

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, PRECEDENTES E A APLICAÇÃO DE  
DECISÕES VINCULANTES NO BRASIL E NO MUNDO**

**ALEX LUCIANO VALADARES DE ALMEIDA**

**Belo Horizonte**

**2007**

**ALEX LUCIANO VALADARES DE ALMEIDA**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, PRECEDENTES E A APLICAÇÃO DE  
DECISÕES VINCULANTES NO BRASIL E NO MUNDO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Professor Doutor José Adércio Leite Sampaio

**Belo Horizonte**

**2007**

FICHA CATALOGRÁFICA  
Elaborada pela Biblioteca da  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A477j Almeida, Alex Luciano Valadares de  
Jurisdição constitucional : precedentes e a aplicação de decisões  
vinculantes no Brasil e no mundo / Alex Luciano Valadares de Almeida. –  
Belo Horizonte, 2007.  
97f.

Orientador : Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio  
Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas  
Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.  
Bibliografia.

1. Direito constitucional. 2. Jurisdição. 3. Precedentes judiciais. 4.  
Direito comum. I. Sampaio, José Adércio Leite. II. Pontifícia  
Universidade Católica de Minas Gerais. Faculdade Mineira de Direito. III.  
Título.

CDU: 342.4

Bibliotecária: Waney Alves Reis Medeiros – CRB 6/2223

Alex Luciano Valadares de Almeida

Jurisdição constitucional, precedentes e a aplicação de decisões vinculantes no Brasil e no mundo.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, 2007.

Dissertação defendida e aprovada, com a média final \_\_\_\_\_, em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, pela Banca Examinadora constituída pelos Professores:

---

Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio (Orientador) – PUC Minas

---

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria – PUC Minas

---

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm – UERJ

---

Prof. Dr. Suplente

**Aos meus pais,** que tantas oportunidades me fizeram enxergar.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço:

a Deus pela existência;

aos meus pais pela orientação de vida;

aos meus irmãos pelas companhias;

aos meus amigos pela tradicional alegria;

aos colegas pelo sofrimento e crescimento;

Também agradeço:

a todos aqueles que me ajudaram, pela ajuda;

a todos aqueles que me perturbaram, pela ajuda que hoje sou capaz de perceber.

À partir do século XVI  
Os verbos ter e haver esvaziaram-se de sentido  
Para se tornarem exclusivamente auxiliares  
E os participios passados  
Adquirindo em conseqüência um sentido ativo  
Imobilizaram-se para sempre em sua forma indeclinável.

*“Vinícius de Moraes”*

## RESUMO

Esta pesquisa teve por objetivo desenvolver um percuciente estudo acerca da aplicação dos precedentes vinculantes no Brasil, sob a ótica da jurisdição constitucional. É fato notório que a doutrina brasileira há muito vêm discutindo a legitimidade da implementação de efeitos vinculantes ou súmulas vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal. Contudo, após a incorporação do precedente obrigatório no Brasil, se torna necessário alterar a abordagem para que os estudos abordem a forma com que os precedentes serão aplicados. É com esta visão que o presente trabalho busca investigar a problemática que permeia a aplicação dos precedentes constitucionais, buscando-se fazer uma aclimatação entre a madura teoria dos precedentes no *common law* e a incipiente teoria dos precedentes no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedente; *common law*; *stare decisis*; Jurisdição Constitucional; Precedente vinculante.

## **ABSTRACT**

This research had the objective of develop a deep study concerning the application of the binding precedents in Brazil, under the optics of the constitutional jurisdiction. It is a well-known fact that the brazilian doctrine has dedicated long terms arguing the legitimacy of the implementation of binding effect or binding rules to the decisions of the Federal Supreme Court. However, after the incorporation of the binding precedent in Brazil, it becomes necessary to change the point of view so that the studies approach to the form that the precedents will be applied. According to this view, the present work intends to investigate the problematics that concerns the application of the constitutional precedents, trying to make an acclimatization between the mature theory of the precedents in common law and the incipient theory of the precedents in Brazil.

**KEY-WORDS:** Precedent; common law; stare decisis; Constitutional Jurisdiction; Binding Precedent.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
CAPÍTULO I – O PROBLEMA .....	13
CAPÍTULO II – OS FUNDAMENTOS PELA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO .....	30
1. O que é Constituição? .....	30
1.1. Constituição grega? .....	33
1.2. A idade média e o direito .....	34
1.3. Constitucionalismo moderno e supremacia da Constituição .....	36
2. A Constituição como símbolo .....	42
3. O caráter dos princípios nas Constituições pós-positivistas .....	43
4. Diferentes leituras da Constituição .....	45
CAPÍTULO III – A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DA IGUALDADE NA APLICAÇÃO DA LEI .....	49
1. Os órgãos que fazem o controle .....	50
2. A forma como é feito o controle .....	54
3. O efeito dos pronunciamentos de inconstitucionalidade .....	56
4. O Brasil: suas influências. um sistema complexo .....	58
5. Os precedentes vinculantes e o Brasil .....	61
CAPÍTULO IV – A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS .....	63
1. Uma advertência necessária .....	63
2. Outra advertência impositiva: entendendo a natureza do outro .....	66
3. Decisão judicial e precedente judicial .....	67
4. Precedente com efeito persuasivo e coercitivo .....	69
5. Precedentes de natureza declaratória e constitutiva .....	69
6. Circunstâncias fáticas e teses jurídicas .....	70
7. <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> .....	71
8. Como se determina a <i>ratio decidendi</i> ? .....	73
9. Separando os fatos .....	76
10. Quem é responsável por determinar a <i>ratio decidendi</i> ? .....	82
11. <i>Overruling</i> , <i>reversal</i> e <i>distinguishing</i> .....	83
12. Precedente/jurisprudência: fonte do direito? .....	84
REFERÊNCIAS .....	87

## INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por objetivo abordar a problemática da aplicação dos precedentes constitucionais vinculantes no Brasil que, através da jurisdição constitucional, podem ser eficazes instrumentos na garantia dos direitos fundamentais.

A questão é controvertida e atual, pois visa propiciar a compreensão acerca de como a jurisdição constitucional pode contribuir para que os precedentes obrigatórios se tornem meios de garantia da igualdade na aplicação da lei. A administração da justiça é atingida pelo estudo dos precedentes vinculantes, uma vez que sua adoção altera a própria estrutura da distribuição da justiça no Brasil.

Não se pretende esgotar nenhuma questão relativa ao tema. O que se pretende é expor de forma analítica esta matéria, apresentando as teorias que serviram de base para a incorporação do efeito vinculante em solo pátrio, analisando a forma de aplicação dos precedentes obrigatórios com seus méritos e fraquezas inerentes.

O trabalho tem início com um breve panorama sobre a adoção do efeito vinculante e da súmula vinculante, discussão que se inseriu com maior furor no panorama da reforma do poder judiciário, cuja proposta foi responder à crise vivida por este Poder do Estado. A discussão brasileira sobre o tema é passada em revista, retratando-se os principais autores que trataram a questão, tanto aqueles que a defendem como os que a repudiam. Também é considerado o posicionamento voltado para a sua compreensão, independentemente de juízos de valor ou adequação.

Na seqüência, a abordagem sobre a teoria da constituição se faz obrigatória, com referências históricas do controle de constitucionalidade. Neste ponto são vislumbradas experiências gregas e medievais até se chegar à moderna idéia de Supremacia da Constituição. Na seqüência, será abordado o papel dos

princípios na ordem constitucional, sob um prisma pós-positivista, assim como as diferentes abordagens teóricas pelas quais se pode ler a Constituição.

Os sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis serão estudados sob uma abordagem estrutural comparativa entre os modelos norte-americano e europeu, para que uma melhor compreensão sobre o papel dos efeitos dos pronunciamentos vinculantes seja traçado. É neste ponto que se faz oportuna a abordagem da jurisdição constitucional como um meio adequado para a garantia da igualdade perante a lei.

Somente então serão alcançados os aspectos relativos à teoria dos precedentes, cuja abordagem ditará o presente trabalho. É justamente na aplicação dos precedentes constitucionais que se encontra o cerne da presente pesquisa, que buscará fazer uma aclimação entre a madura teoria dos precedentes no *common law* e a incipiente teoria dos precedentes no Brasil.

A redação deste trabalho, fruto de percuciente investigação comparativa, armazena a enorme importância de propiciar a compreensão necessária acerca das facetas que permeiam o tema, de acordo com o que estabelecem as experiências mundiais, a fim de subsidiar meios para a formulação de uma teoria brasileira dos precedentes constitucionais vinculantes.

## CAPÍTULO I – O PROBLEMA

Há algumas décadas<sup>1</sup> a doutrina brasileira encontra-se preocupada com a crise da administração da justiça no país<sup>2</sup>. Muito tem sido debatido acerca dos problemas na prestação jurisdicional, surgindo as mais variadas propostas e temas. Embora a discussão seja extremamente rica, com posicionamentos os mais diversos possíveis, é certo que a temática está sempre orbitando dois pólos elementares do mesmo problema: a celeridade processual e a justiça das decisões<sup>3</sup>.

É certo que não se tratam de questões simples de serem solucionadas. Ao invés, sua complexidade tem demonstrado como o debate é fundamental para a evolução da administração da justiça.

Dentre as diversas propostas, a que mais nos interessa para a presente análise é aquela relativa à implementação da jurisprudência vinculante. A questão tem dividido a comunidade jurídica, que se prostrou cindida entre aqueles que - com maior ou menor grau ideológico - defendem ou afastam a sua adequação ao nosso sistema jurídico. Conforme já constatado, “a quantidade de manifestações sobre o tema impressiona pelo número e pela diversidade de posições”<sup>4</sup>, de forma que se faz necessário analisar, mesmo de forma esboçada, a visão doutrinária sobre o tema.

É importante, no entanto, estabelecer uma distinção que muitas vezes não se faz clara na doutrina. Quando tratamos de *jurisprudência vinculante*, estamos

---

<sup>1</sup> Cármen Lúcia Antunes Rocha nos lembra que a chamada “crise do judiciário” não é novidade, apontando que desde a década de quarenta do século passado já existe referência contundente em relação ao problema e que há mais de 120 anos o Poder Judiciário tem sido considerado inadequado no que tange à prestação jurisdicional. *In: Sobre a súmula vinculante. Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997. p. 52.

<sup>2</sup> Carlos Mário da Silva Velloso defende que a crise da administração da justiça não passa de uma vertente daquela que atinge as instituições brasileiras em geral, perpassando o Executivo e o Legislativo, afirmando que a crise do judiciário é menor do que se apregoa. Neste sentido, ver: Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas. *Cidadania e Justiça*, v. 2, n. 4, 1º semestre 1998. Sob a mesma rubrica, este artigo foi também publicado pelo Senado Federal *In: Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, abr./jun. 1998; e também pela Renovar *In: Revista de Direito Administrativo*, n. 212, abr./jun. 1998.

<sup>3</sup> Independentemente do modelo de administração de justiça defendido pelos autores, é quase unanimidade entre eles que a celeridade processual deve ser priorizada. Quanto à concepção de justiça por eles adotada, percebemos influências variadas, de ordem liberal, pragmática, republicanista, dentre outras, capazes de influenciar os escritos e pensamentos de cada um deles.

<sup>4</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. *Revista de Processo*, a. 30 n. 120, fev. 2005. p. 112.

relacionando o gênero, capaz de comportar duas espécies que, a despeito de se mostrarem similares, possuem natureza jurídica estritamente diferente e aplicação diversa no campo do direito. Estas espécies são as *decisões vinculantes*, cuja obrigatoriedade se dá através da análise da decisão como um todo, e as *súmulas vinculantes*, cuja obrigatoriedade decorre de um enunciado lingüístico que sintetiza o entendimento de determinado Tribunal. Posteriormente será trabalhada essa distinção com maior percuciência<sup>5</sup>.

José de Moura Rocha, já na década de 70, chamava nossa atenção para a necessidade de perquirir a natureza jurídica da súmula, pois “com todas as implicações que o tema sugere, é natural que a Súmula seja merecedora de tratamento, não digo especial, mas de cuidadosa atenção”<sup>6</sup>. Afinal, sustenta o autor, a despeito de não possuírem força vinculativa como pretendeu Alfredo Buzaid, não se pode negar sua importância na atuação dos operadores do Direito. Ainda no final da década de sessenta Roberto Rosas, diante da novidade da recém criada Súmula da Jurisprudência Dominante no Supremo Tribunal Federal, asseverou: “sem dúvida é justa a observação de que a Súmula ficará entre a rigidez dos Assentos da Casa da Suplicação e a inoperância dos prejudgados”<sup>7</sup>.

Em palestra proferida no XI Congresso Brasileiro de Magistrados, ainda nos idos de 1990, Carlos Mário da Silva Velloso traçou um diagnóstico da crise vivida pelo judiciário brasileiro, focando na lentidão da justiça, com ênfase na insuficiência do número de juízes no Brasil, na forma inadequada com que são recrutados, e na falta de aparelhamento administrativo com que contam os julgadores de primeiro grau<sup>8</sup>. Poucos anos mais tarde consolida suas propostas de solução, defendendo a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões do

---

<sup>5</sup> Apesar de ser trabalhada com maior afinco posteriormente, a presente distinção se faz necessária nesse momento para demonstrar como a doutrina tem trabalhado o tema. Afinal, apesar do rigor teórico de muitos, como será visto abaixo, há alguns que deixam de se importar com a terminologia ou a correção teórica, o que compromete a própria compreensão sobre o assunto. Portanto, a advertência se faz necessária.

<sup>6</sup> ROCHA, José de Moura. A importância da súmula. *Revista Forense*, a. 73, v. 257, jan./mar. 1977.

<sup>7</sup> ROSAS, Roberto. Do assento e do prejudgado à súmula do S.T.F. *Revista dos Tribunais*, a. 58, v. 404, jun. 1969.

<sup>8</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Problemas e soluções na prestação da justiça. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. 1997. p. 59-90.

Supremo Tribunal Federal, inclusive estendendo este efeito para a súmula da jurisprudência dominante da Corte<sup>9</sup>.

Na mesma esteira, Sálvio de Figueiredo Teixeira procura apontar estatísticas de julgados nos Tribunais Superiores a fim de embasar seu ponto de vista sobre o tema<sup>10</sup>, reputando a alta concentração de causas repetitivas<sup>11</sup>, sobretudo na justiça federal, como responsável pela morosidade nas demandas judiciais. Assim, com uma nítida preocupação de ordem pragmática, conclui pela adequabilidade da súmula vinculante à realidade brasileira.

Ellen Gracie Northfleet, então vice-presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, comentando artigo publicado no Estadão de 15.04.1996<sup>12</sup> pelos professores Arnoldo Wald e Ives Gandra da Silva Martins, esposa sua convicção sobre a questão do efeito vinculante. Ao defender a solução proposta, adverte que a aplicação de precedentes judiciais obrigatórios não pode ser confundida com uma repetição acrítica de julgamentos anteriores<sup>13</sup>.

Também defensor do efeito vinculante, Fernando da Costa Tourinho Neto considera que o juiz atônito encontra-se como “um mero burocrata, nada resolvendo, um impotente”<sup>14</sup> diante da profusão de causas repetitivas que nada trazem de novo pois tratam de questões fartamente discutidas e decididas.

Ivan Lira de Carvalho, magistrado federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, defensor da força vinculante dos precedentes e da súmula vinculante, adverte que os diversos atores consideram a situação do judiciário como insuportável: “Os magistrados reclamam, os advogados lamentam e o povo grita”<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas. *Cidadania e Justiça*, v. 2, n. 4, 1º semestre 1998.

<sup>10</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. 1999. p. 194.

<sup>11</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. 1999. p. 209.

<sup>12</sup> NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 131, jul./set. 1996.

<sup>13</sup> NORTHFLEET, Ellen Gracie. Efeito vinculante. *Síntese Trabalhista*, a. 7, n. 84, jun. 1996.

<sup>14</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 128, out./dez. 1995. p. 186.

<sup>15</sup> CARVALHO, Ivan Lira de. Decisões vinculantes. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 134, abr./jun. 1997. Sob a mesma rubrica, este artigo foi também publicado pela RT *In: Revista dos Tribunais*, v. 745, nov. 1997.

A despeito de sempre ter declarado sua convicção contrária à idéia de criação de uma súmula vinculante autoritária, Antônio de Souza Prudente reconheceu a legitimidade do instituto incluído através da EC n. 45/2004, na medida em que – nos termos em que foi formulada – privilegia o debate difuso e afasta a “arrogância de uma aplicação autoritária do direito”<sup>16</sup>. Afinal, sustenta o autor, para que seja editada uma súmula com efeito vinculante haverá a necessidade prévia de que seja desenvolvida uma ampla discussão no controle difuso até que a matéria chegue ao Supremo Tribunal Federal, já amadurecida nas instâncias originárias. Somente então caberá ao Excelso Pretório proferir decisão capaz de garantir a segurança jurídica almejada pelos jurisdicionados e, portanto, possa exercer seu mister de guardião da Constituição.

José Delgado defende a cristalização do sistema vinculante das decisões judiciais, afirmando que sua instituição é justificada em razão do respeito ao cidadão<sup>17</sup>. Após reconhecer que em tempos pretéritos advogou posicionamento contrário ao tema, reorganiza sua visão afirmando, de forma clara, que somente fortalecendo a crença nos princípios democráticos e a credibilidade do administrado no sistema jurídico é que se poderá respeitar o direito dos cidadãos. Para tanto, também utiliza argumento estatístico a fim de demonstrar que mais de 80% dos casos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça provêm de recursos procrastinatórios aviados pela administração pública em casos repetitivos e já amadurecidos pela jurisprudência.

Dando o testemunho dos trabalhos realizados na seção do Supremo Tribunal Federal de 13 de dezembro de 1963, quando foi publicada oficialmente a primeira edição da súmula da jurisprudência predominante da Corte, Evandro Lins e Silva lembra que o temor do então ministro Hahnemann Guimarães em relação à estagnação da jurisprudência acabou por não ocorrer<sup>18</sup>. Defendendo que o efeito vinculante das decisões somente merece ser aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, o autor repudia sua extensão aos demais Tribunais Superiores.

---

<sup>16</sup> PRUDENTE, Antônio de Souza. A súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. *Revista CEJ*, n. 31, out./dez. 2005.

<sup>17</sup> DELGADO, José Augusto. A súmula vinculante e a administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 14, n. 6, jun. 1998.

<sup>18</sup> SILVA, Evandro Lins e. A questão do efeito vinculante. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. 25, n. 61, jul./dez. 1995. Sob a mesma rubrica, este artigo foi também publicado pela RT *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 4, n. 13, jan./mar. 1996.

Dínio de Santis Garcia relembra que os Tribunais superiores possuem papel secundário no que diz respeito a atender aos interesses das partes, solucionando novamente o litígio, pois não deveriam ser uma terceira instância recursal. Deveriam, na verdade, velar pela boa aplicação das normas e assegurar a unidade da jurisprudência<sup>19</sup>. É assim que sustenta a necessidade de limitação da quantidade de casos a serem levados ao Supremo Tribunal Federal, sugerindo que seja adotado modelo semelhante àquele da Suprema Corte dos Estados Unidos, em que esta possui a faculdade de escolher os casos que irá apreciar. No tocante aos precedentes e ao efeito vinculante, ressalta que há necessidade de distinguir entre os pontos relevantes e os aspectos marginais da decisão.

Com o *slogan* “sumular é preciso!”<sup>20</sup>, Roberto Luis Luchi Demo trava uma verdadeira cruzada em defesa da súmula da jurisprudência dominante, tal qual criada por Victor Nunes Leal. Defendendo que o acatamento da súmula demonstra “humildade e grandeza intelectual”<sup>21</sup>, o autor reconhece o acerto da filosofia imbuída na concepção de súmula, pois evita a repetição a cada novo julgamento. Considera, ainda, que a súmula não cria e, conseqüentemente, não é fonte do direito. Sua importância é evitar a “anarquia jurisprudencial”<sup>22</sup>, na medida em que potencializa os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Em conferência apresentada perante as III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, Cândido Rangel Dinamarco traça um perfil da realidade judiciária no país, reconhecendo o momento difícil pelo qual está passando<sup>23</sup>. Asseverando que o principal inimigo é o Estado, responsável pelas causas repetitivas que entopem<sup>24</sup> o judiciário, Dinamarco lembra que por mais que o Supremo Tribunal Federal pronuncie a inconstitucionalidade de determinada exação fiscal da União,

---

<sup>19</sup> GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, a. 85, n. 734, dez. 1996.

<sup>20</sup> DEMO, Roberto Luis Luchi. O resgate da súmula pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista CEJ*, n. 24, jan./mar. 2004. Sob a mesma rubrica, este artigo foi também publicado pela editora Notadez In: *Revista Jurídica*, a. 51, n. 314, dez. 2003; e pela *Ajuris* In: *Revista da Ajuris*, a. 31, n. 93, mar. 2004.

