

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

GILBERTO ANDREASSA JUNIOR

**ATIVISMO JUDICIAL E A TEORIA DOS PRECEDENTES: UM ESTUDO
VOLTADO À INTEGRAÇÃO DOS PODERES E À NECESSÁRIA
COERÊNCIA NAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO**

CURITIBA

2014

GILBERTO ANDREASSA JUNIOR

**ATIVISMO JUDICIAL E A TEORIA DOS PRECEDENTES: UM ESTUDO
VOLTADO À INTEGRAÇÃO DOS PODERES E À NECESSÁRIA
COERÊNCIA NAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO**

**Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação, como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre em
Direito, Faculdades integradas do Brasil –
UniBrasil.**

**Orientadora: Prof.^a Dr.^a Estefânia Maria
de Queiroz Barboza.**

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

GILBERTO ANDREASSA JUNIOR

ATIVISMO JUDICIAL E A TEORIA DOS PRECEDENTES: UM ESTUDO VOLTADO À INTEGRAÇÃO DOS PODERES E À NECESSÁRIA COERÊNCIA NAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil), pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza.

Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil).

Membros: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska (UniBrasil)

Prof.^a Dr.^a Danielle Anne Pamplona (PUC/PR)

Assim como fiz em meus livros e farei eternamente, dedico este trabalho a toda minha família, em especial às minhas filhas Manoela e Helena, minha esposa Maria Luiza e meus pais, Gilberto e Clélia, uma vez que deles recebi o incentivo e apoio necessários.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, (Dr.^a) Estefânia Maria de Queiroz Barboza, pelo incentivo, simpatia e presteza no auxílio às atividades e discussões sobre o andamento e normatização desta dissertação de conclusão de mestrado.

Aos membros da banca de qualificação, os professores Doutores Paulo Ricardo Schier (UniBrasil) e Sandro Marcelo Kozikoski (UFRJ).

Aos membros da banca final, os professores Doutores Marcos Augusto Maliska (UniBrasil) e Danielle Anne Pamplona (PUC/PR), os quais considero uma fonte de inspiração no Direito.

Aos demais idealizadores, coordenadores e funcionários das Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil).

À minha família.

E, finalmente, a DEUS, que sempre esteve comigo, iluminando minha vida e de meus familiares, permitindo que mais essa etapa fosse concluída.

“O homem acredita mais com os olhos do que com os ouvidos. Por isso longo é o caminho através de regras e normas, curto e eficaz através do exemplo.” (Lucius Annaeus Sêneca)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – SISTEMAS (<i>COMMON LAW E CIVIL LAW</i>)	15
1.1. Sistema de <i>common law</i>	16
1.2. Sistema de <i>civil law</i>	19
1.3. A utilização dos sistemas na Europa.....	21
1.4. Aproximação dos sistemas de <i>civil law</i> e <i>common law</i> no Brasil.....	24
1.5. Conclusões do capítulo.....	26
CAPÍTULO II – ATIVISMO JUDICIAL	27
2.1. Fundamentos teóricos ao ativismo judicial.....	28
2.1.1. A teoria da separação dos poderes: do Estado liberal ao Estado social.....	32
2.1.2. Ativismo para concretização dos direitos fundamentais.....	37
2.2. Colisão de direitos fundamentais e ativismo judicial.....	40
2.3. Reserva do possível x Mínimo existencial.....	43
2.4. Soluções práticas para o “problema” do ativismo judicial.....	46
2.4.1. Controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade.....	46
2.4.2. O legislativo como <i>amicus curiae</i> nas sessões de julgamento.....	48
2.4.3. Filtragem das ações levadas ao Poder Judiciário pelos membros do Poder Legislativo.....	49
2.5. Conclusões do capítulo.....	50
CAPÍTULO III – SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS (<i>STARE DECISIS</i>)	52
3.1. Jurisprudência: Conceito, função e classificação.....	53
3.1.1. Conceito.....	53
3.1.2. Classificação da jurisprudência.....	54
3.1.3. Princípios informadores da jurisprudência.....	54
3.1.4. Aplicação da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro.....	55
3.2. <i>Stare decisis</i> e coerência.....	59
3.2.1. Conceito.....	59

3.2.1.1. Experiência, costume e igualdade.....	61
3.2.2. <i>Ratio decidendi</i> e <i>Obiter dictum</i>	62
3.2.3. <i>Overruling</i> e <i>Distinguishing</i>	63
3.2.4. <i>Anticipatory overruling</i> e <i>prospective overruling</i>	65
3.2.5. <i>Transformation</i> , <i>Overriding</i> e <i>Reversal</i>	66
3.2.6. Precedente vertical e horizontal.....	67
3.3. Os “precedentes” no ordenamento jurídico brasileiro (STF e STJ).....	68
3.3.1. Precedentes no Supremo Tribunal Federal.....	68
3.3.1.1. Decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade.....	68
3.3.1.2. Decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade.....	71
3.3.1.3. A repercussão geral.....	72
3.3.1.4. Súmulas.....	73
3.3.1.5. Súmulas vinculantes.....	74
3.3.2. Precedentes no Superior Tribunal de Justiça.....	76
3.3.2.1. Recursos repetitivos.....	76
3.3.2.2. A tentativa de implementação da repercussão geral no STJ: benefício ou irracionalidade jurídica?.....	78
3.4. A equivocada interpretação do sistema de precedentes nos tribunais superiores e a solução prática para o problema.....	79
3.5. Conclusões do capítulo.....	84
CONCLUSÃO GERAL	85
BIBLIOGRAFIA	87

RESUMO

O objetivo (objeto/problema) da dissertação foi reunir elementos que demonstrassem que a atual jurisdição permite um Judiciário mais ativo em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, todavia com vistas aos direitos fundamentais e à implementação de precedentes, os quais trazem uma efetiva segurança jurídica. Procurou-se desconstruir parte da doutrina que se entrega a simplesmente condenar a atuação ativista do Poder Judiciário de forma pragmática, mas sem análise histórica do Direito. Também se procurou demonstrar a emergência em se buscar a implementação dos verdadeiros precedentes nos tribunais nacionais, o que não se confunde com as reformas processuais aplicadas na última década com fins de meramente se “cortar” recursos.

A dissertação foi dividida em três capítulos, sendo o primeiro voltado aos sistemas de *civil law* e *common law*. O segundo capítulo debateu, com base na teoria da separação dos poderes, o chamado ativismo judicial – que também possui estreita relação com a judicialização da política –, enquanto que o terceiro e último capítulo versou acerca dos precedentes judiciais.

A relação entre os temas dos capítulos foi abordada já na parte introdutória e permitiu que o leitor verificasse que o texto possuía a finalidade de propor uma maior integração entre os Poderes e um modelo de Estado ainda mais forte no Brasil.

Palavras-chave: Ativismo – Precedentes – Separação dos Poderes – Poder Judiciário – Coerência.

INTRODUÇÃO

Na última década viu-se uma crescente atuação do Poder Judiciário em casos de grande complexidade, tendo, em muitas situações, envolvimento de políticas públicas. Ainda, em função da grande quantidade de decisões, começou a ser debatida a qualidade das mesmas.

Procurando atender aos anseios dos profissionais do direito, os membros do Judiciário têm voltado certa atenção ao sistema de *common law*, o qual, atualmente, trabalha com a teoria dos precedentes (*stare decisis*).

Ao analisar matérias de interesse de toda sociedade, não deve o Poder Judiciário, em especial STF e STJ, decidir sem um critério já preestabelecido (*precedente*). Ademais, a análise cada vez maior do Poder Judiciário de matérias de direitos fundamentais que são trazidas pela população gera, ainda que implicitamente, o que muitos chamam de ativismo judicial, cuja definição será trabalhada em momento oportuno.

A dissertação será dividida em três capítulos, sendo o primeiro voltado aos sistemas de *civil law* e *common law*. O segundo capítulo debaterá, com base na teoria da separação dos poderes, o chamado ativismo judicial – que também possui estreita relação com a judicialização da política –, enquanto que o terceiro e último capítulo versará acerca dos precedentes judiciais.

Como dito anteriormente, o primeiro capítulo, com o desiderato de fazer uma introdução aos capítulos segundo e terceiro, debate a atual jurisdição constitucional e, principalmente, traz o lado histórico dos sistemas de *common law* e *civil law*.

É cediço que o *common law* e *civil law* surgiram em circunstâncias distintas, o que levou cada sistema a criar suas peculiaridades e métodos de atuação. Enquanto a primeira tradição surge na Inglaterra através dos costumes e sem qualquer ruptura com o passado, o *civil law* se desenvolve principalmente nas ideias da Revolução Francesa.

Os condutores da Revolução Inglesa não consideravam os juízes uma ameaça, mas sim um poder amigo do parlamento na luta contra as arbitrariedades do soberano.

Por outro lado, na França o poder de criar o direito foi retirado das mãos dos juízes e repassado exclusivamente ao Legislativo.

Mais à frente, ainda no capítulo primeiro, procurou-se demonstrar a utilização dos sistemas em alguns dos mais importantes países na construção do Direito (Itália, Alemanha, França, assim como Inglaterra e suas antigas colônias). Ainda, procurou-se demonstrar a constante aproximação dos sistemas de *civil law* e *common law* no Brasil.

Em função da dinâmica do direito, os sistemas anteriormente citados vêm sofrendo mitigações, isto porque países associados ao *common law* têm-se utilizado com maior frequência de códigos, enquanto que os países associados ao *civil law* tem procurado dar uma maior atenção à elaboração e, principalmente, qualificação de seus precedentes.

No direito brasileiro esta aproximação é ainda mais evidente e necessária, uma vez que atuamos com base nos dois modelos de controle de constitucionalidade (*difuso e concentrado*). Não bastasse, o ordenamento jurídico brasileiro trabalha com o processo coletivo, o qual se aproxima, em algumas situações, da *class action* do direito norte-americano.

Também é possível citar a constante criação de “impeditivos” recursais, tais como a súmula vinculante e a repercussão geral. Ou seja, ainda que o Brasil esteja enraizado na cultura romano-germânica, é possível visualizar uma aproximação com os demais sistemas.

No capítulo segundo será analisado o que muitos denominam como ativismo judicial. Todavia, tal análise não será feita de forma pragmática, mas sim com fulcro na teoria da separação dos poderes. Restará demonstrado que o ativismo do Poder Judiciário tem sido feito, na maioria das vezes, com amparo legal e dentro de uma nova ordem constitucional.

Em um primeiro momento será analisada a nova perspectiva da teoria da separação dos poderes, a qual é trazida à tona sempre que se questiona o ativismo judicial. Com fundamento em doutrina especializada, será de rápida visualização que a

teoria proposta por MONTESQUIEU já não mais se sustenta no ordenamento jurídico atual.

Em momento posterior, será abordada a importância do ativismo para concretização dos direitos fundamentais, inclusive das minorias. O que se procura demonstrar, na realidade, é que os direitos fundamentais devem ser assegurados de forma igualitária a todos os cidadãos.

Como consequência lógica do que fora exposto anteriormente, será descrito como deve proceder o Poder Judiciário nos casos de colisão entre direitos fundamentais, citando-se como exemplo a súmula vinculante nº 13 e o direito à greve e manifestação em vias públicas.

Também haverá uma leve introdução ao mínimo existencial e à reserva do possível, haja vista que tais teorias impulsionam o ativismo judicial.

Por fim, serão apresentadas ao leitor soluções práticas para o “problema” do ativismo judicial, tais como o controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade e a filtragem das ações levadas ao Judiciário pelos membros do Poder Legislativo.

Já no terceiro e último capítulo será estudado o sistema de precedentes judiciais, o qual é muito mencionado, mas pouco conhecido entre os juristas.

Repita-se: ao final do capítulo primeiro restará observado que a jurisdição atual nos remete a um novo paradigma, isto é, a uma necessária aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*. Já no capítulo segundo será descrito que, hodiernamente, os Poderes devem interagir e trabalhar em prol da sociedade e da Constituição; e isto pode se dar, principalmente, com a aplicação de precedentes judiciais.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, implicitamente estaremos lidando com milhares de sentenças e acórdãos, os quais poderão afetar direta ou indiretamente a vida de milhões de cidadãos. Assim, com tantas decisões sendo prolatadas diariamente, não há como se afastar a necessária coerência nos motivos determinantes das sentenças/acórdãos. Conseqüentemente, havendo coerência surgirá uma maior segurança jurídica entre os jurisdicionados.

E como falar em coerência e segurança jurídica sem análise dos precedentes judiciais? Não há como; motivo pelo qual será debatido no capítulo terceiro a teoria dos precedentes, a qual tem sido cada vez mais difundida entre os juristas brasileiros e estrangeiros.

O problema em questão é que parte dos ministros do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal confundem a ideia de jurisprudência com os precedentes, possivelmente porque possuem uma formação totalmente voltada à codificação.

Percebe-se que apesar de uma busca incessante pela segurança jurídica, cada vez mais o ordenamento jurídico brasileiro sente a instabilidade das decisões prolatadas pelos tribunais.

Já a missão da dissertação que se apresenta é informar como funciona o instituto dos precedentes, nos moldes do *common law*, e quais seriam as soluções práticas para os problemas. Ficarão demonstrados, através de exemplos práticos (decisões judiciais), que ainda não existem precedentes no Brasil; o que há, são decisões esparsas ou jurisprudência que procuram se encaixar no princípio norteadores do *common law*, mas, que na verdade, ainda precisam de acurado estudo por parte dos profissionais do direito, em especial dos ministros dos tribunais superiores.

Em síntese, o objetivo (objeto/problema) do texto é reunir elementos que demonstrem que a atual jurisdição permite um Judiciário mais ativo, todavia com vistas aos direitos fundamentais e à implementação de precedentes, os quais trazem uma efetiva segurança jurídica. Procura-se desconstruir parte da doutrina que se entrega a simplesmente condenar a atuação ativista do Poder Judiciário de forma pragmática, mas sem análise histórica do Direito. Também se procura demonstrar a emergência em se buscar a implementação dos verdadeiros precedentes nos tribunais nacionais, o que não se confunde com as reformas aplicadas na última década com fins de meramente se “cortar” recursos.

Importante mencionar que a relação entre ativismo judicial¹ e precedente surgiu inicialmente nos Estados Unidos, pois dado o início do controle difuso de constitucionalidade (1803 – Caso Marbury x Madison), começou a ser discutida a importância de se formular precedentes ainda mais sustentáveis. ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA afirma que a partir da década de 1950 a postura ativista se enraizou de vez na cultura norte americana, uma vez que a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel significativo na defesa dos direitos civis para as minorias sociais, sobretudo as minorias raciais.²

No Brasil, o tema do ativismo ganhou verdadeira expressão com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, pois esta possibilitou uma série de prerrogativas aos magistrados (ex. julgamento com base em princípios; controle difuso e concentrado de constitucionalidade; interpretação conforme; modulação dos efeitos das decisões; e assim por diante). Ademais, conforme exposto anteriormente, aqui adota-se tanto o modelo de controle difuso quanto o de controle concentrado de constitucionalidade, o que pressupõe uma atuação constante e, por vezes, ativista do Poder Judiciário. Conseqüentemente, a fim de garantir segurança a toda população e, principalmente, coerência em suas decisões, devem os magistrados se posicionar a favor de precedentes. Ou seja, esta relação entre ativismo e precedente nos leva a formatação do presente texto, inclusive com a finalidade de se propor uma maior integração entre os Poderes e um modelo de Estado ainda mais forte no Brasil.

Insta ressaltar, por fim, que neste trabalho não há um marco teórico, um autor determinado ou uma escola de pensamento específica. Parte-se de diversos autores, afastados no tempo e no espaço, mas que se completam, a fim de dar sustentação à dissertação.³

¹ VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE afirma que o termo ativismo judicial nasceu em 1947 da publicação de um artigo na revista americana *Fortune*, pelo jornalista Arthur Schlesinger. (VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21).

² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Rev. direito GV [online]. 2012, v. 8, n.1, p. 37-57.

³ Tal atitude foi tomada por Clèmerson Merlin Clève em seu escrito sobre ‘*O jurídico como espaço de luta*’, assumindo a “utilização de conceitos oriundos não apenas de uma mesma teoria, ou corrente teórica. Não nos preocupamos, nesse sentido, com a coerência limitadora; ao contrário, faremos uso da contribuição de autores que, considerados sob uma ótica orgânica e totalizadora, são inconciliáveis. É

CAPÍTULO I

SISTEMAS (*COMMON LAW E CIVIL LAW*)

O direito processual constitucional tem por objeto o estudo sistematizado dos princípios e regras constitucionais que tratam do processo. Dentre outros assuntos, referida disciplina também estuda a chamada “jurisdição constitucional”.

A jurisdição é o poder-dever do Estado, exercido por meio de órgãos jurisdicionais (juízes e tribunais) competentes, conforme critérios fixados pela Constituição, como pelas demais normas infraconstitucionais, destinado à solução de litígios que lhe forem submetidos a julgamento.

Para LUÍS ROBERTO BARROSO a expressão jurisdição constitucional designa interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição).⁴

Em suma, a jurisdição constitucional diz respeito à atividade jurisdicional do Estado que tem por objeto a tutela das liberdades públicas, consubstanciada nos chamados remédios constitucionais, e também o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos instituídos pelo Poder Público, tudo para que sejam observados, de maneira rigorosa, os preceitos constitucionais vigentes.

E é através da jurisdição anteriormente mencionada que surge a necessidade de criação de precedentes, uma vez que ao analisar matérias constitucionais de interesse

que arriscamos o uso de parte do universo conceitual deste autor, parte daquele, e parte daquele outro”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 185).

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 240-241.

de toda sociedade, não seria prudente ao Poder Judiciário decidir sem um critério jurisprudencial já preestabelecido, com exceção, é claro, se ainda não houver jurisprudência acerca de determinado tema. Ademais, a análise cada vez maior do Poder Judiciário de matérias de direitos fundamentais que são trazidas pela população gera, ainda que implicitamente, o que muitos chamam de ativismo judicial.

Os temas anteriormente citados (*precedentes e ativismo*) serão tratados em capítulos posteriores, porém, para que sejam estudados de forma correta, necessária se faz uma análise dos sistemas de *common law* e *civil law*.

1.1. Sistema de *common law*

Common law e *civil law* surgiram em circunstâncias políticas distintas, o que levou cada sistema a criar suas peculiaridades e métodos de atuação.

Em se tratando da primeira tradição, pode-se afirmar que o *common* vem do direito comum, isto é, dos costumes gerais. O *common law* pode ser entendido, também, “como o direito desenvolvido pelos juízes, em vez de corporificado em um corpo de normas codificadas, como ocorre nos sistemas de *civil law*”.⁵

No que diz respeito ao surgimento do *common law*, parte da doutrina entende que não se pode precisar uma data de início, haja vista que tal sistema não partiu de uma ruptura com o passado. Nas lições de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, o *common law* é um *continuum* histórico, isto é, se mantém através de um desenvolvimento ininterrupto, tendo sido acumulada a experiência e a sabedoria de séculos.⁶

Na visão do jurista alemão GUSTAV RADBRUCH, “muitas características do espírito popular inglês têm seu fundamento no fato de que, na Inglaterra, a Modernidade não foi separada da Idade Média por um profundo abismo, como ocorreu

⁵ FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 67.

