repetidor do STF e analise criticamente o direito construído por esta Corte. Não, o STF não é o dono da Constituição. Não, a constituição não é o que o STF diz.

O Brasil não precisa de novos déspotas, nem novos súditos do mundo contemporâneo. O Brasil precisa de racionalidade, legitimidade, respeito ao direito e à sua base constitucional. A Carta de 1988 precisa reverberar no processo, na decisão, no Poder Judiciário e na doutrina.

Na doutrina sim, porque o ensino é a maneira como se constrói o conhecimento e se muda a realidade do positivismo e constitucionalismo à brasileira, de submissão à ordem constitucional, de legitimação por fundamentação racional atenta ao caso concreto.

A construção e a aplicação dos precedentes exige uma mudança cultural dos aplicadores do direito. Exige constitucionalização e democratização não só do processo, mas da decisão, do Poder Judiciário e da própria comunidade jurídica.

Com base na história, na cultura e nas tradições que influenciaram o direito brasileiro que se entende que a proposta de unidade, relevante fundamentação, integridade e coerência, fundamentalmente centrada nos precedentes obrigatórios do novo CPC têm condições de funcionar.

Porém, é preciso que o Poder Judiciário e a doutrina se conscientizem do tratamento adequado ao caso concreto, da busca pela constitucionalização e democratização do processo e da decisão, pela busca por decisão justa (no sentido de ouvir aqueles que sustentarão os efeitos da decisão), no sentido de legitimar a escolha na racionalidade, na coerência com o que foi debatido no processo, na integridade com o direito já existente, na legitimidade com o ordenamento constitucional.

É através da fundamentação que se comprova a análise do caso concreto, a participação das partes, a legitimidade, a racionalidade, a coerência, a integridade e a própria justiça da decisão. E é na fundamentação que se extraem os precedentes, é nela que se constrói o direito formado no Poder Judiciário. A legitimidade do direito está justamente em comprovar esse respeito e subordinação à Constituição e à ordem constitucional. A autoridade da decisão está justamente nessa subordinação, assim como é desse respeito que se extrai a autoridade dos precedentes.

Agora, o desafio é implantar uma aplicação constitucionalizada dos precedentes vinculantes com o auxílio do NCPC de forma que essa mudança não se contamine pelo formalismo à brasileira, pelo constitucionalismo à brasileira, pelo autoritarismo cultural que não aceita limites e por uma despreocupação geral com o cumprimento das leis, com a fundamentação das decisões, com o dever de convencer racionalmente, com o dever de justificar por força de uma ordem constitucional que não lhe pertence e que está acima da vontade particular.

O desafio do NCPC e dos precedentes vinculantes não é só constitucionalizar o processo, é também constitucionalizar e democratizar as decisões, o Poder Judiciário e os estudiosos do direito, a fim que se tome o sentido de construir no mundo dos fatos a justiça, a unidade do direito e o fortalecimento da democracia a partir dos precedentes vinculantes.

Essa construção constitucionalizada, democrática, apegada à realidade dos fatos, à racionalidade, à coerência, à integridade em relação ao direito pré-existente trará unidade, estabilidade e previsibilidade ao direito como um todo, e uma sensação de justiça para as partes que se vêem ouvidas e participantes da decisão. Esse conjunto de transformações trará uniformização da jurisprudência, efetividade da constituição e justiça concreta, auxiliando na consolidação da democracia.

Assim deve ser vista e aplicada a proposta dos precedentes vinculantes do NCPC, sob o foco da constitucionalização do direito, do processo e das decisões, sob o foco da justiça real e da democracia.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo: Vale a pena acreditar? Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 7, n. 12, Jan.-Jun. 2015.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Trad. Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha**. São Paulo: Bontempo Editorial, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Controle de Constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 920, p. 133 – 142, jun. 2012.

ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. **Ativismo Judicial e teoria dos precedentes: integração dos Poderes e Coerência nas Decisões do Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2015.

APPIO, Eduardo. **Discricionariedade Política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2007.

**ARQUIVO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Governo do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.arquivoestado.sp.gov.br/imigracao/estatisticas.php>> . Acesso em: 25 mar. 2016.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.

\_\_\_\_\_, Manuel. Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de confusões. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 05 set. 2015.. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

\_\_\_\_\_, Manuel. **Argumentación y Constitución**. Disponível em: <[http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Razones\\_para\\_leer\\_a\\_Manuel\\_Atienza.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Razones_para_leer_a_Manuel_Atienza.shtml)> Acesso em: 02 fev. 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. THEODORO Jr., Humberto. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 189, p. 2010.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa - infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 100. p. 57 – 83, jul. - dez. 2009.