<sup>21</sup> DEMO, Roberto Luis Luchi. O resgate da súmula pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista CEJ*, n. 24, jan./mar. 2004. p.83

<sup>22</sup> DEMO, Roberto Luis Luchi. O resgate da súmula pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista CEJ*, n. 24, jan./mar. 2004. p.84

<sup>23</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, a. 25, n. 100, out./dez. 2000. Sob a rubrica “Súmulas vinculantes”, este artigo foi também publicado pela Forense In: *Revista Forense*, a. 95, v. 347, jul./set. 1999.

<sup>24</sup> Cf. O supremo entupiu, adverte Pertence. *Folha de São Paulo*. 11.09.1994, Caderno Especial. p. 10.

p.ex., ela continua a exigir, demandar, resistir, recorrer, até última instância, desenvolvendo uma patente cultura do litígio. O autor continua, lembrando os diversos esforços engendrados para trazer coerência às decisões judiciais: “eu, particularmente, estava muito impressionado com as centenas de causas iguais e tratadas muitas vezes por modos diversos, envolvendo servidores públicos estaduais”<sup>25</sup>. É nesse contexto que defende a valorização da jurisprudência, lembrando que a adoção da súmula vinculante é fruto de uma caminhada histórica, iniciada há mais de 36 anos, e não um salto inconstante. Conclui o referido autor que há necessidade de se ter coragem e cuidado para transpor os obstáculos presentes sem, contudo, nos curvamos aos “ingênuos preconceitos radicalizadores que vêm inquinando a discussão do tema”<sup>26</sup>.

O magistrado federal Roy Reis Friede, a despeito de não se posicionar firmemente sobre a legitimidade ou não do efeito vinculante das decisões, afasta a necessidade de instituição de súmulas obrigatórias, pois lembra que o efeito vinculante já existente nas Ações Diretas de Constitucionalidade - somado à ampla gama de legitimados a propô-la. Esse instituto, considera, é capaz de resolver o problema das causas repetitivas<sup>27</sup>. Aduz o autor que é desnecessário criar novo instrumento para solucionar a questão, posto que já existe medida eficaz, mas que é mal utilizada. Segundo ele seria melhor aprimorar a forma com que a ADC é manejada ao invés de criar uma nova figura jurídica, que julga ser redundante.

Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci, em monografia cujo objeto se restringiu a analisar a proposta de criação da súmula vinculante, aborda os principais argumentos da doutrina, tanto favoráveis como contrários à sua adoção<sup>28</sup>. Perpassa desde o desafogamento do Judiciário, a necessidade de uniformização e o fim de decisões conflitantes, o acesso à justiça, a criatividade judicial, até a supremacia do Poder Judiciário em relação aos outros poderes. Conclui a autora que há necessidade de cautela, afirmando que talvez possa ser uma saída para o

---

<sup>25</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, a. 25, n. 100, out./dez. 2000. p.171

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, a. 25, n. 100, out./dez. 2000. p.185

<sup>27</sup> FRIEDE, Roy Reis. Súmula vinculante: desnecessidade e redundância. *Justitia*, a. 58, n. 175, jul./set. 1996. Sob a mesma rubrica, este artigo foi também publicado pela Justiça Federal In: *Revista de Jurisprudência da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 4, set. 1997.

<sup>28</sup> ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. Súmula vinculante: será este o caminho? *Revista dos Tribunais*, a. 90, n. 787, maio 2001.

problema. Contudo, deve-se adequar a proposta às necessidades do direito contemporâneo.

Marco Antônio de Barros considera que a implementação do efeito vinculante é medida absolutamente necessária para a prestação jurisdicional no final do séc. XX, para as próprias partes, vez que minimiza a lentidão e o alto custo jurisdicional, além de trazer como novidade a preocupação com a imagem do Poder Judiciário, que, considera, restaria deveras impulsionada<sup>29</sup>.

Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo entende que a súmula, de fato, sempre foi aplicada pelos tribunais com certo caráter hierárquico. Porém, manifesta que uma grande vantagem da súmula vinculante é impedir “o demandismo que sobrecarrega os juízes e tribunais com causas e recursos, absolutamente repetitivos, com graves prejuízos econômicos, financeiros e também prejuízos do prestígio do Direito e do Poder Judiciário”<sup>30</sup>.

Diomar Bezerra Lima sustenta que a oposição à vinculação jurisprudencial no Brasil não possui argumentos sólidos<sup>31</sup>. Para ele, o perigo daquilo que chama de livre arbítrio judicial é patente e a possibilidade de soluções contraditórias não pode prosperar, sendo que as súmulas com efeito vinculante assumem o papel de estabilidade e coerência do sistema. O autor tenta buscar em Kelsen o substrato teórico para justificar a força obrigatória de precedentes vinculantes. Contudo, escorrega ao culpar os juízes que decidem com fundamento contrário à jurisprudência sedimentada dos tribunais, imputando-lhes a responsabilidade pela mora jurisdicional. Ocorre que o autor fornece apenas o argumento de autoridade para justificar a adoção dos precedentes vinculantes, como se o juiz de primeiro grau fosse o rebelde, o grande vilão, na estrutura judicial.

Nelson Oscar de Souza, ao defender a adoção da súmula vinculante, baseia sua argumentação na realidade impositiva dos tribunais e juízos de primeiro

---

<sup>29</sup> BARROS, Marco Antônio de. Anotações sobre o efeito vinculante. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 735, jan. 1997.

<sup>30</sup> ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. Súmula vinculante. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 47, jul./dez. 2005. p. 95.

<sup>31</sup> LIMA, Diomar Bezerra. Súmula vinculante: uma necessidade. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 5, mai./jun. 2000.

grau, considerando que a medida trazida pela EC n. 45/2004 ensejará um alívio e desafogo também para os julgadores de primeira instância<sup>32</sup>.

Álvaro Melo Filho analisa o papel das súmulas no direito brasileiro<sup>33</sup>, passando em revista aquelas editadas pelo poder judiciário, notadamente através do Supremo Tribunal Federal, do antigo Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal Militar. Analisa também, de forma breve, as súmulas vinculadas ao Poder Legislativo, editadas pelo Tribunal de Contas da União. Por fim, tece breves comentários sobre aquelas editadas pelo Poder Executivo, traçando um paralelo com os pareceres normativos e diretrizes que podem vincular a administração. Conclui o autor que é da própria dinâmica e mutação da realidade que decorre a divergência de interpretações pelos juristas, o que denota a importância da uniformização de jurisprudência através das súmulas. Mais tarde, já preocupado com o efeito vinculativo das súmulas, elabora um artigo que elenca de forma sucinta e comparativa os principais argumentos a favor e contra sua adoção<sup>34</sup>, que na sua visão se resumem a trinta e três para cada lado.

Profícuo defensor do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, Saulo Ramos apresentou suas razões no XIV Congresso Brasileiro de Magistrados. Segundo o autor, não é a morosidade nem o acúmulo de processos repetitivos que motiva a problemática do efeito vinculante, mas o direito em si mesmo e as lesões há muito suportadas pelos jurisdicionados. Afirma que o problema está vinculado à própria concepção brasileira de controle de constitucionalidade. Denuncia que

não temos nada para impedir a prática da ilegalidade através de decisões concentradas, circunstância que fez deste país o paraíso dos economistas e dos burocratas, grandes legisladores por portarias, fator que multiplica ao infinito as lesões individuais e os conseqüentes pedidos de socorro ao Judiciário.

[...]

Nem os burocratas se comovem com aqueles julgamentos, sobretudo os pronunciados pela Corte Constitucional. Ao contrário: cometem conscientemente várias inconstitucionalidades, estimuladas pelo cálculo

---

<sup>32</sup> SOUZA, Nelson Oscar de. Súmula vinculante: preconceito e realidade. *Revista da Ajuris*, a. 32, n. 99, set. 2005.

<sup>33</sup> MELO FILHO, Álvaro de. Direito sumular brasileiro. *Revista Forense*, a. 81, n. 289, jan./mar. 1985.

<sup>34</sup> MELO FILHO, Álvaro de. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Revista de Processo*, a. 22, n. 87, jul. 1997.

cinicamente contábil sobre quantos cidadãos lesados recorrerão ao Judiciário e quantos deixarão de recorrer<sup>35</sup>

A afirmação é enfática, direta e sobretudo desconfortável: “nosso belo sistema de controle de constitucionalidade passa a ser uma arrematada inutilidade para o povo”<sup>36</sup>, pois “contra esses pobres cidadãos, a inconstitucionalidade transitou em julgado”<sup>37</sup>. É com essa visão que o autor demonstra que somente os mais afortunados e o poder público têm condições de travar batalhas até os Tribunais Superiores. E, conclui, ao restante dos jurisdicionados, que compõem a grande maioria, resta se conformar e tentar entender como seu direito não foi reconhecido mesmo já tendo o STF pronunciado a inconstitucionalidade da norma que o juiz lhe aplicou. Assim, o autor defende o efeito vinculante das súmulas em casos constitucionais, dentro dos limites travados na própria Constituição.

Carla Mendonça Dias Alves da Silva reconhece que o debate sobre o efeito vinculante é importante, mas lembra que a sua implantação não possui a novidade que alguns autores lhe imprimem, pois já existe no ordenamento jurídico a obrigatoriedade de seguimento das orientações jurisprudenciais<sup>38</sup>. Cita as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, em sede de ADC e de ADI, respectivamente, que já possuem efeito vinculante. Ademais, entende que a observância da interpretação fixada pelos Tribunais Superiores existe efetivamente na prática forense, e que, portanto, “limitar-se-á, tão somente, a constitucionalizar uma prática já consagrada por normas infraconstitucionais e de farta e reiterada utilização jurisprudencial”<sup>39</sup>. No mesmo sentido, Paulo Napoleão Nogueira da Silva entende que a discussão sobre a súmula vinculante parece “chover no molhado: concretamente, é quase inglório pleitear

---

<sup>35</sup> RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. 4, n. 16, jul./set. 1996. p. 25.

<sup>36</sup> RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. 4, n. 16, jul./set. 1996. p. 29.

<sup>37</sup> RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. 4, n. 16, jul./set. 1996. p. 28.

<sup>38</sup> SILVA, Carla Mendonça Dias Alves da. Efeito vinculantes das decisões dos Tribunais Superiores: uma realidade. *Revista de Processo*, a. 29, n. 115, mai./jun. 2004.

<sup>39</sup> SILVA, Carla Mendonça Dias Alves da. Efeito vinculantes das decisões dos Tribunais Superiores: uma realidade. *Revista de Processo*, a. 29, n. 115, mai./jun. 2004. p. 176.

contra um verbete da Súmula do Supremo Tribunal Federal, embora esta não tenha caráter vinculatório”<sup>40</sup>.

Em trabalho apresentado ao 17 IVR World Congress, Carlos Aurélio Mota de Souza defende a unidade do Poder Judiciário, na medida em que deve ser superado o individualismo nos julgamentos para dar lugar a uma coerência jurisprudencial<sup>41</sup>. Somente através de uma jurisprudência aberta, defende o autor, poderá se chegar ao almejado grau de segurança jurídica pretendido pela sociedade.

Com visão oposta, Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>42</sup>, então pertencente aos quadros da advocacia pública mineira, teceu severas críticas ao projeto de introdução da súmula vinculante nos moldes propostos originariamente pela PEC n. 96/92, considerando que se romperia com a tradição constitucional republicana brasileira. Ressalta, contudo, que há uma diferença original entre a súmula vinculante e o efeito vinculante, como no caso das decisões proferidas em Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Nestas últimas, não se pode confundir, não há óbices à sua regular aplicação. Entende a jurista mineira que, da forma como originariamente proposta, o mais grave é que as súmulas a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal, autoridade máxima no julgamento de questões constitucionais, terão, na verdade, força de norma constitucional.

Com argumentos próprios, buscando na filosofia da linguagem a justificação da hermenêutica pós-positivista que empresta sentido para suas conclusões, o então Prof. titular da USP, Eros Grau, considera como totalitarismo, sem amparo na razão, a PEC n. 54/95, na medida em que atribui ao Supremo Tribunal Federal poder para “escolher” quais decisões terão efeito vinculante<sup>43</sup>. O autor faz questão de frisar que o seu posicionamento limita-se à possibilidade de “escolha”, como previsto na referida proposta de emenda à Constituição, e que não

---

<sup>40</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Súmula vinculante. *LEX: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, a. 24, n. 283, jul. 2002.

<sup>41</sup> SILVA, Carlos Aurélio Mota da. Direito judicial, jurisprudencial e sumular. *Revista de Processo*, a. 20, n. 80, out./dez. 1995.

<sup>42</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997.

<sup>43</sup> GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante”. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 16, 1996.

pode ser confundido com o efeito vinculante proveniente das decisões proferidas em ADI e ADC, que possuem natureza jurídica própria.

Ingo Sarlet proclama uma “cruzada contra a introdução do efeito vinculante”<sup>44</sup>, a fim de se preservar a abertura do processo de interpretação jurídico-constitucional. Concentra-se o autor na defesa do controle difuso de constitucionalidade e ressalta a importância para a democracia brasileira que cada magistrado possa continuar a exercer seu papel de juiz constitucional.

Vicente de Paula Maciel Júnior afirma que o principal papel dos precedentes obrigatórios em países de *common law* é a estabilização de seu sistema jurídico, de forma que em países de *civil law* essa função é exercida pela lei<sup>45</sup>. Partindo dessa premissa, conclui que empregar efeito vinculante à súmula causaria uma colisão entre a proposta e o ordenamento jurídico brasileiro, defendendo que seria mais adequado reforçar o sistema federativo que travar a jurisprudência.

De forma ligeira e deveras objetiva, Maria Isabel Pereira da Costa adverte quanto ao perigo de adotar o efeito vinculante da súmula dos tribunais<sup>46</sup>. Utiliza como exemplo um caso concreto, que se viu obrigada a julgar como magistrada, relativo a fatos determinados envolvendo direito de sucessão de um filho adotivo. Desconsidera a autora, contudo, a possibilidade de o juiz realizar a distinção entre o caso que está sob análise e aquele cujo precedente possui força obrigatória, como será analisado mais detidamente no curso deste trabalho.

Valter Ferreira Xavier Filho, desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, tece severas críticas ao efeito vinculante de súmulas dos Tribunais Superiores. Sustenta que o que deveria motivar os juízes a seguir as decisões do Supremo Tribunal Federal seria o brilhantismo de suas decisões, e não

---

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Efeito vinculante e deforma do judiciário. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, 2002. p. 23.

<sup>45</sup> MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. O efeito vinculativo das súmulas e enunciados. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 34, n. 34, 1994.

<sup>46</sup> COSTA, Maria Isabel Pereira da. A súmula vinculante e a justiça no caso concreto. *Revista da Ajuris*, n. 65, nov. 1995.

a força coativa de precedentes; “renda-se o juiz à força das razões invocadas, mas não se renda às razões da força”<sup>47</sup>.

Luis Carlos Alcoforado, em palestra proferida no III Fórum Jurídico de Instituições Financeiras, é duro ao criticar a proposta de imprimir efeito vinculante às decisões dos Tribunais<sup>48</sup>. O autor entende que a crise do Poder Judiciário vai muito além da simples divergência jurisprudencial, apontando que o constituinte de 1988 errou ao “prescrever um já envelhecido modelo de Judiciário, sem conceder-lhe instrumentos novos e eficientes”<sup>49</sup>. Aduz que a morosidade da prestação jurisdicional é uma patologia crônica que resulta na falta de crença na Justiça, aponta a ineficiência gerencial e, ainda, a corrupção e o tráfico de influências<sup>50</sup> como problemas a serem também considerados. Conclui o autor que a crise pela qual passa o nosso Judiciário é de identidade, pois ele sempre foi sufocado em momentos de anomalia institucional, muito comuns na história pátria.

Luiz Flávio Gomes entende que o juiz sempre esteve amordaçado na história da magistratura brasileira<sup>51</sup>. Aponta instrumentos mitigadores de sua independência, desde o período colonial, passando pelo império, até chegar à república e aos dias atuais. Após considerar que a súmula vinculante é inconstitucional por violar limites materiais, sugere que a crise do Poder Judiciário está adstrita à liberalidade de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, concluindo que a imposição de filtros mais severos para sua interposição seria o suficiente.

Também entendendo pela inconstitucionalidade das súmulas vinculantes, João Ricardo dos Santos Costa afirma que este instituto “fere de morte os princípios garantidores do Estado Democrático de Direito”<sup>52</sup>. Para o autor, a instituição da súmula será uma forma de desestabilizar as Instituições brasileiras, maculando o

---

<sup>47</sup> XAVIER FILHO, Valter Ferreira. Súmula vinculante: uma passagem para o arbítrio e a prepotência. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, n. 58, set./dez. 1998.

<sup>48</sup> ALCOFORADO, Luis Carlos. Súmula vinculante. *Revista dos Tribunais*, a. 90, v. 783, jan. 2001.

<sup>49</sup> ALCOFORADO, Luis Carlos. Súmula vinculante. *Revista dos Tribunais*, a. 90, v. 783, jan. 2001. p.44

<sup>50</sup> Neste aspecto, o autor cita a Comissão Parlamentar de Inquérito do Judiciário, mas não ousa ir além.

<sup>51</sup> GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 739, maio 1997.

<sup>52</sup> COSTA, João Ricardo dos Santos. Súmulas vinculantes: atentado contra o Estado Democrático de Direito. *Revista da Ajuris*, a. 27, n. 86, jun. 2002.

Estado através de uma mobilização política cujo objetivo maior é enfraquecer os Poderes Legislativo e Judiciário.

Fábio Cardoso Machado<sup>53</sup> denota que a adoção de efeito vinculativo às súmulas da jurisprudência dominante esbarra em objeção de ordem metodológica, na medida em que a superada exegese legalista voltaria a tona com o ressurgimento do suposto folclore da certeza jurídica, expressão máxima da razão iluminista. Aponta ainda o óbice sócio-cultural, em que o agravamento da insegurança jurídica gera uma crise ético-valorativa na sociedade, mas, contudo, que é impossível estabelecer por antecipação o conteúdo das decisões judiciais concretas. Por fim, objeta a ordem político-jurídica, na medida em que a autoridade do precedente restringiria a independência judicial. Com esses argumentos, o autor conclui pela ingenuidade da proposta de vincular a jurisprudência sumulada, nos moldes trazidos pela EC n. 45/2004, que não será capaz de uniformizar a jurisprudência, além de ser suficiente para macular a própria idéia de democracia.

Considerando que os defensores da vinculação jurisprudencial através das súmulas utilizam um argumento retórico e periférico, Cacique de New York lembra que o ato de decidir uma lide é manifestação de poder do Estado<sup>54</sup> e, portanto, merece ser mais bem analisada. Realizando uma comparação da proposta de criação da súmula vinculante com as regras de aplicação de precedentes no sistema de *common law*, conclui que nosso sistema não abarca a técnica própria daquele sistema, e que as decisões vinculantes são sempre autocráticas.

Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, sob a ótica da defesa dos direitos fundamentais, entende ser inadmissível que um cidadão tenha prejuízo aos direitos individuais por vinculação a uma súmula ou decisão vinculante<sup>55</sup>. Considera que é dever do Poder Judiciário sempre examinar, à exaustão, questões que envolvam direitos fundamentais. Não obstante, embora não seja possível vincular o particular, entende que pode a administração pública ser vinculada pelas decisões, a fim de garantir a celeridade processual e a defesa dos cidadãos. Ocorre, porém, que

---

<sup>53</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às súmulas de jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sociocultural e político-jurídica. *Revista da Ajuris*, a. 32, n. 99, set. 2005.

<sup>54</sup> NEW YORK, Cacique. Súmula vinculante. *Revista LTr*, v. 60, n. 10, out. 1996.

<sup>55</sup> OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira. *Revista da Ajuris*, a. 24, n. 71, nov. 1997.

o autor desnivela injustificadamente a administração pública do cidadão, sem denotar motivos capazes de estabelecer tal desnível.

José Roberto Freire Pimenta considera que a vinculação às súmulas não será capaz de resolver os atuais problemas do Poder Judiciário e, ainda, acredita que a adoção de tal instituto será capaz de criar graves distorções<sup>56</sup>. Sustenta que apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal deveriam possuir efeito vinculante, como ocorre em outros países. Entende o autor que, acaso a regra do precedente obrigatório seja estendida aos demais Tribunais Superiores, haveria uma anomalia em nosso sistema, pois transplantaríamos uma característica do *common law* inaplicável entre nós. Conclui lembrando que a solução dos litígios com a conseqüente aplicação do direito não é tarefa nem simples nem mecânica, devendo ser tratada com maior seriedade.

Francisco de Paula Sena Rebouças elaborou estudo dividido em dois universos. Naquilo que nos interessa, ressaltamos suas linhas dedicadas à súmula vinculante que, segundo o autor, materializa o anacronismo da proposta de reforma do Poder Judiciário<sup>57</sup>. Entende que a *súmula vinculadora do atraso*, como ele mesmo a denomina, será capaz de transformar o Judiciário em um “subjudiciário”<sup>58</sup>, gerando uma involução ou atraso histórico, denotando a “atmosfera decadente de um novo e obscuro *Dominato*”<sup>59</sup>.