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 20.

no Continente. Ao contrário, as instituições tiveram um desenvolvimento continuado”.⁷

Por outro lado, alguns autores, como MAURÍCIO RAMIRES, delimitam um início do sistema e afirmam que o termo *common law* surgiu como *comune ley* na língua normanda, justamente porque o “direito comum” inglês nasceu após a conquista da Inglaterra, em 1066. Ainda, afirmam que uma *common law* pura, entendida como *judge-made law*, só existiu realmente na Inglaterra vitoriana.⁸

Em 1164, no reinado de Henry II, foram reconhecidas as Constituições de Clarendon – uma lista de costumes tomados como a prática do reinado de Henry I. Já por volta do ano de 1187, um pequeno livro de direito, chamado Glanvill, foi escrito em latim, de forma simples, estabelecendo os princípios de literatura da emergente *Common Law*.⁹

Passados alguns séculos, foi através da Revolução Gloriosa de 1688 que a Inglaterra consolidou a utilização do sistema de *common law* e, principalmente, da doutrina do *judge-made law*. Tal revolução representou a luta da burguesia inglesa contra o absolutismo real e buscou garantir as liberdades individuais. Na verdade, a Revolução Inglesa teve um caráter conservador, pois não desejava romper com o direito do passado, mas apenas submeter o monarca aos direitos individuais dos cidadãos à propriedade.

Os condutores da Revolução Inglesa não consideravam os juízes uma ameaça, mas sim um poder amigo do parlamento na luta contra as arbitrariedades do soberano. “Por essa razão que, no direito inglês, não houve a necessidade de se criar o dogma da prevalência da lei e da aplicação estrita da lei pelo magistrado (juiz boca da lei), garantindo-lhe espaço e poder para interpretar a lei”.¹⁰

⁷ RADBRUCH, Gustav. *O espírito do Direito inglês e a jurisprudência anglo-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 31.

⁸ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 63-64.

⁹ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 109.

¹⁰ ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. *Common law, judicial review e stare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes: estudos dos*

Os novos tempos não trouxeram apenas a submissão do rei às leis, mas, de maneira mais ampla, a submissão do rei e do próprio conteúdo da produção legislativa do Parlamento ao direito inglês como um todo, ou seja, submissão ao *common law*. Destaque-se, ainda, que mesmo antes da Revolução Inglesa e da afirmação do princípio da supremacia do Parlamento, já vigia no direito inglês a doutrina do Juiz Edward Coke, “que decidiu no célebre caso *Bonham*, por volta de 1610, que as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, e, quando isto não acontecer, vale dizer, quando não respeitarem este direito, são elas nulas e destituídas de eficácia”.¹¹

Outro fato relevante é que diferente do que ocorreu no sistema de *civil law*, os adeptos do *common law* se recusaram a recepcionar o direito romano. “A redescoberta do direito romano no Continente originou todo o processo de formação do chamado *Ius Commune* e de uma determinada forma de pensar, praticar e ensinar o direito, ao passo que na Inglaterra a recusa em adotar-se o direito romano implicou, entende-se, a continuidade de um direito eminentemente feudal”.¹²

Mas qual o motivo da Inglaterra em não aceitar a introdução do direito romano ao seu sistema? Segundo a doutrina, ao direito romano, tido como “papista”, se opunha o direito feudal de origem normanda. Soma-se a isto, o fato de que o *common law* era fundamento de títulos de propriedade, de sorte que a sua modificação causaria perturbação social e política.¹³

Em tempo, importante mencionar que o *common law* existe muito antes da teoria dos precedentes (*stare decisis*), a qual será bastante debatida no capítulo terceiro. Não obstante o que fora mencionado, casos concretos sempre foram tidos como fonte do direito no *common law*.

cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 17.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

¹² DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 43.

¹³ *Ibidem*, p. 49-50.

Quanto à ideia atual de vinculação de precedente, esta não ocorreu de forma explícita. Tais regras aconteceram aos poucos, desde quando a decisão dos casos era tida como a aplicação do direito costumeiro.

Destarte, com o passar dos anos as decisões antigas passaram a se tornar direitos, isto é, passou-se a confiar nos precedentes. Mais precisamente, na segunda metade do século XIX que se pode notar um enriquecimento do *stare decisis*, sobretudo após o julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, onde se estabeleceu que a *House of Lords* estaria vinculada pelos próprios precedentes.¹⁴

1.2. Sistema de *civil law*

O termo “direito civil”, proveniente do Direito Romano, era designado aos ramos do direito cuja aplicabilidade era restrita aos cidadãos romanos. O *ius gentium*, por sua vez, era o direito aplicado aos estrangeiros.

Já na Idade Média, o termo “direito civil” era usado para distinguir o direito romano do que era conhecido como “direito canônico”, da Igreja.

No âmbito internacional, porém, o termo *civil law* refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano.

Baseado no Direito Romano e com origem em 450 A.C. (*suposta publicação das Doze Tábuas em Roma*), o *civil law* foi sistematizado pela codificação do direito, além de conceder generalidade às normas jurídicas, que são aplicadas pelos juízes aos casos concretos. Ainda, a mais antiga tradição está diretamente vinculada ao direito romano, na forma em que este foi compilado e codificado sob Justiniano no século VI D.C.¹⁵

¹⁴ “The ideas established at the end of the last period are consolidated in this. It is during this period that the concept of rules of precedent becomes firmly established. *Beamish v. Beamish* seems to have virtually settled that the House of Lords was bound by its own authority”. (EVANS, Jim. *Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century*. In: GOLDSTEIN, Laurence (Coord.). *Precedent in law*. New York: Oxford University Press, 1987, p. 57-58).

¹⁵ VIEIRA, Andréia Costa. Op. cit., p. 21.

“Nos sistemas de *civil law*, normalmente precedentes têm seu valor num conjunto de outras decisões no mesmo sentido, que demonstram haver um certo consenso a respeito da matéria decidida. Excepcionalmente, no *civil law*, faz-se menção a *uma* decisão judicial, qualificando-a como *um* precedente”.¹⁶

Analisando a história do direito, pode-se constatar que até o final do século XII a Europa viveu segundo um direito germânico-feudal comum, e que somente com o advento do direito neo-romano (releitura dos textos romanos) se criou efetivamente a grande separação entre países de *civil law* e *common law*.¹⁷

Com relação ao sistema de *civil law*, a sua grande afirmação ocorreu através da Revolução Francesa (1789)¹⁸, haja vista que o poder de criar o direito foi retirado das mãos do juízes e repassado exclusivamente ao legislativo.

Os revolucionários tomaram tais atitudes, pois antes da revolução os membros do Poder Judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade, mas também mantinham laços com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal. Ademais, os cargos judiciais eram comprados e herdados.¹⁹

Alguns doutrinadores afirmam que os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos, ou seja, não permitiam as intenções progressistas dos legisladores.

A preocupação em desenvolver um novo direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de MONTESQUIEU, aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do legislativo e do judiciário (*juiz como “bouche de la loi”*).²⁰

¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 16.

¹⁷ DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROSETTI, Priscila Soares. Op. cit., p. 43.

¹⁸ “Precisamente en el caso de la revolución francesa se asiste, en efecto, a la formación de una cultura de las libertades que resulta de una combinación entre el modelo individualista y contractualista, de una parte, y el estatalista de otra”. (FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 57).

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 52.

²⁰ *Ibidem*, p. 53.

Foi em meio a esse cenário que, em 1804, Napoleão Bonaparte, então cônsul da França, promulgou o *Code Civil* francês, que também ficou conhecido como Código de Napoleão, quando ele tornou-se imperador. Esse *Code* tratava, basicamente, do direito privado que se aplicava a toda sociedade, excluindo áreas, como o direito comercial, que era aplicado a um grupo específico de pessoas. Separado também foi o Código de Processo Civil (1807), Código Criminal (1811) e Código de Processo Criminal (1811).

Com os modelos criados, a França, que tinha sido por longo tempo uma oposição ao Direito Civil Romano, tornava-se, então, o modelo de Direito Civil moderno.²¹

Percebe-se, assim, que diferente do que ocorreu na Inglaterra com a manutenção do *common law*, na França, a formação do Estado-Nação amparou-se na negação do antigo direito (*ruptura*).

1.3. A utilização dos sistemas na Europa

Sem o propósito de esgotar o tema do direito comparado, o que levaria à escrita de centenas de páginas, este tópico apenas procura demonstrar a utilização dos sistemas em alguns dos mais importantes países na construção do Direito.

A Itália se caracteriza pela utilização do sistema de *civil law*. Todavia, com base no artigo 9º, título 22, livro 3 da *Regie Costituzione*, do Estado de Piemonte, no passado os precedentes tinham poder vinculante. Os precedentes perderam seu poder vinculante em 1848, com o artigo 73 do *Statuto Albertino*, que mais tarde veio a se tornar a Constituição do Reino Italiano.²²

No direito italiano os precedentes não são vinculantes e, inclusive, há uma rejeição às decisões escritas, de modo a tentar influenciar ou servir de modelo para futuras decisões.²³

²¹ VIEIRA, Andréia Costa. Op. cit., p. 46.

²² TARUFFO, Michele; TORRE, Massimo La. *Precedent in Italy*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 183.

²³ *Ibidem*, p. 152.

Não obstante haja algum respeito pela jurisprudência na Itália, há um importante estudo trazido por MICHELE TARUFFO e MASSIMO LA TORRE que aponta para a grande quantidade de tratamento diferente que as cortes italianas dirigem a casos similares²⁴. Nas palavras dos autores, “a jurisprudência formada pelas cortes superiores é uma espécie de loja de departamento, onde cada litigante pode achar qualquer coisa que ele precise, se ele procurar cuidadosamente”.²⁵

O direito alemão também é codificado (*civil law*) e não se utiliza da doutrina dos precedentes, sobretudo porque recebeu o direito romano na alta Idade Média. Contudo, percebe-se que na Alemanha a ementa desempenha grande papel na determinação da adequação de determinada jurisprudência para casos futuros.²⁶

Na visão de ROBERT ALEXY e RALF DREIER, na Alemanha a ideia de jurisprudência pressupõe certa ideia de vinculação²⁷. Mas uma grande diferença em relação ao sistema de *common law* toma lugar quando uma disposição legal tem clareza suficiente para dispensar qualquer tipo de interpretação. Nesse caso, os precedentes possuem papel irrelevante.²⁸

Na Alemanha há tão-somente um caso em que o precedente é vinculante. É a vinculação criada pelos casos decididos pelo Tribunal Constitucional Federal. Quando invalidam normas legais, as decisões têm força de lei.²⁹

Importante mencionar que há algum tempo o Poder Legislativo tentou criar força vinculante das decisões por meio de Lei, porém, a tentativa não obteve êxito.³⁰

²⁴ *Ibidem*, p. 165.

²⁵ *Ibidem*, p. 186.

²⁶ LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no Direito*. São Paulo: LTr, 2001, p. 27-28.

²⁷ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 23.

²⁸ *Ibidem*, p. 24.

²⁹ LIMA, Augusto César Moreira. *Op. cit.*, p. 29.

³⁰ No original: “It may be worth mentioning that in Germany there have been attempts by legislation to make precedent binding. A very interesting one took place in 1838 in the Kingdom of Hanover where a statute was enacted which provided for a procedure to make the precedents of the Supreme Court of the Kingdom in Celle formally binding. Two purposes are explicitly mentioned in the statute: legal certainty and equal application of the law (compare the collection of Statutes, Decrees, and Announcements of the Kingdom of Hanover 1838, p. 213). But only ten years later this regulation was repealed”. (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Op. cit.*, p. 32).

No direito francês, a única fonte do direito são as leis, incluindo-se a Constituição (*civil law*). Não só a doutrina dos precedentes inexistente na França, como também prevalece o contrário, uma doutrina contra o *stare decisis*.

De acordo com MICHEL TROPER e CHRISTOPHE GRZEGORCZYK, os tribunais são proibidos de basearem suas decisões somente em precedentes. Inclusive, citam o artigo 5º do Código Civil³¹ e artigo 455 do Código de Processo Civil³² como exemplos.³³

No ordenamento jurídico francês, distinções não precisam ser feitas, isto é, o tribunal não precisa explicar o porquê de não estar seguindo um precedente³⁴. A única semelhança com a teoria dos precedentes surge quando os juízes decidem constantemente de forma similar, gerando a *jurisprudência constante* (*jurisprudence constante*). Ademais, em alguns casos os tribunais nacionais precisam seguir (vinculação) as decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos.³⁵

Em tempo, vale mencionar que na França, assim como na Itália, os votos divergentes não são publicados. Isto decorre com o propósito de fortalecer o peso das decisões.

Com relação ao Direito inglês e as antigas colônias o estudo nos leva a uma conclusão diversa do que se viu até o presente momento.

Viu-se anteriormente que o *common law* possui fortes raízes na Inglaterra e, após anos de desenvolvimento, foi levado a outros países.

³¹ “É defeso aos juízes decidirem por disposições genéricas e regulamentares nos casos a eles submetidos”. No original: “Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises”. (Fonte: http://www.ligiera.com.br/estrangeira_9.html).

³² “A decisão deve descrever sucintamente as pretensões das partes e seus argumentos; a decisão deve ser motivada”. No original: “Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motive”. (Fonte: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>).

³³ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 118.

³⁴ *Ibidem*, p. 132.

³⁵ *Ibidem*, p. 122.

Como regra, todos os países que foram colonizados em algum momento pela Inglaterra ou pelo Reino Unido utilizam o sistema do *common law*, exceto os que já haviam sido colônias de outro império.

Como exemplo de países que utilizam o sistema de *common law* por influência do direito inglês podemos citar os Estados Unidos, Canadá (exceto a província do Quebec), Austrália, Nova Zelândia, País de Gales, Irlanda do Norte, Irlanda e muitos outros países, geralmente de língua inglesa ou membros da *commonwealth*.

1.4. Aproximação dos sistemas de *civil law* e *common law* no Brasil

Em função da dinâmica do Direito, os sistemas anteriormente citados vêm sofrendo mitigações, isto porque países associados ao *common law* têm utilizado com maior frequência de códigos (ex. Inglaterra), enquanto que os países associados ao *civil law* tem procurado dar uma maior atenção à elaboração e, principalmente, qualificação de seus precedentes.

No direito brasileiro esta aproximação é ainda mais evidente e necessária – sobretudo após a emenda constitucional nº 45 –, uma vez que atuamos com base nos dois modelos de controle de constitucionalidade (difuso³⁶ e concentrado³⁷). Não bastasse, o ordenamento jurídico brasileiro trabalha com o processo coletivo, o qual se aproxima, em algumas situações, da *class action* do direito norte-americano.

Outro fator que aponta para uma mudança de cenário no ordenamento jurídico brasileiro é a atual força da Constituição (constitucionalismo), a qual, em muitas vezes, concede aos juízes um poder de julgar até mesmo sem um direito escrito, mas com base em princípios da sociedade.

No Brasil ainda é possível citar a constante criação de “impeditivos” recursais, tais como a súmula vinculante e a repercussão geral. Inclusive, tais matéria serão melhor abordadas no capítulo terceiro.

³⁶ Controle difuso de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos da América em 1803, no caso *Marbury v. Madison*.

³⁷ Controle concentrado de constitucionalidade foi idealizado por Hans Kelsen e surgiu na Constituição Austríaca de 1920.

Ou seja, ainda que o processo brasileiro esteja enraizado na cultura romano-germânica, é possível visualizar uma aproximação com os demais sistemas, sobretudo porque nenhum sistema é perfeito e sempre pode ser remodelado, a fim de garantir direitos fundamentais.³⁸

De fato, no Brasil está se vivenciando um momento de massificação das demandas judiciais. A forma utilizada pelo Estado para superar a chamada “Crise do Judiciário” é o fortalecimento dos “precedentes” no Direito Brasileiro, que permitirão uma maior celeridade de julgamento, especialmente das demandas de massa (consumeristas e previdenciárias, por exemplo).

Na atualidade, é impossível encontrar um sistema jurídico puro. Não se encontrará um país de tradição romano-germânica onde não haja um mínimo de influência da tradição anglo-saxônica. A recíproca também é verdadeira.

Na realidade, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do common law, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística.

JOHN HENRY MERRYMAN e ROGELIO PÉREZ-PERDOMO citam que o *civil law* clássico está em processo de erosão, ou melhor, em processo de transformação. Esta transformação é simbolizada em parte pelo declínio dos códigos, em parte devido à ascensão das constituições, em parte devido ao crescimento do federalismo europeu.³⁹

Referidos autores ainda questionam: as mudanças na tradição da *civil law* indicariam seu declínio? Claramente não. Embora a tradição mude, ela segue um padrão; há um caminho de dependência. As forças que alteram as sociedades

³⁸ “Dentre as alterações que convém ressaltar, estão, no caso do *civil law*, a perda da centralidade da forma Código e do direito estatal, bem como, para ambas as tradições, a emergência do constitucionalismo contemporâneo no período pós-guerra”. (DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Op. cit., p. 72-73).

³⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 201.

necessariamente afetam os sistemas jurídicos, mas em formas que são determinadas pelas experiências do passado.⁴⁰

O mundo da *civil law* e o mundo da *common law* não estão isolados um do outro. Como integrantes de uma história e cultura ocidentais comum, estas tradições têm tido múltiplos contatos e influências recíprocas.⁴¹

1.5. Conclusões do capítulo

O presente capítulo serve, na realidade, como uma preparação aos capítulos segundo e terceiro. Sem uma clara visualização dos sistemas existentes não se torna viável o estudo do ativismo judicial e da teoria dos precedentes.

Conforme dito em momento anterior, ao analisar matérias constitucionais de interesse de toda sociedade, não deve o Poder Judiciário, em especial STF e STJ, decidir sem um critério já preestabelecido (precedente).

Destaque-se, ainda, o fato de que a análise cada vez maior do Poder Judiciário de matérias de direitos fundamentais que são trazidas pela sociedade gera, ainda que implicitamente e sem impedimento legal, o que muitos chamam de ativismo judicial.

Deve-se somar a estes fatores a omissão do Poder Legislativo em enfrentar fatos sociais importantes que afetam diretamente toda a população.

Destarte, tendo sido feita uma introdução acerca dos sistemas de *civil law* e *common law*, passa-se a comentar matérias que são muito debatidas, mas que precisam de melhor esclarecimento à grande parte dos juristas.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 210.