\_\_\_\_\_, Alexandre; LADEIRA, Aline Hadad. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 234, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios**. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BAKER, J. H. **An introduction to English Legal history**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BALKIN, Jack M. **Constitutional redemption. Political faith in an unjust world**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Instituto Brasileiro de Direito Público. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, ed. 9.: mar-maio 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 01 ago. 2015.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BENDIX, Reinhard. **Construção nacional e cidadania: estudos de nossa ordem social em mudança**. São Paulo: Edusp, 1996.

BERMAN, Harold J.. **Law and Revolution II: the impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

\_\_\_\_\_, Norberto. A Crise da democracia e a lição dos clássicos. **Arquivos do Ministério Público**. Fundação Petrônio Portella, Brasília, Ano 40, n. 170, out. - dez. 1987.



\_\_\_\_\_, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 8 ed. Florianópolis: OAB Editora, 2006

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Precedente Judicial** – a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

\_\_\_\_\_, Thomas da Rosa. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALMON, Pedro. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

CAMBI, Eduardo. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 215, jan., 2013.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANNATA, Carlo Augusto. **Historia de la Ciencia jurídica Europea**. Madrid: Tecnos, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_, Joaquim José. O Supremo do Brasil é o mais poderoso do mundo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 nov. 2013. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

\_\_\_\_\_, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

\_\_\_\_\_, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CARBONELL, Miguel. Constitución y derechos fundamentales: dos pilares de la democracia. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría constitucional y derechos fundamentales**. Mexico: Comisión Nacional de los derechos humanos, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho**. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

\_\_\_\_\_, José Murilo de. **D. Pedro II: ser ou não ser**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

CATHARINA, Alexandre de Castro. **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation, v. 89, **Harvard Law Review**, p. 1281 - 1316, 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**.v. 1. Napoli: Jovene, 1935.

CHURCHILL, Winston S. **História dos povos de língua inglesa**. Berço da Inglaterra. São Paulo: IBRASA, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**.v. 1. p. 2-3, set., 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. As garantias institucionais dos Direitos Humanos. **Revista Trimestral de Direito Público**. n 32. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRISCUOLI, Giovanni. **Introduzione allo studio del diritto inglese – Le fonti**. Milano: Giuffrè, 1994.

CROSS, Rupert; WARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 179, jan. 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camile. **Les grans systèmes de droit contemporains**. 9.ed. Paris: Précis, Dalloz, 1988.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão,

precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 9. ed. v.2. Salvador: Jus Podvm, 2015.

DIAS, Marcos Gil Barbosa. **Controle de constitucionalidade e política judiciária: evolução histórica das súmulas no Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2006. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/98700>>,. Acesso em: 01 ago. 2015.

DIDIER JR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973**. Salvador: JusPodvm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Súmulas vinculantes**. Fundamentos do processo civil moderno. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 95, n. 347, set. 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_, Ronald. **Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_, Ronald. The Court's Embarrassingly Bad Decisions. **The New York Review of Books**. New York, 26 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2011/05/26/courts-embarrassingly-bad-decisions/>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, v. 1. 1994.

\_\_\_\_\_, Norbert. **O processo civilizador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. v. 2. 1994.

ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. **English Legal System**. 7. ed. Dorchester: Pearson Education Limited, 2006.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder - Formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001. Disponível em: <<http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/FAORORaymundoOsDonosdoPoder.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

FEREJOHN, J.; RAKOVE, J. N.; RILEY, J. **Constitutional Culture and Democratic Rule**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e garantias**. La ley del más débil. Trad. Perfecto A. Ibañes e Andrea Greppi. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

\_\_\_\_\_, Luigi. **A democracia através dos direitos**. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid : Trotta, 2003.

FERRARI, Irany *et al.* **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2002.

FIGUEIREDO, Carlos. **100 discursos históricos brasileiros**. Belo Horizonte: Leitura, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 5 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FIORI, José Luís. **O Estado do Bem-Estar Social: Padrões e Crises**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/fioribemestarsocial.pdf/view>> Acesso em: 25. abr. 2016.

FRANCO, Raquel Veras. **A justiça do trabalho entre dois extremos**. História da Justiça do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/historia-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

FREITAS, Vladimir Passos de. Foro privilegiado: a ineficiência do sistema. **Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=23>> . Acesso em: 15 mai. 2016.