Bolívar Viégas Peixoto, preocupado especificamente com a aplicação das súmulas na justiça do trabalho, entende ser inadequada a vinculação dos tribunais e juízos inferiores às decisões de instância superior<sup>60</sup>. Considera o autor que a sistemática de uniformização de jurisprudência, através de enunciados persuasivos

---

<sup>56</sup> PIMENTA, José Roberto Freire. Súmulas com efeito vinculante: uma abordagem crítica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, a. 25, n. 54, jul. 1994/jun. 1995.

<sup>57</sup> REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do “controle externo” e da “súmula vinculadora” do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, a. 93, n. 826, ago. 2004.

<sup>58</sup> REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do “controle externo” e da “súmula vinculadora” do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, a. 93, n. 826, ago. 2004. p. 82.

<sup>59</sup> REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do “controle externo” e da “súmula vinculadora” do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, a. 93, n. 826, ago. 2004. p. 82.

<sup>60</sup> PEIXOTO, Bolívar Viégas. O efeito vinculante das súmulas dos tribunais. *Revista LTr*, v. 60, n. 10, out. 1996.

é adequada e não merece ser alterada. Segundo ele, apenas o tribunal que editou a súmula deveria se vincular ao seu conteúdo.

Ricardo Salomão, apesar de reconhecer como positivo o filtro recursal que pode ser atribuído ao efeito vinculante, entende que dois problemas são inevitáveis: o engessamento da jurisprudência e a transmutação do Poder Judiciário em Poder Legislativo<sup>61</sup>. Pretendendo minimizar o primeiro problema, traz curiosa sugestão: que as súmulas tenham definido um “prazo de validade” para que as questões sejam periodicamente rediscutidas.

Ana Maria Goffi Scartezini considera que antes de apreciar o tema súmula vinculante, há necessidade de atacar o princípio do devido processo legal, sobretudo no que diz respeito ao contraditório e à ampla defesa<sup>62</sup>. Para a autora, o novo instituto será capaz de cercear o direito do particular de submeter a lesão sofrida à apreciação do Poder Judiciário, em patente ofensa ao devido processo legal, sem conseguir garantir sequer a celeridade pretendida.

Eduardo Chemale Selistre Peña, na mesma esteira dos que entendem inadequada a vinculação através de súmulas, busca repudiar os argumentos favoráveis à sua adoção<sup>63</sup>. Analisa o combate à morosidade do judiciário, a segurança jurídica e a isonomia, para concluir que o instituto vinculante não será capaz de atingir tais objetivos. Sustenta que seria muito melhor, tanto do ponto de vista da efetividade prática como da legitimidade, que se adotasse a súmula impeditiva de recursos, capaz de criar filtros reais para interposição de recursos aos Tribunais Superiores.

Sílvio Nazareno Costa, a despeito de entender que a súmula vinculante é constitucionalmente formal<sup>64</sup>, aponta severas inconstitucionalidades materiais<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> SALOMÃO, Ricardo. Efeito vinculante: um pró, dois contras – três sugestões. *Revista Jurídica*, a. 46, n. 246, abr. 1998.

<sup>62</sup> SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. A súmula vinculante: o contraditório e a ampla defesa. *Revista de Processo*, a. 30, n. 120, fev. 2005.

<sup>63</sup> SELISTRE PEÑA, Eduardo Chemale. Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos. *Revista de Processo*, a. 30 n. 120, fev. 2005.

<sup>64</sup> COSTA, Sílvio Nazareno da Costa. A constitucionalidade formal da súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, a. 38, n. 153, jan./mar. 2002.

<sup>65</sup> COSTA, Sílvio Nazareno da Costa. A inconstitucionalidade material da súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, a. 39, n. 155, jul./set. 2002.

Eduardo de Avelar Lamy afirma que, justamente pela sua elevada carga ideológico-valorativa, a discussão sobre a súmula vinculante assume uma posição de polêmica muito acentuada, chegando o autor, até mesmo, a comparar sua discussão com o debate sobre temas como aborto, eutanásia ou pena de morte. Afirma também que importantes desdobramentos técnico-dogmáticos são inerentes à adoção do instituto, capaz de alterar inclusive a estrutura político-jurídica brasileira<sup>66</sup>. Afirmando que a súmula vinculante possibilitará a obtenção de melhores resultados práticos aos cidadãos, não se adstringe exclusivamente à um discurso pragmatista. Ao contrário, defende que a súmula vinculante poderá ser um eficaz instrumento de aproximação entre a zetética<sup>67</sup> e a dogmática jurídicas, na medida em que a comunicação entre as diferentes linguagens da ciência jurídica contribuem para que haja “mais conhecimento e fundamentação dogmáticos junto à zetética e maior profundidade crítica junto ao estudo da dogmática”<sup>68</sup>.

Após esse breve panorama sobre a evolução da discussão acerca da aplicação de precedentes vinculantes no Brasil, onde doutrinadores e juristas em geral esposam suas visões relativas à legitimidade de sua adoção, podemos perceber como o tema é capaz de sensibilizar todos os setores envolvidos. Seja a Magistratura, o Ministério Público, a Advocacia ou os jurisdicionados, seja a Administração Pública ou os administrados, todos se debruçaram sobre a questão.

Contudo, o que é importante frisar e precisa ser compreendido o mais rápido possível pelos diversos setores, é que a jurisprudência vinculante se tornou uma realidade no Brasil, seja pelo efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, seja pela sua possibilidade de editar enunciados de

---

<sup>66</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. *Revista de Processo*, a. 30 n. 120, fev. 2005.

<sup>67</sup> A distinção entre *zetética* e *dogmática* é fruto da inteligência do Prof. Theodor Viehweg, que denota que o estudo da ciência do direito pode ser feito, de um lado, através de uma análise desvinculada do direito positivo, cujo objetivo é problematizá-lo e incorporar discussões filosóficas, sociológicas ou abertas, para soluções de problemas gerais, o que representa a zetética, ou de outro lado, através de uma perspectiva dogmática, ou seja, vinculada ao direito positivo e à análise dos problemas sob a ótica da solução de conflitos através das normas jurídicas postas. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2003.

<sup>68</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. *Revista de Processo*, a. 30 n. 120, fev. 2005. p. 117.

súmula vinculante<sup>69</sup>. Portanto, a pergunta mais adequada no presente momento diz respeito à aplicação dos institutos já existentes, como serão manejados e qual será o papel do operador do direito nessa complexa estrutura jurisprudencial, onde a jurisdição constitucional, seja ela difusa ou concentrada, possui uma importância cada vez maior. Afinal, como já foi dito<sup>70</sup>, trata-se de fato consumado. Obviamente, não se propõe o abandono do debate crítico sobre a adoção da vinculação dos precedentes. Mas é importante deixar de lado as paixões favoráveis ou contrárias, típicas do discurso de legitimidade, para nos debruçarmos sobre a melhor operacionalização da jurisprudência vinculante. Não podemos ficar aprisionados à discussão anterior, ampla e democrática como se buscou demonstrar neste capítulo, mas cujo objetivo já logrou seus êxitos de amadurecer as propostas que foram filtradas até a consagração do efeito vinculante dos precedentes constitucionais. Ao contrário, devemos agora ir além e buscar compreender sua aplicação, fornecendo aos aplicadores do direito uma cognição racional e coerente dos novos institutos.

---

<sup>69</sup> Vale lembrar que o efeito vinculante nas decisões em ADC existe no Brasil desde a EC n. 3, de 1993. Em relação à ADI, o efeito vinculante de suas decisões passou a existir a partir da Lei 9868/99. Em 2004, a EC n. 45 alterou a redação constitucional para conferir efeito vinculante tanto à ADI como à ADC, além de possibilitar ao STF que edite súmula com efeito vinculante.

<sup>70</sup> SOUZA, Nelson Oscar de. Súmula vinculante: preconceito e realidade. *Revista da Ajuris*, a. 32, n. 99, set. 2005. p. 191.

## CAPÍTULO II – OS FUNDAMENTOS PELA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

### 1. O que é Constituição?

Para iniciar a análise proposta, melhor afirmação não há senão a deduzida abaixo:

Como sabemos, el Derecho se expresa en un lenguaje natural, aunque tecnificado, por lo que cabe decir que hay dos clases de conceptos: aquellos que se refieren a realidades del mundo, extranormativas, cuyo significado en principio es el propio del lenguaje común; y aquellos otros de carácter técnico que, aunque proceden también del castellano, presentan un significado más específico atribuido por el sistema jurídico.<sup>71</sup>

O termo Constituição é o melhor exemplo para confirmar a assertiva defendida pelo filósofo espanhol. No mesmo sentido:

O termo “Constituição” é um daqueles que possuem significados para todos os gostos. (...) Se a palavra *constitutio*, já nas origens, remetia à dualidade do nascimento e do nascituro, do constituir-se limitado pela própria Constituição, sua ambigüidade se alargou com o passar do tempo pelo cultivo de uma antinomia entre o império normativo e a realidade viva. Sem falar de que o objeto de ordenação, mesmo sem o timbre de *Constitutio*, já ocupava o debate político e filosófico antigüidade adentro.<sup>72</sup>

Lassalle entende que a Constituição não pode ser vista como norma, pois é uma mera “folha de papel”<sup>73</sup>. Ele confere um caráter exclusivamente político ao documento, recorrendo à uma fundamentação sociológica para explicar-lhe. Afinal, para este autor, a Constituição é o conjunto dos fatores reais de poder. Assim, tudo

<sup>71</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. 2005. p. 287.

Tradução livre:

*Como sabemos, o Direito se expressa por uma linguagem natural, mesmo que tecnificada, pelo que pode-se dizer que existem duas classes de conceitos: aqueles que se referem a realidades do mundo, extranormativas, cujo significado em princípio é o próprio da linguagem comum, e aqueles outros de caráter técnico que, apesar de surgirem também do espanhol, apresentam um significado mais específico atribuído pelo sistema jurídico.*

<sup>72</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teorias Constitucionais em Perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional*. 2004. p. 4.

<sup>73</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Consituição*. 2001. p. 17.

aquilo que porventura venha a constar no documento denominado Constituição que esteja em desacordo com os fatores reais de poder será inócuo e sem sentido.

Em direção oposta, repudiando diretamente as idéias de Lassalle, Konrad Hesse defende que a Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. Há que se considerar sua força normativa, na medida em que a Constituição possui pretensão de validade<sup>74</sup>. Hesse entende que ela é um documento político, sem dúvida, mas também normativo e capaz de gerar efeitos jurídicos próprios. E é nesse momento que pode ser um instrumento capaz de modificar a sociedade.

Enriquecendo esse debate, Peter Häberle surge com a idéia de Constituição aberta, interpretada, aplicada e vivida por uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, que não se restringe somente aos juristas e Tribunais Constitucionais<sup>75</sup>. Segundo o autor, todos os órgãos estatais, todos os cidadãos e grupos estão potencialmente vinculados à tarefa de interpretar a Constituição, sendo impossível de se estabelecer um número certo de intérpretes. De acordo com Cittadino, Häberle formulou sua teoria de Constituição aberta a partir do conceito de sociedade aberta elaborado por Karl Popper<sup>76</sup>.

Se não é simples a tarefa de definir o que é a Constituição, mais complicado ainda é conhecer a identidade do sujeito constitucional, que “é tão evasiva e problemática quanto são difíceis de se estabelecer fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos”<sup>77</sup>.

Não se trata apenas da dificuldade decorrente de a identidade constitucional ser propensa a se alterar com o tempo mas, igualmente, de sua tendência a se encontrar mergulhada em complexas e ambíguas relações com outras identidades relevantes; tais como as identidades nacionais, as étnicas e as culturais.<sup>78</sup>

Se fosse possível responder à questão sobre o que é a Constituição com tranqüilidade, haveria uma economia no debate acadêmico, mas com real prejuízo

---

<sup>74</sup> Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Consituição*. 1991.

<sup>75</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. 2002.

<sup>76</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2004. p. 17.

<sup>77</sup> ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. 2003. p. 17.

<sup>78</sup> ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. 2003. p. 17.

para a evolução do Direito Constitucional. Catedráticos deixariam de discutir teorias sobre a Constituição e se dedicariam melhor ao aspecto prático de sua aplicação. Mas seria possível esta análise sem aquela reflexão?

Esta é a tentativa dos pragmáticos na busca de soluções para os problemas atuais, que surgem na vivência do dia-a-dia. Para esta corrente é a prática diária – através de erros e acertos – que faz com que as soluções aos problemas sociais apareçam gradativamente.

No entanto, a resposta à questão colocada é o cerne da teoria da Constituição e dificilmente terá uma solução conclusiva. Neste ponto, tanto os norte-americanos ou ingleses, que se voltam com ênfase para aspectos práticos e definidos, como os europeus continentais ou nós brasileiros, mais voltados para teorias abstratas e genéricas, unem seus pensamentos e estudos para buscar uma resposta – mesmo que provisória.

A precariedade própria das propostas de resposta à indagação sobre o que é a Constituição tem demonstrado ser construtiva. É necessário pensar a Constituição como a própria sociedade em si: dinâmica. Afinal, de que serviria a Constituição ou o direito senão para regular a sociedade e seu dinamismo característicos?

É por isso que a academia continuará constantemente pensando e voltando a pensar o que é a Constituição, pois o problema é posto de acordo com as circunstâncias temporais e de determinado estado do dinamismo social.

A política e o direito são vivencialmente sentidos e teoricamente reconstruídos como problemas seculares, a serem resolvidos, nos espaços públicos, secularmente por nós, homens como cidadãos, para que, ao mesmo tempo, pudéssemos ser sujeitos de Direito, protegendo assim, publicamente, o espaço privado de cada um.<sup>79</sup>

Portanto, a problemática permanente sobre o que é a Constituição se mostra essencial para a evolução do Direito, sobretudo no que tange aos estudos sobre o constitucionalismo e a jurisdição constitucional.

---

<sup>79</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais*. 2003. p. 145.

Nesse contexto, se faz oportuna uma análise histórica sobre alguns antecedentes do que atualmente conhecemos como Constituição. Apesar de breve e sucinta a abordagem, pois não há espaço nesta sede para aprofundamentos na história, ela se faz bastante útil para que uma melhor compreensão acerca do constitucionalismo moderno seja alcançada.

### 1.1. Constituição grega?

Estudiosos da história antiga, sobretudo da *pólis*, conseguiram registrar importantes contribuições que o povo grego deixou como legado à democracia e ao sistema de funcionamento de suas leis.

No direito ateniense havia a distinção entre os *nómoi* e os *pséfisma*. Trata-se de dois institutos legais que poderiam ser comparados às atuais leis e regulamentos, respectivamente.

Acontece que, na realidade, os *nómoi* guardam uma semelhança muito maior em certos aspectos com as normas constitucionais modernas, pois regulavam a estrutura e organização do Estado. Também porque previam procedimentos especiais para a modificação dos *pséfisma*, o que, com segurança, se assemelha aos modernos procedimentos de controle de constitucionalidade.

Em Atenas, a modificação da lei era encarada como uma providência de extrema gravidade, com instrumentos legais de garantia, apurando-se responsabilidades e impondo graves sanções para os cidadãos que propusessem alteração que não fosse ao final aprovada ou que se mostrasse inoportuna.

Essa construção intelectual encontra-se assentada no pensamento de Platão e de Aristóteles. Este considerava que a lei (*nómoi*) estava acima das paixões humanas e, conforme demonstra Cappelletti, “formulava já a doutrina da supremacia da lei e da ilegitimidade da lei injusta”<sup>80</sup>. Platão, no mesmo sentido, defende que a lei está em um patamar superior e imutável, pois representa a ordem divina, não

---

<sup>80</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial das leis no direito comparado*. 1992. p. 50.

podendo ser alterada segundo os interesses dos homens. Sófocles retrata bem esta realidade grega quando Antígone<sup>81</sup> realiza o enterro do infeliz deportado, mesmo apesar da proibição decretada pelo seu tirano governante. Na verdade ela, simplesmente, sobrepõe a lei divina à lei terrena (considerada injusta).

As deliberações dos cidadãos em Assembléia assumiam a forma de *pséfisma*. Este instituto era responsável por regular as atividades variadas da *pólis*, de forma abstrata, geral e vinculatória a todos os cidadãos. Os *pséfisma* guardam semelhança, portanto, com a lei contemporânea.

Importante ressaltar nesta sede que, já na civilização ateniense, os *pséfisma* – qualquer que fosse seu conteúdo – deveriam ser legais, ou seja, de acordo com os *nómoi*. Esta legalidade deveria ser verificada tanto em relação à forma quanto à matéria. É aqui que se encontra o embrião do moderno sistema de controle de constitucionalidade<sup>82</sup>, base para o constitucionalismo contemporâneo e para a construção do conceito de Constituição.

Percebe-se que desde os tempos da Grécia Antiga havia uma hierarquia legislativa, que exigia – necessariamente – uma adequabilidade. De forma ousada, poderia-se chamar de adequabilidade constitucional – como é tentado a interpretar o jurista moderno.

## 1.2. A idade média e o direito

Para que o estudioso não seja levado a ignorar este período da história, a seguinte advertência é pertinente:

Nuestra mente se halla predispuesta a hospedar el consabido tópico de una Edad Media como mero eslabón o intervalo en el proceso histórico que enlaza la Antigüedad con el mundo moderno. Más acorde con los hechos es reputar al Medievo como insoslayable antesala explicativa del Renacimiento y la Modernidad<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Cf. SÓFOCLES; ÉSQUILO. *Rei Édipo. Antígone. Prometeu Acorrentado*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

<sup>82</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial das leis no direito comparado*. 1992.

<sup>83</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho*. 2005. p. 111.

A idade média não é de todo desprovida de importantes precedentes para o que hoje conhecemos como o moderno constitucionalismo e sua visão sobre o que seja Constituição.

A construção filosófica do pensamento dos clássicos, conforme apresentado *supra*, influenciou sobremaneira a concepção de justiça e de direito na idade média. A idéia de *jus naturale*, ou direito natural, se formou como manifestação de uma norma superior, divina. Conseqüentemente, toda a legislação positiva ou todas as demais normas deveriam ser inspiradas no direito natural. Firmou-se a distinção entre um direito natural e um direito positivo, mesmo que no plano de abstração teórico-filosófica, apartada da realidade cotidiana da vida medieval.

De acordo com esta estrutura, o direito positivo deveria estar de acordo com o direito natural, sob pena de ser norma inexistente. Chegou-se ao ponto de considerar que a lei contrária ao direito natural deveria ser declarada formalmente nula e desprovida de força obrigatória pelos magistrados da época, mesmo que tivesse sido proclamada pelo Papa, pelo Rei ou pelo Imperador.

Aqui nos deparamos novamente com um instituto que serve de visível precedente para o que hoje se poderia chamar de adequação constitucional, ou seja, a Constituição como fundamento de validade das demais normas.

Com a preocupação de advertir o leitor descuidado sobre os erros de se travar uma correspondência absoluta entre o direito natural e o constitucionalismo, e esclarecendo que houveram diversas escolas de *jusnaturalismo* com conteúdos ideológicos diversos, PRIETO SANCHÍS nos ensina:

La idea de que por encima del Derecho de los hombres está el Derecho de los dioses, la verdad revelada o las leyes inexorables de la naturaleza se puede transformar fácilmente en esa otra idea según la cual el legislador y, en general, todos los órganos estatales vienen sometidos a un Derecho superior, bien que de naturaleza positiva, encarnado en la Constitución. Como el iusnaturalismo, también el constitucionalismo parte de la ficción de que existen dos fuentes de normatividad: si antes fue Dios o la naturaleza, ahora será el poder constituyente del pueblo<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. 2003. p. 32/33.

Também não se pode confundir a idéia clássica com a concepção moderna e atual de Constituição e de organização política, pois tais conceitos estejam fundados sobre bases completamente diversas. Estas letras são bastante esclarecedoras:

Las formas de lo político anteriores al Estado no carecieron de constitución. La *polis* griega, la ciudad romana o la *res publica* cristiana tenían una constitución o régimen político, en el sentido de que en ellas había un orden político fundamental que establecía los fines del gobierno y los órganos encargados de procurarlo. La diferencia con el Estado constitucional moderno estriba, principalmente, en que en éste la constitución es obra de la razón antes que de la tradición, de las costumbres inmemoriales, de la experiencia o del derecho natural. De una razón que crea el orden a partir del caos y no una razón que determina en concreto una ordenación preexistente<sup>85</sup>.

### 1.3. Constitucionalismo moderno e supremacia da Constituição

Merece registro o importante papel desenvolvido pela expressão inglesa do constitucionalismo na formação da idéia de limitação ao poder do Estado.

Importantes afirmações históricas derivam da experiência inglesa. Podemos citar a *Magna Carta*, de 1215, que reconhecia uma série de direitos a alguns segmentos da população e, portanto, limitavam os poderes do rei<sup>86</sup>, o *Petition of Rights*, de 1629, que reforça os termos do documento do século XIII, bem como o *Habeas Corpus Act*, de 1679.

Estavam assentadas as bases para a Revolução Gloriosa de 1688 que, com a afirmação da supremacia do parlamento, influenciou de forma intensa o desenvolvimento do direito constitucional mundial. Em 1689 foi aprovado o *Bill of Rights*, cuja importância o colocou em destaque perante o constitucionalismo mundial, na medida em que serviu de inspiração e modelo para a elaboração das posteriores declarações de direitos.