⁴¹ Exemplos: “A Constituição dos Estados Unidos poderia ser parcialmente explicada pela influência do iluminismo europeu. Mais tarde, o constitucionalismo norte-americano teve uma influência enorme na América Latina e na Europa. O controle de constitucionalidade, por exemplo, está agora firmemente enraizado em ambas as tradições. O instituto jurídico do *condominium*, uma invenção da

CAPÍTULO II

ATIVISMO JUDICIAL

O presente capítulo abordará o crescente fenômeno do ativismo judicial e demonstrará, aos olhos da Teoria do Estado e do Direito, que tudo tem sido feito com amparo legal e dentro de uma nova ordem constitucional.

Aprioristicamente será abordada uma nova perspectiva da teoria da separação dos poderes, a qual é trazida à tona sempre que se questiona o ativismo judicial. Com fundamento em doutrina especializada, verificar-se-á que a teoria proposta por MONTESQUIEU⁴² já não mais se sustenta no ordenamento jurídico atual, sobretudo porque foi elaborada em um Estado absolutista e, de certa forma, arbitrário.

Após, será debatida a importância de um maior protagonismo do Poder Judiciário para concretização dos direitos fundamentais. O que se procura demonstrar, na realidade, é que os direitos fundamentais devem ser assegurados de forma igualitária⁴³ a todos os cidadãos, sem qualquer tipo de discriminação.

Em momento posterior, será descrito como deve proceder o Poder Judiciário nos casos de colisão entre direitos fundamentais, citando-se exemplos práticos.

Por fim, serão apresentadas soluções práticas para o controvertido ativismo judicial, tais como o controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade e a filtragem das ações levadas ao Judiciário pelos membros do Poder Legislativo.

civil law, foi entusiasticamente recepcionado nos Estados Unidos, enquanto que muitos sistemas da *civil law* incorporam um instituto típico da *common law* como o *truste*". (*Ibidem*, p. 25).

⁴² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴³ Princípio da igualdade: Trata-se de um princípio jurídico disposto nas Constituições de vários países que afirma que "todos são iguais perante a lei". O princípio informa a todos os ramos do direito. Tal princípio deve ser considerado em dois aspectos: o da igualdade na lei, a qual é destinada ao legislador, ou ao próprio executivo, que, na elaboração das leis, atos normativos, e medidas provisórias, não poderão fazer nenhuma discriminação. E o da igualdade perante a lei, que se traduz na exigência de que os poderes executivo e judiciário, na aplicação da lei, não façam qualquer discriminação. Este princípio, como todos os outros, nem sempre será aplicado, podendo ser relativizado de acordo com o caso concreto. Doutrina e jurisprudência já assentam o princípio de que a igualdade jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem", visando sempre o equilíbrio entre todos. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 9-14 e p. 47-48).

Cumprir, ainda, que ao invés de abordar o tema de forma pragmática, elaborar-se-á uma visão teórico-filosófica com o desiderato de demonstrar que por todos os prismas, o ativismo judicial, quando realizado na concretização dos direitos fundamentais, é legítimo e benéfico para toda a sociedade.

2.1. Fundamentos teóricos ao ativismo judicial

Primeiramente, necessário ressaltar que parte da doutrina⁴⁴ separa a ideia de judicialização da política do ativismo judicial⁴⁵, sobretudo porque a judicialização pode ser uma das causas do ativismo⁴⁶. Contudo, no presente texto as nomenclaturas não serão objeto de estudo.

A judicialização da política é a intervenção decisória do Poder Judiciário em matérias que, a priori, deveriam ser debatidas exclusivamente pelos Poderes Executivo e Legislativo. É a resolução de conflitos de ordem política, moral, científica ou social realizada pelo Poder Judiciário, em face dos demais Poderes. Tal atitude ocorre em

⁴⁴ “A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance”. (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 372). Ainda, “não obstante ser um fenômeno atual, o discurso muitas vezes confunde a ideia de judicialização da política com a ideia genérica de ativismo judicial, tanto que se tem utilizado o termo de judicialização de megapolítica (ou de macropolítica) para distingui-lo da judicialização da política genérica”. (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. Rev. direito GV [online]. 2012, v. 8, n.1, p. 61).

⁴⁵ *Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo (...). A *judicialização*, como demonstrado, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito...*, p. 241-246).

⁴⁶ LENIO STRECK, divergindo, em partes, de LUÍS ROBERTO BARROSO, faz dura crítica ao afirmar que “enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (decisões solipsistas)”. (STRECK, Lenio Luiz. *OAB in foco*, Uberlândia, ano 4, n. 20, 2009, p. 14-18).

função da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo; inclusive esta omissão é chamada por alguns autores como síndrome da ineficácia das normas constitucionais.⁴⁷

Já o ativismo judicial faz parte do novo modelo institucional do Poder Judiciário, decorrente da Constituição Federal de 1988, portanto, não é um fenômeno isolado ou um mero exercício deliberado de vontade política.⁴⁸

Parte da doutrina alega que “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”⁴⁹. Inclusive, os autores que se preocupam em limitar a atuação do Poder Judiciário fazem parte da doutrina da autocontenção judicial (*self-restraint*).⁵⁰

Alguns autores dizem que o fato de o STF se valer de sentenças interpretativas (interpretação conforme, por exemplo) reforçaria o papel da lei e do Legislativo. Todavia, LENIO STRECK indaga: “e se o STF, via interpretação conforme (ou nulidade parcial sem redução de texto), fizer exatamente o contrário do que propunha o Legislativo? Por exemplo, o Congresso nunca quis falar da regulamentação das uniões homoafetivas. Trata-se de um assunto que o Congresso, ao decidir não

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19-20.

⁴⁸ “Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas – seja em países europeus ou latino-americanos – e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular”. (CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Revista Alceu, 2004, vol. 05, n. 9, pág. 106).

⁴⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

⁵⁰ Nas palavras de CANOTILHO, “os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1224).

regulamentar, na prática o STF “regulamentou” de forma negativa”⁵¹. Ou seja, para o autor em muitas vezes o ativismo tem sido realizado de forma desarrazoada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Doutrinadores também confirmam duas espécies de ativismo judicial, quais sejam: o inovador, onde o juiz cria uma nova norma ou direito de forma nova e original; e o revelador, onde por intermédio da análise de princípios constitucionais, muitas vezes não escritos, ou em razão de uma lacuna em uma determinada norma, o juiz cria a regra, o direito ou a norma.⁵²

E quais seriam as razões do ativismo judicial no Brasil? LUIZ ROBERTO BARROSO invoca duas (O Globo de 22/3/09, p. 4): (a) nova composição do STF (por Ministros bastante preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais); e (b) crise de funcionalidade do Poder Legislativo (que estimula tanto

⁵¹ “Assim, a partir da diferença entre ativismo e judicialização e da relevante circunstância de que o STF não representa o estado da arte dessa fenomenologia deste país de proporções continentais, há uma série de pontos que devem ser abordados. Como venho referindo em vários livros e textos, os tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem; eles fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam quando sustentam não fazer. Por exemplo, quando o STF decide que, no artigo 366 do CPP, a prova considerada urgente fica ao arbítrio do juiz decidir, está não somente fazendo ativismo, com a institucionalização da discricionariedade judicial – ponto importante para aferir o grau de ativismo e da judicialização – como também está “legislando”. Não parece que o legislador, ao estabelecer, nos marcos da democracia, que a prova considerada urgente possa ser colhida de forma antecipada, tenha “querido” deixar isso ao bel prazer do juiz... Bom, mas foi isto que o STF disse que o dispositivo “quer dizer”. Atenção: sei que o STF mudou sua posição depois disso (HC 114.519). O que importa, entretanto, é que assim já havia julgado. Ainda: quando o legislador institucionaliza o sistema acusatório no Código de Processo Penal, mediante a aprovação de uma alteração significativa do artigo 212, o STJ e o STF negam validade ao dispositivo, sem qualquer arguição sobre a inconstitucionalidade do novel dispositivo. Simplesmente se negam a cumprir o dispositivo. Isso é ou não é ativismo? O sol nascerá amanhã? O produto do legislador não está conspurcado pelo Poder Judiciário? E veja-se o alcance desse tipo de decisão (por todos, o HC 103.525 – STF). Com isso, diariamente, milhares de acusados têm seus direitos violados por falta do cumprimento de um dispositivo que trata de direitos fundamentais. E assim por diante. Poderia trazer centenas de decisões que, por vezes, aplicam o formalismo jurídico como se estivéssemos no século XIX (ou no direito de antes de 1988), quando leis antigas são aplicadas à revelia da atual Constituição; e, ao mesmo tempo, não são poucas as decisões prolatadas de acordo com... o livre convencimento do juiz. Aliás, a livre apreciação da prova ou o livre convencimento do juiz – e as inúmeras decisões que tratam disso (por exemplo, o recente processo do mensalão que muito se utilizou do “livre convencimento”) – seriam enquadradas em que conceito? Judicialização ou ativismo? Quando o STF diz que, com base no princípio da verdade real (*sic*), aplica a livre apreciação da prova, ele está praticando o que?”. (STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-ativismo-judicial-existe-ou-e-imaginacao>>).

⁵² GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2.164, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>.

a emissão de Medidas Provisórias pelo Executivo como o ativismo judicial do Judiciário).

Também se pode afirmar que os magistrados não são eleitos e, por isto, não deveriam poder sobrepor sua vontade à dos agentes escolhidos pelo povo. Ainda, pode-se afirmar que a judicialização/ativismo reduziria a possibilidade de participação da sociedade como um todo, por excluir os que não têm acesso aos tribunais.

De acordo com LUÍS ROBERTO BARROSO, as críticas merecem reflexão, mas podem ser neutralizadas. Uma democracia não é feita apenas da vontade das maiorias, mas também da preservação dos direitos fundamentais de todos. Ainda assim, o autor afirma que a judicialização jamais deverá substituir a política. O Judiciário só deve interferir quando a política falha.⁵³

CHRISTOPHER WOLFE afirma que os juízes devem se comprometer a garantir soluções para os problemas sociais, isto é, devem estar preparados para responder às questões políticas que lhes são apresentadas.⁵⁴

THAMY POGREBINSCHI é ainda mais profunda ao desmistificar o discurso de que está ocorrendo crise de representação ou risco de crise institucional em face do excessivo intervencionismo do Poder Judiciário. Segundo a autora, não é verdade que o STF tem uma atuação contramajoritária, pois é inexpressivo o número de decisões declarando a inconstitucionalidade, em todo ou em parte, de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso. Na sua visão, ao contrário do que se afirma, o STF reforça a vontade majoritária representada no Congresso Nacional, isto porque ele vem confirmando a constitucionalidade das leis e atos normativos em 86,68% das ADIs e ADPFs.⁵⁵

Seu trabalho, ainda que se atrele especificamente ao controle concentrado de constitucionalidade, tem claro intento provocativo e busca desconstruir falsas argumentações acerca do ativismo judicial: “à medida que avança a tese da judicialização, ganha corpo a crença de que esta teria como causa e efeito a crise da

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito...*, p. 40-41.

⁵⁴ WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?* Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997, p. 2.

⁵⁵ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012, p. 13 e p. 109-110.

representação”⁵⁶. Para THAMY POGREBINSCHI, nada mais equivocado do que atribuir a expansão do Poder Judiciário ao vácuo normativo deixado pelo Poder Legislativo, numa lógica de correlação inversa: quanto menos atua o legislativo, mais se sobrecarrega o judiciário e se aprofunda a crise de um modelo representativo de democracia, que tem como lócus principal de soberania o Parlamento⁵⁷.

Para a autora, a situação é oposta do que muitos tentam demonstrar. O STF “vem exercendo sua função contramajoritária de modo bastante parcimonioso e, mais do que isso, vem contribuindo, no exercício do controle de constitucionalidade, para o fortalecimento da vontade majoritária expressa pelas instituições representativas”⁵⁸. Seu argumento vai contra a interpretação dominante na Ciência Política ao esclarecer que o ativismo fortalece a representação, isto é, não há porque se temer o futuro da democracia representativa.

Na realidade, após leitura dos autores que defendem um Judiciário mais ativista, chega-se à conclusão de que em momento algum se pretende conceder poderes maiores ao Poder Judiciário; pelo contrário. O que se busca é tão somente uma maior harmonia entre os Poderes – fato este não levado em consideração nos séculos anteriores –, assim como a concretização de todo e qualquer direito fundamental, que, diga-se de passagem, foi elevado a tal status após séculos de guerra e escravidão.

2.1.1. A teoria da separação dos poderes: do Estado Liberal ao Estado Social

A atividade política da jurisdição constitucional se realiza, hodiernamente, a partir de um desenho constitucional que viabiliza o exercício desta atividade. Porém, nem sempre foi assim, conforme se verifica a seguir.

O princípio da separação dos poderes foi elaborado, como teoria política, na obra de JOHN LOCKE (1689)⁵⁹. No mesmo período e com parecidos ideais, nasce a obra de MONTESQUIEU (1748)⁶⁰. Para ambos os autores, a teoria da separação dos

⁵⁶ *Ibidem*, p. 3.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁶⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *Op. cit.*

poderes foi concebida para assegurar a existência de um governo moderado, mediante distribuição das atividades do Estado e consequente controle recíproco entre suas formas de expressão.⁶¹

Importante mencionar que a teoria somente foi concebida em contraposição ao absolutismo defendido por THOMAS HOBBS (1651)⁶². Para referido autor, o poder é exercido pelo soberano (monarca) mediante a submissão dos indivíduos e é usado para reprimir os conflitos humanos.

Superando a ideia de HOBBS, MONTESQUIEU afirma que nenhuma sociedade sem governo pode subsistir, discorrendo sobre a importância das leis para a garantia da vida em sociedade.⁶³

Portanto, conforme exposto em parágrafo anterior, a teoria da separação dos poderes foi concebida para assegurar a existência de um governo moderado, mediante distribuição de atividades do Estado e consequente controle recíproco entre suas formas de expressão. Trata-se da tentativa de contenção do poder pelo poder.⁶⁴

Percebe-se, nos estudos de LOCKE e MONTESQUIEU, que a teoria da separação dos poderes foi elaborada e sustentada a fim de conferir proteção aos direitos fundamentais de primeira geração contra as iniciativas arbitrárias do Estado. Ou seja, é possível afirmar que as concepções dos autores acabaram por influenciar as Constituições liberais.

Conforme é cediço, o modelo do constitucionalismo liberal preocupava-se exclusivamente em proteger o indivíduo da ingerência do Estado:

“A teoria do Estado com poderes divididos conquistou prestígio na doutrina constitucional do liberalismo porque se consolidou como importante mecanismo de garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas. O liberalismo foi a doutrina política que fundamentou a construção da teoria do Estado e do Direito. Um Estado juridicamente

⁶¹ “É evidente que o chamado “*instrument of governement*” inglês já previa alguma forma de separação entre o Executivo e o Legislativo, contrapondo-se a uma economia mista, mas foi Locke quem a sistematizou e deu seus fundamentos teóricos”. (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38).

⁶² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

⁶³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. Op. cit., p. 83-86.

⁶⁴ CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67-68.

limitado pela Constituição e ideologicamente assumido pela doutrina liberal. Cuidava-se de garantir a liberdade do indivíduo e da sociedade frente ao Estado (...). Ao Estado liberal, sempre juridicamente controlado, não cabe exercer mais do que as seguintes atividades; manter a ordem interna e conduzir a política exterior.”⁶⁵

Não obstante, referido pensamento foi alterado com a Revolução Industrial e com o surgimento do sufrágio universal.

Na realidade, o enfraquecimento do Estado Liberal começa quando as grandes empresas começam a ser monopolistas e aniquilam a concorrência. Neste ponto surge o proletariado que prega um Estado Social⁶⁶ (também chamado de *Estado Providência*, *Estado de Serviço*, ou “*Welfare State*”) contra a auto-regulação do mercado. A ação do Estado torna-se imprescindível para a correção dos desvios existentes no meio social.

Na visão de OSVALDO CANELA JUNIOR, “a transição entre Estado Liberal e o Estado Social promove alteração substancial quanto à concepção de Estado e de sua finalidade”.⁶⁷

Junto com este Estado social nasce um novo sistema ético de referência, baseado na proteção dos direitos humanos. Inclusive, a partir de 1948 – época em que já se fazia presente em diversos países o Estado Social –, com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados se comprometeram a assegurar novos bens da vida, indispensáveis para a sobrevivência da humanidade.⁶⁸

Destarte, a estabilidade objetivada no Estado Liberal é substituída pelo dirigismo estatal, alterando-se a concepção da teoria da separação dos poderes:

“No Estado liberal, o objetivo da teoria da separação dos poderes, consoante já assentado, era o de evitar a concentração do poder estatal, a fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. O Estado, na premissa liberal, é um elemento catalisador do poder, instrumento para a sua contenção, em estrito respeito à liberdade individual. No Estado

⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34-35.

⁶⁶ “A crise recorrente do capitalismo, o sufrágio universal, as reivindicações da classe operária, as revoluções socialistas, a passagem da empresa individual para a coletiva e da concorrência para o oligopólio, a emergência da sociedade de massas e a conseqüente urbanização pela qual passou o mundo, esses dados todos, somados a outros, concluíram por forçar o nascimento de um novo tipo de Estado”. (*Ibidem*, p. 40).

⁶⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. Op. cit., p. 70.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 71.

social, este objetivo permanece, mas a ele é acrescentado o desiderato de realização dos direitos fundamentais de segunda e outras gerações, com o propósito de se assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos. De uma conduta meramente negativa, passiva, o Estado assume, também, uma conduta pró-ativa”.⁶⁹

Como consequência deste Estado Social, surge a nomenclatura do Estado Democrático de Direito⁷⁰, a qual perdura até a presente data no Brasil.

Percebe-se que “a separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos”^{71, 72}.

Outra Teoria da Separação dos Poderes foi elaborada por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, os quais escreveram e publicaram 85 artigos argumentando favoravelmente em relação à promulgação da Constituição Norte Americana. A coletânea destes trabalhos deu origem ao livro “O Federalista”, razão porque os autores são chamados de “Os Federalistas”.⁷³

Referidos autores defendiam a harmonia entre os poderes e afirmavam que não seria necessária uma independência, mas sim uma interdependência entre as funções do Estado.⁷⁴

Atualmente, por óbvio que se deve trabalhar com a máxima efetividade da Constituição e com a harmonia (pesos e contrapesos⁷⁵ - *check and balance*) entre os

⁶⁹ *Ibidem*, p. 72.

⁷⁰ Estado Democrático de Direito: Fundado não mais no princípio da legalidade, mas no princípio da constitucionalidade. Ademais, não só procura garantir a liberdade, mas também a igualdade.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 146.

⁷² Percebe-se, também, que no Estado Liberal havia uma preeminência do Poder Legislativo, enquanto que no Estado Social havia uma supremacia do Poder Executivo. Já no Estado Constitucional, prevalece, de certa forma, os mandamentos do Poder Judiciário.

⁷³ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

⁷⁴ CONRADO HÜBNER MENDES também trabalha com a doutrina do diálogo (integração) entre os poderes: “A perspectiva do diálogo, ao relativizar a última palavra, mostra que a alternativa à supremacia do parlamento não é necessariamente a soberania, pura e simples, mas um jogo interativo mais rico e complexo”. (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 202-203).