\_\_\_\_\_, Vladimir Passos de. Justiça francesa é bom exemplo de especialização. **Consultor Jurídico**. São Paulo: 4 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-04/especializacao-areas-justica-francesa-exemplo-brasil>> . Acesso em: 02 jun. 2016.

FURMANN, Ivan. O STF e o regime militar de 1964. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano: 16, n. 3076. 03 dez. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20557>>, Acesso em: 01 jun. 2016.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea. In: AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz; GABARDO, Emerson (Coord.) **Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática**. Anais do Simpósio Comunicação, Cultura de Massas, Globalização e Direito: II Congresso Ciências, Tecnologias y Culturas. Diálogo entre las disciplinas del conocimiento. Mirando al futuro de América Latina y el Caribe. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 149-171.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GERHARDT, Michael J.. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008.

GIAMBIAGI, Fábio. **Brasil, raízes do atraso: paternalismo x produtividade**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007.

GLENN, H. Patrick. **Legal Traditions of the world: sustainable diversity in law**. 3 ed. New York: Oxford University Press, 2007.

GLEZER, Rubens Eduardo. **Súmulas vinculantes e ratio decidendi: Uma abordagem empírica a respeito de redesenho institucional e cultura jurídica**. Dissertação (Mestrado em direito) - Escola de Direito de São Paulo, São Paulo: 2011. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1757\\_60090200007.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1757_60090200007.pdf)>. Acesso em: 06 jan. 2016.

GORLA, Gino. “Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi de informazione”. In: VISINTINI, Giovanna. **Metodologia nello Studio della Giurisprudenza Civile e Commerciale**. Milão, Giuffrè: 1999.

GOUTAL, Jean Louis. **Characteristics of judicial style in France, Britain and the USA**. American Journal of Comparative Law. 1976.

GRIN, Eduardo José. Regime de Bem-estar Social no Brasil: Três Períodos Históricos, Três Diferenças em Relação ao Modelo Europeu Social-democrata. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**. São Paulo, v. 18, n. 63, jul.- dez. 2013.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Safe, 1997.

\_\_\_\_\_, Peter. **El Estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

\_\_\_\_\_, Peter. A Jurisdição Constitucional na Fase Atual de Desenvolvimento no Estado Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_, Peter. Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica. Tradução de Emílio M. Franco. In: LUÑO, Antonio - Enrique (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

\_\_\_\_\_, Peter. **La Verfassungsbeschwerde nel Sistema della giustizia costituzionale tedesca**. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

\_\_\_\_\_, Peter. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2005.

HASHIMOTO, Gilberto Rodrigues. **Problemas de principal** - agente no processo orçamentário brasileiro. Biblioteca Digital FGV, São Paulo, 2002. Disponível em:



<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5231/1200200886.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 30 mar. 2016.

HESPAÑA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: Horizonte, 1978.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

HORNER, Franz; FROEHLER. **Die sozialen Grundrechte**. Salzburgo- Munique, 1974.

HUTCHINSON, Allan C. **Evolution and the Common Law**. New York: Cambridge University Press, 2005.

HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century**. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

HUXLEY-BINNS, Rebecca; MARTIN, Jacqueline. **Unlocking the English Legal System**. 4. ed. Abingdon/New York: Routledge, 2014.

**Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE**. Disponível em: <[ftp://geoftp.ibge.gov.br/organizacao\\_territorial/divisao\\_territorial/evolucao\\_da\\_divisao\\_territorial\\_do\\_brasil\\_1872\\_2010/evolucao\\_da\\_populacao\\_rural\\_mapas.pdf](ftp://geoftp.ibge.gov.br/organizacao_territorial/divisao_territorial/evolucao_da_divisao_territorial_do_brasil_1872_2010/evolucao_da_populacao_rural_mapas.pdf)> Acesso em:25/11/2015

IRONS, Peter. **A People's History of the Supreme Court**. New York: Penguin Books, 2006.

JANCSÓ, István. A construção dos Estados nacionais na América Latina – apontamentos para o estudo do Império como projeto. In: SZMRECSÁNYI, Tamás *et*

al (org.). **A História econômica da independência e do império**. São Paulo: Hucitec, 1996.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_, Geovany Cardoso. Uma teoria da Justiça para o Acesso à Justiça. In: Jeveaux, G. C.(org). **Uma Teoria para acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

Locke, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JORDÃO, Gilberto. O mestre e a escola no período colonial brasileiro. **Revista Acadêmica Multidisciplinar Urutágua**. Centro de Documentação Maurício Tragtenberg. Universidade Estadual de Maringá. Maringá, Ano I, n. 4: maio, 2002. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br//04jordao.htm>.> . Acesso em: 12 mar. 2016.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Trad. Artur Mourão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo enxada e voto**. 5 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1986.