<sup>85</sup> SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos Humanos y Constitucionalismo*. 2004. p. 15/16.

<sup>86</sup> José Adércio Leite Sampaio reconstrói o período histórico em que a Carta foi escrita, com riqueza de detalhes, além de esclarecer suas particularidades. Neste sentido, ver SAMPAIO, José Adércio Leite. *Directos Fundamentais: retórica e historicidade*. 2004. p. 149 *et seq.*

El Bill of Rights, a pesar de ser un documento formalmente convencional, tendrá una influencia notable sobre las Declaraciones de Derechos norteamericana y francesa. Se puede decir, por lo tanto, que su naturaleza era revolucionaria en la vertiente contractualista y su contenido, sin embargo, era tradicional<sup>87</sup>.

O *Bill of Rights* significou o fim do acirrado embate político travado na Inglaterra do séc. XVII, consagrando a vitória da supremacia do parlamento em relação ao direito divino dos reis. Conforme ressalta Sampaio, “parece correto localizar o *Bill* como o desfecho de uma história iniciada em 1215”<sup>88</sup>.

Na França revolucionária se sobressaiu a participação de Sieyès na formação do pensamento constitucionalista. Bonavides aponta que a separação teórica entre poder constituinte e poderes constituídos se “tratava de uma estupenda novidade, dá-nos testemunho Sieyès ao jactar-se no debate constitucional do Ano III de haver feito a Ciência progredir com a ‘descoberta’ desse conceito”<sup>89</sup>. O mesmo autor, citando Carré de Malberg, testemunha que “num discurso proferido por Sièyes acerca do projeto de Constituição e da criação do *Jurie Constitutionnaire*, afirmou o teorista do terceiro estado: ‘uma idéia sã e proveitosa se estabeleceu em 1788: a divisão entre poder constituinte e poderes constituídos. Há de figurar como uma das descobertas que fizeram a Ciência dar um passo à frente e se deve aos franceses’ (sessão de 2 do Thermidor do Ano III)”<sup>90</sup>.

No mesmo sentido:

O abade francês Sieyès sustentava ser a Constituição sempre superior aos poderes constituídos e às demais leis, devendo haver a subordinação dos governos às suas respectivas Constituições. Sieyès foi um dos primeiros pensadores a preocupar-se em como garantir essa supremacia da Constituição, tendo a idéia da necessidade da criação de um tribunal incumbido do resguardo de tal superioridade, apto a invalidar os atos contrários à constituição. Assim, foi o autor francês um dos precursores da teoria do controle de constitucionalidade<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *El Constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. 2005. p. 37.

<sup>88</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Directos Fundamentais: retórica e historicidade*. 2004. p. 168.

<sup>89</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 2003. p. 142.

<sup>90</sup> CARRÉ DE MALBERG *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 2003. p. 142.

<sup>91</sup> BESTER, Gisela María. *Cadernos de Direito Constitucional: parte I - teoria constitucional*. 1999. p. 110.

Era idealizado, neste momento, um controle político de constitucionalidade através de um Tribunal especial pertencente ao Legislativo e não ao Judiciário, como é feito até os dias atuais na França. Neste contexto, as idéias de Sieyès tiveram grande importância, como visto, mesmo que seu objetivo não tenha sido alcançado com total êxito.

Llama la atención el olvido del poder judicial como instancia llamada a ejercer el control; la propia Constitución girondina, que tan minuciosamente intentaba asegurar la fidelidad del legislador a la Constitución, prohibía taxativamente a los jueces no ya suspender la ejecución de una ley, sino incluso interpretarla.

Tan sólo cabe registrar una excepción siquiera parcial: el proyecto de un *jury* o de una *jurie constitutionnaire* presentado por E. Sieyès en sus discursos parlamentarios de 2 y 18 termidor del año III de la República<sup>92</sup>.

O mesmo autor completa que *“tal vez junto con Condorcet, Sieyès fue el personaje que en los convulsos años de la revolución intentó perfilar de una forma más consecuente un modelo constitucional para el nuevo régimen”*<sup>93</sup>.

É também bastante oportuna a advertência de Jiménez Asensio:

Es cierto, en cualquier caso, que el pensamiento de Sieyès evolucionó conforme se alteraban también las bases constitucionales del proceso revolucionario. En 1795, por ejemplo, Sieyès propuso la creación de un *jurie constitutionnaire* (que no era otra cosa que “un cuerpo de representantes con la misión especial de juzgar la Constitución”) con la finalidad de paliar los excesos del Poder Legislativo. Su propuesta fue frontalmente rechazada por los presupuestos dogmáticos que nos son conocidos: la soberanía nacional y el Parlamento como único órgano que la encarna. La propuesta de Sieyès consistía en la constitución, bajo el nombre de “Tribunal Constitucional”, de un cuerpo de representantes que tuviera la misión especial de juzgar y pronunciarse sobre las demandas de violación de la Constitución dirigidas contra los derechos de la legislatura.<sup>94</sup>

Mas, por certo, foram os avanços jurisdicionais sobre o controle de constitucionalidade, através do constitucionalismo norte-americano, que deram o suporte necessário para que a teoria da supremacia da Constituição pudesse firmar-se e se desenvolver, imprimindo força à Constituição. A análise que se segue deriva

<sup>92</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. 2003. p. 59.

<sup>93</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. 2003. p. 59.

<sup>94</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *El Constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. 2005. p. 75.

do acontecimento histórico norteador e basilar do constitucionalismo moderno e do princípio definidor da supremacia da constituição.

A Constituição Federal norte-americana, de 1787, dispunha precisamente em seu artigo VI, cláusula 2ª, que: “*this constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby*”<sup>95</sup>. Esta disposição serviu de marco para a importante e inovadora interpretação proferida pelo *Chief Justice* John Marshall, da Suprema Corte norte-americana, proferida no caso *Marbury v. Madison*<sup>96</sup>.

Foi este caso que possibilitou ao Juiz Marshall proferir notável decisão, que se eternizou no direito e extrapolou os limites territoriais de seu país, por seu caráter inovador. Apesar dos motivos politiqueros que levaram William Marbury a requerer o *writ* para obrigar James Madison a nomeá-lo juiz de paz para o condado de Washington, no Distrito de Columbia, deve-se considerar o brilhantismo da histórica decisão proferida pelo *Justice Marshall*.

As circunstâncias do caso passam a ser esclarecidas pelas precisas letras do professor Sacha Calmon Navarro Coelho:

No aspecto fático tratava-se de despuadorado caso de politicagem. Marshall era amigo e auxiliar do presidente Adams, pois além de Juiz, era Secretário de Estado. No último dia do Governo, Adams, auxiliado por Marshall, fez um enorme número de nomeações em favor de seus correligionários, fato que no Brasil se costuma chamar de “testamento político”. Diz-se que Marshall, substituído no posto por Madison, não teve tempo de fazer chegar às mãos de todos os beneficiários das prebendas os atos de nomeação, os quais foram, então, sustados por ordem de Jefferson. Um dos prejudicados, um tal Marbury, que havia sido nomeado juiz de paz, mas não tivera tempo de ser empossado, foi instruído a entrar com um *writ of mandamus* (algo como um mandado de segurança) perante a Corte para obrigar Madison a empossá-lo. Surpreendentemente, Marshall, além de tomar parte no julgamento, liderou a opinião de seus pares. Assim, de um reles caso político teria brotado a luminosa tese de controle jurisdicional dos atos legislativos. O caso não deve causar moça. Muitas instituições e não poucos episódios históricos, mais tarde glorificados, nasceram dos homens e de seus conflitos, aqui e alhures.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Tradução livre:

esta constituição (...) será a lei suprema do país; e os juizes em cada Estado serão obrigados a aplicar-la

<sup>96</sup> 5 U.S. 137 (1803)

<sup>97</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 1993. p. 73/74.

Pertinente comentário merece ser trazido à colação:

Estava, pois, a Suprema Corte a braços com um caso delicado, de cujo desfecho iria depender a sua própria sobrevivência como instituição soberana. Indeferir simplesmente o pedido de Marbury seria capitular ante o Poder Executivo, que tinha à frente a figura insinuante de Jefferson.<sup>98</sup>

Note-se que é preciso analisar a decisão de Marshall sob a ótica da época, um momento em que a idéia de Constituição e constitucionalismo ainda estava em fase primária de evolução. Um momento em que, embora com a importante contribuição de Hamilton, Jay e Madison através da publicação dos *artigos federalistas*<sup>99</sup>, os próprios conceitos ainda não estavam assentados e bem definidos. Foi exatamente neste contexto que Marshall sentenciou, colocando o problema de forma bastante clara:

Between these alternatives there is no middle ground: the constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.<sup>100</sup>

E, ainda, conclui pelo dever do Judiciário de aplicar a Constituição:

if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.

[...]

<sup>98</sup> ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. *Do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis*. 1983. p. 11.

<sup>99</sup> Cf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. S.I.: William Benton Publisher, 1952.

<sup>100</sup> 5 U.S. 137, 177 (1803)

Tradução livre:

*Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual e, como esses, é reformável ao sabor do legislativo. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as cláusulas escritas na Constituição são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável.*

This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. It would declare that an act, which, according to the principles and theory of our government, is entirely void, is yet, in practice, completely obligatory. It would declare, that if the legislature shall do what is expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual. It would be giving to the legislature a practical and real omnipotence with the same breath which professes to restrict their powers within narrow limits. It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed at pleasure.<sup>101</sup>

Os argumentos utilizados por Marshall foram analisados e compilados pelos constitucionalistas norte-americanos, que concluíram:

- a. Written Constitution. Chief Justice Marshall's first argument is that judicial review is a necessary inference from the fact of a written Constitution. The distinction between a government with limited and unlimited power is abolished, (...) if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation (...)
- b. Notions of judicial role. Chief Justice Marshall claims that the ordinary role of the courts is to interpret the law. That role, he claims, requires judges to construe the Constitution in the ordinary course of conducting judicial business (...)
- c. Supremacy clause. The supremacy clause provides that the Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land (...)
- d. Grant of jurisdiction. The Constitution extends the judicial power of the United States to all cases arising under the Constitution (...)
- e. Judges' oath. Chief Justice Marshall relies on the fact that judges take an oath to uphold the Constitution.<sup>102</sup>

É importante ressaltar a magistral interpretação constitucional elaborada por Marshall. O que hoje é uma simples tarefa interpretativa disseminada na mente dos juristas, e mesmo da população em geral, foi um brilhante esforço inovador, que assentou o princípio da *Supremacia da Constituição*, e deu início ao instituto do *Judicial Review*, ou seja, do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e

---

<sup>101</sup> 5 U.S. 137, 178 (1803)

<sup>102</sup> STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis M.; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V. *Constitutional Law*. 1996. p. 33-35.

Tradução livre:

a. Constituição escrita. O primeiro argumento do *Chief Justice* Marshall é que o controle jurisdicional de constitucionalidade é uma dedução necessária em uma Constituição escrita. A distinção entre um governo com poderes limitados ou ilimitados é abolida se atos proibidos e atos permitidos são obrigatórios na mesma medida. b. Noções do papel da justiça. *Chief Justice* Marshall alega que o papel normal dos tribunais é interpretar a lei. Este papel, e assim ele reivindica, requer dos Juízes que construam a Constituição no curso normal de conduzir tudo o que for afeto à justiça. c. A cláusula de supremacia. A cláusula de supremacia prevê que a Constituição será a Lei Suprema do país. d. Deferir jurisdição. A Constituição estende o poder jurisdicional dos Estados Unidos a todos os casos que surgirem sob a Constituição. e. Juramento dos Juízes. *Chief Justice* Marshall defende o fato de que os juízes façam o juramento de guardar a Constituição.

atos normativos. Ainda, impôs o poder e o dever dos juízes de negar aplicação às normas contrárias à Constituição.

Como fruto do movimento universal iniciado pela Constituição norte-americana de 1787, e pela corajosa jurisprudência que a aplicou, as Constituições contemporâneas do ocidente se tornaram, em sua maioria, rígidas.

## 2. A Constituição como símbolo

O homem sempre foi bastante ligado a símbolos. A simbologia na antigüidade foi representada, sobretudo, pelos mitos – assim como no período medieval o poder divino dos reis cumpriu seu papel. Na modernidade a razão tomou conta do homem e da sociedade. Mas será que o *simbólico* sucumbiu à razão ou esta incorporou uma simbologia própria?

Temos em Kant, com seu imperativo categórico, a tentativa bem sucedida de universalização do *dever*. Tanto o *dever moral*<sup>103</sup> como o *dever jurídico*<sup>104</sup>.

É neste contexto que surge a Constituição como um instituto capaz de representar a essência de um Estado constituído pela livre vontade de seus cidadãos, que escolheram o melhor para si e o pretenderam tornar universal.

No entanto, conforme demonstra Thomas Grey, a superioridade atribuída à Constituição, principalmente a partir de *Marbury v. Madison*, faz com que haja um fator de veneração e adequação total dos indivíduos a seu texto<sup>105</sup>.

E nesta trilha é acrescido o fator essencial das aspirações nacionais, de forma que os juízes invocam o espírito da Constituição, conferindo-lhe um aspecto sacro, simbólico e com a submissão de todos a seus preceitos, sob o argumento de supremacia da Constituição e do poder supremo do texto constitucional.

---

<sup>103</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. 1995.

<sup>104</sup> Cf. KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 2003.

<sup>105</sup> GREY, Thomas C. *The constitution as scripture*. 37 Stanford Law Review 1, 2004.

A Constituição apresenta uma força simbólica até superior às suas outras dimensões: do ponto de vista da filosofia política e do direito, ela desloca quase todo debate para dentro de seu mundo, reduzindo questões de validade a questões de constitucionalidade. No plano do direito internacional, ela se vai apresentar como atributo simbólico de soberania, semelhante ao hino nacional, uma espécie de “cartão de visita internacional” para os novos Estados ou governos.<sup>106</sup>

É desta forma que a era da razão lê o simbólico e o incute no senso comum dos cidadãos, como seres políticos derivados e subordinados a um documento-símbolo máximo: a Constituição.

### 3. O caráter dos princípios nas Constituições pós-positivistas

A discussão acerca dos princípios gerais de direito e, sobretudo, dos princípios constitucionais migrou de um discurso marginal – voltado à integração ou solução de lacunas no direito – para o centro da teoria da norma jurídica.

O debate sobre os princípios ganhou especial importância com a impossibilidade do modelo positivista, especialmente do normativismo Kelseniano<sup>107</sup>, em dar uma solução adequada a problemas prático-teóricos. Demonstrou-se ser incapaz de resolver problemas estruturais de interpretação constitucional, aquilo que os norte-americanos denominam *hard cases*.

Os princípios foram inscritos no sistema legal brasileiro como mero instrumento de solução de lacunas, conforme se depreende da leitura do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Somente em caso de omissão poderia o juiz recorrer aos princípios. Daí uma posição marginal da análise dos princípios. Vale ressaltar a LICC brasileira é datada de 1942, sob o marco positivista.

---

<sup>106</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela jurisdição Constitucional*. 2002. p. 18.

<sup>107</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 1996.

Não obstante, como o novo constitucionalismo, de base pós-positivista, o *locus* da análise sobre os princípios foi modificado e eles ganharam o centro da argumentação jurídica.

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais<sup>108</sup>.

Muitos foram os que se dedicaram à tarefa de resgatar a importância dos princípios, cujo fundamento filosófico se fortaleceu com o giro lingüístico-pragmático, colocando-os em evidência junto à base dos ordenamentos jurídicos.

A distinção entre regras e princípios passou a ter grande importância na teoria da argumentação jurídica. Atienza nos mostra a seguinte distinção:

Las **reglas** se caracterizan por ordenar un curso de acción determinado cuando se dan unas condiciones de aplicación también determinadas; (...) Pero el Derecho no sólo contiene normas de este tipo, sino también principios que, a su vez, pueden ser de dos clases. Los **principios en sentido estricto** que establecen que “A es un valor”, sin indicar cuales son las condiciones en las que el valor A prevalece frente a otros valores concurrentes asimismo reconocidos por el Derecho. (...) Y las **directrices** o normas programáticas que establecen que “B es un fin a alcanzar” sin indicar una jerarquía entre el fin B y otros fines asimismo declarados por el Derecho<sup>109</sup>.

Já Aléxy defende que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”<sup>110</sup>. O autor tenta demonstra o caráter que diferencia os princípios das regras: princípios, para ele, são mandados de otimização. Continua, ainda, ao demonstrar que o sentido utilizado é amplo, abarcando também permissões e proibições.

Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las

<sup>108</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 2003. p. 289.

<sup>109</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. 2003. p. 173.

<sup>110</sup> ALÉXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1997. p. 86.

posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos<sup>111</sup>.

Mais adiante, o autor propõe graus de hierarquia constitucional:

Para la solución de este problema, puede distinguirse entre una jerarquía constitucional de primer y segundo grado. Un principio tiene jerarquía constitucional de primer grado cuando puede limitar un derecho fundamental garantizado sin reserva. Tiene jerarquía de segundo grado si sólo conjuntamente con una norma de competencia estatuida en una disposición de reserva puede limitar un derecho fundamental. Por lo tanto, en principios con jerarquía constitucional de segundo grado, el aspecto formal y el aspecto material o de competencia tienen que reforzarse recíprocamente, a fin de justificar una restricción<sup>112</sup>.

Günter tenta rechaçar a distinção morfológica feita por Aléxy, propondo que tanto princípios como regras são normas aplicáveis *prima facie*<sup>113</sup> e, portanto, não há que se falar em hierarquia entre princípios e regras ou entre graus de princípios. O que fará a diferença será, no discurso de aplicação, a análise das circunstâncias relevantes do caso concreto e a eleição da norma (tanto faz ser uma regra ou um princípio) mais adequada para o caso concreto. Daí o autor não falar em conflito, ponderação ou graus de normas, mas em adequação.

Aléxy propõe a solução do conflito de princípios através do juízo de ponderação, que pode ser sintetizado como sendo a “acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas”<sup>114</sup>.

Diante deste novo modelo constitucional, principiológico, também não podemos olvidar que diferentes abordagens teóricas podem influenciar a compreensão sobre a Constituição ou a forma com que poderá ser interpretada.

#### 4. Diferentes leituras da Constituição

<sup>111</sup> ALÉXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1997. p. 86.

<sup>112</sup> ALÉXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1997. p. 132.

<sup>113</sup> Cf. GÜNTER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. 2004.

<sup>114</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. 2003. p. 189.

Há uma fórmula para direcionar ou guiar a leitura da Constituição? Podemos, a priori, afirmar qual é a melhor forma de interpretar a Constituição? Felizmente a resposta é negativa. Ela será lida conforme o contexto em que é entendida ou aplicada.

Uma leitura liberal da Constituição faz com que certos direitos, sobretudo aqueles que impõem limites à ingerência do Estado na autonomia privada, prevaleçam sobre outros.

Quando os liberais associam o pluralismo às diversas concepções individuais acerca da vida digna, optam claramente por conferir prioridade aos direitos fundamentais em detrimento da soberania popular. Seja em Rawls, seja em Larmore, o Estado, em uma sociedade democrática liberal, deve ser neutro em relação às diversas concepções individuais acerca do bem. (...) A prioridade dos direitos fundamentais é o que assegura a configuração de um Estado neutro, isto é, sem compromissos culturais que possam ir além da liberdade individual e do bem estar dos cidadãos<sup>115</sup>.

No contexto liberal, por tanto, o objetivo é assegurar um conjunto de garantias negativas à atuação Estatal, em estreita conexão com a doutrina dos limites ao governo. No mesmo sentido, nos ensina o Professor de Castilla-La Mancha:

Las Constituciones democráticas asentadas, en general, en los principios del liberalismo defienden una concepción de la autonomía de acuerdo con la cual al ciudadano le asiste un conjunto de garantías cuyo fin es asegurar el libre ejercicio de sus elecciones, sin que el Estado, en principio, pueda perturbar o interferir en tal elección<sup>116</sup>.

A principal crítica dirigida aos ideais liberais foca-se na excessiva ênfase dada ao indivíduo e à autonomia privada, diminuindo ou ainda ignorando a importância de contextos mais amplos, de caráter social e comunitário, que influem e afetam decisivamente a vida das pessoas. Foi bem lembrado que as críticas ao individualismo não são exclusividade do mundo atual, de forma que “este nuevo

---

<sup>115</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2004. p. 130.

<sup>116</sup> BETEGÓN, Jerónimo. *Liberalismo, Comunitarismo, Derechos*. 2004. p. 41.

comunitarismo, agora objeto de comentario, reconhece sus orígenes tanto en Aristóteles como en la obra de Hegel”<sup>117</sup>.

Assim, uma leitura social faz com que os aspectos culturais e comunitários sejam celebrados, em detrimento das concepções privadas, individualmente consideradas. A leitura dos ideais da comunidade e sua identificação como um grupo de pessoas unidas por princípios comuns faz com que a autonomia do indivíduo isolado seja menos importante que a autonomia social. Daí uma Constituição preocupada com direitos sociais e coletivos.