⁷⁵ “Consideremos a seguir na prática constitucional do Estado moderno as mais conhecidas formas de equilíbrio e interferência, resultantes da teoria de pesos e contrapesos. Dessa técnica resulta a presença do executivo na órbita legislativa por via do veto e da mensagem, e excepcionalmente, segundo alguns, na delegação de poderes, que o princípio a rigor interdita, por decorrência da própria lógica da

Poderes. Isto, inclusive, nos remete ao art. 2º da Constituição Federal que descreve: “São Poderes da União, *independentes* e *harmônicos* entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

PAULO BONAVIDES é novamente preciso ao delinear que “numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação”.⁷⁶

Ainda mais profundo é o pensamento de BRUCE ACKERMAN quando afirma que “a separação dos poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência”.⁷⁷

Para os críticos deste “novo” sistema de integração entre poderes (ex. Lenio Streck⁷⁸), vale citar CLÈMERSON MERLIN CLÈVE que afirma: “dizer *o que é o direito* é compreendê-lo enquanto localizado espaço-temporalmente. O que significa compreender sua flutuação histórica e a possibilidade de sofrer transformações”.⁷⁹

Ademais, querendo ou não, os membros do Supremo Tribunal Federal são nomeados com a participação indireta do povo. A Constituição Federal emana do povo, prevê o ingresso de juízes no STF e, principalmente, possibilita o obste de ministros pelo Senado Federal.

Com base nas notas anteriores, em especial na máxima efetividade da Constituição, pode-se afirmar que a judicialização da política/ativismo se tornou parte

separação (...). Já a participação do executivo na esfera do poder judiciário se exprime mediante o indulto, faculdade com que ele modifica efeitos de ato proveniente de outro poder. Igual participação se dá através da atribuição reconhecida ao executivo de nomear membros do poder judiciário. Do legislativo, por sua vez, partem laços vinculando o executivo e o judiciário à dependência das câmaras. São pontos de controle parlamentar sobre a ação executiva: a rejeição do veto, o processo de *impeachment* contra a autoridade executiva, aprovação de tratado (...). (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 141).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 146.

⁷⁷ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113.

⁷⁸ “Os juízes, que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer a filtragem das leis inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos da estagnação para o ativismo.” Para Lenio Streck, o ativismo é ruim. É ele que leva o Judiciário a emitir tantas decisões contraditórias. A isso, o procurador dá o nome de “Justiça lotérica”. (STRECK, Lenio Luiz. *OAB in foco...*, p. 15).

⁷⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 145.

significativa e integrante do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive deve-se sempre levar em consideração a interdependência entre as funções do Estado.

2.1.2. Ativismo para concretização dos direitos fundamentais

Conforme analisado no tópico anterior, o Estado de Direito legalista e liberal do início do século XX foi superado por um novo meio de atuação estatal. Após as duas grandes guerras não restou alternativa aos Estados, se não a criação de constituições com postura mais garantidora, sobretudo no que tange aos direitos humanos/fundamentais.

Neste novo período (neoconstitucionalismo⁸⁰), “as constituições não se limitariam a apenas organizar, estruturalmente, o Estado, fixando os seus limites políticos; são assegurados direitos de liberdade e de igualdade, aos quais é impressa nota de fundamentalidade formal e material, vinculantes para o Estado, prevendo-se, ainda, instrumentos de garantia e de proteção desses direitos”.⁸¹

DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS alertam que os direitos fundamentais mantêm uma grande proximidade com a Política, o que certamente evidencia o porquê do intervencionismo do Judiciário nas políticas públicas.⁸²

Um exemplo prático seria a cassação de um Senador, por meio dos outros membros do Senado, com viés totalmente político (ex. perseguição política) e sem provas concretas. Neste caso, poderia o Judiciário intervir e declarar que direitos fundamentais do parlamentar cassado estariam sendo violados ou decisões meramente políticas não podem ser revistas pelo Supremo Tribunal Federal?

A resposta parece nítida⁸³, mas procedimentalistas⁸⁴ poderão afirmar que a decisão do Senado é soberana e não permite qualquer tipo de reparo.

⁸⁰ “Neoconstitucionalismo é um termo de certa forma novo, indica uma precisa prospectiva jusfilosófica, e se caracteriza por ser constitucionalista e antipositivista. Ou seja, o neoconstitucionalismo tem como objeto específico a análise dos modernos ordenamentos constitucionais e democráticos do Ocidente”. (POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003, p. 187-210).

⁸¹ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 19.

⁸² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 15.

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE afirma que “há momentos, como aqueles que envolvem a defesa das minorias contra a discriminação, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de controle forte do Judiciário”.⁸⁵

Vale mencionar que em momento algum se defende a ideia de intervenção do Poder Judiciário de forma desproposita. O que se procura demonstrar é que os direitos fundamentais devem ser assegurados de forma igualitária a todos os cidadãos. ROBERT ALEXY descreve que “o dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador”.⁸⁶

JOHN RAWLS, em sua obra *Uma teoria da justiça*, também alerta para a necessidade de igualdade/equidade entre os cidadãos. Referido autor retoma, ainda que de forma peculiar e diferente de HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU, a concepção contratualista e defende a eleição dos princípios de justiça através de um acordo celebrado entre todos numa situação inicial, definida como *posição original*.⁸⁷

⁸³ STF já se pronunciou acerca do assunto e delineou que, ainda que em um grau mínimo, o Judiciário pode controlar a atividade jurisdicional exercida pelo Senado: MS nº 21.623-9 e MS nº 21.689-1.

⁸⁴ Os substancialistas (ex. Dworkin) valorizam o conteúdo material das Constituições, enquanto que os procedimentalistas (ex. Habermas, John Hart Ely e Carlos Santiago Nino) acentuam o papel instrumental da Constituição. “Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. De acordo com esta teoria, o Poder Judiciário deve apenas garantir o exercício da democracia, não sendo possível, portanto, a possibilidade do chamado ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos atentaria ao princípio democrático”. Já “segundo a teoria substantiva da Constituição, ou constitucionalista da democracia, existem direitos fundamentais que representam valores mínimos escolhidos pelo povo no momento constituinte que devem ser protegidos inclusive contra maiorias eventuais. A Constituição, desse modo, se dirige a todos os cidadãos e a todos os Poderes do Estado, mas seu protetor e intérprete máximo, neste modelo, é o Poder Judiciário, que, por sua vez, irá interpretar os valores escolhidos pela sociedade quando da elaboração da Constituição permitindo dessa forma uma ideia de ativismo judicial na proteção e efetivação dos direitos fundamentais”. (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Jurisdição Constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Rev. Sequência, n. 56, 2008, p. 153 e p. 163).

⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 12.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396.

⁸⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 14.

Sendo assim, cumpre ao Supremo Tribunal Federal concretizar direitos fundamentais e ocasionar igualdade entre todos os cidadãos⁸⁸. Um exemplo prático e atual é a união entre casais do mesmo sexo. Durante anos os congressistas - com receio na perda de votos - deixaram de debater o assunto, ou seja, restou ao Poder Judiciário suprir esta lacuna e garantir direitos fundamentais dos homossexuais.

“A omissão das formas de expressão do poder estatal representa a quebra do compromisso com os objetivos do Estado. Como a harmonia entre os poderes objetiva o atendimento integral dos objetivos estatais, cumpre ao Poder Judiciário, por meio da jurisdição, restabelecê-la, mediante a integração da conduta omissiva dos agentes públicos”.⁸⁹ Ou seja, nos casos em que a omissão do legislador estiver ocasionando danos para parte da sociedade, cabe ao Poder Judiciário agir de forma integradora.

RONALD DWORKIN indica que o ativismo, quando utilizado para concretização dos direitos fundamentais ou para a manutenção da integridade do direito (moral, costumes, etc.), não deve ser levado como algo prejudicial ao ordenamento, mormente porque melhor um Judiciário garantidor a um Judiciário passivo que já demonstrou ser ineficaz em décadas anteriores nos mais diversos países.⁹⁰

Ainda, importante mencionar que os autores citados anteriormente, em especial ALEXY, RAWLS e DWORKIN, defendem a liberdade e igualdade entre os cidadãos, porém, nem sempre estão ligados a um mesmo prisma. Inclusive, RONALD DWORKIN, em sua obra intitulada *A virtude soberana* aponta falhas para a teoria de RAWLS.

Não obstante a divergência existente entre os mais variados autores, o que se busca no presente texto é elucidar que a noção de liberdade, equidade e integridade deve sempre estar atrelada aos direitos fundamentais. Repita-se, “a legitimidade democrática do juiz não está em substituir o legislador nas escolhas, mas de auferir se

⁸⁸ SENADO FEDERAL. Sabatina de Luís Roberto Barroso em 05/06/2013: “Onde falta norma e há direito fundamental a ser tutelado, acho que o Judiciário deve atuar”.

⁸⁹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. Op. cit., p. 87.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 271-275.

a escolha feita pelo legislador está albergada na Constituição”⁹¹; todavia, se a escolha deixou de ser feita pelo Legislador, em alguns casos poderá o Poder Judiciário intervir em prol da garantia dos direitos fundamentais.

2.2. Colisão de direitos fundamentais e ativismo judicial

Muito comum é a colisão de direitos fundamentais⁹². Quando isto ocorre, deve o juiz ponderar (princípio da proporcionalidade⁹³) qual princípio deve ser aplicado no caso concreto.

Um caso bastante criticado por parte dos juristas foi a criação da súmula vinculante nº 13, a qual trata do nepotismo⁹⁴. Isto porque, os críticos, dentro eles LENIO STRECK, alegam que não houve concretização de direitos fundamentais, mas sim restrição de direitos. Ademais, alega-se que a formulação da súmula não se deu nos moldes descritos na Constituição Federal.

Inobstante a criação da súmula não ter se dado de forma correta, uma vez que se pautou em apenas um único caso⁹⁵, os motivos determinantes da decisão que julgou constitucional a Resolução nº 7/05 do CNJ são perfeitamente legais e se enquadram na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito.

Veja-se que os princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência e igualdade (concorrência) certamente se sobrepõem aos interesses individuais dos contratantes e

⁹¹ MALISKA, Marcos Augusto. *A criação jurisprudencial do Direito e a questão da legitimidade democrática. O Juiz entre a legalidade e a constitucionalidade*. In: MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (Coord.). *Entre Brasil e Polônia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 30.

⁹² “Há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 161)

⁹³ Método utilizado no Direito Constitucional brasileiro para resolver a colisão de princípios jurídicos.

⁹⁴ STF. Súmula vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

⁹⁵ Art. 103-A da Constituição Federal: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, *após reiteradas decisões* sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (...).

contratados sem o devido concurso público⁹⁶. Por mais que tais argumentos possam ser considerados simplistas, não há como se voltar contra a moralidade na administração pública.

BARROSO refuta as críticas e afirma que “os direitos fundamentais têm que conviver tanto com outros direitos, como com outros bens jurídicos que tenham fundamento constitucional. Ou seja, não há direitos absolutos”.⁹⁷

Outro exemplo seria o direito à greve ou manifestação em vias públicas:

“A polícia proíbe o acesso de automóveis ao centro do Rio de Janeiro porque acontece uma manifestação de desempregados. Aqui não temos uma proibição geral de entrada e de circulação na cidade, nem uma lei que restrinja o acesso. Mesmo se a tivéssemos, a regra de harmonização deveria ser entendida como uma solução prévia do legislador (programa normativo de compreensão de uma colisão entre direitos fundamentais) passível de amplo controle abstrato quando de sua aplicação e suscitando a necessidade da justificação de ambas as intervenções implícitas no referido programa normativo de compreensão da colisão. Em vista da situação do momento, o exercício da liberdade de reunião impossibilita o pleno exercício da liberdade de ir e vir. Mas essa medida deve ser avaliada, aplicando o critério da proporcionalidade para identificar os meios necessários para preservar o direito de reunião sem limitar demasiadamente a liberdade de ir e vir, a liberdade econômica e outros direitos”.⁹⁸

DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS também alertam que as principais ferramentas para decidir sobre casos de conflito são duas:

“Em primeiro lugar, a *interpretação sistemática da Constituição*, isto é, sua interpretação enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu. A segunda ferramenta é o *critério da proporcionalidade*”.⁹⁹

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em recente recurso repetitivo¹⁰⁰, delimitou que o direito fundamental à saúde prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Nacional. Na visão dos ministros, “é possível ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento das partes, o bloqueio ou sequestro de verbas públicas como

⁹⁶ BRASIL. Constituição Federal. Art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (...).

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito...*, p. 389.

⁹⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 161-162.

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ STJ. REsp 1.069.810-RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 23/10/2013.

medida coercitiva para o fornecimento de medicamentos pelo Estado na hipótese em que a demora no cumprimento da obrigação acarrete risco à saúde e à vida do demandante”. Ainda, “é lícito o magistrado adotar, com o intuito de promover a efetivação da tutela, medida judicial que não esteja explicitamente prevista no § 5º do art. 461, mormente na hipótese em que a desídia do ente estatal frente a comando judicial possa implicar grave lesão à saúde ou risco à vida da parte demandante, uma vez que, nessas hipóteses, o direito fundamental à saúde (arts. 6º e 196 da CF) prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Nacional”.

Isto posto, sempre que houver colisão entre direitos – fundamentais ou não –, deve o Poder Judiciário se utilizar do princípio da proporcionalidade, ainda que em algumas decisões seja considerado como um Poder ativista.

Em tempo, vale mencionar a crítica de LENIO STRECK acerca do assunto:

“Quando, por exemplo, centenas e centenas de decisões – de cariz ativista – dizem que estão aplicando “a tal da ponderação”, quando, de fato, não estão nem perto do que dizia seu idealizador (Alexy), e a doutrina pouco ou nada diz a respeito, é porque corremos o risco de fracassar (aliás, há prova maior de ativismo do que o uso da vulgata da tal da ponderação, pedra filosofal da interpretação?)”.¹⁰¹

DANIEL SARMENTO segue a mesma linha de raciocínio e critica a atuação de grande parte dos magistrados:

“E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-ativismo-judicial-existe-ou-e-imaginacao>>.

juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico”.¹⁰²

SARMENTO também alerta para os perigos gerados pela constitucionalização excessiva do Direito. Para o autor, esta “panconstitucionalização” do Direito gera certa anarquia metodológica, pois todos os problemas são resolvidos exclusivamente aos olhos da Constituição. Ainda, constitucionalizar uma decisão é retirá-la do alcance das maiorias.

Inobstante existam críticas acerca do princípio da proporcionalidade, nos moldes utilizados pelo STF, o que se constata é que os ministros, por vezes, devem preencher lacunas deixadas pelos demais Poderes, sob pena de ferir normas constitucionais.

2.3. Reserva do possível x Mínimo existencial

Outro fator que gera uma grande quantidade de demandas judiciais e, conseqüentemente, impulsiona o ativismo do Poder Judiciário é a questão do *mínimo existencial*, o qual está intimamente ligado à *reserva do possível*.

Ao se colocar perante o Poder Judiciário matérias de políticas públicas (ex. concessão de remédios que implicitamente afetam o orçamento de um município) com base nas teorias supracitadas, as quais envolvem, por vezes, milhões de cidadãos, deve o julgador analisar os casos de forma criteriosa, a fim de que não extrapole os limites constitucionais de atuação e, principalmente, deve proferir decisões coerentes que gerem certa previsibilidade aos jurisdicionados.

O *mínimo existencial* reserva a ideia de condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. Na realidade, trata-se de um direito pré-constitucional, não positivado, mas implícito no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal.¹⁰³

¹⁰² SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 144.

¹⁰³ BRASIL. Constituição Federal. Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (...).

O art. 1º da Lei Federal nº 8.742/93 também se refere ao *mínimo existencial*¹⁰⁴, assim como o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)¹⁰⁵.

Os direitos abrangidos pelo mínimo existencial são os que estão relacionados com os direitos sociais, econômicos e culturais, previstos na Constituição Federal (como o trabalho, salário mínimo, alimentação, vestimenta, lazer, educação, repouso, férias e despesas importantes, como água e luz). São direitos de 2ª geração que possuem caráter programático, pois o Estado deve desenvolver programas para que esses direitos alcancem o indivíduo.¹⁰⁶

Já a teoria da *reserva do possível* surgiu na Alemanha, em meados da década de 70, quando diversos estudantes pleitearam um aumento no número de vagas em Universidades. A pretensão dos estudantes baseou-se no art. 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.

Ao final do julgamento, a Corte Constitucional aplicou a teoria da *reserva do possível*, firmando posicionamento de que o cidadão só pode exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pudesse esperar. A decisão sobre a disponibilidade de recursos insere-se na discricionariedade do governo, através da composição dos orçamentos públicos.¹⁰⁷

O Tribunal alemão entendeu que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade (prestação razoável), de tal sorte que, mesmo em dispendo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não

¹⁰⁴ Art. 1º - A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

¹⁰⁵ Art. XXV - Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

¹⁰⁶ “Não tendo o mínimo existencial dicção constitucional própria, deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, nos direitos humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”. (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v. III. Os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 144).

¹⁰⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 53-54.

se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”¹⁰⁸. Em síntese, o Tribunal deve se atentar a limites fáticos e jurídicos.

Percebe-se, assim, que a teoria da *reserva do possível*, na sua origem, não se relaciona exclusivamente à existência de recursos materiais/financeiros, suficientes para a efetivação dos direitos sociais, mas, também, à razoabilidade da pretensão proposta frente à sua concretização.

No Brasil, é de fácil percepção que a teoria é utilizada de forma equivocada como apoio ao Estado, uma vez que, na visão dos governantes, não se faz possível a implementação de direitos sociais a todos os cidadãos sem um esgotamento pleno do orçamento.

O problema é que jamais uma impossibilidade orçamentária remota ou inexistente do Estado em oferecer o *mínimo existencial* poderá impedir a eficácia dos direitos fundamentais considerados essenciais, justos e basilares.

Insta ressaltar que no Brasil as situações que mais geram debate com relação ao tema (*reserva do possível x mínimo existencial*) se referem ao fornecimento de medicamentos¹⁰⁹, tratamentos ou cirurgias, e limitações de vagas em escolas públicas e creches.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 265.

¹⁰⁹ “ADMINISTRATIVO - CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - MANIFESTA NECESSIDADE - OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. *In casu*, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ

Um exemplo se deu no Supremo Tribunal Federal (STF. ARE 639.337 AgR), onde uma criança procurava uma vaga em escola próxima a sua residência. Segundo o ministro relator CELSO DE MELLO, “a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV)”.

Referido julgador ainda cita que “essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal”.