\_\_\_\_\_, Victor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal Federal. **Revista Forense**. v. 208, out./dez., 1964.

LEGALLE, Siddharta Ferreira. Democracia Direta vs. Representativa: uma Dicotomia Inconciliável com Algumas Reinvenções. **Direito Público**, n. 18, out. – nov. – dez. 2007. Disponível em: <  
[https://www.academia.edu/7459048/Democracia\\_direta\\_vs\\_representativa?auto=do  
wnload](https://www.academia.edu/7459048/Democracia_direta_vs_representativa?auto=download) >. Acesso em: 20 mar 2015.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Júlio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Sistema e Estrutura no Direito**. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Sistema e Estrutura no Direito**. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LOPES, José Reinaldo Lima. **O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil Império**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

LOYN, Henry R. **Dicionário da Idade Média**. Trad. Álvaro Cabral. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1997

LUHMANN, Niklas. **A sociedade como Sistema**. Trad. por Leo Peixoto Rodrigues e Fabrício Monteiro Neves. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Derecho procesal constitucional**. Origen científico (1928 - 1956). Madrid: Marcial Pons, 2008.

\_\_\_\_\_, Eduardo Ferrer. **Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MAC CORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law** – A theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2005.

\_\_\_\_\_, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 239. p. 431-450, 2015.

\_\_\_\_\_, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIÉRO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARSHAL, Thomas Humphrey . **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_, Ives Gandra da Silva; \_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.686, de 10 nov. 1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. **Storia del Costituzionalismo**. Brescia: Morcelliana, 2010.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

MELLO, Marco Aurélio. Prefácio. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.) **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes Judiciais Vinculantes**. A eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica. Curitiba: Juruá, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Disponível em: <[http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=120:o-papel-do-senado-federal-no-controle-de-constitucionalidade-um-caso-classico-de-mutacao-constitucional&id=2:aspectos-gerais&Itemid=74](http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=120:o-papel-do-senado-federal-no-controle-de-constitucionalidade-um-caso-classico-de-mutacao-constitucional&id=2:aspectos-gerais&Itemid=74)> . Acesso em: 09 abr. 2016.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canônica**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no Controle de Constitucionalidade**. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008.

MIMIN, Pierre. **Le Style des Jugements**. 4. ed. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1978.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, v. 37, n. 206, p. 61-78, abr. 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secundat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes. 1993.

MORAES, Alexandre de. Separação de Poderes e efeitos vinculante e erga omnes. *Justiça Comentada*. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 07 jun 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-07/justica-comentada-separacao-poderes-efeitos-vinculantes-erga-omnes>. Acesso em: 07 dez. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas. 2 ed. Rio de Janeiro: PUC, v. 91, n.1, p. 59 – 73, jul. – dez. 2014.

MORALES, Carlos Alfredo Soto. La constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano, a luz de la teoría de Riccardo Guastini. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos**. Temas de Direito Processual. v. 9. São Paulo: Saraiva, 2008.

MUIR WATT, Horatia. La motivation des arrêts de la Cour de Cassation et l'élaboration de la norme. In: MOLFESSIS, Nicolas (org.). **La Cour de Cassation e l'Élaboration du Droit**. Paris, Economica, 2004.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência**. II República. Porto Alegre : Sulina, 1973.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_, Nelson. Prefácio. In: ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Antonio Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NEVES, Marcelo. **Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne**. 1992.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NICOLAU, Jairo Marconi. **A história do voto no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC 2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. n. 57, jul. - set. 2015.

\_\_\_\_\_, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Revista Fac. Direito UFMG**, n. 62, jan.- jun. Belo Horizonte, p. 179-208, 2013.

\_\_\_\_\_, Dierle; HORTA, André Frederico. A aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER Junior, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Junior, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia y Estado de derecho. **Nexos**. n 325. México, jan. 2005 .

Organização das Nações Unidas, ONU. **Plano Nacional de Desenvolvimento Humano**. Disponível em: <[http://pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2015\\_ptBR.pdf](http://pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2015_ptBR.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2016.

ÖRÜCÜ, Esin. A general view of “legal family” and of “mixing systems”. **Comparative Law – a handbook**. (Coord.) ORUCU, Esin; NELKEN, David. Portland: Hart Publishing, 2007.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed., São Paulo: RT, 2002.

PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; JEVEAUX, Geovany Cardoso. Depoimentos. **Revista de Direito das Faculdades de Vitória**, n. 10, jan. - dez. 2006

PEREIRA, Anthony. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo, Martins Fontes, 2000. p.31.

PINTO, Flávia Sousa Dantas. O judiciário francês sob a ótica de um juiz brasileiro. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte**. v. 8, n. 1, jan-jun 2008. Disponível em:<[http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/artic le/viewFile/29/19](http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/artic le/viewFile/29/19)> Acesso em: 20 jan. 2016.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 45. São Paulo. Revista dos Tribunais, out. 2003.



\_\_\_\_\_, Flavia. Proteção dos direitos sociais no Brasil: Desafios e perspectivas. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PLESSIS, Jacques du. Comparative law and the study of mixed legal systems. In: **The Oxford handbook of comparative law**. Coord. REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. Oxford: Oxford University Press, 2007.

**POLETTI, Ronaldo**. A Constituição de 1934. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2012. In Coleção **Constituições Brasileiras**. v. 3. Brasília: Senado, 2012 Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v3\\_1934.pdf?sequence=10](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequence=10)> Acesso em: 12 abr. 2016.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

POUND, Roscoe. **What is the common law?** Chicago: The University of Chicago Law Review:1937.

PRADO JR., Caio. **Evolução política do Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

REID, Lord. **The Judge as law maker**. Journal of the Society of Public Teachers of Law. 1973.

REIS, Mauricio Martins. Precedentalismo Judiciário: Precedentes obrigatórios ou persuasivos? A força argumentativa dos julgados do STF. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 932, p. 389 – 407, Jun. 2013.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal: 1891-1898: Defesa das liberdades civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.

RODRIGUES, José Honório. **Conciliação e reforma no Brasil: um desafio histórico-político**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

RODRIGUES, José Honório. Anais do SENADO FEDERAL. **O Conselho de Estado: o Quinto poder?** Brasília, 1978. Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/ACE/O\\_Quinto\\_Poder.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/ACE/O_Quinto_Poder.pdf)> Acesso em: 12 mar. 2016.

RODRIGUES, José Honório. **A Assembléia Constituinte de 1823**. Petrópolis: Vozes, 1974.

ROOSEN, Keith S.. O controle da constitucionalidade no Brasil: desenvolvimentos recentes. Trad. por Carlos J. Sampaio Costa. **Revista de Direito Administrativo**. n. 227. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-30, jan. - mar 2002.

ROS, Luciano da. O custo da justiça no Brasil: uma análise comparativa e exploratória. **The Observatory of Social and Political Elites of Brasil. Newsletter**. v. 2, n. 9. Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira. Universidade Federal do Paraná. jul. 2015.

ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante. **Revista dos Tribunais**.. São Paulo, v. 879, p. 41 *et seq.*, jan. 2009.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário**. Revista de Direito Público, n. 75, jul.- set., 1985.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SATO, Miyuki. Judicial review in Brazil: nominal and real. **Global Jurist Advances**. Academic OneFile, 2003. Disponível em <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA103731933&v=2.1&u=capes58&it=r&p=AONE&sw=w>> . Acesso em: 02 dez. 2013.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **A constitucionalização do direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHILLER, A. Arthur. **Roman interpretation and angloamerican interpretation and construction**. Virginia Law Review. 1941.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2006.

\_\_\_\_\_, Carl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial Textos, 1996.

SCHNEIDER, Hans-Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid: CEC, 1991.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As Barbas do Imperador**. D. Pedro II, um monarca nos trópicos. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SIÈYES, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Que é o terceiro Estado? Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SIGNIFICADOS. **Significado de Panaceia.** Disponível em: <<http://www.significados.com.br/panaceia/>> . Acesso em: mar. 2016.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Súmula Vinculante:** teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia:** O paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The English Legal System.** 8. ed. Oxon: Routledge-Cavendish, 2006.

SLEMIAN, Andréa. **Sob império das leis:** constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822 - 1834). São Paulo: Hucitec, 2009.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais e o poder de reforma constitucional. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, L. L.; OLIVEIRA, M. A. C. de; LIMA, M. M. B.. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Jus Navigandi Teresina**, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

\_\_\_\_\_, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3. ed. reformulada da obra Jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3 ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_, Lênio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 19 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>> . Acesso em: 12 abr. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. Presunção da Inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 30 jun. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

TARANTO, Caio Márcio Guterres. **Precedente Judicial**. Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas. Aspectos gerais. In.: **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MacCORMICK, Neil, e SUMMERS, Robert (orgs.). **Interpreting Precedents – A Comparative Study**. Aldershot, Ashgate, 1997.