Para os comunitários, ao contrário, a soberania popular, enquanto participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos, tem prioridade frente aos direitos individuais. Ao invés de privilegiar a autonomia privada, os comunitários optam pela defesa da autonomia pública, ancorada nas idéias de atuação e participação<sup>118</sup>.

Ainda, reforçando os termos do debate:

E mais uma vez é a concepção de pluralismo que vai configurar este compromisso. Se o pluralismo liberal assegura a autonomia privada e os direitos individuais, como garantia da subjetividade das concepções individuais sobre o bem, o pluralismo comunitário defende a autonomia pública e a soberania popular, compatíveis com a existência de diversos centros de influência social e poder político. De outra forma, se para os liberais a neutralidade do Estado decorre do “fato” do pluralismo, é o próprio pluralismo, enquanto diversidade de identidades sociais, que impede o Estado de tratar igualmente cidadãos com valores culturais distintos<sup>119</sup>.

E qual será, então, a leitura mais adequada? A liberal, com ênfase no indivíduo? Ou a social, com ênfase no coletivo? Ou outra ainda, com construção em bases teóricas diversas, chamadas de crítico-deliberativas, como as de Habermas, por exemplo?

Qualquer que seja a resposta a esta indagação será uma opção político-filosófica, diante do que nos é apresentado pela teoria da Constituição e pela filosofia política. O que precisa ser ressaltado são as pressuposições teóricas que

---

<sup>117</sup> BETEGÓN, Jerónimo. *Liberalismo, Comunitarismo, Derechos*. 2004. p. 50.

<sup>118</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2004. p. 131.

<sup>119</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2004. p. 131.

variam de acordo com o contexto em que vivemos e suas possíveis conseqüências para a compreensão do que seja Constituição.

### CAPÍTULO III – A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DA IGUALDADE NA APLICAÇÃO DA LEI

Casos iguais devem ser decididos igualmente<sup>120</sup>, casos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante<sup>121</sup>. Trata-se, na verdade, de uma premissa aceita universalmente pelo direito ocidental. Contudo, para que possamos testá-la, devemos primeiramente responder à seguinte indagação: existem casos iguais?

Dois casos nunca serão exatamente iguais, sempre terão particularidades, no mínimo, fáticas que lhes individualizam. A decisão trará, obrigatoriamente, especificidades na sua fundamentação, pois o juiz ao aplicar um precedente nada mais faz senão escolher semelhanças ou diferenças entre dois casos.

A administração da justiça busca operacionalizar a aplicação do direito às controvérsias sociais, tanto a partir de uma perspectiva macro como micro-jurídica. Mas como, então, devem essas controvérsias serem decididas?

A jurisdição constitucional pode ser o filtro garantidor da defesa dos direitos fundamentais, sobretudo da igualdade. E, se é certo que desde o século XVIII a humanidade conquistou a *igualdade perante a lei*, pelo menos do ponto de vista formal de acordo com o liberalismo clássico, também é certo que até os dias atuais não conseguimos atingir com eficácia a *igualdade na aplicação da lei*. Somente através de um remédio coerente, capaz de ministrar uma dose de forma uniforme a todas as situações análogas, mas sem desconsiderar as particularidades de cada caso concreto, é que a administração da justiça poderá pretender garantir à sociedade o direito de igualdade na aplicação da lei.

E neste ponto, a jurisdição constitucional possui papel de fundamental importância. É através do controle de constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso, que o judiciário poderá se tornar o porto seguro dos cidadãos na defesa dos

---

<sup>120</sup> ZANDER, Michael. *The law making process*. 2004. p. 215.

<sup>121</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 2004. p. 4.

direitos fundamentais. Mas estes direitos somente serão eficazes se houver coerência na sua aplicação. Assim, a compreensão sobre a jurisdição constitucional esclarece como ela pode se tornar a garantia da aplicação igualitária da lei.

São várias as formas de controle de constitucionalidade adotadas pelos países mundo afora. Há uma grande diversidade de formas e métodos, já outrora denunciada por Pedro Cruz Villalón: “*una de las características más notables del control de constitucionalidad es la enorme diversidad de las formas que adopta*”<sup>122</sup>.

Diante dessa imensidade teórica se faz necessário, portanto, fazer uma breve análise sobre os sistemas clássicos de controle jurisdicional de constitucionalidade, retratados pelo sistema americano ou difuso e pelo europeu ou concentrado.

## 1. Os órgãos que fazem o controle

A primeira providência é proceder à análise dos fundamentos teóricos, da *ratio* ou, como preferem os americanos, da *philosophy* que permeia os sistemas de controle de constitucionalidade.

No sistema difuso, temos que a função precípua de todos os juízes é a de interpretar as leis, aplicando-as aos casos concretos que são submetidos ao judiciário. Esta interpretação, em sentido lógico, deve obedecer à supremacia da Constituição, conforme visto *supra*. Desta forma, a norma Constitucional sempre prevalece em relação às normas infra-constitucionais.

E no sistema difuso, qualquer juiz, diante de um caso concreto, deverá decidir pela inconstitucionalidade da norma que contraste com a Constituição. Vale lembrar que no direito norte-americano, de *common law*, há a tradição do *stare decisis*. Este princípio fundamental, conforme nos lembra o professor Cappelletti, é aquele em que “*a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all*

---

<sup>122</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. 1987. p. 31.

*lower courts in the same jurisdiction*<sup>123</sup>. É a decisão vinculatória, o efeito vinculante, que os americanos chamam de vínculo ao precedente. As questões constitucionais somente chegarão à Suprema Corte por meio de recursos e impugnações, cuja decisão será daquele momento em diante vinculatória para todos os demais órgãos do judiciário.

Não há, desta forma, qualquer tipo especial de procedimento constitucional, assim como não existe um órgão específico que detém a competência para julgar as questões constitucionais.

Não obstante o sucesso do *judicial review* norte-americano, a Constituição austríaca de 1920, seguida por diversas outras Leis Fundamentais de países de *civil law*, buscou colocar em prática um sistema oposto, de controle concentrado. É justificável pelo fato de que a adoção do modelo americano nos sistemas jurídicos de *civil law* causaria consequências inoportunas para o correto funcionamento do sistema jurídico, pois neles não existe o instituto do *stare decisis*. Desta forma, uma mesma lei poderia ser considerada contrastante com a Constituição por alguns juízes, tendo sua aplicabilidade rejeitada, e ser considerada constitucional por outros juízes, que a aplicariam. Poderia acontecer até mesmo o absurdo de um mesmo juiz aplicar uma norma hoje, já tendo ele mesmo negado sua aplicação em outros casos pretéritos, pelo simples fato de ter mudado de opinião quanto à sua constitucionalidade. A grave consequência deste problema seria o conflito entre os órgãos e a incerteza do direito. Ora, poderiam ser verificadas situações – como muito bem ilustra o professor Cappelletti – acerca dos conflitos entre órgãos judiciários de diversos graus de jurisdição, já que haveria:

uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens e, portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas<sup>124</sup>

Esta incerteza seria prejudicial para os jurisdicionados, para a sociedade e, sobretudo, para o Estado.

---

<sup>123</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*. 1992. p. 80.

<sup>124</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*. 1992. p. 78.

Mas ainda existem outros inconvenientes. Tendo em vista que o princípio do *stare decisis* não é totalmente aplicado ao ordenamento jurídico dos países de *civil law*, mesmo que uma lei seja repetidamente não-aplicada, cada cidadão interessado deveria propor uma ação em juízo.

Estes inconvenientes são vencidos nos sistemas de *common law* devido ao *stare decisis*, com o efeito vinculante e a força do precedente. Mas, no caso dos países de *civil law*, logo se percebeu a necessidade de encontrar um modelo diferente do norte-americano e de sua Suprema Corte.

Foi então que a obra de Kelsen influenciou o surgimento de um modelo europeu, com grande repercussão sobre a criação de um órgão em que se pudesse “confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes* e, por isto, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito”<sup>125</sup>. Com este desafio, a Constituição austríaca de 1920 criou uma especial Corte Constitucional, instituindo o que foi chamado de controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos. Afinal, todo o controle é concentrado em um único órgão, a Corte Constitucional, idealizado e instituído para exercer o controle e atuar como garantidor da supremacia constitucional.

El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo, por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen.<sup>126</sup>

Acrescenta, ainda:

La formula kelseniana consagra así lo que se ha llamado un sistema de “jurisdicción concentrada” frente al sistema de “jurisdicción difusa”, propio del constitucionalismo americano.

Pero este cambio estructural esconde en realidad una almendra bastante más profunda. Para Kelsen el Tribunal Constitucional no es propiamente un Tribunal, porque un Tribunal es un órgano que aplica una norma previa a hechos concretos y el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas las dos: la Constitución y la Ley.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*. 1992. p. 83.

<sup>126</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 2001. p. 123.

<sup>127</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 2001. p. 131

O Tribunal austríaco de 1920 assumiu a guarda exclusiva da constitucionalidade das leis. Era o único órgão competente para realizar o controle de constitucionalidade, não podendo realizá-lo nenhum outro órgão ou juiz.

Con la particularidad, sobre todo, en lo que al control de normas se refiere, de que el Tribunal no sólo va a monopolizar el control de la constitucionalidad de las leyes, sino también el control de legalidad de los reglamentos, función esta última que, como veímos, se encontraba atribuida hasta entonces de manera difusa a los tribunales de justicia.<sup>128</sup>

Diferentemente do que foi estabelecido por Hamilton<sup>129</sup> e pelo *Chief Justice* Marshall, o fundamento teórico do sistema de controle concentrado está assentado em uma doutrina oposta à do controle difuso. Tomam vigor especial as Cortes Constitucionais, retirando-se o poder de controle da competência dos juízes ordinários.

Na verdade, no sistema de controle “concentrado”, a inconstitucionalidade e conseqüente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito “válido” nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional. Ao contrário, os juízes comuns (...) são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum* e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis. Eles devem sempre, se assim posso exprimir, ter como boas as leis existentes.<sup>130</sup>

Nesta seara podemos concluir que no sistema concentrado, diante dos casos concretos, os juízes singulares devem considerar que há uma verdadeira presunção de validade das leis, posto que não podem apreciar a sua constitucionalidade. Assim, se as normas fazem parte do ordenamento jurídico e se não há pronunciamento da Corte Constitucional sobre sua inconstitucionalidade, são, presumidamente, constitucionais.

<sup>128</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. 1987. p. 374.

<sup>129</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. S.I.: William Benton Publisher, 1952.

<sup>130</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*. 1992. p. 84-85.

## 2. A forma como é feito o controle

Também se deve analisar o controle jurisdicional de constitucionalidade sob o aspecto formal, ou seja, pelo modo em que as questões constitucionais podem ser argüidas nos diferentes sistemas, e a forma com que são decididas.

O sistema norte-americano, difuso, opera sob o aspecto formal de modo incidental ou por via de exceção. E, em sentido oposto, o sistema concentrado opera de forma principal ou por via de ação. No primeiro, as questões constitucionais não podem ser argüidas de forma principal, ou seja, em um processo constitucional instaurado com o objetivo de solucionar a questão da validade da norma em relação à Constituição. Só há a possibilidade das questões serem argüidas *incidenter tantum*, ou seja, no curso de um processo qualquer, civil, penal, administrativo ou de alguma outra natureza. E, também, limita-se à questão em que a lei – submetida à análise constitucional – revelar em relação ao caso concreto ou sob apreciação. Desta forma, o juízo competente para realizar o controle, neste caso, será aquele que for competente para julgar o caso concreto principal. Além de as questões constitucionais serem resolvidas apenas dentro do contexto do caso concreto, ainda será única e exclusivamente na medida em que isto for necessário para a decisão do caso.

Seguindo a linha de contraposição ao sistema americano, o sistema austríaco se coloca, também aqui, no sentido oposto. Exige um pedido especial à Corte Constitucional para apreciar as questões constitucionais. Este pedido se faz através de uma ação especial proposta por alguns órgãos políticos, que detêm legitimidade para exercer o direito de ação. Desta forma, a análise constitucional está desvinculada do caso concreto, sendo feita de forma abstrata e geral. Por isso é que se diz que o controle concentrado é realizado de forma principal ou por via de ação.

O Tribunal austríaco originário, porém, viveu um pequeno desajuste: os juízes ordinários eram obrigados a aplicar as leis, mesmo que as considerassem inconstitucionais, devido à sua presunção de validade, não podendo sequer submeter sua dúvida ao Tribunal Constitucional. Não podiam deixar de aplicar as

normas, nem decidir sobre sua aplicabilidade. E não podiam solicitar à Corte Constitucional que se manifestasse, pois esta só poderia ser acionada pelos órgãos políticos legitimados. Diante desse impasse, a reforma constitucional de 1929 houve por bem alterar o artigo 140 da Constituição austríaca, acrescentando a legitimação de dois órgãos judiciários para solicitar o pronunciamento da Corte Constitucional sobre determinada matéria antes do julgamento da causa. Neste momento, passou-se a ter a possibilidade de consulta à constitucionalidade das leis por parte de dois Tribunais Superiores, de forma exclusivamente incidental, criando um sistema concentrado híbrido, sob o aspecto formal.

A Alemanha conseguiu, de forma satisfatória e inteligente, contornar o impasse do modelo austríaco. Assim como na Áustria, os juízes comuns continuam sem poder realizar o controle das normas legais, que é exclusivo da Corte Constitucional. Porém, qualquer juiz que se encontre diante de uma situação que gere dúvida ou controvérsia<sup>131</sup> sobre a constitucionalidade de uma lei, tem a faculdade de submeter a questão de constitucionalidade à Corte Constitucional, de forma que a decisão desta terá caráter vinculatório. O julgamento fica suspenso enquanto a Corte Constitucional não se manifestar e decidir a questão incidental de constitucionalidade.

Neste ponto, o professor Cappelletti considera que há uma:

notável aproximação ao sistema americano da *judicial review*, porque, embora (...) na Alemanha não aconteça que todos os juízes sejam (como nos Estados Unidos) competentes para efetuar o controle de constitucionalidade, todos, porém, são, pelo menos, legitimados a requerer tal controle à Corte Constitucional, por ocasião dos casos concretos que eles estejam obrigados a julgar.<sup>132</sup>

É necessário, contudo, opor restrições à visão do autor, apresentando a nossa discordância em relação ao posicionamento esposado. Ora, é forçoso pensar que há uma notável aproximação. Há uma superficial convergência em meio a tantas oposições entre os dois sistemas. Esta é uma ligeira semelhança, posto que, embora haja a forma incidental em ambos sistemas, o ponto crucial e central, no

---

<sup>131</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2005. p. 114 *et seq.*

<sup>132</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*. 1992. p. 110.

nosso entender, é a competência para realizar o controle. E continua de forma clara a oposição entre estes dois sistemas, vez que o controle continua difuso no modelo americano e concentrado no austríaco. A semelhança quanto ao aspecto formal incidental, por si só, não é suficiente para caracterizar uma notável aproximação.

### 3. O efeito dos pronunciamentos de inconstitucionalidade

No sistema americano, devido à própria teoria que o sustenta, conforme visto *supra*, a lei contrária a Constituição é considerada absolutamente nula e ineficaz. Assim, o juiz ao exercer o controle não anula a norma, mas simplesmente declara uma pré-existente nulidade. Parte-se do raciocínio que uma norma contrária à Constituição não pode sequer ser norma. Portanto, ela, em tese, nunca esteve presente no ordenamento jurídico. Desta forma, a sentença tem natureza meramente declaratória, sendo que a decisão retroage até a publicação da norma, operando os efeitos *ex tunc*, ou seja, desde sempre. A eficácia ainda é verificada em relação aos sujeitos envolvidos, sendo *inter partes*, isto é, limita-se ao caso concreto posto em juízo e decidido entre as partes.

Importante ressaltar, como muito bem nos ensina José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, que o sistema americano possui características inerentes ao modelo da *common law*. Os cidadãos e as organizações privadas possuem a possibilidade de interpretação da constituição e formulação de normas jurídicas, plausíveis pela existência da técnica analítica do *stare decisis*, conforme se depreende desta breve passagem:

As autoridades públicas nos Estados Unidos, não apenas do Poder Judiciário, têm legitimidade para interpretar a Constituição. Isto significa a possibilidade, por exemplo, do Presidente deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional. No mesmo sentido, os governadores dos estados.

Por seu turno, o cidadão norte-americano, (...), têm o direito, mas não somente, tem o ônus de interpretar a Constituição.

De fato decorre a possibilidade do cidadão, assim como as autoridades públicas, desconsiderar a norma que reputa como inconstitucional.<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Efeitos do pronunciamento judicial de inconstitucionalidade no tempo. *Cadernos da Pós Graduação*. 1995. p. 63.

Não se poderia falar em eficácia e efetividade da existência do efeito *ex tunc* no modelo americano se a coercibilidade da norma rigorosamente impelisse a sociedade a cumpri-la, mesmo sendo inconstitucional, até que a Suprema Corte declarasse a sua discordância com a Constituição.

Já no sistema europeu, novamente em sentidos opostos, a decisão da Corte Constitucional anula uma lei, que é eficaz e válida até o pronunciamento da Corte. Não declara simplesmente a nulidade, mas anula a norma. A sentença tem natureza, portanto, constitutiva da invalidade das leis que contrastam a Constituição. Quanto à eficácia, ao contrário, opera efeitos *ex nunc*. Ressalte-se que “*sin perjuicio de que únicamente el Tribunal Constitucional pueda eliminar del sistema, siempre ex nunc, como hemos notado, las leyes supuestamente incompatibles con la Constitución*”<sup>134</sup>. Pode ser estipulado, até mesmo, prazo para que expire a vigência da lei declarada inconstitucional. E é *erga omnes*, uma vez que é analisada de forma geral e abstrata, valendo para todos.

En este punto cabe afirmar que la tendencia general de la época es la atribución de efectos *ex nunc* o *pro futuros* a las declaraciones de inconstitucionalidad, sobre la base – ello va implícito en el “sistema europeo” – de que se trata de efectos generales o *erga omnes*. Absolutamente consecuente, sin embargo, sólo aparece el ordenamiento austriaco, quien habla expresa e inequívocamente de “derogación” e incluso admite una “vacatio” primero de seis meses, luego de un año, para la entrada en vigor de dicha derogación.<sup>135</sup>

O sistema austríaco, conforme concebido originariamente, demonstrou fragilidade neste ponto. Acontece que com a revisão constitucional de 1929, conforme visto *supra*, legitimaram-se dois tribunais superiores a consultarem a Corte acerca da constitucionalidade de lei por via incidental. Considerando que no modelo tradicional austríaco não havia possibilidade de geração de efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos, chegamos a um embaraço, pois as questões levantadas perante a Corte Constitucional de forma incidental, logicamente, tratavam de fatos ocorridos no

<sup>134</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 2001. p. 132.

<sup>135</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. 1987. p. 416.

passado. Como ficaria a decisão, então, da Corte Constitucional quanto a estes casos? “De tudo isso resultaria a conseqüência, perfeitamente lógica e coerente em teoria, mas, evidentemente, absurda e inaceitável na prática”<sup>136</sup>.

Para resolver esta situação, a reforma do sistema austríaco de 1929 admitiu que, de acordo com a necessidade do caso concreto, pudesse ser gerado o efeito *ex tunc*. A Alemanha, que aprimorara o sistema austríaco em relação ao aspecto formal, não deixou de avançar também quanto aos efeitos dos pronunciamentos. Buscou um meio termo para os radicalismos das teorias clássicas, tanto a americana como a austríaca.

Da mesma forma que as exigências práticas forçaram o sistema europeu a se adaptar, o mesmo aconteceu no sistema americano. Os Estados Unidos foram obrigados a atenuar a sua rígida doutrina da eficácia *ex tunc*. Afinal, é plenamente concebível que uma lei considerada válida por muito tempo tenha gerado efeitos válidos e, posteriormente, seja considerada inconstitucional. Desta forma, todos os atos, públicos ou privados, como contratos ou atos administrativos que tenham se fundado nessa lei estariam destituídos de uma base legal. Porém, pode ser que, por exemplo, um concurso público baseado nesta lei, que gerou a contratação de servidor, que por muito tempo executou bem suas funções, seria destituído do cargo. Isso geraria uma enorme insegurança jurídica, vez que se anularia, a qualquer tempo, atos considerados posteriormente inconstitucionais, mesmo já tendo gerado diversos e complexos efeitos. Para evitar este problema, a moderna interpretação constitucional americana tem considerado que em certos atos, mesmo em matéria administrativa, devam ser respeitados os efeitos já consolidados.

Portanto, se percebe que hoje não há mais os sistemas originários puros. Em todos os lugares, a experiência e a evolução da jurisdição constitucional tem demonstrado a necessidade de operar aproximações entre eles para que sejam resolvidos problemas de ordem prática e teórica.

#### **4. O Brasil: suas influências. um sistema complexo**

---

<sup>136</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*. 1992. p. 121.