Por fim, restou estabelecido que a atitude praticada pelo Poder Judiciário não gerou transgressão ao postulado da separação dos poderes, sobretudo porque se estava concretizando normas constitucionais.¹¹⁰

É evidente que na falta de razoabilidade do pedido, poderão os entes da Federação (União, Estado ou Município) consignar a teoria da *reserva do possível*. Entretanto, tal alegação não pode ocorrer a todo o momento como fundamento para restrição de direitos fundamentais. Inclusive, o ônus da prova – quando da alegação de ausência de condições financeiras – deve sempre ser do Estado, o qual possui o dever de garantir uma melhor qualidade de vida aos cidadãos.

2.4. Soluções práticas para o “problema” do ativismo judicial

2.4.1. Controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade

3.10.2005). Agravo regimental improvido.” (STJ. AgRg no Resp nº 1.136.549/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento em 21 de junho de 2010).

¹¹⁰ STF. ARE 639.337 AgR. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 23 de agosto de 2011.

Uma das mais belas traduções da Constituição da República Federativa do Brasil diz respeito à separação dos poderes, a qual se faz presente em seu artigo 2º.

Em função da independência estabelecida entre os poderes, o Legislativo, quase que de forma exclusiva¹¹¹, cria e julga preventivamente a constitucionalidade das leis.

Ocorre, porém, que de alguns anos para cá houve um crescimento assustador na criação de normas consideradas inconstitucionais, o que gera um significativo aumento no número de demandas tanto em primeiro grau de jurisdição quanto no Supremo Tribunal Federal.¹¹²

Assim, surge a ideia de se colocar no ordenamento jurídico brasileiro uma proposta do sistema jurídico francês, qual seja: o controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade.¹¹³

Na França, onde também se aplica o controle incidental, em algumas espécies legislativas, fica a cargo do Conselho Constitucional a manifestação acerca da constitucionalidade de uma proposição antes da promulgação. Inclusive, este controle tem por objetivo evitar que se elaborem leis com eivas de inconstitucionalidade, buscando-se sanar os vícios antes mesmo da publicação.

No Brasil, podem surgir críticas ao sistema de controle preventivo, cujo parecer lógico nos remete à separação dos poderes e ao ideal de que o Congresso já faria o controle prévio de constitucionalidade das leis nas comissões de Constituição e Justiça, enquanto que o Executivo faria o controle através da Advocacia-Geral da União. Por outro lado, muitos defendem uma análise prévia das leis que afetam a vida de todos os cidadãos.

¹¹¹ Algumas exceções: Veto pelo Poder Executivo e controle judicial de constitucionalidade preventivo (EC).

¹¹² VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo social: São Paulo, 2007, vol. 19, n. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24/01/2014.

¹¹³ “O Conselho Constitucional francês, produto da Constituição de 1958, muito embora tenha se fundado no modelo dos Tribunais Constitucionais europeus, possui conotação original e diferenciada, principalmente no que diz respeito à sua estrutura, organização, funcionamento, funções e competências”. (PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Jurisdição constitucional do processo legislativo: legitimidade, reinterpretação e remodelagem do sistema no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 108).

Evidente que um exame pormenorizado nas leis por quem, em tese, possui um alto conhecimento jurídico, reduziria o número de normas inconstitucionais e, conseqüentemente, o ajuizamento de demandas judiciais. É transparente que para se formular leis não há necessidade de conhecimento jurídico, todavia, sua promulgação somente pode ser realizada se sustentada na Constituição Federal.

Na realidade, necessária se faz a manifestação de cada profissional do Direito, a fim de que futuramente o Poder Judiciário – ou um Conselho Constitucional – possa analisar preventivamente as normas elaboradas por um Poder Legislativo cada vez mais instável e preocupado com políticas internas. Caso contrário, permaneceremos abarrotando as pautas de julgamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais certamente não possuem condições humanas de julgar tudo que é arguido.

2.4.2. O legislativo como *amicus curiae* nas sessões de julgamento

Outro fator que poderia reduzir drasticamente as críticas ao *ativismo judicial* seria a maior presença dos representantes do legislativo nas sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Utilizando-se o procedimento do *amicus curiae*¹¹⁴, os membros do Poder Legislativo deveriam se tornar peças mais presentes quando dos debates entre os ministros e, inclusive, deveriam prestar suas opiniões quando solicitadas.

Durante algum tempo, críticas foram lançadas ao procedimento do *amicus curiae* com argumento de que os terceiros não teriam suas razões apreciadas formalmente pelos Ministros. Todavia, DAMARES MEDINA traz um profundo estudo acerca do tema e informa que as possibilidades de êxito em uma demanda com presença de *amicus curiae* aumentam significativamente, sobretudo na parte de conhecimento da demanda.¹¹⁵

¹¹⁴ "Amigo da Corte". Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa.

¹¹⁵ "Os resultados dos julgamentos do STF no período pesquisado estabelecem uma robusta relação causal entre o ingresso do *amicus curiae* e o aumento das chances de êxito do lado por ele apoiado". (MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113-135).

Importante ressaltar que no presente caso não caberia ao Legislativo uma intervenção de cunho político. SANDRO MARCELO KOZIKOSKI afirma que o relator da demanda sempre deverá observar se o *amicus curiae* é capaz de fornecer subsídios úteis para o deslinde da questão jurídica ou controvérsia judicial.¹¹⁶

Fato é que no atual momento os representantes do povo pouco se interessam nas consequências dos julgamentos do STF, deixando todo discurso para as decisões contrárias aos seus respectivos interesses.

2.4.3. Filtragem das ações levadas ao Poder Judiciário pelos membros do Poder Legislativo

Ao analisar as ações levadas ao Supremo Tribunal Federal, LUIZ WERNECK VIANNA declarou que a ADIN é “recurso institucional estratégico de governo”. Ou seja, os próprios membros do Congresso Nacional são os maiores responsáveis pelo que muitos chamam de ativismo do Poder Judiciário¹¹⁷:

“A percepção mais geral que se impõe ao observador dos dados da presente pesquisa é a de que as Adins já fazem parte do cenário natural da moderna democracia brasileira, afirmando ano após ano, ao longo de quase duas décadas, em sucessivos e diferentes governos, a sua presença institucional, e mais fortemente ainda no atual governo Lula. Como escoadouro de conflitos entre sociedade e Estado, dos que nascem no próprio interior da administração pública e da federação, e instrumento de trabalhadores e empresários, elas fazem com que o país, sob a forma como se apresenta hoje, não seja mais governável sem elas. Aqui, além de ser instrumento da defesa de minorias, sua origem constitucional clássica, a Adin também é recurso institucional estratégico de governo, instituindo, na prática, o Supremo Tribunal Federal como um conselho de Estado do tipo prevalecente em países de configuração unitária”.¹¹⁸

¹¹⁶ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Repercussão geral e efeito vinculante: neoconstitucionalismo, amicus curiae e a pluralização do debate*. Curitiba, 2010. 425 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito – Curso de Doutorado em Direito das Relações Sociais, Universidade Federal do Paraná, p. 143.

¹¹⁷ “O alto índice de litigação contra normas dos legislativos estaduais aponta para a existência de problemas na formação da vontade política local, seja porque o executivo não detém maioria nas assembleias estaduais, seja porque essas instâncias de poder, expostas às pressões de grupos de interesses particularistas, eventualmente produzem uma legislação casuística e sem escopo universalista (...)”. (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. cit.).

¹¹⁸ *Idem*.

Destarte, seria importante que dentro do próprio Congresso Nacional fosse formulado um filtro para que somente as matérias de alta relevância fossem remetidas ao Judiciário. Tal procedimento, obviamente, necessitaria de uma maior integração entre os Partidos, os quais certamente sairiam fortalecidos.

Conforme dito em tópicos anteriores, os Poderes devem interagir entre si, assim como os próprios partidos que fazem volume dentro do Poder Legislativo. Sem uma reformulação estratégica, nos moldes descritos no presente capítulo, milhares de demandas continuarão sendo ajuizadas com o simples propósito político, fazendo que, conseqüentemente, todos os cidadãos sejam indiretamente prejudicados.

2.5. Conclusões do capítulo

Ao analisar o tema do ativismo judicial, é possível constatar que as críticas surgem de forma desarrazoada, pois praticamente se limitam a questionar a interferência do Poder Judiciário nas questões políticas com fulcro na separação dos poderes e na teoria procedimentalista¹¹⁹.

O próprio ministro LUÍS ROBERTO BARROSO analisa que “o problema brasileiro atual não é o excesso de judicialização, mas a escassez de boa política”.¹²⁰

A atuação do Poder Judiciário certamente serve para contrabalancear as omissões e abusos dos demais Poderes, os quais também possuem o direito e o dever de fiscalizar se a aplicação do Direito tem sido regularmente estabelecida por aquele.¹²¹

Em resumo, o objetivo do capítulo II é de reunir elementos que demonstrem que a atual jurisdição permite um Judiciário mais ativo¹²², todavia com vistas aos direitos

¹¹⁹ Conforme já exposto em momento anterior, os procedimentalistas acentuam o papel instrumental da Constituição, isto é, defendem o mínimo de intervenção do Poder Judiciário nas questões oriundas do Poder Legislativo e Executivo, sobretudo porque os representantes destes foram escolhidos pelo povo.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito...*, p. 42.

¹²¹ Inclusive, MAURO CAPPELLETTI afirma que a inevitável e necessária criatividade/atuação dos juízes aplica-se tanto no sistema de *common law* quanto no sistema de *civil law*. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 110-130).

¹²² RAN HIRSCHL chama este novo momento de “juristocracia”. Para o autor, as reformas constitucionais transferiram uma quantidade sem precedentes de poder das instituições representativas para o Judiciário. Inclusive, cita-se que democracia não é a mesma coisa que a regra da maioria, isto é, na democracia real minorias possuem proteções legais na forma de uma Constituição escrita, em que

fundamentais e à implementação de precedentes, os quais certamente trazem uma efetiva segurança jurídica¹²³ ao ordenamento jurídico, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

Em tempo, antes de iniciar o terceiro capítulo (sistema de precedentes judiciais), importante lembrar o que fora dito na introdução de que ao se fazer menção ao ativismo judicial, tacitamente estarão sendo trabalhadas milhares de sentenças e acórdãos, os quais poderão afetar direta ou indiretamente a vida de milhões de cidadãos. Assim, com tantas decisões sendo prolatadas diariamente pelos mais diversos tribunais, não há como negar uma necessária coerência nos motivos determinantes das sentenças/acórdãos.

E como falar em coerência e segurança jurídica sem análise dos precedentes judiciais? Não há como; motivo pelo qual será debatido no próximo capítulo a teoria dos precedentes, a qual tem sido cada vez mais difundida entre os profissionais do Direito.

até mesmo uma assembleia democraticamente eleita não pode mudar. (HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 1-49).

¹²³ “Segurança jurídica, pois, não significa imutabilidade, mas sim um mínimo indispensável de previsibilidade, em patamares compatíveis com o dinamismo e o cosmopolitismo”. (FACHIN, Luiz Edson. *Ouriços e raposas no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica->

CAPÍTULO III

SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS (*STARE DECISIS*)

Ao final do capítulo primeiro, restou observado que a jurisdição atual nos remete a um novo paradigma, isto é, a uma necessária aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*. Já no capítulo segundo foi descrito que, hodiernamente, os Poderes devem interagir e trabalhar em prol da sociedade e da Constituição; e isto pode se dar, principalmente, com a aplicação de precedentes judiciais.

Nas palavras de AUGUSTO CÉSAR MOREIRA LIMA “é justo dizer que os precedentes vinculantes não danificam, ao invés, promovem o equilíbrio na separação dos poderes”.¹²⁴

Pois bem. O ordenamento jurídico brasileiro surgiu da tradição romano-germânica e, por conseguinte, se baseia na lei escrita e promulgada pelo Estado.

Não bastasse a existência dos mais diversos Códigos e normas, o Direito Processual brasileiro, na última década, vem passando por sensíveis modificações voltadas a imprimir segurança jurídica, celeridade e efetividade processual.¹²⁵

Ocorre, porém, que utilizando as mais variadas reformas, os membros do Poder Judiciário vêm descumprindo ao que denominamos de devido processo legal¹²⁶, sob o fundamento de que estão seguindo precedentes judiciais, tais como decisões pacificadas (ou repetitivas) e súmulas vinculantes.

O problema a ser desenvolvido no presente capítulo, é que parte dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal confundem a ideia de

[direito/artigos/conteudo.phtml?id=1407762&tit=Ouricos-e-raposas-no-direito-brasileiro>](#). Acesso em 24/01/2014).

¹²⁴ LIMA, Augusto César Moreira. Op. cit., p. 78.

¹²⁵ Exemplos: Emenda Constitucional 45/2004 trouxe a súmula vinculante e a repercussão geral; Lei 11.672/2008 trouxe a questão dos recursos repetitivos.

¹²⁶ A Constituição brasileira de 1988 traz a garantia exarada no seu Artigo 5º, que trata das garantias e direito individuais. Seu inciso LIV expressa a essência do *due process*, e o inciso LV surge como seu corolário (ou desdobramento): "Art. 5º - (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes".

jurisprudência com os precedentes, possivelmente porque possuem uma formação totalmente voltada à codificação.¹²⁷

No presente capítulo ainda iremos delimitar o conceito, a função e classificação da jurisprudência e demonstrar por quais motivos os nossos tribunais estão longe de aplicarem os verdadeiros precedentes judiciais, que seriam aqueles vinculantes emanados do sistema de *common law*.

3.1. Jurisprudência: Conceito, função e classificação

3.1.1. Conceito

Derivada do latim *iurisprudentia*, a jurisprudência é o conjunto de decisões reiteradas sobre um mesmo assunto proferidas pelos tribunais. Todavia, em alguns casos, uma única decisão pode formar jurisprudência.

Atualmente a jurisprudência é tida por muitos como fonte do direito, ao lado das normas/princípios. Em síntese, a jurisprudência opera como uma segura diretriz para o Poder Judiciário, na medida em que sinaliza a interpretação predominante em casos análogos. Ademais, contribui para uma ordem jurídica justa e isonômica.¹²⁸

FÁBIO VICTOR DA FONTE MONNERAT aduz que “a consolidação de entendimentos acerca de questões de direito no âmbito da jurisprudência traz cada vez mais consequências no plano procedimental dos processos, pendentes e futuros, que venham a tratar das mesmas matérias, como a dispensa de citação do réu nas hipóteses do art. 285-A do CPC, introduzido pela Lei 11.277/2006, e a autorização de

¹²⁷ Conforme será observado na sequência, os precedentes precisam ser respeitados no sistema de *common law*. Não se pode simplesmente afastar uma decisão anterior, sem justificativa plausível. No Brasil, por ser utilizada a ideia de jurisprudência, é costumeiro o descumprimento dos próprios Tribunais Superiores com relação às suas súmulas; por exemplo: A súmula 634 afirma que “*não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem*”. Todavia, os Ministros do STF têm admitido a ação cautelar, ainda que pendente o juízo de admissibilidade no Tribunal de origem ou mesmo que não admitido o recurso extraordinário e interposto agravo de instrumento (v. STF. AC 1.549. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 31/10/2007; STF. AC 1.550-2. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ de 18/05/2007).

¹²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

juízo monocrático do recurso pelo relator nas hipóteses do art. 557 do mesmo Código.”¹²⁹

Importante lembrar, entretanto, que é possível que uma única decisão forme a jurisprudência de determinado tribunal (no caso dos precedentes ocorre o mesmo), tal como ocorre na hipótese de julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no caso de declaração de existência ou inexistência da repercussão geral.

Como se percebe, cada vez a jurisprudência exerce papel mais relevante no ordenamento jurídico brasileiro, o que nos faz consignar no presente estudo os princípios informadores da atividade decisória e sua classificação.

3.1.2. Classificação da jurisprudência

FÁBIO VICTOR DA FONTE MONNERAT afirma que “combinando-se os critérios grau de uniformização com o grau de formalização da verificação, é possível classificar a jurisprudência em: (a) jurisprudência divergente; (b) jurisprudência dominante; (c) jurisprudência pacificada; e (d) jurisprudência sumulada.”¹³⁰

A jurisprudência divergente se caracteriza pela existência de vários julgados sobre uma mesma matéria em sede de tribunais, havendo, porém, conflito entre as fundamentações.

Jurisprudência dominante, como o próprio nome já diz, reflete a ideia de vários julgados sobre a mesma matéria em sede de tribunais com uma quantidade considerável em um mesmo sentido.

Na jurisprudência pacificada, existem vários julgados sobre a mesma matéria em um mesmo sentido, sendo praticamente irrelevantes as decisões contrárias.

No que tange a jurisprudência sumulada, esta se caracteriza por formalizar, através de procedimento específico, a jurisprudência pacífica.

3.1.3. Princípios informadores da jurisprudência

¹²⁹ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento*. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 347.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 352.

Os mesmos princípios que norteiam uma sentença judicial devem ser levados em consideração quando do momento da formulação de uma jurisprudência.

No presente estudo, importante destacar os três principais princípios que, inclusive, foram trazidos na obra de GEORGES ABBOUD: princípio da congruência, princípio da motivação e princípio da igualdade.¹³¹

Seguindo o princípio da congruência, deve o juiz guardar estrita relação com o que foi requerido pelas partes.

Ainda, deve o julgador motivar sua decisão, sob pena de ofender a preceitos constitucionais (art. 93, IX, da CF/1988).

GEORGES ABBOUD afirma que “no caso de decisões dos Tribunais Supremos, a obrigatoriedade de motivação adquire maior relevância, porquanto as cortes superiores, mormente a de índole constitucional, são os órgãos de fechamento do sistema jurídico, a Corte Constitucional é o porta-voz do pacto constitucional”.¹³²

Até mesmo as decisões proferidas com base em súmulas vinculantes merecem a devida fundamentação. Caso contrário, estaremos cada vez mais possibilitando atitudes arbitrárias dos profissionais do direito.

Quanto ao princípio da igualdade, este se caracteriza por determinar um tratamento igualitário para todas as partes do processo, ou seja, deve o juiz, ao elaborar uma jurisprudência, assegurar a igualdade e todo e qualquer direito fundamental do cidadão.

3.1.4. Aplicação da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro

Dois graves problemas afligem o Poder Judiciário no Brasil, sobretudo no que diz respeito à jurisprudência; quais sejam: descumprimento dos tribunais de segundo grau ao que já fora decidido e pacificado pelos tribunais superiores; e ausência de motivação exauriente nos acórdãos proferidos pelos tribunais.

¹³¹ ABBOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante*. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 500-504.

¹³² *Ibidem*, p. 501.

No que diz respeito ao primeiro problema, torna-se mais interessante a exposição através de uma decisão trazida por ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA em sua tese de doutorado.¹³³

A decisão colacionada na tese é da Juíza Federal Patrícia Helena Daher Lopes e foi prolatada nos autos nº 2008.70.00.008373-3 da Vara previdenciária de Curitiba. Ao julgar o caso de desaposentação perante o INSS, embora reconhecendo o entendimento do STJ, decidiu-se de forma contrária aquele Tribunal: “O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento segundo o qual a renúncia opera efeitos *ex nunc*. A devolução de proventos não é devida, visto que os valores recebidos tinham natureza alimentar. (...) Entretanto, este juízo entende de forma diversa. A exigência de devolução não encontra obstáculo no fato de as prestações recebidas terem caráter alimentar”.