\_\_\_\_\_, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano 48, n. 2. Milano: Giuffrè, 1994.

\_\_\_\_\_, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 36, n. 199, p. 139 – 155, set. 2011.

\_\_\_\_\_, Michele. Jueces y Política. **Isonomía** Universidad de Pavia, n 22, p. 8 – 18, abr. 2005 Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/8101/Taruffo,%20Michele>> Acesso em: 05 fev. 2016.

\_\_\_\_\_, Michele. Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 31, 2008. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/8101/Taruffo,%20Michele> Acesso em: 28 mar. 2016.

\_\_\_\_\_, Michele. Precedente e Jurisprudência. Trad. Tereza Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 36, v. 199, p. 141 et seq., set. 2011.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Editora Método, 2006.

\_\_\_\_\_, André Ramos (coord.). **Justiça Constitucional: Pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_, André Ramos. A repercussão geral no Recurso Extraordinário. In: TAVARES, André Ramos (org.); LENZA, Pedro (org.); ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Reforma do judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

TEIXEIRA, Yuri Guerzet. **Precedentes Judiciais**: Entre normas e decisões. Curitiba: Juruá, 2015.

THEODORO JÚNIOR, H.; NUNES, D.; BAHIA, A. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 189, p. 9 – 34, nov. 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**. Leis e costumes. Livro 1. 2. ed. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TROPER, Michel, e GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MacCORMICK, Neil, e SUMMERS, Robert (org.). **Interpreting Precedents – A Comparative Study**. Aldershot, Ashgate, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TOUFFAIT, Adolphe. Conclusions d'un praticièn. In: **La Cour Judiciaire Suprême: une Enquête Comparative**. Revue Internationale de Droit Comparé. 1978.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 16. jul.- dez, 2010.

VALENTIM, Oséias Faustino. **O Brasil e o Positivismo**. Rio de Janeiro: Publit, 2010.

VAN CAENEGEM, R. C. **Judges, Legislators and Professors – Chapters in European Legal History**. Cambridge/NovaYork/Melbourne/Madri/Cape Town/São Paulo, Cambridge University Press, 1987.

\_\_\_\_\_, R. C. **The birth of the English law**. 2nd Ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2004.

VIANA, José de Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Senado Federal. Brasília, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva: Iberismo e americanismo no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004

\_\_\_\_\_, Werneck Luiz. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002.

\_\_\_\_\_, Luiz Werneck. **Caminhos e descaminhos da Revolução Passiva à brasileira**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 3, 1996 . Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581996000300004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581996000300004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 16 abr. 2016.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Control de la Calidad de la Ley y Calidad del Control de la Ley. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (Org.). **Perspectivas Constitucionais Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

WAHL, Rainer. **Los últimos cincuenta años de derecho administrativo alemán**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

WAIZBORT, L. (org.) **Dossiê Norbert Elias**. São Paulo: Edusp, 1999.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 893, mar. 2010.

\_\_\_\_\_, Teresa Arruda Alvim. 2009. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo: v. 172, p. 121 et seq. jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER Junior, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Junior, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.



WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo.** Trad. Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WILBERFORCE, Lord. La Chambre des Lords. In: **La Cour Judiciaire Suprême: une Enquête Comparative.** Revue Internationale de Droit Compare Wilberforce, 1978.

WOLF, Paul. Verfassungsgebund und verfassung. In: BRIESEMEISTER, D.; KOHLHEPP, G.; MERTIN, R. G.; SANGMEISTER, H.; SCHRADER, A. (coord). **Brasilien heute.** Dietrich Briesemeister u.a.. Frankfurt: Bibliotheca Ibero-Americana, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución.** Trad. Carbonell, Miguel. México, Minima Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Trad. Marina Gascón. 10. ed. Madrid, Trotta, 2011.

ZANETI JR, Hermes. **A constitucionalização do processo.** O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed., rev. ampl. e alter. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes.** O modelo garantista (MG) e redução de discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_, Hermes. **Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil:** universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. Revista de Processo, v. 235/2014, Set., p.293-349, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZWEIGERT, Konrad, e KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. 3. ed.  
Trad. Tony Weir. Oxford Clarendon, 1998.