A doutrina constitucional brasileira tradicionalmente sofreu fortes influências do direito norte-americano. Nos idos de 1891, com a promulgação da primeira Constituição republicana, o Brasil adotou um sistema difuso de controle de constitucionalidade e concebeu um Supremo Tribunal nos moldes da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Durante a primeira metade do século XX o constitucionalismo brasileiro, com seus acertos, desacertos e dificuldades próprias, seguiu em estreita conexão à doutrina norte-americana. Neste momento, o pensamento liberal predominava no debate político e constitucional. Porém, a realidade do Brasil levou a uma transformação notável. Em 1965 foi mesclado o sistema de controle de constitucionalidade, passando a conviver em conjunto os sistemas difuso e concentrado. Percebe-se, aqui, uma aproximação com a doutrina européia.

Nos anos oitenta e noventa, um novo pensamento constitucionalista surge com uma força extraordinária no Brasil, buscando um fundamento ético para a ordem jurídica e a efetividade do sistema de direitos assegurado pela nova Constituição de 1988. A dignidade da pessoa humana e a solidariedade social são os fundamentos dessa nova corrente, comprometida com uma ordem jurídica que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta.

Os constitucionalistas comunitários<sup>137</sup> se contrapõem à idéia de Constituição como um sistema fechado de direitos na proteção de um indivíduo contra o poder público inimigo, defendendo uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem hoje uma dimensão objetiva em função da integração dos indivíduos no processo político comunitário e da ampliação do chamado espaço público. Ao sistema fechado de garantias da autonomia privada, eles opõem a idéia de constituição aberta, que enfatiza os valores do ambiente sociocultural da comunidade.<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2004.

<sup>138</sup> Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2004. p. 16.

Nesta esteira, somente através do aperfeiçoamento dos preceitos constitucionais por meio de uma sociedade aberta de intérpretes<sup>139</sup> é que se pode alcançar os objetivos e fins constitucionais.

Não é difícil perceber, portanto, que o constitucionalismo brasileiro é bastante influenciado pelo pensamento constitucional alemão, português e espanhol, especialmente pelos debates travados por ocasião dos processos constituintes que resultaram nas Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978).

A influência das Constituições portuguesa e espanhola foi tão significativa no processo constituinte brasileiro que vários artigos da constituição de 1988, especialmente os que se referem ao sistema de direitos, são cópias literais dos artigos daquelas Constituições. Os trabalhos de José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda e José Carlos Vieira de Andrade, em Portugal, e Pablo Lucas Verdu e Antonio Enrique Pérez Luño, na Espanha, influenciaram decisivamente o pensamento constitucional brasileiro contemporâneo.<sup>140</sup>

As propostas concretistas também merecem destaque nessa nova ordem constitucional, desde o método tópico-problemático proposto por Viehweg, passando pelo científico-espiritual de Smend, até os métodos hermenêutico-concretizadores de Hesse e Häberle ou normativo-estruturante de Müller.

Portanto, sob essas influências multifacetadas, e centrados nos problemas específicos e peculiares do Brasil, os constitucionalistas brasileiros construíram um sistema misto de controle de constitucionalidade, cuja complexidade deriva da adoção de institutos de sistemas jurídicos inicialmente opostos.

O sistema brasileiro de controle acabou por se tornar híbrido ou misto, pois mescla características e institutos dos dois sistemas analisados acima. No entanto, um sistema misto de controle de constitucionalidade não é uma particularidade brasileira.

No Brasil, há a previsão de um controle jurisdicional difuso, incidental, por via de exceção, com eficácia *inter partes*. Trata-se da competência dos juízes singulares de analisar a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo

---

<sup>139</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. 2002.

<sup>140</sup> Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2004. p. 22.

diante de um caso concreto. E, concomitantemente, há também o controle concentrado, abstrato ou em tese, principal, por via de ação, com eficácia *erga omnes*. Aqui estamos diante da argüição de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que julgará a ação originária cujo objetivo é discutir a inconstitucionalidade de forma geral, desvinculada de um caso concreto.

## 5. Os precedentes vinculantes e o Brasil

O efeito vinculante no Brasil é decorrência da jurisdição constitucional concentrada. Em 1993, a Emenda Constitucional n. 03 trouxe para o Brasil a ação declaratória de constitucionalidade, e, junto com ela, o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal. Em 1999 entrou em vigor a Lei 9868, que trouxe a novidade do artigo 28, parágrafo único, que diz que as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

A reforma do judiciário, materializada através da EC n. 45, de 2004, trouxe novamente a previsão do efeito vinculante na ADI e ADC, agora com eficácia constitucional para ambas as ações. A grande inovação, contudo, foi a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmulas com efeito vinculante. Neste momento, saímos do controle concentrado e vamos tratar do controle difuso. Afinal, este instituto traz a proposta de coerência para a jurisdição difusa. Após amplamente discutida uma questão pelos juízes e tribunais, chegando ao STF já como uma matéria amadurecida pelo judiciário como um todo, poderá o Supremo filtrar o debate e garantir que a lei será igualmente aplicada a todos os cidadãos.

É neste momento que a jurisdição constitucional pode ser encarada como uma forma eficaz de garantir o princípio da igualdade, sobretudo na aplicação da lei. O manejo de precedentes constitucionais pode se tornar uma forma eficaz de garantir não só coerência, mas também igualdade.

Um trabalho cuja proposta perpassa a discussão sobre coerência na aplicação da lei não pode se furtar a enfrentar o tema precedente. Mas o que é

precedente? Qual sua função? Como deve ser utilizado? Possui força normativa? Caso positivo, qual seu grau? O que constitui um precedente e quais são suas características? Como se altera um precedente?

Obviamente, é através de sua correta aplicação que os precedentes constitucionais poderão ser capazes de proteger o direito de igualdade e garantir a aplicação igualitária da lei.

## CAPÍTULO IV – A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS

### 1. Uma advertência necessária

Um leitor assíduo de trabalhos de *common law* poderia facilmente concluir pela divisão, mesmo que didática, entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, dependendo da natureza da decisão e seus fundamentos. Também é relevante estabelecer a distinção entre precedentes vinculantes e persuasivos, considerando-se a hierarquia do órgão jurisdicional que profere a decisão.

Já em sede de direito continental, ou *civil law*, não há uma preocupação demasiada da ciência jurídica com tal diferenciação, vez que a segregação proposta careceria de aplicação prática, pelo menos *a priori*. Mas será que esta assertiva possui fundamento, ainda nos dias de hoje?

A aproximação constante entre as famílias de direito é uma realidade, de forma que institutos de *civil law* estão cada vez mais presentes na estrutura jurisdicional de países que adotam o *common law*. A recíproca também pode ser considerada como verdadeira. Tal fato é uma realidade na Inglaterra, berço do *common law*, bem como em todo o *commonwealth*, que a cada dia necessita dar uma maior atenção à interpretação de leis escritas (*statutes*), pois sua abrangência é cada vez mais expressiva. Estamos longe de testemunhar o fim da *common law*, mas o que ocorre é que a preocupação com a *statutory interpretation* se torna cada vez mais presente na vida dos juristas ingleses.

Também países que adotam o *civil law* têm a cada dia incorporado novos institutos provenientes do *common law*. Forte exemplo é a forma com que os países da Europa continental têm se dedicado à aplicação de precedentes judiciais, especialmente desde a segunda metade do século passado. Esta tendência, no Brasil, não poderia ser diferente.

Alcoforado, contudo, tece severas críticas à importação de modelos estrangeiros para o Brasil, atribuindo ao colonialismo cultural o freio capaz de impedir que “soluções caboclas sejam empregadas e se expressem”<sup>141</sup> em nosso país.

Não podemos negar a seriedade da questão levantada pelo autor, que está ligada inclusive à questão da identidade cultural, educacional e intelectual do país. Mas também não podemos concordar *a priori* com tal posicionamento, vez que traz implícito um discurso nacionalista mais adequado a outros momentos históricos<sup>142</sup>.

De forma mais ponderada, nos é fornecida a seguinte restrição:

aos brasileiros impõe-se grande cuidado na adoção de institutos estrangeiros, porque ou caímos na imitação inajustável às nossas características, ou, em nome do aperfeiçoamento de soluções alienígenas, acabamos tendo de engolir alguns estelionatos doutrinários praticados pelos adaptadores nacionais.<sup>143</sup>

Não podemos desconsiderar a experiência internacional, pois se assim procedêssemos estaríamos negando os avanços e os erros outrora cometidos alhures. Não é razoável abandonar a rica troca de experiências, pois senão teríamos que, a todo momento, “reinventar a roda”. O que se deve ter é o cuidado de não copiar fórmulas, mas de aproveitar as experiências e adaptá-las à realidade do Brasil por meio de técnicas científicas sérias e capazes de propiciar esse ajuste. Neste sentido, está a quase totalidade dos comparatistas.

Marc Ancel afirma que as influências legislativas entre os países é deveras natural. Demonstra de forma descritiva como o empréstimo legislativo foi utilizado desde a Grécia antiga até os dias atuais<sup>144</sup>. Porém, é necessário pontuar

---

<sup>141</sup> ALCOFORADO, Luis Carlos. Súmula vinculante. *Revista dos Tribunais*, a. 90, v. 783, jan. 2001. p.43

<sup>142</sup> Afinal, se assim o considerarmos de forma isolada, estaríamos envolvidos à discussão sobre o papel de cada país que, justamente por uma leitura radical durante o séc. XIX do embrionário conceito de soberania nacional, culminou nas grandes mazelas do séc. XX, especialmente nas duas Guerras Mundiais. Atualmente, deve-se ter uma visão de soberania como cooperação e inter-relação entre os países, o que inclui, entendemos, a troca de experiências na área científica.

<sup>143</sup> RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. 4, n. 16, jul./set. 1996. p. 30.

<sup>144</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. 1980. p. 75.

que a recepção global de direitos, sobretudo de sistemas jurídicos intimamente divergentes, é capaz de gerar dificuldades de aplicação que não podem ser olvidadas pelo jurista.

Lyra Tavares afirma que o direito brasileiro sempre recorreu ao direito comparado, tanto pela via da colonização portuguesa como pela via da recepção voluntária, após a independência<sup>145</sup>.

O próprio Saulo Ramos, que outrora nos apontava restrições, mais adiante esclarece que “nossos problemas são problemas nossos, a experiência estrangeira deve ser estudada e não imitada”<sup>146</sup>.

Portanto, em maior ou menor grau, diante dessa realidade de inter-relação entre as famílias do direito, há necessidade de trabalharmos conceitos com uma maior seriedade em *terrae brasilis*, cuja influência do *common law* é inegável, posto que sua aplicação possui uma evolução histórica milenar e não será corretamente compreendida se não retirarmos as vendas do preconceito. Devemos entender e compreender o seu funcionamento original para que, a partir daí, possamos construir uma aplicação nacional condizente com as peculiaridades de nosso ordenamento jurídico, ou seja, realizar o que os comparatistas chamam de aclimatação<sup>147</sup>.

Foi sobretudo após a Segunda Guerra Mundial que pesquisadores se debruçaram com maior afinco a fim de estabelecer comparações ou divergências entre o *common law* e o *civil law*<sup>148</sup>. Contudo, denota a pesquisadora carioca<sup>149</sup> que Montesquieu já havia se debruçado sobre o tema, advertindo, no entanto, que a realizara sob o prisma da ciência política e não do direito constitucional, o que a despia de caráter jurídico.

---

<sup>145</sup> TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. *Revista de Ciência Política*, v. 33, n. 1, nov. 1989/jan. 1990. p. 56.

<sup>146</sup> RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. 4, n. 16, jul./set. 1996. p. 30.

<sup>147</sup> Cf. TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 14, jan./jul. 1999. p. 102.

<sup>148</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. 1980. p. 73.

<sup>149</sup> TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Paralelismos na construção do direito romano clássico e do direito inglês. 1999. p. 68.

Portanto, não podemos deixar de perceber que no Brasil, país cuja tradição remonta à família romano-germânica, tal situação não é diferente. Há muito as influências de institutos de *common law* em nosso ordenamento jurídico são reais e merecem ser tratadas com seriedade e rigor científico.

Luiz Flávio Gomes é defensor da tese, afirmando que

Do mesmo modo como o direito da *common law* está se transformando em direito escrito (*statutes law*), da mesma maneira, também o sistema da *civil law* vem emprestando relevância ao precedente cada vez com maior intensidade. As duas grandes famílias jurídicas (anglo-norte-americana e romano-germânica) estão se aproximando a cada dia. O que comprova, mais uma vez, que a virtude está no meio.<sup>150</sup>

Contudo, merece destaque, é importante lembrarmos que embora a similitude e a proximidade vistas como inerentes aos sistemas jurídicos, não podemos esquecer que existem diferenças estruturais e que estas não podem ser ignoradas, a fim de se evitar a falácia da apropriação de institutos sem a devida adequação à sua aplicação no Brasil. Assim, é fundamental que a presente investigação considere a necessidade de aclimatação dos institutos comparados.

## **2. Outra advertência impositiva: entendendo a natureza do outro**

Para que a leitura de institutos estrangeiros possa ser realizada a contento, e para que sejam bem compreendidos, há que se investigar o contexto no qual os conceitos são deduzidos. Para que a seqüência seja proveitosa, precisamos primeiramente assentar as diferenças na tradução de alguns termos do direito inglês.

No Brasil o vocábulo jurisprudência é utilizado para retratar as decisões reiteradas e pacíficas dos tribunais que, após ampla discussão nas vias recursais, firmam entendimento acerca da melhor compreensão sobre a aplicação da lei. Estas

---

<sup>150</sup> GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 739, maio 1997. p. 36.

decisões possuem, quase sempre, força persuasiva (*persuasive force*) e quase nunca vinculante (*binding force*), justificadas no respeito às decisões dos Tribunais de hierarquia superior. Da mesma forma, o termo jurisprudência é assim aplicado nos demais países da família jurídica de *civil law* como, p.ex., França, Alemanha, Argentina, Itália, Chile, Espanha, Portugal, dentre outros.

Em inglês, por outro lado, o vocábulo *jurisprudence* não possui o mesmo significado acima mencionado, mas significa o que na epistemologia jurídica internacional se conhece como *ciência do direito*, *teoria geral do direito*, ou ainda *filosofia do direito*. Para os juristas ingleses o que nós chamamos de jurisprudência é por eles chamado de *case law*.

Portanto, para que sejam evitados equívocos desagradáveis e desnecessários, é importante frisar que aqueles que têm a língua de Shakespeare como vernáculo se utilizam de termos que devem ser cuidadosamente traduzidos para a língua pátria.

Já o termo *common law* pode ser entendido de três formas distintas: como direito comum, que unificou a Inglaterra em oposição às jurisdições senhoriais na idade média; como tipo de processo, próprio dos tribunais reais, que contrasta com o processo de *equity*, próprio dos tribunais de chancelaria; ou como sistema jurídico anglo-americano.

### **3. Decisão judicial e precedente judicial**

Se se pretende adentrar no universo do direito de Westminster, entendendo sua mecânica processual, é preciso ter em conta a seguinte premissa: suas bases estão assentadas no instituto do precedente judicial (*judicial precedent*), também chamado de precedente jurisprudencial ou simplesmente precedente.

É bastante variável a aplicação do termo precedente. Conforme lembra Geoffrey Marshall, o termo possui três utilizações básicas, que ele relaciona com o que denomina de “senso do advogado”, “senso do juiz” e “senso do pesquisador ou

crítico<sup>151</sup>. De acordo com o senso do advogado, o termo é normalmente utilizado para retratar o uso de um conjunto de decisões pretéritas, em um processo, sem maiores considerações ou análises, cuja importância alega ser grande. Já o senso do juiz enxerga os precedentes como a descrição do resultado ou do julgamento de uma ou mais decisões particularmente analisadas, que considera serem relevantes. E, através do senso do pesquisador ou crítico, o termo pode ser usado como a busca por uma regra ampla, ou por um posicionamento tomado por determinado Tribunal, que a decisão de um caso específico teve a importância de substantivar ou indicar.

Independente da forma com que será visto, é quase impossível conceber um sistema jurídico em que os precedentes não desempenhem nenhum papel<sup>152</sup>. Evidentemente que em alguns países a força do precedente é maior ou menor que em outros.

Há, portanto, a necessidade imperiosa de diferenciar decisão judicial de precedente judicial. É que nem toda decisão constitui um precedente, na medida em que estes somente se constituem se houver a criação de um *princípio jurisprudencial* aplicável a situações posteriores que guardem similitude com o caso anterior. Somente assim poderá uma decisão ser invocada como precedente. Caso contrário, não terá o condão de servir de modelo (seja obrigatório, seja informativo) para casos subsequentes.<sup>153</sup>

E a aplicação de um precedente não é automática, como pode imaginar o desavisado. Há toda uma técnica cuja complexidade impressiona o estudioso da matéria, conforme veremos a seguir. Duro Moreno nos ensina que “quienquiera que proclame, en público o en privado, que *todas las sentencias dictadas por los tribunales de Inglaterra y Gales se transustancian de manera automática en precedentes vinculantes o no está bien informado o se equivoca de parte a parte*”<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> MARSHALL, Geoffrey. *What is Binding in a Precedent*. 1997. p. 503.

<sup>152</sup> ZANDER, Michael. *The law making process*. 2004. p. 215.

<sup>153</sup> Neste sentido, ver o caso *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes*, 1959 AC 743, julgado pela Câmara dos Lordes, e citado por CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 2004. p. 40.

<sup>154</sup> DURO MORENO, Miguel. *Introducción al derecho inglés: la traducción jurídica inglés-español y su entorno*. 2005. p. 227.

#### 4. Precedente com efeito persuasivo e coercitivo

Os precedentes possuem força variável, de acordo com sua aplicação. Podem ter efeito coercitivo, obrigatório ou também chamado de vinculante, como também podem servir de meio de persuasão ou mera informação sobre o entendimento do tribunal sob determinado tema.

Há quem entenda que os graus de autoridade dos precedentes se subdividem em três classes: os de primeiro grau (primeira instância), que apresentam *auctoritas* simples ou primária; os de segundo grau, com *auctoritas* média ou secundária; e os de terceiro grau ou constitucional, cuja *auctoritas* é plena ou absoluta<sup>155</sup>.

Blackstone, cujas idéias se mostraram fundamentais para o desenvolvimento da *common law* inglesa no século XVIII, realça o aspecto vinculante dos precedentes ingleses na medida em que defende que eles devem ser sempre seguidos, a menos que terminantemente absurdos ou injustos<sup>156</sup>. No mesmo sentido, nos ensina Cross e Harris que “*the peculiar feature of the English doctrine of precedent is its strongly coercitive nature*”<sup>157</sup>.

Tércio Sampaio afirma que “o sistema romanístico, em oposição ao anglo-saxônico, caracteriza-se pela não-vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisão”<sup>158</sup>. Em regra, no Brasil o precedente judicial não possui efeito vinculante, ou seja, não é obrigatório.

#### 5. Precedentes de natureza declaratória e constitutiva

---

<sup>155</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Direito judicial, jurisprudencial e sumular. *Revista de Processo*, a. 20, n. 80, out./nov. 1995. p. 211.

<sup>156</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. 1979. v.1 p. 70.

<sup>157</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 2004. p. 4.

<sup>158</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2003. p. 245.

Os precedentes judiciais, além de possuírem efeitos persuasivos e obrigatórios, poderão ser diferenciados entre aqueles que *declaram* um determinado entendimento ou princípio jurisprudencial e aqueles que *constituem* um novo rumo para a jurisprudência.

No primeiro caso, a decisão é tomada porque o entendimento jurisprudencial já existe. No segundo, a decisão é capaz de constituir um novo entendimento ou princípio jurisprudencial. Obviamente, os precedentes declaratórios são muito mais comuns que os constitutivos. No entanto, apesar dos precedentes constitutivos existirem em menor número, são muito mais importantes que os demais. Afinal, são os responsáveis pela evolução no entendimento dos tribunais, existindo apenas quando a aplicação das leis estiver sofrendo sérios desencontros no tocante à igualdade das pessoas.

## **6. Circunstâncias fáticas e teses jurídicas**

Toda decisão judicial traz em si a aplicação de uma ou mais normas jurídicas a determinadas circunstâncias fáticas. Ao decidir o juiz estará sempre considerando as circunstâncias fáticas que permeiam a causa, de início, para somente depois buscar no direito a solução do caso.

O ato de julgar é o ato de elencar as circunstâncias fáticas. Será com base nestas circunstâncias que o julgador irá buscar o enunciado lingüístico que melhor se adequa às particularidades da causa, constituindo a norma que seja capaz de solucionar o caso concreto.

Suponhamos que uma empresa ajuíze uma ação de repetição de indébito tributário em face da União, pedindo a restituição de valores recolhidos indevidamente a título de imposto de renda. Dentre as circunstâncias fáticas, podemos averiguar qual é o ramo de atividade da empresa, quando foi recolhido o imposto, quem efetuou o pagamento, se o contribuinte pode ser enquadrado no simples e, em caso positivo, se ele é optante. Porém, nem todas as circunstâncias serão importantes para a solução do caso. O fato de a empresa estar sediada em

Belo Horizonte ou no Rio de Janeiro, *a priori*, não será relevante para se discutir a hipótese de incidência do imposto de renda. Mas poderá ser no caso de haver alguma isenção territorial. O que o juiz terá de fazer é dizer quais os fatos são relevantes para a solução do caso concreto. Cabe ao julgador considerar se o ramo de atividade da empresa ou sua localização é importante, p.ex.