O mesmo acontece nos casos de ação de busca e apreensão julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ainda que o STJ tenha pacificado o entendimento de que após a inadimplência (mora) e retomada do bem a dívida deverá ser integralmente quitada¹³⁴, os membros do TJPR afirmam que, à luz do Código de Defesa do Consumidor, somente as parcelas vencidas precisam ser pagas:

“Já é assente o posicionamento desta Câmara a respeito da interpretação do Decreto-Lei 911/69 a respeito do pagamento da integralidade da dívida. A cláusula que estipula o vencimento antecipado de toda a obrigação é nula de pleno direito, porque afronta o princípio da conservação dos contratos (art. 51, § 1º, I, do CDC), restringe direitos inerentes à natureza

¹³³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: Reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea*. Curitiba, 2011. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

¹³⁴ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. CONTRATO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PURGAÇÃO DA MORA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 10.931/04. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA. SÚMULA 83 DO STJ. 1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. Com a nova redação do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 911/69, dada pela Lei 10.931/04, não há mais se falar em purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, devendo o devedor pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 dias após a execução da liminar, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus. 3. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte Superior impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do enunciado N° 83 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ. AgRg no Resp 1183477/DF. Terceira Turma. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Julgamento em 03 de maio de 2011).

do contrato (art. 51, § 1º, II do CDC c/c art. 3º, § 2º, do Dec. Lei 911/69), mostra-se excessivamente onerosa considerando-se os fins do contrato garantido por alienação fiduciária (art. 51, § 1º, III, do CDC) e não tem caráter alternativo (art. 54, § 2º, do CDC).¹³⁵

“É entendimento consolidado neste Tribunal de Justiça, que há sim possibilidade de purgação da mora para continuidade do contrato. (...). São vários os argumentos para sustentar tal entendimento, mesmo que em confronto direto com o posicionamento do STJ. (...)”¹³⁶

Para LUIZ GUILHERME MARINONI, “a prática demonstra que os Tribunais Federais e Estaduais não apenas se sentem autorizados a desconsiderar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como, ainda, não justificam as razões pelas quais deixam de aplicá-los”.¹³⁷

É difícil saber o que está por detrás deste grau de instabilidade e consequente falta de uniformidade. Talvez exista no espírito de muitos juízes brasileiros o convencimento no sentido de que seriam “menos” juízes se não decidissem de acordo com sua própria convicção.¹³⁸

Obviamente, parte da culpa pelos descumprimentos dos tribunais de segunda instância é do próprio STJ/STF, haja vista que estes não procuram delinear suas decisões nos moldes do *common law*. Não basta o julgamento com base em ementas e decisões esparsas. Faz-se necessária a elaboração de uma racionalidade jurídica (*ratio decidendi*) baseada em normas, princípios e costumes, isto é, devem esclarecer os ministros quais os motivos determinantes que os levaram a julgar de determinada forma.

O segundo problema trazido no início do tópico é ainda mais grave, pois afronta a mandamentos da própria Constituição Federal. Infelizmente, os tribunais pátrios, através de seus ministros e desembargadores, tendem a emitir decisões baseadas em ementas, as quais não trazem a obrigatória e necessária motivação.

Todo e qualquer operador do direito sabe que os juízes que procuram seguir uma linha lógica de julgamento terminam apenas fazendo referência a ementas de

¹³⁵ TJ/PR. Agravo de instrumento nº 784.088-8. 17ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Vicente Del Prete Misurelli. Julgamento em 06 de julho de 2011.

¹³⁶ TJ/PR. Agravo de instrumento nº 685.785-4. 17ª Câmara Cível. Relator: Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha. Julgamento em 31 de agosto de 2011.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 98.

¹³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 38.

antigas decisões – *decisões estas que também se baseiam em ementas* -, o que leva as partes a ficarem sem rumo, uma vez que não conseguem extrair a racionalidade ou motivo determinante dos votos.

Extraem-se da obra de MAURÍCIO RAMIRES dois ótimos exemplos de decisões baseadas em ementas que, no fundo, não traziam qualquer relação com o caso concreto:

“Uma juíza brasileira, ao analisar situação em que dois indivíduos foram presos em flagrante ao invadirem a casa de uma pessoa manifestamente pobre e tentarem furtar objetos com valor estimado em R\$100,00, rejeita a denúncia oferecida pelo Ministério Público, sob o fundamento de que o fato seria insignificante, e arrima a sua decisão somente em uma ementa de julgado exarado por um Tribunal de Justiça, assim: “Furto. Rejeição da denúncia. Princípio da insignificância. Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando a aplicação do princípio da insignificância. Apelo provido”. Ao se analisar o acórdão usado como precedente pela magistrada para guiar sua decisão, descobre-se que os dois fatos estão em total incompatibilidade: ao contrário do caso presente (em que os agentes foram presos depois de invadirem residência alheia, o que por si só já configuraria o crime do artigo 150 do Código Penal, se não estivesse consumido pela tentativa de furto), o aresto pretérito dizia respeito a uma subtração praticada por empregada doméstica na residência de classe média onde trabalhava, e a *res furtiva* limitava-se a uma oração de Santo Expedito e dois porta-retratos.”¹³⁹

“Ao ver-se perante o Tribunal do Júri, para ser julgado por um homicídio consumado, o réu declara que estava a receber violentos socos e pontapés por parte da vítima, pessoa maior e mais forte que o acusado; não tendo alternativa para fazer cessarem os golpes, diz ele, puxou a faca que portava e atingiu o seu algoz no abdômen, causando-lhe a morte. Ao sustentar o pedido de condenação em suas alegações orais, a promotora de justiça invoca um verbete jurisprudencial retirado de um Código penal comentado, que diz isto, e somente isto: “TJSP: Não se configura a legítima defesa se a agressão do ofendido foi a mãos limpas, não correndo risco a vida do réu, de molde a justificar sua violenta reação, aquele eliminado com uma facada (RT 548/308).” As circunstâncias do fato para o qual o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu essa decisão não são mencionadas ou questionadas. Na peroração da acusação, a pequena frase, retirada do seu contexto original, torna-se um conceito primordial apto a revogar o direito de alguém se defender com uma faca contra um agressor desarmado, em qualquer circunstância, tornando-se irrelevante apreciar as especificidades do caso concreto.”¹⁴⁰

Para elucidar o despreparo com que vêm sendo corriqueiramente estabelecidas as decisões no país e para que visualizemos uma possibilidade de mudança, vejamos no seguinte tópico como funciona o sistema de precedentes do *common law*.

¹³⁹ RAMIRES, Maurício. Op. cit., p. 27.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 28.

3.2. *Stare decisis*¹⁴¹ e coerência

3.2.1. Conceito

Antes de adentrar ao tema, vale informar que *common law* e *stare decisis* não se confundem. “O *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento do *Englishmen*.”¹⁴²

Embora o termo “precedente” seja polissêmico, em uma breve leitura dos seus requisitos formais já podemos distingui-lo da jurisprudência. De forma sucinta, podemos delimitar o precedente como decisão anterior que funciona como modelo (potencialidade de influência) para decisões posteriores (isonomia – *treat like cases alike*).¹⁴³

Para JOEL PRENTISS BISHOP, o *common law* – que é o sistema que melhor utiliza a ideia do *stare decisis* - se funda principalmente na racionalidade (indução) enquanto o *civil law* e suas codificações se fundam no comando (dedução).¹⁴⁴

Uma “distinção básica entre precedente e jurisprudência reside na circunstância de que enquanto um precedente é substantivo singular, a jurisprudência é substantivo coletivo, e, para ser corretamente denominada como tal, deve se constituir de um

¹⁴¹ Não obstante pequena parte da doutrina diferenciar o termo *stare decisis* de *precedente*, no presente trabalho as nomenclaturas serão tratadas como sinônimo. (“Comumente, fala-se de *stare decisis* e *precedente* como termos quase análogos, tal como defende Neil Duxbury (...). Na mesma direção trafega a concepção de Melvin Aron Eisenberg (...). Contudo, há certa divergência no entendimento defendido por Frederick Schauer, o qual percebe diferenças entre *precedente* e *stare decisis*. Tecnicamente, a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte é referida como sendo *stare decisis*, e o termo mais abrangente *precedente* é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior”. (ODAHARA, Bruno Periolo. *Um rápido olhar sobre o stare decisis*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 86-88).

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 34.

¹⁴³ “Precedents are prior decisions that function as models for later decisions”. (Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 1).

¹⁴⁴ BISHOP, Joel Prentiss. *Common law and codification or the Common law as a system of reasoning – How and why essential to good government; what its perils, and how averted*. Chicago: Law Book Publishers, 1888, p. 3-4.

conjunto de decisões ou acórdãos uniformes, que reflitam o pensamento dominante de determinado tribunal ou, se possível, do Poder Judiciário inteiro.”¹⁴⁵

RONALD DWORKIN direciona a ideia de precedentes como um romance em cadeia, isto é, cada julgador deve agir como se estivesse escrevendo o capítulo de um romance, devendo para tanto partir do capítulo anterior, para poder avançar.¹⁴⁶

Referido autor trata o Direito como integridade e afirma que o sistema mais próximo do ideal é o *common law*, haja vista que este sistema é formado por uma comunidade de princípios para além do texto escrito na Constituição.

DWORKIN ainda cita a força gravitacional dos precedentes¹⁴⁷. Para o autor, não é só o dispositivo e/ou a *ratio* da decisão que possui validade e importância jurídica para casos futuros, mas também os princípios que embasaram o precedente.¹⁴⁸ Tal teoria se assemelha muito ao que o Supremo Tribunal Federal chama de *transcendência dos motivos determinantes*.

Conforme exposto em tópico anterior, a jurisprudência encontra seu limite direto na lei, uma vez que prevalece o sistema do direito escrito. Contudo, não se pode afirmar que no *common law* o juiz é livre para descumprir a lei. No sistema de precedentes a tradição jurídica apenas é mais flexível e leva em consideração outros fatores, tais como os princípios, a moral e os costumes.

No *common law* o juiz não possui um poder supremo, isto porque está mais vinculado aos precedentes do que os juízes atuantes no *civil law*. Na realidade, quem possui um relativo poder é o grupo de juízes.

Também é equivocado afirmar que no sistema do *common law* o direito fica engessado, uma vez que os juízes se sentem compelidos a seguir os precedentes formulados pelas cortes superiores. Os precedentes podem sim ser superados, devendo

¹⁴⁵ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 556.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 275.

¹⁴⁷ “Aquele esforço conduzido por juízes, como descrito por Dworkin, está, acreditamos, no centro da consistência. A força gravitacional do precedente induz os juízes a decidirem de modo mais coerente com o sentido geral e raciocínio de outras decisões. Em certo sentido, acreditamos e propomos que a força gravitacional dos precedentes leva os juízes a seguirem a correnteza, mas não obstante deixa espaço para tentarem mudar o rumo da correnteza”. (LIMA, Augusto César Moreira. Op. cit., p. 62).

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 174 et seq.

o juiz apenas partir da ideia já firmada e delimitar, com integridade e coerência, os motivos que o levaram a superar o precedente (*overruling*) ou desconsiderar o precedente (*distinguishing*).

3.2.1.1. Experiência, costume e igualdade

A experiência advém da vivência de uma situação passada, que ensina ou explica algo a respeito do presente. Já o precedente é autônomo e independe da experiência, ou seja, pode surgir de uma situação única e atual.

NEIL DUXBURY ensina que “quando nós decidimos com fundamento na experiência, nós estamos avaliando a experiência pelo que ela nos ensina. Já quando decidimos com fundamento nos precedentes, nós consideramos importante o fato de a nossa situação atual ter sido abordada anteriormente, porém nós não iremos necessariamente avaliar o precedente pelo que ele nos ensina. Por vezes, podemos até mesmo seguir precedentes com os quais não concordamos”.¹⁴⁹

Não obstante o costume¹⁵⁰ ser fonte primária do direito, este não se confunde com os precedentes. Certamente é possível a existência de precedentes sem costume e costume sem precedentes, embora este possa ter origem naquele, ou mesmo desenvolvê-lo.¹⁵¹

MARINONI destaca a relevância dos precedentes para o estabelecimento e a edificação do costume no *common law*. Para o autor, os costumes gerais observados entre os *Englishmen* foram incorporados em decisões judiciais sob a forma de precedentes, que constituem a única importante fonte da versão moderna desta tradição, diversa da lei ou do *statute law*.¹⁵²

Referido autor ainda cita que é preciso notar que no próprio *common law*, considera-se o valor dos costume locais em face dos costumes gerais, restando fácil

¹⁴⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 2-3.

¹⁵⁰ “First, precedent and custom can oppose one another in law as they can elsewhere (...). Secondly, whereas judges who follow precedents are relying on the work of earlier courts, the customs to which judges look for authority need not have been legally recognized (...)”. (*Ibidem*, p. 8-9).

¹⁵¹ “O costume, como fonte do *common law* clássico, é anterior à noção de que os precedentes deveriam ser obrigatoriamente respeitados pelas Cortes inferiores e pelas próprias Cortes de onde emanam”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 107).

vislumbrar a distinção entre precedente e costume. Ora, se o precedente, ao afirmar uma espécie de costume – de natureza geral –, pode ser confrontado com um costume local, torna-se claro não só que o precedente afirma um costume – e, assim, com ele não se confunde –, mas igualmente que o precedente pode ser questionado por um costume.¹⁵³

Por fim, pode-se afirmar que um dos maiores fundamentos da *teoria dos precedentes* é gerar decisões igualitárias para todos os cidadãos. Em que pese a Constituição da República Federativa do Brasil discriminar em seu art. 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, na prática isto não ocorre.

Isto porque, conforme se verá adiante, o sistema de *civil law* peca na racionalidade jurídica, a qual é de suma importância para a criação de todo e qualquer precedente, seja ele súmula ou outro meio adequado.

3.2.2. *Ratio decidendi* e *Obiter dictum*

De forma clara, podemos delimitar a *ratio decidendi*¹⁵⁴ (*holding*) como os fundamentos jurídicos que sustentam uma decisão judicial. Ou seja, é a opção hermenêutica adotada pelo Juiz, baseada em elementos sociológicos, históricos e até psicológicos, sem a qual a decisão não teria sido proferida daquela determinada forma.

No precedente obrigatório, inclusive, pode haver vários *holdings* que servirão de fundamento (*vinculação*) para futuras decisões judiciais.

PIERLUIGI CHIASSONI, citado na obra de LENIO LUIZ STRECK e GEORGES ABBOUD, afirma que é possível elencar sete conceitos cunhados pela tradição sobre *ratio decidendi*:

“É o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; é o princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a premissa ou a passagem lógica que se revela

¹⁵² *Ibidem*, p. 106.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 107.

¹⁵⁴ A expressão *ratio decidendi* não é unívoca, sendo mais utilizada na Inglaterra, em algumas oportunidades, como sinônimo de *holding*, e, em outras, como correspondente à fundamentação da decisão, à razão de decidir (mesmo porque, para alguns, o *holding* abrange a razão de decidir). Neste trabalho, será tratada com o mesmo significado de *holding*.

necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para definir o caso e, por último, é a relação entre resolução (motivada) do caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes.”¹⁵⁵

A *ratio decidendi*, além de possuir função de colocar-se como fundamento jurídico a solucionar casos no *common law*, também possui a função de evitar arbitrariedades nas decisões judiciais¹⁵⁶. Percebe-se, assim, que as razões de decidir ou os fundamentos da decisão importam, no *common law*, porque a decisão não diz respeito apenas às partes. A decisão, vista como precedente, interessa aos juízes¹⁵⁷ e aos jurisdicionados/cidadãos.

Há também a *obiter dictum* que nos remete à parte da decisão considerada “dispensável”. São argumentos acessórios que acompanham as razões de decidir (*ratio decidendi*). Entretanto, alguns doutrinadores defendem a ideia que em alguns casos a *obiter dicta* trata de maneira aprofundada um ponto de direito relacionado ao julgamento; esta *obiter dictum* que se aproxima da *ratio decidendi*, embora não tenha efeito obrigatório, tem efeito persuasivo bastante forte.¹⁵⁸

A importância de se delimitar a distinção entre *ratio* e *obiter dictum* é fundamental no sistema de precedentes, uma vez que é necessário estabelecer o precedente jurídico que será fundamental para a solução de novos casos. Inclusive, a doutrina destaca a dificuldade de se definir o que é vinculante dentro do precedente.

3.2.3. *Overruling* e *Distinguishing*

¹⁵⁵ PIERLUIGI CHIASSONI *apud* STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 43.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 44.

¹⁵⁷ “A *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte de sua instrução para o júri”. No original: “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury”. (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 77).

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 238.

Dois métodos são utilizados pelos tribunais para evitar seguir um precedente: *overruling* e *distinguishing*. Em ambas as ocasiões o juiz deve expor de forma exauriente os motivos da não aplicação do precedente.

O *overruling* nada mais é do que a superação do precedente. É a revogação de um precedente com o objetivo de confirmar o direito.

Para LUIZ GUILHERME MARINONI, “a revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta.”¹⁵⁹

O clássico exemplo de superação de um precedente é o caso ‘Brown x Board of Education’ (1954)¹⁶⁰. Em 1868, com o fim da Guerra Civil, foi inserido na Constituição norte-americana, através da décima quarta Emenda, o princípio da igualdade (*equal protection of the law*). Todavia, os mesmos membros do Congresso que editaram a Emenda, legislaram, no mesmo ano, em favor do regime de escolas segregadas.

Por essa razão, em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*, a Suprema Corte decidiu que a segregação nos transportes ferroviários era compatível com o princípio da igualdade, utilizando o lema “iguais, mas separados” (*equal but separate*), já que essa teria sido a intenção do constituinte.

Já no caso *Brown v. Board of Education* a Suprema Corte teve que decidir sobre a constitucionalidade da segregação racial nas escolas. Os fatos eram estes: na cidade de Topeka, no Estado do Kansas, Oliver Brown e vários outros negros tentaram matricular seus filhos em uma escola pública primária exclusiva para brancos e, obviamente, o pedido foi negado. Em razão disso, eles entraram na Justiça alegando que tinham o direito à matrícula, já que o sistema de segregação em escola pública seria inconstitucional por ferir a décima quarta Emenda.

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 393.

¹⁶⁰Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=347&invol=483>>. Acesso em 24/01/2014.

Com base no precedente *Plessy v. Ferguson*, as Cortes inferiores indeferiram o pedido dos autores, embora tivessem reconhecido que o sistema de segregação era prejudicial às crianças negras. Em 1954, o processo chegou à Suprema Corte, que decidiu que a política de segregação racial nas escolas comprometia o desenvolvimento educacional do grupo segregado.

Importante mencionar, por fim, que o *overruling* pode não ocorrer de forma expressa. Às vezes a mudança se dá de forma gradual e acompanha a evolução da sociedade. Ademais, alguns autores também dividem três espécies de *overruling*: *overruling* de precedentes meramente persuasivos, *overruling* de precedentes obrigatórios em sentido forte (formalmente vinculantes), *overruling* de precedentes obrigatórios em sentido frágil.¹⁶¹

Já o *distinguishing* “expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente.”¹⁶² A distinção de um caso é fundamentalmente um problema de diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta*.

Sendo assim, pode o juiz entender que a adoção do precedente não é o ideal ao caso atual, haja vista que as ações podem evidenciar fatos distintos.

3.2.4. *Anticipatory overruling* e *Prospective overruling*

Em casos excepcionais, as Cortes de Apelação dos Estados Unidos podem revogar precedentes da Suprema Corte. Na realidade, *anticipatory overruling* é uma antecipação a provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte.

Inobstante a Suprema Corte não ter legitimado o instrumento, desde 1981 as Cortes de Apelação vêm utilizando a teoria, sobretudo com base nos seguintes argumentos: i) desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte; ii) tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado; iii) ter a Suprema Corte demonstrado que está a espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*.

¹⁶¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 390-413.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 327.

Destaque-se, ainda, que a *anticipatory overruling* pode estar associada à alteração na composição da Suprema Corte ou à percepção de que o precedente não surtiu, em termos práticos, o efeito que dele se esperava.¹⁶³

Já o *prospective overruling* trata dos efeitos da revogação do precedente, conhecidos em nosso sistema como *modulação*. Em regra, os efeitos da revogação de um precedente são retroativos (*retrospective overruling*), porém, a prática judicial americana tem evidenciado hipóteses contrárias, com o desiderato de tutelar o princípio da segurança.

O rigor da teoria da Suprema Corte sobre a nulidade *ipso iure*, necessariamente com efeitos *ex tunc*, foi gradualmente substituído por um pragmatismo que dominou o cenário no Constitucionalismo norte-americano do século XX e fundamentou, sobre o edifício do Realismo Jurídico, a tese de que o Judiciário tem amplos poderes para determinar o momento a partir do qual devem surtir efeito as decisões ab-rogatórias do *case law*.¹⁶⁴

Também é possível citar, ainda que de forma sucinta, a existência da *purely prospective overruling* e da *prospective prospective overruling*. A primeira situação ocorre quando não se aplica o precedente ao caso que o está modificando, ou seja, o tribunal aplica o novo precedente somente aos fatos que tenham lugar depois de ser estabelecida a nova regra, de sorte que esta não se aplica sequer ao caso que ocasionou sua derrogação. A segunda situação surge quando o tribunal estabelece uma nova regra, mas modula seus efeitos para uma data futura. Isto decorre, pois o tribunal possibilita ao legislador um prazo para eventuais alterações no Direito.

3.2.5. *Transformation, Overriding e Reversal*

Diferente do que ocorre no *overruling* e no *distinguishing*, na *transformation* deixa-se de aplicar o precedente com o propósito de transformá-lo ou reconfigurá-lo, mas sem revogá-lo. Inclusive, há doutrinadores que afirmam que a distinção entre a *transformation* e o *overruling* é mais formal do que substantiva.

¹⁶³ KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. Fordham Law Review, 1982, p. 55.

¹⁶⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Op. cit., p. 416.

“De qualquer forma, ainda que frisando pontos que não foram considerados pelas Cortes anteriores, mediante a desconstrução de precedentes e casos já julgados, a *transformation* evidencia a superação da *ratio decidendi* do precedente no curso da história”.¹⁶⁵

No que diz respeito à *overriding*, esta decorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Portanto, no *overriding* não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial (*espécie de revogação parcial*).¹⁶⁶

Por fim, temos a existência da *reversal*, a qual não se confunde com o *overruling* citado em tópico anterior. Enquanto este representa uma técnica de superação do precedente, aquele representa tão-somente a reforma, por uma Corte superior, de uma decisão proferida por órgão inferior.

Percebe-se, assim, que a *reversal* não configura uma técnica de superação dos precedentes, mas apenas uma técnica de controle do respeito a precedente.

3.2.6. Precedente vertical e horizontal

Naturalmente os precedentes com força obrigatória incidem sobre os tribunais e juízos inferiores. Nestes casos, temos os chamados precedentes verticais.

Já o precedente horizontal vincula a decisão aos órgãos do próprio tribunal. Inclusive, no *common law* a lógica da eficácia horizontal dos precedentes, isto é, do autorrespeito, sempre esteve presente na *House of Lords* e na Suprema Corte dos Estados Unidos. A diferença é a de que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte sempre teve o poder de revogar os seus precedentes diante de circunstâncias especiais, o que não foi possível à *House of Lords* até 1966, quando deixou o sistema de autovinculação absoluta.¹⁶⁷

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 345.

¹⁶⁶ “O *overriding* apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se, neste sentido, de uma revogação parcial. Mas no *overriding* não há propriamente revogação, nem mesmo parcial, do precedente, embora o resultado da decisão com ele tomada não seja compatível com a totalidade do precedente. Mediante este expediente, a Corte deixa de adotar precedente em princípio aplicável, liberando-se da sua incidência. Assim, sua aproximação é maior em relação ao *distinguishing*”. (*Ibidem*, p. 348).

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 119.

3.3. Os “precedentes” no ordenamento jurídico brasileiro (STF e STJ)

Ao colocar entre aspas a palavra ‘*precedente*’ busca-se demonstrar que tal sentido deve ser empregado de forma diversa no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque, conforme se verá na sequência, as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores vinculam – *algumas de forma obrigatória, outras não* – as demais esferas do Poder Judiciário, porém, fogem completamente da verdadeira essência do *stare decisis*.

3.3.1. Precedentes no Supremo Tribunal Federal

3.3.1.1. Decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade

Em uma leitura do Direito Constitucional brasileiro pode-se concluir que o controle de constitucionalidade se classifica entre *difuso e concentrado*.

Controle concentrado configura-se pelo exame da constitucionalidade de uma lei/ato normativo a ser realizado, em abstrato, por um único e, normalmente, principal órgão do Poder Judiciário¹⁶⁸. Quanto ao controle difuso, este se caracteriza por ser desenvolvido por todos os membros do Poder Judiciário, isto é, qualquer juiz pode apreciar a constitucionalidade da lei.

No controle concentrado de constitucionalidade somente quem está legitimado na Constituição Federal poderá provocar o Juízo. Ademais, em regra a decisão terá eficácia *erga omnes* (contra todos) e produzirá efeitos *ex tunc*.¹⁶⁹

Ainda referente ao controle concentrado, vale informar que o STF poderá, por maioria de 2/3 dos seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em

¹⁶⁸ Ação direta de inconstitucionalidade; Ação declaratória de constitucionalidade; e Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

¹⁶⁹ Redação dada pela EC nº 45/2004 ao artigo 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, conforme disciplina o artigo 27, da Lei nº 9.868/99.¹⁷⁰

Já no controle difuso de constitucionalidade, qualquer pessoa pode alegar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, seja como autora ou como ré, em um processo judicial. A arquição será *incidenter tantum*.

Ocorre, porém, que no controle difuso a norma declarada inconstitucional somente vale para as partes litigantes. Tal validade somente será relacionada aos demais cidadãos, caso o Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, suspenda no todo ou em parte a execução da norma declarada inconstitucional.

No caso concreto, a declaração do Supremo Tribunal Federal na via de controle difuso produzirá efeitos *ex tunc*, encerrando desde o início a relação jurídica. Observe-se, também, que no caso do Senado Federal aceitar a decisão proferida pelo STF, além do efeito *erga omnes*, haverá eficácia *ex tunc*¹⁷¹.

Em que pese o procedimento constitucional anteriormente mencionado, o STF, através do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES¹⁷², vem adotando o entendimento de que mesmo no controle difuso de constitucionalidade e sem autorização expressa do Senado Federal, poderá ser admitida eficácia vinculante *erga omnes* das decisões proferidas pelo Pleno. De acordo com o ministro, isto decorre de uma mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, e se denomina como a *teoria da transcendência dos motivos determinantes*.

¹⁷⁰ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pág. 56.

¹⁷¹ Alguns doutrinadores entendem que neste caso haverá eficácia *ex nunc*.

¹⁷² Informativo 454 do STF. Rcl. 4.335/AC. Voto: Min. Gilmar Ferreira Mendes. "*Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Saliou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretções dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do*

Referida teoria surgiu na reclamação constitucional nº 4.335, ajuizada pela Defensoria Pública da União contra o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC.

Alega-se o descumprimento da decisão do STF no HC 82.959, no qual a Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 (Lei de crimes hediondos), que vedava a progressão de regime em casos de crimes hediondos.

Entendeu o magistrado de primeira instância que a decisão do Supremo somente teria eficácia a partir da expedição, pelo Senado Federal, da resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarada inconstitucional, nos termos do art. 52, inciso X, da CF.

Vale mencionar que a ideia do Ministro GILMAR MENDES também é seguida pelo antigo Ministro do STJ – e atual Ministro do STF –, TEORI ALBINO ZAVASKI no Recurso Especial 828.106/SP:

"A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente, vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: "Os órgãos fracionários dos tribunais, não se submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão"), e como força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475 – L, § 1º, redação da Lei 11.232/05...). Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza em outros países (...)"¹⁷³

As justificativas desse novo posicionamento seriam a força normativa da Constituição, o princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme buscando a segurança jurídica.

Convém observar, finalmente, que a mudança de concepção a respeito da competência do Senado Federal não seria proveniente de uma reforma constitucional.

Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82.959/SP".

¹⁷³ STJ. Resp. 828.106/SP. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. DJ de 15/05/2006.

A mudança surgiria através de uma nova interpretação do STF com relação à norma do artigo 52, X, da Constituição da República¹⁷⁴.

3.3.1.2. Decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade

Se o STF, através de seus membros, tem atribuído eficácia vinculante às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, obviamente que no controle abstrato o mesmo deverá ocorrer.

Ou seja, “não são apenas os motivos determinantes da decisão tomada em controle difuso que importam para a racionalidade do controle da constitucionalidade”.¹⁷⁵

Na reclamação constitucional nº 1.987, a qual foi reafirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Rcl 2.363, o Ministro GILMAR MENDES argumentou que “a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no *caput* e § 1º - A do art. 557 do CPC, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame. (...). Não há razão, pois, para deixar de reconhecer o efeito

¹⁷⁴ Em março/2014 saiu a decisão definitiva acerca do tema: O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam habeas corpus de ofício. Não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que sucederam aos Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, em viagem oficial para participar da 98ª Comissão de Veneza, na cidade de Veneza, Itália, e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), que votou em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Fonte: www.stf.jus.br.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 469.

vinculante da decisão proferida na ADIn. Nesses termo, meu voto é no sentido da procedência da presente reclamação”.¹⁷⁶

3.3.1.3. A repercussão geral

Para uma melhor visualização acerca do tema, podemos afirmar que “a repercussão geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal, por meio do Plenário, selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.” (In: www.stf.jus.br)

O Código de Processo Civil discrimina que “o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nela versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo” (543-A, *caput*, CPC). Ainda, delimita que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (art. 543-A, § 3º, CPC).

Sendo assim, nos parece óbvio que toda decisão proferida através de recurso extraordinário deve possuir efeito vinculante, sobretudo porque haverá relevância jurídica, política, social ou econômica.

Ademais, de acordo com o art. 543-A, § 5º, do CPC, “negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

A dúvida que nasce com o instituto em análise diz respeito à superação das decisões do STF, isto é, como reformar/revisar um “precedente”, o qual, em momento histórico diverso, colacionou a inexistência da repercussão geral? Se os Tribunais devem rejeitar liminarmente os recursos que possuem temas sem repercussão geral, para quem se deve pleitear o *overruling*?

¹⁷⁶ STF. Rcl 2.363. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ de 01/04/2005.

O Supremo já se manifestou a este respeito e decidiu que a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral, inclusive nas ações repetitivas (art. 543-B, CPC), pode interpor agravo interno perante o Tribunal de origem.¹⁷⁷

O problema da decisão anteriormente mencionada é que o Supremo Tribunal Federal acabou por legislar. Isto porque o Código de Processo Civil não dispõe acerca do agravo interno nos casos de negativa de existência de repercussão geral pelo Tribunal de origem.

Em que pese à repercussão geral possuir relevância no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode impedir os cidadãos de ver suas razões recursais apreciadas. Tal atitude não se coaduna com os ensinamentos do verdadeiro precedente judicial (*stare decisis*).

3.3.1.4. Súmulas

“As chamadas ‘súmulas’ são a cristalização de entendimentos *jurisprudenciais* que predominam nos Tribunais em certo espaço de tempo. A palavra quer indicar as decisões reiteradamente proferidas em determinado sentido pelos Tribunais”.¹⁷⁸

O grande cerne da questão é que, infelizmente, os prolores das súmulas não se preocupam em garantir a coerência ou previsibilidade. Inclusive, é costumeiro o descumprimento dos próprios Tribunais Superiores com relação às suas súmulas.¹⁷⁹

Ademais, a formatação dos enunciados não possui uma lógica e, principalmente, não consigna os fundamentos essenciais das decisões que geraram a súmula.

¹⁷⁷ STF. QO no AgIn 760.358. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ de 19/02/2010; e Rcl 7.569. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ de 11/12/2009.

¹⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: Recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 5, p. 415.

¹⁷⁹ Exemplo: A súmula 634 afirma que “*não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem*”. Todavia, os Ministros do STF têm admitido a ação cautelar, ainda que pendente o juízo de admissibilidade no Tribunal de origem ou mesmo que não admitido o recurso extraordinário e interposto agravo de instrumento (v. STF. AC 1.549. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 31/10/2007; STF. AC 1.550-2. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ de 18/05/2007).

Enquanto o precedente judicial, nos moldes do *common law*, delimita toda a racionalidade jurídica (*ratio*), a súmula apenas se presta a mencionar um resumo do dispositivo.

“Em suma, o repertório de súmulas se transformou num mero ‘guia de interpretação’, sem qualquer correspondência com os casos de onde afloraram e com a própria prática do direito jurisprudencial. Transformou-se, melhor dizendo, num ‘guia de interpretação estático’ e sem qualquer compromisso com o desenvolvimento do direito e com a realização da justiça nos casos concretos”.¹⁸⁰

PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO é ainda mais precisa ao afirmar que o texto escrito das súmulas “é uma barreira a novas interpretações reconformadoras dos precedentes; além disso, a formulação do *holding* pelo próprio tribunal, sem a participação das cortes vinculadas em sua gênese, afasta de tal processo esta importante instância crítica, que lida, em seu dia-a-dia, com uma riqueza fática maior, e que poderia contribuir na definição da generalidade da norma”.¹⁸¹

3.3.1.5. Súmulas vinculantes

A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu no texto constitucional o art. 103-A, que prevê a possibilidade de o STF editar súmula com caráter obrigatório e vinculante para todo o Poder Judiciário, e ainda para a Administração Pública direta e indireta.

Destarte, restou estabelecido que “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, as esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 485.

¹⁸¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes - O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 147-148.

Para RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “a formulação de uma súmula vinculativa, justamente por seu efeito *erga omnes*, em face do Estado e dos jurisdicionados, exige do Tribunal um cuidado extremo, seja no que concerne à própria *deliberação* quanto à sua emissão, seja quanto à sua redação, tudo para prevenir que ela, ao invés de concorrer para a melhoria da resposta judiciária, não venha a se constituir em mais um óbice”.¹⁸²

Inobstante a tentativa de melhoria no Judiciário, percebe-se que a súmula vinculante, na realidade, veio a “engessar” o Direito muito mais do que ocorre no instituto do *stare decisis*. Primeiro porque poucos são os legitimados a pleitear a revogação dos enunciados; e segundo porque os enunciados são formulados sem qualquer critério formal e não delimitam a racionalidade jurídica das decisões que serviram de base para sua formulação.

Na realidade, se torna necessário um novo método para formulação das súmulas vinculantes (art. 103-A, da CF/88), as quais não possuem a devida fundamentação e, por vezes, são contraditórias e obscuras. Um forte exemplo é a súmula vinculante nº 03, cujo teor¹⁸³ “deu a entender que era possível que nos casos de apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão não seria necessário observar o contraditório e a ampla defesa”.¹⁸⁴

Outro exemplo diz respeito á sumula vinculante nº 13, a qual foi prolatada através de um caso único. Ou seja, não houve seguimento ao que está claramente disposto na Constituição Federal (“o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões...”).

Com efeito, podemos afirmar que os magistrados brasileiros ainda não estão prontos para adotar o sistema de precedentes, o qual foi aperfeiçoado por dezenas de anos no sistema anglo-americano.

¹⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 362.

¹⁸³ Súmula Vinculante nº 03: “Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

¹⁸⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis...*, p. 245.

3.3.2. Precedentes no Superior Tribunal de Justiça

Criado através da Constituição Federal de 1988 e instalado no ano seguinte, o Superior Tribunal de Justiça, conforme é cediço, tem a nobre missão de uniformizar a interpretação das leis federais em todo o país, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado de Direito.

Ocorre, porém, que passados mais de vinte anos da criação do Tribunal, surgem diversas indagações sobre o modo com que vêm sendo combatidos os recursos de estrito direito, mormente após o pedido de implementação no Congresso Nacional do instituto da ‘repercussão geral’ (art. 543-A, CPC).

Não obstante as severas críticas direcionadas ao STJ, passa-se a demonstrar como referido Tribunal se utiliza da ideia dos precedentes judiciais.

3.3.2.1. Recursos repetitivos

Segundo o art. 543-C do Código de Processo Civil, “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º. Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º. Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. (...)”.

A primeira crítica diz respeito ao método de escolha do recurso especial que servirá de paradigma para os demais casos, isto é, qual o critério adotado pelo STJ na subida do recurso?

Para LUIZ GUILHERME MARINONI, seria “mais adequado deixar o primeiro caso chegar ao tribunal superior para que, a partir da sua resolução, ficassem os

tribunais e juízos estaduais e federais obrigados em face do precedente então formado”.¹⁸⁵

Outra crítica deve ser feita com relação à decisão do agravo de instrumento nº 1.154.599/SP, onde se firmou entendimento de que não cabe recurso contra a decisão do STJ que formar “precedente” com base no art. 543-C do CPC.

Na visão da maioria dos Ministros, o único recurso cabível contra a decisão do Presidente do Tribunal de origem que nega seguimento ao recurso especial com base no art. 543-C do CPC seria o agravo interno.

Tal decisão é uma afronta à Constituição Federal, pois o Superior Tribunal de Justiça, obviamente, não possui legitimidade para legislar. Ademais, deve sempre seguir o devido processo legal.

Entretanto, cumpre destacar que o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI foi o único a votar contra a decisão proferida no agravo de instrumento nº 1.154.599. Na visão do Ministro, a decisão institui um requisito negativo de admissibilidade de recurso especial não contemplado na Constituição, fonte normativa primária desta matéria, nem previsto na lei processual.