Somente após indicar quais os fatos considera relevantes, é que o juiz passa a discutir a tese jurídica que solucionará o caso. Não é possível inverter essa ordem, pois são as circunstâncias fáticas que irão indicar qual a tese jurídica que melhor resolve a questão. Obviamente pode haver discussão em relação à melhor interpretação ou à norma que melhor se aplica ao caso, ou seja, em relação à tese jurídica.

Portanto, é imprescindível investigar a natureza dos fatos que permeiam a causa para saber se a tese jurídica outrora decidida é aplicável ao caso em análise, ou seja, se um precedente poderá ser invocado para a solução do caso concreto que está sendo decidido.

### **7. *Ratio decidendi* e *obiter dictum***

A despeito de uma similaridade básica no que tange ao conceito de *ratio decidendi*, o que se percebe é que há uma singela divergência entre os autores, capaz de denotar que sua definição não é simples de ser traçada como pode parecer, pois possui variantes.

Michael Zander define *ratio decidendi* como uma proposição acerca do direito capaz de decidir o caso concreto, com base no contexto dos fatos<sup>159</sup>. Assim, qualquer parte da fundamentação que não servir de base para a decisão, desde que cuidadosamente analisada, será *obiter dictum*.

---

<sup>159</sup> ZANDER, Michael. *The law making process*. 2004. p. 269.

De acordo com Austin, a *ratio decidendi* deverá ser composta pela parte da decisão que é necessária à solução da controvérsia, ou seja, “*in other words, it must not be obiter dictum*”<sup>160</sup>.

Somente aquilo que o juiz considera estritamente necessário para tomar sua decisão é capaz de formar a *ratio decidendi*<sup>161</sup>, esta consistindo apenas na fundamentação elegida para justificar a aplicação da lei ao caso concreto.

Salmond ensina que a *ratio decidendi* é a parte da decisão que pode ser abstraída do caso concreto e aplicada de forma genérica a casos posteriores, criando, assim, um princípio jurisprudencial<sup>162</sup>.

Geoffrey Marshall entende que a *ratio decidendi*, considerada como sendo a relação a ser verificada entre uma decisão oficial e os fatos nela apreciados, pode ser:

- 1 um princípio jurisprudencial ou uma decisão tomada com base nos fatos materialmente relevantes que uma corte anterior explicitamente declara ou acredita estar ela mesma estabelecendo ou seguindo; ou
- 2 uma decisão tomada com base nos fatos relevantes que uma corte anterior (quando a decisão é analisada) está, de fato, estabelecendo ou seguindo; ou
- 3 uma decisão tomada com base nos fatos relevantes que uma corte anterior deveria corretamente (em vista do direito existente, fatos e precedentes) estabelecer ou seguir<sup>163 164</sup>.

A escola do realismo norte-americano, na visão de Marshall, procurou reduzir a noção de *ratio decidendi* simplesmente àquilo que os Tribunais posteriores consideravam como sendo a *ratio*, quando chamados a interpretar decisões pretéritas para aplicá-las aos casos em análise. Considerando a visão do realismo,

<sup>160</sup> AUSTIN, John. Jurisprudence. *apud* GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. 1930, p. 161.

<sup>161</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 2004. p. 40.

<sup>162</sup> SALMOND, John W. *The Theory of Judicial Precedents*. In: BREWER, Scott. *Precedents, statutes, and analysis of legal concepts*. 1998. p. 226 *et seq.*

<sup>163</sup> MARSHALL, Geoffrey. *What is Binding in a Precedent*. 1997. p. 506.

<sup>164</sup> Tradução livre do seguinte trecho:

1 a rule of law or a ruling in the light of material facts that a prior court explicitly declares or believes itself to be laying down or following; or

2 a ruling in the light of material facts that a prior court (when the decision is analysed) is, as a matter of fact, laying down or following; or

3 a ruling in the light of material facts that a prior court ought properly (in view of the existing law, facts and precedents) to be laying down or following

materializada pelos dizeres de Jerome Frank, Marshall elenca três novas possibilidades que a *ratio decidendi* pode ser:

4 uma decisão que uma corte ou cortes subseqüentes dizem que uma corte anterior acreditou que estava estabelecendo com base nos fatos materialmente relevantes; ou

5 uma decisão que uma corte ou cortes subseqüentes dizem que uma corte anterior estava estabelecendo ou seguindo com base nos fatos materialmente relevantes; ou até mesmo

6 uma decisão que uma corte ou cortes posteriores deveriam (na análise correta dos doutrinadores) ter dito que uma corte estava estabelecendo ou seguindo com base nos fatos materialmente relevantes<sup>165 166</sup>.

Não é fácil estabelecer qual é a *ratio decidendi*, nem tampouco diferenciá-la do que seja *obiter dictum*. Já advertia o professor espanhol, estudioso do sistema inglês, que “*lo más llamativo de estas palabras de carácter decisorio es que no están identificadas con la etiqueta recién referida – ratio decidendi –, sino, antes bien, inmersas en un océano verbal del que han de ser rescatadas más tarde por un juez diferente del que las haya pronunciado*”<sup>167</sup>. Não obstante a dificuldade, somente a diferenciação entre esses dois institutos é capaz de fornecer, com clareza, os meios necessários para uma boa e correta aplicação dos precedentes judiciais. Portanto, é necessário saber como se determina a *ratio decidendi*.

## 8. Como se determina a *ratio decidendi*?

Pouca atenção tem sido dada, nos sistemas de tradição romano-germânica em que as Leis e os códigos constituem a fonte primária do direito, para a

<sup>165</sup> MARSHALL, Geoffrey. *What is Binding in a Precedent*. 1997. p. 506.

<sup>166</sup> Tradução livre do seguinte trecho:

4 a ruling that a subsequent court or courts say that an earlier court believed itself to be laying down in the light of material facts; or

5 a ruling that a subsequent court or courts say that an earlier court was laying down or following in the light of material facts; or even

6 a ruling that a later court or courts ought (on a proper analysis by legal scholars) to have said that an earlier court was laying down or following in the light of material facts.

<sup>167</sup> DURO MORENO, Miguel. *Introducción al derecho inglés: la traducción jurídica inglés-español y su entorno*. 2005. p. 228.

diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*<sup>168</sup>. Embora a observação provenha de estudos de Oxford, através da pesquisa comparada de um professor Inglês, cujas letras poderiam estar aprisionadas ao sistema de *common law*, percebe-se que sua visão de nosso sistema, nesse ponto, possui acuidade bibliográfica. Afinal, entre nós há uma grande escassez de trabalhos que tratam com profundidade sobre precedente judicial, de forma que padecemos, sobretudo na literatura brasileira, da falta de uma teoria geral dos precedentes. Fato é que, entre nós, não há uma teoria desenvolvida e amplamente discutida nos fóruns acadêmico e jurisprudencial, muito embora sua aplicação prática seja rotineira e massivamente utilizada pelos Tribunais e operadores do direito. O debate está restrito a um viés pragmatista, vez que se desenvolve sobre temas pontuais e exclusivamente para dar solução a específicos problemas concretos.

No entanto, os aspectos que rondam a teoria do precedente têm despertado cada vez mais curiosidade e assumido um papel de crescente importância no cenário mundial e também em nossa *terrae brasilis*. Dessa forma, é necessário reconhecer esforços cada vez maiores no sentido de construir uma teoria brasileira dos precedentes, com rigor metodológico e científico.

Esse crescente interesse no momento é natural, pois se antes da EC n.3, de 1993, os precedentes no Brasil não possuíam autoridade formalmente vinculante. A atenção tem se tornado cada vez mais voltada para o tema, sobretudo após a edição das Leis 9868/99 e 9882/99, culminando com a promulgação da EC n. 45 em 2004.

Se antes era descabido diferenciar o elemento vinculante de decisões, porque não existia formalmente a vinculação, agora é essencial. Vale lembrar que essa separação, entre o que é vinculante e o que é não-vinculante em uma decisão, está historicamente relacionada com a existência da prática formal do *stare decisis* e da subordinação hierárquica das Cortes<sup>169</sup>. Portanto, esta análise se torna agora essencial porque os precedentes vinculantes já são uma realidade na jurisdição constitucional brasileira<sup>170</sup>, através do efeito vinculante das decisões do Supremo

---

<sup>168</sup> MARSHALL, Geoffrey. *What is Binding in a Precedent*. 1997. p. 506.

<sup>169</sup> MARSHALL, Geoffrey. *What is Binding in a Precedent*. 1997. p. 510.

<sup>170</sup> O fato de a jurisdição constitucional brasileira incorporar o precedente com maior rigor não significa que exista uma prática de utilização do *stare decisis* em solo pátrio. Muito pelo contrário, o

Tribunal Federal em ADI e ADC, no controle concentrado, como também na jurisdição ordinária através do controle difuso, vez que é possível a edição de súmula com efeito vinculante proveniente de decisões de casos em sede de recurso extraordinário. Mas também é importante considerar que, mesmo sem sistematicidade teórica ou rigor científico, os operadores do direito e os Tribunais sempre se ativeram à análise de decisões anteriores, considerando-as úteis e/ou persuasivas para justificar casos posteriores, se atendo não à decisão como um todo mas a certos elementos dessas decisões.

É certo que mesmo na Inglaterra, berço da *common law* e propulsor da *commonwealth*, a elaboração de teorias sobre as particularidades da *ratio decidendi* somente foi possível a partir da segunda metade do século XIX, com a ampla reforma judicial ocorrida em 1873-1875 pelos *Judicature Acts*<sup>171</sup>, uma das mudanças estruturais por que passou o direito inglês na época, que foi marcada por transformações fundamentais em sua história<sup>172</sup>.

Apontado<sup>173</sup> como precursor desse processo, a distinção feita por Lord Mansfield, da Câmara dos Lordes, em *Fisher v. Prince* entre “razão e alma (sentido) dos casos” e a mera “letra de específicos precedentes”.

O conceito que nos é trazido pelos vários autores, conforme já visto, é inegavelmente de grande importância. Contudo, precisamos ter em mente que tanto a afirmação de Salmond, de que é preciso separar o efeito concreto da decisão de sua *ratio decidendi*, como a tentativa de Gray, de alertar que a fundamentação da decisão capaz de se tornar *ratio* deve ser a que dá a solução do caso, não passam de vagas generalizações<sup>174</sup>. As tentativas até aqui impingidas, a despeito de sua colaboração para a teoria dos precedentes, padecem de concreção prática. Afinal, deixam de responder à imprescindível questão que toma ponto central no debate: como é determinada a *ratio decidendi* de uma decisão?

---

que se verifica é que este instituto de *common law* não é sequer corretamente compreendido de forma adequada.

<sup>171</sup> Cf. MARSHALL, Geoffrey. *What is Binding in a Precedent*. 1997.

<sup>172</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2002. p. 377.

<sup>173</sup> Cf. MARSHALL, Geoffrey. *What is Binding in a Precedent*. 1997.

<sup>174</sup> GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. 1930, p. 162.

## 9. Separando os fatos

Conforme exposto acima, sir Arthur L. Goodhart não se contentou com a discussão travada e propôs, apoiado nas idéias de Wambaugh, que a teoria do direito fosse adiante e discutisse de forma clara os métodos pelos quais a *ratio decidendi* pudesse ser encontrada<sup>175</sup>. Apesar de seu viés reducionista, que aprisiona o intérprete através de um método silogístico, o trabalho de Goodhart foi fundamental e ecoou em todo o universo da *common law*, tornando-se referência no assunto entre autores ingleses, norte-americanos, australianos, etc. E não é para menos, pois os méritos logrados são respostas da comunidade jurídica ao esclarecimento de severas dúvidas na aplicação prática dos precedentes.

Suponhamos, p.ex., que uma editora foi condenada a retirar de circulação a obra de determinado autor. Primeiramente, é importante perquirir, o que aconteceu para que o livro tenha sido censurado? O autor X, de 48 anos, bispo religioso, escreveu um livro em 2006 defendendo a necessidade do extermínio dos judeus que vivem no Brasil. Alguns elementos são irrelevantes para determinar a *ratio decidendi* do caso. Aqui, é quase certo que o nome e a idade do autor, bem como a data e o local de publicação não agregam valor para a declaração do princípio jurisprudencial do caso. Mas e a profissão? E o conteúdo do livro? Interessa saber se as idéias do autor são discriminatórias ou racistas e disseminam o ódio? Bem, é exatamente a análise do conjunto de circunstâncias que permeiam o caso que vai propiciar a separação entre o que é relevante e o que é irrelevante.

Defende Goodhart que, primeiramente, na tarefa de descobrir a *ratio decidendi* de um caso, é importante que o jurista não se atenha apenas aos termos da fundamentação elaborada pelo juiz para basear sua decisão<sup>176</sup>. Embora a fundamentação da decisão seja um ponto relevante, talvez o mais importante deles, a sua análise não pode ser radical a ponto de levar em conta apenas o que está escrito. Afinal, alguns problemas sérios podem ser apontados.

---

<sup>175</sup> GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. 1930.

<sup>176</sup> GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. 1930, p. 164.

Uma decisão pode trazer ou não um princípio jurisprudencial, assumindo ou não um caráter de precedente. O Tribunal poderá julgar um caso tomando cuidado para que a motivação de sua decisão não pronuncie nenhum princípio jurisprudencial, se limitando a aplicar outros precedentes já estabelecidos. Neste caso, haverá a aplicação de outros precedentes, com base em uma *ratio decidendi* já estabelecida, e não a formação de uma nova *ratio*. Não é em qualquer decisão que veremos o surgimento de uma nova *ratio decidendi*, mas apenas naquelas em que fatos novos possuem o condão de estabelecer uma linha jurisprudencial. Em todos os demais, o que se verá é a aplicação de *ratios* anteriormente formadas aos casos semelhantes que são posteriormente submetidos à análise.<sup>177</sup>

Uma decisão também pode criar um princípio jurisprudencial forte, embora os termos utilizados na fundamentação não sejam precisos o suficiente. Aqui, embora a *ratio decidendi* seja categórica e clara, a motivação e o dispositivo da sentença ou do acórdão não fazem jus ao julgamento do caso. Afinal, a despeito de o princípio jurisprudencial criado seja correto e suficientemente forte, os termos da decisão são muito amplos.<sup>178</sup>

A fundamentação de uma decisão pode ser exagerada em relação à sua *ratio*, dizendo muito mais que o princípio jurisprudencial criado.<sup>179</sup>

Ou, pela via oposta, os termos da fundamentação de uma decisão podem ser bastante reducionistas em relação à *ratio* da decisão.<sup>180</sup>

Portanto, é mister a diferenciação entre a fundamentação de uma decisão e a *ratio decidendi*. Constitui erro grave confundir estes dois institutos, posto que a *ratio decidendi* não se embaralha com a decisão. Caso contrário, poderíamos incorrer nos equívocos demonstrados acima.

Na seqüência, observa Goodhart que o princípio jurisprudencial do caso não é, necessariamente, encontrado nem na fundamentação nem na norma invocada para decidir a questão<sup>181</sup>. Deve-se buscar outro método para determiná-lo.

---

<sup>177</sup> Neste sentido, ver *Oliver v. Saddler & Co.* (Câmara dos Lordes).

<sup>178</sup> *Rex v. Fenton e Regina v. Franklin* (Câmara dos Lordes).

<sup>179</sup> *Riggs v. Palmer* e *Lickbarrow v. Mason* (Câmara dos Lordes).

<sup>180</sup> *Barwick v. English Joint Stock Bank* e *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* (Câmara dos Lordes).

<sup>181</sup> GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. 1930.

Mas, importante questionar, isso significaria que se pode ignorar a fundamentação e buscar por conta própria a *ratio decidendi* nos fatos que permeiam o caso, independente daqueles utilizados pelo julgador para basear sua decisão?

Há uma corrente no direito norte-americano, representada por Oliphant que considera que a manifestação do juiz não é o mais importante, mas sim suas atitudes. Defende que um estudo do direito somente é verdadeiramente científico se o principal assunto a ser pesquisado considerar a forma com que os juízes decidem os casos e não a suas fundamentações<sup>182</sup>.

Ora, se assim o fizermos, como propõe a linha de pensamento de Oliphant, estaríamos nos transmutando em juiz, realizando um novo julgamento e desconsiderando a decisão do Poder Judiciário. Em uma análise macropolítica, seria a negação da autoridade do Poder Judiciário. Seria, portanto, um atentado à democracia e ao Estado Democrático de Direito.

O próprio Goodhart ataca a questão e critica essa teoria, afirmando que ela “possui o atrativo da simplicidade”<sup>183</sup>. De acordo com ele, não seria necessário analisar as complexas e longas motivações das decisões dos juízes, uma vez que somente os fatos e a conclusão seriam suficientes para Oliphant. Acontece que não é possível seguir esse conveniente curso, pois os argumentos de Oliphant são falíveis quando consideram que juízes baseam suas decisões através de premissas fixas, considerando que o conjunto de fatos é um fator constante. Somos compelidos a concordar com a crítica, afinal, de quais fatos estamos tratando? Os fatos postos à análise do judiciário não são constantes, mas relativos. Afinal, a resposta à pergunta ‘o que aconteceu?’ pode ser respondida de diversas maneiras, de forma sucinta ou detalhada<sup>184</sup>. Os diferentes níveis de generalidade ou de detalhamento na análise dos fatos dependerão da abordagem dada pelos intérpretes, de suas pré-compreensões e visões sobre o papel da Constituição. Não há uma única resposta para ‘o que aconteceu’, de forma que o mesmo conjunto de fatos pode ser entendido de forma completamente diferente por duas pessoas distintas. E descrever os fatos é selecionar características que parecem ser relevantes ao intérprete para o propósito a que se destinam (no caso, a decisão judicial).

<sup>182</sup> OLIPHANT *apud* GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. 1930, p. 162.

<sup>183</sup> GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. 1930. p. 168.

<sup>184</sup> MARSHALL, Geoffrey. *What is Binding in a Precedent*. 1997. p. 504.

Diante de um dado universo de fatos o juiz seleciona aqueles que considera importantes para a solução do caso, que são materialmente relevantes, e rejeita os que entende irrelevantes. A decisão é baseada através da escolha dos fatos pelo juiz, assim como ele os vê como relevantes ou irrelevantes. Desconsiderar a escolha do juiz é perder o ponto central do caso, pois seria ilógico cindir as circunstâncias materialmente relevantes, que foram consideradas para se chegar à conclusão, da própria conclusão, podendo-se alcançar um resultado arbitrário e deficiente<sup>185</sup>.

É essencial saber o que levou o julgador a considerar os fatos como relevantes, pois aqui está o cerne da busca pela *ratio decidendi*. Primeiramente, é imperioso separar os fatos materialmente relevantes que foram utilizados para dar embasamento à decisão. Não há, infelizmente, um conjunto de regras conclusivas para auxiliar nessa difícil empreitada. Trata-se de uma das mais complexas tarefas ao se analisar uma decisão, e será necessário utilizar a teoria da argumentação e a lógica para se chegar ao resultado pretendido. É tão importante separar os fatos relevantes como também o é destacar aqueles que são irrelevantes, pois, para se determinar a *ratio decidendi*, a exclusão é tão esclarecedora como a inclusão. Mas como será então desenvolvido esse labor?

Sempre ao comparar dois casos ou duas situações, e averiguar a adequabilidade da aplicação de um precedente a um caso novo, deve-se, necessariamente, fazer uma distinção entre as particularidades materialmente relevantes daquelas que são irrelevantes nos dois casos. Antes que uma decisão siga determinado precedente, é importante extrair da decisão anterior o que foi realmente decidido. E isso somente poderá ser feito através da análise da descrição de como os fatos ocorreram e, diante deles, o que foi decidido.

Uma vez elencados todos os fatos que permeiam a causa pela ótica do julgador, é importante proceder à triagem entre o que foi julgado como sendo materialmente relevante e o que foi considerado irrelevante pela decisão. Esta tarefa está revestida de grande complexidade, posto que a fundamentação pode carecer de suficiente clareza ao apreciar determinados fatos. Não obstante, Goodhart propõe alguns passos a serem percorridos para se descobrir quais fatos o juiz

---

<sup>185</sup> GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. 1930.

considerou relevantes e quais foram irrelevantes, para então se chegar à determinação da *ratio decidendi*.

1º. São presumivelmente irrelevantes as pessoas, tempo, local, tipo e quantidade, a menos que sejam declarados como relevantes na decisão. Tal presunção, ressalta-se, não é absoluta e deriva do princípio da igualdade. Uma vez que todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*, CR/1988), não importam quais são as pessoas envolvidas, se o fato ocorreu de dia ou de noite, se foi no Oiapoque ou no Chuí. É claro, repita-se, que a presunção de irrelevância de pessoas, local, tipo e quantidade é relativa. Afinal, se qualquer um desses fatos for constitutivo do direito em análise, deverão ser considerados e serão naturalmente reputados como relevantes pelo juiz.