ZAVASCKI argumenta que negando-se acesso ao STJ, em casos tais, o que se faz, na prática, “é conferir aos precedentes julgados pelo regime do art. 543-C não apenas um efeito vinculante *ultra partes*, mas também um caráter de absoluta imutabilidade, eis que não subsistiria, no sistema processual, outro meio adequado para provocar eventual revisão do julgado”.

Mais adiante, o julgador discorre que “essa deficiência não seria compatível com o nosso sistema, nem com qualquer outro sistema de direito. Mesmo os sistemas que cultuam rigorosamente a força vinculante dos precedentes judiciais admitem iniciativas dos jurisdicionados tendentes a modificar a orientação anterior, especialmente em face de novos fundamentos jurídicos ou de novas circunstâncias de fato”.

Por fim, ao tratar sobre a técnica de solução de recursos repetitivos MARINONI afirma que “a diferença entre sobrestar processos à espera de precedente e impor

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 497.

precedente a processo em normal desenvolvimento está em que, no último caso, o exercício do direito de ação não é obstaculizado – que, esclareça-se, engloba o direito de recorrer e argumentar para obter a tutela jurisdicional do direito. Quando já existe precedente, a parte pode argumentar que o precedente não se aplica ao seu caso ou mesmo demonstrar que o precedente deve ser revogado”.¹⁸⁶

3.3.2.2. A tentativa de implementação da repercussão geral no STJ: benefício ou irracionalidade jurídica?

Em 14 de março de 2012, o até então presidente do STJ, Ministro ARI PARGENDLER, entregou ao Ministro da Justiça, JOSÉ EDUARDO CARDOZO, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que institui a repercussão geral no Superior Tribunal de Justiça.

Tal atitude causou diversas manifestações entre os profissionais do Direito, mais especificamente entre os advogados, haja vista que estes acreditam em uma tentativa de se frear de forma temerária o julgamento de recursos, os quais, na maioria das vezes, são de suma importância para a concretização do Estado Democrático de Direito.

A pergunta a ser feita no presente texto é se o ato praticado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, através de seu antigo presidente, está apto a resolver os problemas estruturais daquele Tribunal.

Não podemos esquecer que a constante criação de súmulas – que por muitas vezes são dissonantes com a realidade social - e recursos repetitivos (art. 543-C, CPC) apenas filtraram parte dos recursos, mas não trouxeram a tão sonhada razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF).

Ademais, a argumentação do Ministro, ao declarar que o STJ não deve julgar questões de baixa relevância (*ex: multas de trânsito*), não parece a mais apropriada, ainda mais quando estamos diante de uma democracia que permite a todo e qualquer cidadão a luta pelos seus direitos.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 499.

Parece lógico que a implementação da repercussão geral trará benefícios por um curto período de tempo, sendo que em alguns anos novas propostas serão remetidas ao Congresso Nacional na busca de uma maior “celeridade” e “justiça processual”.

Veja-se, ainda, que o próprio projeto de novo Código de Processo Civil - presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal LUIZ FUX, sob relatoria da Professora TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, e com versão definitiva entregue ao Senado em 08 de junho de 2.010 - foi elaborado com vistas à celeridade processual, mas sem se atentar às efetivas necessidades dos profissionais do Direito. Tanto é verdade que o projeto prevê o incidente de resolução de demandas repetitivas; a exclusão do recurso de embargos infringentes; a ausência de efeito suspensivo ao recurso de apelação; a irrecorribilidade da maioria das decisões interlocutórias; porém, não se insere de forma definitiva no processo eletrônico. Vejamos:

Projeto novo CPC. “Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”.

“Art. 908. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão”.

“Art. 929. Cabe agravo de instrumento contra decisões interlocutórias: I - que versem sobre tutelas de urgência ou da evidência; II - que versarem sobre o mérito da causa; III - proferidas na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução; IV - em outros casos expressamente referidos neste Código ou na lei. Parágrafo único. As questões resolvidas por outras decisões interlocutórias proferidas antes da sentença não ficam acobertadas pela preclusão, podendo ser impugnadas pela parte, em preliminar, nas razões ou contrarrazões de apelação.”

É de se ressaltar, por derradeiro, que este trabalho não possui o propósito de criticar a elaboração de emendas constitucionais ou um novo Código de Processo Civil, mas, sim, refletir se todo trâmite está ocorrendo de forma inteligente e democrática. Não devemos confundir celeridade com trancamento injustificado de recursos.

3.4. A equivocada interpretação do sistema de precedentes nos tribunais superiores e a solução prática para o problema

Um equívoco por parte dos profissionais do direito no Brasil é confundir o termo “jurisprudência” com o termo “precedente”. Isto faz com que os próprios julgadores deixem de estudar o sistema do *common law* para se voltar única e exclusivamente para a aplicação de normas e ementas. Aliás, conforme dito em momento anterior, a ideia de precedente é muito mais complexa do que se pode afirmar e de forma alguma se assemelha as súmulas vinculantes e aos recursos repetitivos.

Ainda mais grave é o fato de se defender o direito voltado pura e exclusivamente às leis, sem uniformidade ou estabilidade. Essa é a posição estabelecida por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, por exemplo:

“É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a uniformidade ou estabilidade da jurisprudência. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais. É uma dimensão irredutível da função jurisdicional a obrigação de os juízes decidirem, nos termos da lei, segundo a convicção e responsabilidade. A bondade da decisão pode ser discutida, pelos tribunais superiores que, inclusivamente, a poderão revogar ou anular, mas o juiz é, nos feitos submetidos a julgamento, autonomamente responsável.”¹⁸⁷

Basta verificar em qualquer site de busca para que se chegue à conclusão de que os mais variados tribunais chegam a decisões totalmente divergentes sobre um mesmo assunto. Isto se dá, principalmente, pela falta de conhecimento de como se implantar os precedentes. Necessário, antes de qualquer coisa, que os julgadores esqueçam a ideia de quantidade de decisões e se voltem para a qualidade das decisões. Inclusive este deveria ser o posicionamento adotado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA é preciso ao afirmar na quarta capa do livro de MAURÍCIO RAMIRES que “o julgador não está autorizado a julgar a partir de ementas e julgados embalados para presente. Os efeitos mágicos de produção em série e veloz contracenam com o descompromisso, a ausência de responsabilidade do sujeito que assina”.

A pergunta a ser feita é: as decisões tomadas pelo STJ e STF realmente possuem eficácia perante os demais órgãos do Poder Judiciário? Podemos afirmar que

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 260.

a grande maioria das decisões, infelizmente, não possui eficácia perante os tribunais locais e os juízes de primeiro grau.

Em que pese a grande capacidade jurídica dos ministros, lhes falta coerência no momento de prolatar certas decisões que, em muitas vezes, são base para milhares de casos futuros. Um exemplo é o julgamento da ADPF/54 que admitiu a interrupção de gravidez em casos de anencefalia.

Apesar da maioria dos ministros acolher a tese principal, todos os votos possuem motivos determinantes diversos. Alguns citam questões religiosas, outros questões sociais, enquanto outros citam questões pessoais ou partidárias.

Em um futuro, quando se discutir de forma aberta a possibilidade de aborto, qual voto prolatado na ADPF/54 servirá de base para a decisão final? O motivo determinante do voto de um ministro se sobrepõe ao do outro?

Seria fundamental que tanto o STJ quanto o STF reunissem seus ministros em cada julgamento, a fim de discutir a uniformização da jurisprudência, sendo que todos os votos deveriam possuir os mesmos motivos determinantes. Na realidade, o ideal seria um único voto ser prolatado pelos Ministros – ainda que haja divergência –, com o entendimento da maioria.

Ainda, conforme dito em momento anterior, se torna necessário um novo método para formulação das súmulas vinculantes (art. 103-A, da CF/88), as quais não possuem a devida fundamentação e, por vezes, são contraditórias e obscuras. Um exemplo já citado foi a súmula vinculante nº 03, cujo teor “deu a entender que era possível que nos casos de apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão não seria necessário observar o contraditório e a ampla defesa.”¹⁸⁸

Outro fator que deveria ser revisto pelo Judiciário é a impossibilidade de se discutir matéria fática nos tribunais superiores. Ora, para que se tenha por base um precedente, necessário analisar se os fatos possuem estrita relação.

¹⁸⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis...*, p. 245.

No mínimo, deveria se permitir aos cidadãos a utilização da reclamação constitucional¹⁸⁹ em caso de descumprimento de precedentes, nos moldes propostos por LUIZ GUILHERME MARINONI:

“Art. 1.º Os fundamentos essenciais e determinantes da decisão vinculam o Tribunal que a proferiu, assim como os juízos a ele adstritos, em todos os casos que lhes forem submetidos.

Art. 2.º Têm eficácia vinculante as decisões: I – do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade; II – do Superior Tribunal de Justiça, que firmarem entendimento acerca da interpretação da lei federal; III – dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais que, em incidente de inconstitucionalidade ou em incidente de uniformização de jurisprudência, pronunciarem-se sobre questão de constitucionalidade ou definirem questão jurídica.

Art. 3.º Não têm eficácia vinculante: I – os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para se chegar ao resultado fixado em seu dispositivo; II – os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador.

Art. 4.º Possuem eficácia vinculante os fundamentos determinantes da decisão, tomada no curso de julgamento de órgão colegiado, desde que adotados ou referendados pela maioria dos seus membros.

Art. 5.º Os precedentes dotados de eficácia vinculante podem não ser adotados quando o Tribunal ou juízo distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não tratada no precedente, a impor outra solução jurídica.

Art. 6.º Diante de circunstâncias especiais, devidamente demonstradas e justificadas, o Tribunal poderá revogar os seus precedentes. Parágrafo único. Deixam de ser aplicáveis, independentemente de revogação, os precedentes que se tornarem incompatíveis com decisões de Tribunais Superiores.

Art. 7.º O Tribunal, ao revogar precedente com eficácia vinculante, deverá definir os efeitos da decisão, podendo limitar sua retroatividade ou dar-lhe efeitos prospectivos, considerando o grau de confiança depositado no precedente e a importância de se aplicar imediatamente a decisão para o tratamento isonômico dos jurisdicionados.

Art. 8.º Em caso de não observância de decisão com eficácia vinculante, cabe reclamação ao Tribunal que a proferiu. Par. 1º – o relator, ao admitir a reclamação, pode determinar a suspensão do processo da decisão reclamada; Par. 2º – a decisão de procedência da reclamação cassará a decisão reclamada, determinando a prolação de nova decisão em observância à decisão vinculante.”¹⁹⁰

A implementação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro é de interesse público, pois ao padronizar uma linha de julgamento, diversas pessoas deixam de se aventurar no Poder Judiciário. Ou seja, com menos pessoas aforando

¹⁸⁹ “Criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a reclamação constitucional é uma ação de competência originária de tribunal, prevista na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, que tem o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes tribunais”. (ANDREASSA JR., Gilberto. *Reclamação constitucional e sua efetividade no Direito Processual contemporâneo*. Curitiba: Prottexto, 2011, p. 17).

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 521-523.

demandas cairá o custo do Estado em manter a “máquina” do Judiciário e, conseqüentemente, aumentará a renda para aplicação de outras políticas públicas.

Ademais, com mais segurança jurídica, menos “politizada” se tornam as decisões dos Tribunais Superiores, isto porque a alteração de precedentes não poderá se dar por conveniência ou interesses obscuros, mas sim por fundamentos densos e baseados em normas e princípios (*overruling*).

Além de interesse público, a aplicação de precedentes no Brasil possui interesse social. Aliás, antes de delimitar os interesses da sociedade, cumpre relatar que o interesse público não se confunde de forma alguma com o interesse social.

O interesse público é exclusivo da União, Estados e Municípios, enquanto que o interesse social, como a própria nomenclatura já diz, nos remete à sociedade.

Um ótimo exemplo é trazido por GEORGES ABBOUD ao afirmar que a modulação de efeitos – controle de constitucionalidade – fundada no interesse social somente pode ocorrer a partir da explicitação de que os direitos fundamentais da sociedade estarão sendo privilegiados. “Assim, quando o art. 27 da Lei 9.869/1999 autoriza a modulação de efeitos em razão da preservação de excepcional interesse social, ela deve ser interpretada conforme à Constituição de modo a impedir que a expressão interesse social seja utilizada como subterfúgio para se prestigiar ações inconstitucionais do Poder Público”.¹⁹¹

Destarte, com a utilização de precedentes (*stare decisis*), haverá uma maior segurança jurídica para a sociedade, a qual saberá de forma mais clara quais os seus direitos e obrigações e qual o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

Ainda, a sociedade terá, de certa forma, o benefício da celeridade processual, pois a maioria dos vencidos nas ações – maior exemplo é a própria União – não terão como fazer pedidos contrários ao que determinam o STJ e STF, sob pena de aplicação de multa processual.

Caso não haja uma mudança radical em nossos tribunais, especialmente nos superiores, cada vez mais recursos estarão tomando conta do Judiciário, o que

¹⁹¹ ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 275.

acarretará ao descumprimento da razoável duração do processo e da tão sonhada segurança jurídica.

3.5. Conclusões do capítulo

Percebe-se que apesar de uma busca incessante pela segurança jurídica, cada vez mais o ordenamento jurídico brasileiro sente a instabilidade das decisões prolatadas pelos tribunais.

É inaceitável que com toda a informatização do Poder Judiciário, os tribunais ainda não tenham se alinhado na jurisprudência. Parafraseando TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, talvez exista no espírito de muitos juízes brasileiros o convencimento no sentido de que seriam “menos” juízes se não decidissem de acordo com sua própria convicção.

A conclusão que o presente trabalho nos traz é a de que ainda não existem precedentes no Brasil. O que há, são decisões esparsas ou jurisprudência que procuram se encaixar nos princípios norteadores do *common law*, mas, que na verdade, ainda precisam de acurado estudo por parte dos profissionais do direito, em especial dos ministros dos tribunais superiores.

CONCLUSÃO GERAL

Após análise do trabalho é possível perceber que a jurisdição constitucional encontra-se em ebulição. Isto decorre, pois o Poder Judiciário tem sido provocado a se manifestar acerca de matérias controversas perante a sociedade.

Parte da doutrina rebate uma atuação ativista do Poder Judiciário, sobretudo em questões de políticas públicas. Alguns ainda alegam que “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”.¹⁹²

É importante sempre levar em conta as críticas feitas perante a atuação do Poder Judiciário, todavia não se pode relevar que o direito atual permite uma maior integração entre os Poderes, isto é, não se deve analisar a teoria da separação dos poderes nos mesmos moldes de séculos anteriores.

Cabe ao Poder Judiciário, ainda que de forma considerada ativista, proteger direitos fundamentais, os quais foram elevados a tal patamar após anos de luta pela sociedade.

Outro fator apontado no texto diz respeito à necessária implementação da teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque, em se tratando do assunto “ativismo” não se pode deixar de lado uma coerência nas decisões, ainda mais que algumas delas afetam a vida de milhões de cidadãos. Havendo coerência nos motivos determinantes de cada decisão, conseqüentemente haverá uma maior segurança jurídica.

A teoria dos precedentes, muito bem absorvida pelo ordenamento jurídico dos sistemas que adotam o *common law*, ainda precisa de um maior estudo por parte dos juízes brasileiros, uma vez que ainda muito se confunde o termo “precedente” com o termo “jurisprudência”. Como diria RONALD DWORKIN, é importante que as decisões prolatadas sejam parecidas com um romance em cadeia, isto é, cada julgador

¹⁹² RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 116.

deve agir como se estivesse escrevendo o capítulo de um romance, devendo para tanto partir do capítulo anterior, para poder avançar.

Referido autor trata o Direito como integridade e afirma que o sistema mais próximo do ideal é o *common law*, haja vista que este sistema é formado por uma comunidade de princípios para além do texto escrito na Constituição.

Muito do que se discute no texto também precisa ser direcionado aos demais atuantes no Poder Judiciário, pois é necessária uma mudança cultural na análise jurídica. Não se torna cabível, nos dias atuais, uma loteria jurídica onde as partes conseguem encontrar decisões favoráveis e desfavoráveis sobre um mesmo assunto em um mesmo tribunal. Com uma mudança cultural, toda sociedade terá o benefício da segurança jurídica, uma vez que haverá certa previsibilidade nas decisões.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDREASSA JR., Gilberto; AMARAL, Letícia Mary Fernandes do (Coord.). *Novos rumos do Direito*. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. *Reclamação constitucional e sua efetividade no Direito Processual contemporâneo*. Curitiba: Prottexto, 2011.

APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____; KOZICKI, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. Rev. direito GV [online]. 2012, v. 8, n.1, p. 59-85.

_____; _____. *Jurisdição Constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Rev. Sequência, n. 56, 2008, p. 151-176.

_____. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea*. Curitiba, 2011. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O novo Direito Constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da (Coord.). *Direito e política: divergências e convergências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____; MOREIRA, Luiz (Coord.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; MOREIRA, Luiz (Coord.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BISHOP, Joel Prentiss. *Common law and codification or the Common law as a system of reasoning – How and why essential to good government; what its perils, and how averted*. Chicago: Law Book Publishers, 1888.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: Recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 5.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASSEB, Paulo Adib. *Processo Legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Revista Alceu, 2004, vol. 05, n. 9, pág. 105-113.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. (Coord.). *Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Coord.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 4. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. Vol. 3.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O império do direito*. 2. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

EVANS, Jim. *Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century*. In: GOLDSTEIN, Laurence (Coord.). *Precedent in law*. New York: Oxford University Press, 1987.

FACHIN, Luiz Edson. *Ouriços e raposas no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1407762&tit=Ouricos-e-raposas-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 24/01/2014.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Coord.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2003.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2.164, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em 25/03/2014.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. Fordham Law Review, 1982.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Repercussão geral e efeito vinculante: neoconstitucionalismo, amicus curiae e a pluralização do debate*. Curitiba, 2010. 425

f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito – Curso de Doutorado em Direito das Relações Sociais, Universidade Federal do Paraná.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no Direito*. São Paulo: LTr, 2001.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (Coord.). *Entre Brasil e Polônia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Teoria geral do processo*. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Sandro Gilbert. *Processo, procedimento e ato processual: o plano da eficácia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes - O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Jurisdição constitucional do processo legislativo: legitimidade, reinterpretação e remodelagem do sistema no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003.

RADBRUCH, Gustav. *O espírito do Direito inglês e a jurisprudência anglo-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

_____. *OAB in foco*, Uberlândia, ano 4, n. 20, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O ativismo judicial existe ou é imaginação?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-ativismo-judicial-existe-ou-e-imaginacao>>. Acesso em 25/03/2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Rev. direito GV [online]. 2012, v. 8, n.1, p. 37-57.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Vol. 1.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v. III. Os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. (Coord.). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo social: São Paulo, 2007, vol. 19, n. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24/01/2014.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?* Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

_____. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Rev. ed. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.