2º. Os fatos apreciados em uma decisão são conclusivos e, portanto, não podem ser contraditados com aqueles constantes nos autos. Depois de transitada em julgado uma decisão, produzindo efeitos válidos, os fatos analisados pelo julgador incorporam a decisão e não podem ser rebatidos em relação àqueles constantes dos autos. Há necessidade de se respeitar a coisa julgada.

3º. Pode haver, como frequentemente ocorre, uma fundamentação que não verse sobre todos os fatos constantes na causa. É de se considerar que a omissão pode ter sido fruto de uma falha do juiz ao não prestar atenção a todos os fatos que envolvem a causa, ou por terem sido analisados e considerados por ele como irrelevantes. Somente as peculiaridades de cada caso poderão indicar qual das duas opções é a correta. Provavelmente, se as partes alegaram algum fato que não conste na decisão, essa é uma forte evidência de que sua omissão foi proposital, pois foi considerado irrelevante pelo julgador. Neste caso, por mais que o fato seja relevante, deverá ser entendido como irrelevante e não poderá ser usado como precedente.<sup>186</sup>

4º. Todos os fatos que o juiz entende serem irrelevantes devem ser tratados como tal.<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> *Dunlop Tyre Co. v. Selfridge & Co. e Fisher v. Oldham Corporation* (Câmara dos Lordes).

<sup>187</sup> *People v. Vandewater* (Suprema Corte dos Estados Unidos).

5º. Os fatos que foram implicitamente considerados como irrelevantes pelo juiz devem ser entendidos como irrelevantes. A dificuldade aqui é determinar se o juiz realmente considerou o fato irrelevante ou não. Mas, mesmo que as razões do julgador sejam incorretas ou que sua análise seja “singela”, a fundamentação nos indicará sob quais fatos ele baseou sua conclusão. Devemos, no entanto, tomar cuidado para não fazer uma análise prematura, pois a falta de ênfase a um fato, por si só, não significa que ele foi considerado irrelevante.<sup>188</sup>

6º. Todos os fatos que foram explicitamente considerados como materialmente relevantes pelo juiz devem ser entendidos como relevantes.

7º. Se a fundamentação não distingue os fatos relevantes dos irrelevantes, então todos eles devem ser considerados relevantes. Como conseqüência lógica, se um fato não é expressamente ou implicitamente considerado irrelevante pelo juiz, deverá então ser considerado materialmente relevante.

O que se pode concluir é que, quanto menos fatos forem considerados como sendo relevantes, mais amplos serão os princípios jurisprudenciais deles derivados.

As decisões colegiadas possuem uma complexidade maior que as decisões monocráticas ou aquelas unanimemente de acordo. Afinal, há possibilidade de haverem votos separados, convergentes ou divergentes, cada um trazendo uma fundamentação diferente para a mesma conclusão ou para conclusões diversas. Como então, diante da dinâmica das decisões colegiadas, deve-se proceder para determinar a *ratio decidendi* e o princípio jurisprudencial dela decorrente?

A *ratio decidendi* nesse caso decorrerá de todos os fatos considerados materialmente relevantes por todos os juízes. Suponhamos que um caso envolva as circunstâncias A, B, C e D, e o julgamento foi pela inconstitucionalidade; o relator considera somente os fatos A e C materialmente relevantes; outro julgador considera que o fato B é relevante; e o terceiro julgador entende que A é relevante. O princípio jurisprudencial derivado desse caso é que, diante das circunstâncias A, B, C e D a norma é inconstitucional. Mas, se dois dos três juízes considerarem

---

<sup>188</sup> *Rynalds v. Fletcher* (Câmara dos Lordes).

somente os fatos A e C como relevantes e o terceiro considerar o fato C e D, o princípio jurisprudencial gerado pelo precedente somente deriva apenas dos fatos A e C.

É necessário cuidado para que todos os votos sejam analisados com atenção, pois, em muitos casos, embora haja concordância na conclusão, os juízes divergem quanto à apreciação dos fatos que podem ser considerados relevantes por uns e irrelevantes por outros.

As regras propostas por Goodhart possuem problemas, pois Marshall considera que a teoria de Goodhart deixa dúvidas por não ser clara o suficiente<sup>189</sup>, argumentando que, segundo este, o princípio jurisprudencial do caso será fruto da decisão sobre quais fatos foram considerados materialmente relevantes pelo juiz, e que todos aqueles que foram expressamente declarados como sendo materialmente relevantes deverão ser assim entendidos. Ora, mas porque não são conclusivas as considerações e análises de juízes posteriores sobre qual é o princípio jurisprudencial contido em um precedente, e sua palavra é final em relação à análise de fatos que consideram relevantes ou não? Sua análise sobre fatos é conclusiva, mas sobre precedentes não o é?

### **10. Quem é responsável por determinar a *ratio decidendi*?**

Outro problema importante é saber quem determina a *ratio decidendi*, ou seja, quem é responsável por indicar qual o princípio jurisprudencial. É o Tribunal que decide a causa e cria o precedente ou é o Tribunal posterior, que aplica o precedente anteriormente estabelecido? Em outras palavras, a *ratio* está no princípio em que o julgador da causa desejou estabelecer e efetivamente aplicou aos fatos, ou está no princípio que um julgador posterior entende que o julgador anterior poderia ter estabelecido?

---

<sup>189</sup> MARSHALL, Geoffrey. *What is Binding in a Precedent*. 1997.

Marshall afirma que a definição de *ratio decidendi* formulada por Cross<sup>190</sup> foca demais na fundamentação do juiz que decidiu o caso, sugerindo que tal conceito indicaria sua posição no sentido de que a *ratio* é dada pelo julgador da causa<sup>191</sup>. Porém, acreditamos que tal conclusão extrapola a visão Cross.

### **11. Overruling, reversal e distinguishing**

É preciso registrar que qualquer precedente pode ser revogado (*reversed*) ou retificado (*overruled*), respeitando a estrutura judicial, desde que seja reputado injusto, errôneo, inexato, enganoso ou desacertado e desde que ele seja assim considerado pela maioria dos membros do Tribunal<sup>192</sup>. A hipótese de revogação ou de retificação de precedentes é pouco freqüente, mas possível. Aliás, é da própria natureza dos precedentes que eles possam ser alterados. Caso contrário, estaríamos diante do perigo de manter o direito estático e desacompanhado da evolução social.

Quanto à revogação (*reversal*), ela pode ser feita pelo Tribunal ou pelo próprio ordenamento jurídico, na medida em que uma intervenção legislativa pode alterar as bases jurídicas pelas quais o precedente se sustenta. Pode, inclusive, dispor expressamente em contraposição ao decidido outrora. Neste caso, o precedente fica revogado e não poderá mais ser invocado para solução de novas lides. A retificação (*overruling*), em contrapartida, somente poderá ser manejada pelo Tribunal, na medida em que sua adoção implica uma mudança na orientação dos juízes, que criam um novo princípio jurisprudencial.

O juiz também poderá se valer da distinção (*distinguishing*), que impede a aplicação automática, acrítica ou errônea do precedente a casos posteriores. Consiste na diferenciação entre os fatos considerados materialmente relevantes no

---

<sup>190</sup> Cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 2004.

<sup>191</sup> MARSHALL, Geoffrey. *What is Binding in a Precedent*. 1997.

<sup>192</sup> DURO MORENO, Miguel. *Introducción al derecho ingles: la traducción jurídica inglés-español y su entorno*. 2005. p. 230.

caso concreto que está submetido à análise e aqueles que deram origem à formação da *ratio decidendi* que se pretende aplicar. Se os fatos forem diferentes, o precedente simplesmente não é aplicável. Mas se o juiz considerar que, mesmo sendo similares, algumas particularidades do caso em análise extrapolam aquelas que foram decididas no precedente, ou porque trazem elementos novos ou porque o que foi decidido anteriormente não considerou circunstâncias como as que estão submetidas à análise, o caso poderá ser diferenciado (*distinguished*) daquele que gerou o precedente.

Neste caso, o juiz demonstrará que na formação da *ratio decidendi* extraída do precedente não foram consideradas as circunstâncias do caso que está a decidir e, portanto, não haverá a vinculação obrigatória.

## 12. Precedente/jurisprudência: fonte do direito?

Na Inglaterra vitoriana do século XVIII, Blackstone defendia a tese de que as decisões judiciais das cortes eram apenas evidência das regras da *common law*<sup>193</sup>, ou seja, do direito, considerando que as razões e fundamentações das decisões não eram capazes de constituir regras mas apenas de declará-las. Essa corrente, negava que o precedente judicial fosse fonte do direito. A despeito de ter perdido seu caráter majoritário na atualidade, essa visão ainda é comungada por alguns. Já no século XX, Allen afirma que, assim como era considerado certo no século XVIII, hoje também é verdadeiro que cada precedente é, e somente pode ser, a declaração de um princípio. Ainda segundo o autor, é exatamente isso que dizemos, na verdade, quando afirmamos que a única parte que vincula em um precedente é a sua *ratio decidendi*<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> Cf. BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. 1979. v.1

<sup>194</sup> MARSHALL, Geoffrey. *What is Binding in a Precedent*. 1997. p. 511.

## CONCLUSÃO

Durante o estudo do direito constitucional, deve-se buscar adquirir o melhor embasamento possível sobre a matéria e seus institutos. Este conhecimento é fundamental para a compreensão de como deve ser realizada a aplicação dos precedentes constitucionais no Brasil e no mundo, de forma que a investigação foi desenvolvida como se pretendia.

Tratou-se inicialmente de revisitar a doutrina nacional acerca da discussão sobre a adoção dos precedentes vinculantes no Brasil.

Após, foram abordadas algumas referências sobre a idéia de Constituição, passando pela teoria que consolidou o princípio da supremacia da Constituição até chegar ao atual debate sobre o constitucionalismo moderno.

A análise da teoria da constituição se fez imprescindível para o estudo do tema central e suas matizes.

Somente então houve a construção do ambiente teórico adequado para que a problemática acerca da aplicação dos precedentes constitucionais obrigatórios pudesse ser tratada de forma a respeitar a complexidade inerente ao tema.

A aclimatação da teoria dos precedentes, proveniente do *common law*, foi feita com sucesso. O seu estudo teve o principal objetivo de contribuir para o desenvolvimento de uma teoria brasileira dos precedentes, capaz de considerar as peculiaridades e problemas nacionais.

Portanto, conhecer a complexidade do tema é compreender que ainda há um grande caminho a ser trilhado na elaboração de uma teoria sobre a aplicação dos precedentes constitucionais obrigatórios. A presente pesquisa, neste contexto, é concluída com a segurança de que bravamente alcançou os objetivos propostos.

Assim, ademais de tudo o que foi apresentado, se espera que especialmente o almejado objetivo de esclarecer um pouco sobre a realidade da aplicação dos precedentes brasileiros e do papel da jurisdição constitucional neste sentido haja sido alcançado de forma útil e satisfatória.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Precedent in Finland*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing; Ashgate Publishing, 1997. p. 65-101.

ALCOFORADO, Luis Carlos. Súmula Vinculante. *Revista dos Tribunais*, vol. 783, p. 42-64, jan. 2001.

ALÉXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. 355p.

ALÉXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607p.

ALÉXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing; Ashgate Publishing, 1997. p. 17-64.

ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. *Do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis*. Belo Horizonte: Del Rey, 1983.

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1980. 153p.

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. Súmula Vinculante: será este o caminho? *Revista dos Tribunais*, vol. 787, p. 35-56, maio 2001.

ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. Opiniões: súmula vinculante. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, vol. 47, p. 95, jul./dez. 2005.

ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel Derecho, 2003. 272p.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Efeitos do pronunciamento judicial de inconstitucionalidade no tempo. *Cadernos da Pós Graduação*. Belo Horizonte: Editora Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

BARCELÓ, John J. *Precedent in European Community Law*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing; Ashgate Publishing, 1997. p. 407-436.

BARROS, Marco Antônio de. Anotações sobre o efeito vinculante. *Revista dos Tribunais*, vol. 735, p. 100-106, jan. 1997.

BERGHOLTZ, Gunnar; PECZENIK, Aleksander. *Precedent in Sweden*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing; Ashgate Publishing, 1997. p. 293-314.

BESTER, Gisela Maria. *Cadernos de Direito Constitucional: parte I – teoria constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

BETEGÓN, Jerónimo. *Liberalismo, Comunitarismo, Derechos*. In *Constitución y derechos fundamentales*. Obra Colectiva. Coord. Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto Sanchís. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p.41-65.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Ed. Facsimile of the first edition of 1965-1969. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1979. v.1 e v.3.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª.ed. 2ª.tirag. São Paulo: Malheiros, 2003. 859p.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Ivan Lira de. Decisões vinculantes. *Revista dos Tribunais*, vol. 745, p. 48-58, nov. 1997.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais*. In *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Obra Coletiva. Org. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 246p.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 2ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

COSTA, João Ricardo dos Santos. "Súmulas vinculantes": atentado contra o estado democrático de direito. *Revista Ajuris*, n. 86, p. 169-178, jun. 2002.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A súmula vinculante e a justiça no caso concreto. *Revista Ajuris*, n. 65, p. 204-206, nov. 1995.

COSTA, Sílvio Nazareno. A constitucionalidade formal da súmula vinculante. Brasília: Senado Federal, *Revista de Informação Legislativa*, n. 153, p. 235-239, jan./mar. 2002.

COSTA, Sílvio Nazareno. A inconstitucionalidade material da súmula vinculante. Brasília: Senado Federal, *Revista de Informação Legislativa*, n. 155, p. 175-202, jul./set. 2002.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4.ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. 245 p.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. 474p.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 687p.

DELGADO, José Augusto. A súmula vinculante e a administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 6, p. 355-359, jun. 1998.

DEMO, Roberto Luis Luchi. O resgate da súmula pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista CEJ*, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 24, p. 80-86, jan./mar. 2004<sup>195</sup>.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, n. 100, p. 166-185, out./dez. 2000.

DURO MORENO, Miguel. *Introducción al derecho ingles: la traducción jurídica inglés-español y su entorno*. Madri: Edisofer, 2005. 743p.

ENG, Svein. *Precedent in Norway*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing; Ashgate Publishing, 1997. p. 189-217.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003. 370p.

FRIEDE, Roy Reis. Súmula vinculante: desnecessidade e redundância. *Justitia*, Revista da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, vol. 175, p. 78-79, jul./set. 1996.

---

<sup>195</sup> Este artigo foi publicado originalmente pela editora Notadez em 2003:

DEMO, Roberto Luis Luchi. O resgate da súmula pelo Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 314, p. 43-59, dez. 2003. Também pode ser encontrada outra publicação na *Revista da Ajuris*, n. 93, mar. 2004.

GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, vol. 734, p. 40-47, dez. 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª.ed. Madrid: Civitas, 2001. 257p.

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, vol. 739, p. 11-42, mai. 1997.

GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case. *Yale Law Journal*, v. 40, p.161-183, 1930.<sup>196</sup>

GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante”. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 16, p. 31-38, 1996.

GREY, Thomas C. *The constitution as scripture*. 37 *Stanford Law Review* 1, 2004.

GÜNTER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. 423p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. 55p.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. S.l.: William Benton Publisher, 1952.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34p.

---

<sup>196</sup> Também pode ser encontrada uma versão republicada pela *Garland Publishing, Inc.*, em 1998, na obra coletiva *Precedents, Statutes, and Analysis of Legal Concepts* e sob a edição de Scott Brewer.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *El Constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. 3ª.ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005. 221p.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995. 119p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. *Revista de Processo*, n. 120, p. 112-137, fev. 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 40p.

LIMA, Diomar Bezerra. Súmula vinculante: uma necessidade. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 5, p. 53-56, mai./jun. 2000.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. O efeito vinculativo das súmulas e enunciados. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, vol. 34, p. 159-170, 1994.

MACHADO, Fábio Cardoso. Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às súmulas de jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sociocultural e político-jurídica. *Revista Ajuris*, n. 99, p. 107-132, set. 2005.

MARSHALL, Geoffrey. *What is Binding in a Precedent*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing; Ashgate Publishing, 1997. p. 503-517.

MELO FILHO, Álvaro. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Revista de Processo*, n. 87, p. 103-109, jul./set. 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 446p.

MORAWSKI, Lech; ZIRK-SADOWSKI, Marek. *Precedent in Poland*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing; Ashgate Publishing, 1997. p. 219-258.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. Brasília: Senado Federal, *Revista de Informação Legislativa*, n. 131, p. 133-134, jul./set. 1996.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Efeito vinculante. *Síntese Trabalhista*, n. 84, p. 128-129, jun. 1996.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. As súmulas e o efeito vinculante. *Revista Ajuris*, n. 71, p. 344-350, nov. 1997.

PEIXOTO, Bolívar Viégas. O efeito vinculante das súmulas dos tribunais. *Revista LTr*, vol. 60, n. 10, p. 1331-1332, out. 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho*. 4ª.ed. Madrid: Tecnos, 2005. 252p.

PIMENTA, José Roberto Freire. Súmulas com efeito vinculante: uma abordagem crítica. *Revista do TRT-3ª Região*, n. 54, p. 245-248, jul. 1994.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2005. 331p.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. 306p.

PRUDENTE, Antônio de Souza. A súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. *Revista CEJ*, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 31, p. 53-60, out./dez. 2005.

RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 16, p. 24-38, jul./set. 1996.

REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do “controle externo” e da “súmula vinculadora” do poder judiciário. *Revista dos Tribunais*, vol. 826, p. 69-92, ago. 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. Brasília: Senado Federal, *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, jan./mar. 1997.

ROCHA, José de Moura. A importância da súmula. *Revista Forense*, vol. 257, p. 91-98, jan./mar. 1977.

ROSAS, Roberto. Do assento e do prejudgado à súmula do S.T.F. *Revista dos Tribunais*, vol. 404, p. 19-21, jun. 1969.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 115p.

RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. *Precedent in Spain*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing; Ashgate Publishing, 1997. p. 259-291.

SALOMÃO, Ricardo. Efeito vinculante: um pró, dois contras: três sugestões. Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 246, p. 22-23, abr. 1998.

SALMOND, John W. *The Theory of Judicial Precedents*. In: BREWER, Scott. Precedents, statutes, and analysis of legal concepts. New York; London: Garland Publishing Inc., 1998. p. 214-229.<sup>197</sup>

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 1015p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 432p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teorias Constitucionais em Perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional*. In *Crise e Desafios da Constituição*. Obra Coletiva. Org. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 3-54.

SARLET, Ingo Wolfgang. Efeito vinculante e deforma do judiciário. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2, p. 15-23, 2002.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. A súmula vinculante: o contraditório e a ampla defesa. *Revista de Processo*, n. 120, p. 68-76, fev. 2005.

SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos Humanos y Constitucionalismo*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004. 100p.

SELISTRE PEÑA, Eduardo Chemale. Reforma do judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos. *Revista de Processo*, n. 120, p. 77-94, fev. 2005.

SILVA, Carla Mendonça Dias Alves da. Efeitos vinculantes das decisões dos tribunais superiores: uma realidade. *Revista de Processo*, n. 115, p. 164-177, maio/jun. 2004.

---

<sup>197</sup> A versão original foi publicada no periódico inglês *Law Quarterly Review*, n. 64, p. 376-391, em outubro de 1900.

SILVA, Evandro Lins e. A questão da súmula vinculante. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal*, n. 61, p. 53-58, jul./dez. 1995.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Súmula vinculante. *Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, n. 283, p. 5-8, jul. 2002.

SÓFOCLES; ÉSQUILO. *Rei Édipo. Antígone. Prometeu Acorrentado*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Direito judicial, jurisprudencial e sumular. *Revista de Processo*, n. 80, p. 208-214, out./dez. 1995.

SOUZA, Nelson Oscar de. Súmula vinculante: preconceito e realidade. *Revista Ajuris*, n. 99, p. 181-191, set. 2005.

STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis M.; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V. *Constitutional Law*. 3ª.ed. Aspen, USA: Aspen Law & Business Publishers Inc., 1996. 1814p. + supl.

TARUFFO, Michelle; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing; Ashgate Publishing, 1997. p. 141-188.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. *Revista de Ciência Política*, vol.33, n. 1, p. 55-90, nov. 1989/jan. 1990.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Paralelismos na construção do direito romano clássico e do direito inglês. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, n. 16, p. 66-89, 1º semestre 1999.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 14, jan./jul. 1999. p. 89-104.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Paralelismos na construção do direito romano clássico e do direito inglês. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 16, 1º semestre 1999. p. 66-89.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. *Revista de Ciência Política*, v. 33, n. 1, nov. 1989 / jan. 1990. p. 55-90.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Cap. 10, p. 141-155.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o judiciário. Brasília: Senado Federal, *Revista de Informação Legislativa*, n. 128, p. 185-189, out./dez. 1995.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing; Ashgate Publishing, 1997. p. 103-140.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas. Brasília: Senado Federal, *Revista de Informação Legislativa*, n. 138, p. 75-87, abr./jun. 1998.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212, p. 7-26, abr./jun. 1998.

XAVIER FILHO, Valter Ferreira. Súmula vinculante: uma passagem para o arbítrio e a prepotência. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, n. 58, p. 75-78, set./dez. 1998.

ZANDER, Michael. *The Law Making Process*. 6<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. 517p