

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”**

MÁRCIO MARÇAL LOPES

**EFEITO VINCULANTE DOS PRECEDENTES,
SEGURANÇA JURÍDICA E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO
GARANTIA FUNDAMENTAL**

**UBERLÂNDIA
2012**

MÁRCIO MARÇAL LOPES

**EFEITO VINCULANTE DOS PRECEDENTES,
SEGURANÇA JURÍDICA E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL
COMO GARANTIA FUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
“Prof. Jacy de Assis” (FADIR) da Universidade
Federal de Uberlândia (UFU) como pré-
requisito para a obtenção do título de Mestre
em Direito. Área de concentração: Direito
Público.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Gomes de Brito

**UBERLÂNDIA
2012**

MÁRCIO MARÇAL LOPES

**EFEITO VINCULANTE DOS PRECEDENTES,
SEGURANÇA JURÍDICA E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL
COMO GARANTIA FUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Público.

BANCA EXAMINADORA

Presidente:.....

Professor Doutor Cristiano Gomes de Brito - UFU

1º Examinador:.....

Professor Doutor Alexandre Walmott Borges - UFU

2º Examinador:.....

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme - UFMG

Uberlândia-MG, 13 de Março de 2012.

À minha esposa Lívian, quem nos últimos meses verdadeiramente me mostrou a face paciente do amor; aos meus dois anjinhos Gabriel e Miguel, quem a cada palavra (ou balbucio), a cada brincadeira, a cada sorriso, também me transmitiam a paz que eu precisava pra continuar... amo vocês!

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar a Deus, por conceder o dom da vida, o ar que respiro, a inspiração quando esgotado estava, a saúde e a força suficientes para elaborar este trabalho. Agradeço ao meu amigo, professor e orientador Cristiano Gomes de Brito, quem, com zelo e dedicação, me conduziu pelos tortuosos caminhos da pesquisa jurídica. Também agradeço aos professores do programa de mestrado em direito da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” com os quais tive o prazer de estudar e conviver: Dr. Alexandre Walmott Borges, Dr. Fernando Rodrigues Martins, Dr. Edhiermes Marques Coelho, Dr. Luiz Carlos Figueira Melo, Dr. Leosino Bizinoto Macedo, para citar alguns, pela disposição em auxiliar essa pesquisa em seu estágio de qualificação. Agradeço ainda aos funcionários da Universidade Federal de Uberlândia, na pessoa do Sr. Antônio Neto Ferreira dos Santos que, com discrição e cooperativismo, tornaram possível a presente concretização. Por fim, agradeço a todos os colegas, mestrandos, docentes, discentes dos cursos de direito em que leciono, advogados, juristas que, mesmo sem ter esta exata noção, de modo simples, mas valioso, também contribuíram para a consecução desta pesquisa: o meu muito obrigado!

“Eu não recearia muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons juízes. Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O magistrado vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela”.

Anatole France

RESUMO

EFEITO VINCULANTE DOS PRECEDENTES, SEGURANÇA JURÍDICA E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

O presente trabalho é iniciado com uma abordagem dos pressupostos teóricos relacionados ao tema a ser desenvolvido: discorrer sobre o Poder Judiciário, a prestação do serviço jurisdicional e a tendência de “exaltação” dos precedentes jurisdicionais como fonte jurídica, implica numa necessária visão panorâmica das clássicas escolas do direito da *common law* e da *civil law*, as quais se encontram submergidas num incessante processo de convergência mútua, fruto da busca do homem e da sociedade por um sistema sócio-jurídico mais seguro, eficiente, célere e, ao fim, justo.

Assim, na primeira parte do presente trabalho, o objetivo deste autor será tecer uma detida reflexão sobre a história e construção das famílias da *common law* e da *civil law*, iniciando-se pela primeira, a fim de que sejam fixadas algumas premissas da posterior análise. Ainda de início, serão ressaltadas a formação, a estrutura, as fontes e os principais marcos de tais escolas jurídicas, categorização, breve comparativo entre os principais países que adotaram um ou outro sistema, etc.

Adentrar-se-á ainda a uma reflexão mais apurada acerca da influência trazida pela *common law* e de que forma tal imanência tem se refletido sobre a atividade jurisdicional praticada pelo Poder Judiciário no Brasil, principalmente no que diz respeito à aqui denominada “verticalização da jurisdição”, assim descrito o movimento de outorga cada vez maior de poderes e atribuições aos órgãos jurisdicionais superiores, muitas vezes em detrimento da autonomia funcional e livre consciência dos tribunais e órgãos monocráticos de menor escalão.

Mais do que isso, faz-se objetivo da presente dissertação traçar algumas das inevitáveis reações constatadas no meio jurídico à referida verticalização, ora em benefício, ora em prejuízo da tutela dos direitos fundamentais.

Paralelo a isso, ainda à guisa de intróito, não há como se afastar de alguns institutos e princípios, que foram e são de fundamental importância para a análise da fonte jurisprudencial, articulados por pensadores e juristas que muito contribuíram para a construção da história do homem, da sociedade e do próprio Estado, tais como Montesquieu e Hans Kelsen, os quais contribuíram sobremodo para a divulgação do debate da teoria da “tripartição dos poderes” e do “positivismo jurídico”, respectivamente, temas intrinsecamente ligados à evolução da fonte jurisprudencial.

Em meio ao caminho a ser percorrido, serão tratados parte dos instrumentos jurídico-processuais criados ao longo das últimas décadas (alguns de constitucionalidade questionável)¹, todos com finalidade última de tornar o processo menos burocrático e mais célere, conferindo à fonte jurisprudencial quase que absolutos efeitos. Tal tendência possui nobres fundamentos, como os agora citados; entretanto, os

¹ A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, a adoção das súmulas impeditivas de recurso, a atribuição do poder de vetar recursos contrários aos entendimentos dominantes nos tribunais no processo civil, a positivação do denominado “julgamento antecipadíssimo da lide” (art. 285-A do CPC), dentre outros, estão entre os institutos jusprocessuais que merecem cautelosa análise do ponto de vista constitucional.

meios propostos para o alcance de referidos objetivos é criticável. Tal ponto será de crucial relevância para as conclusões chegadas pelo presente trabalho.

Sob esta perspectiva, passaremos pela análise (ainda que com fito meramente exemplificativo) do direito comparado, informando o papel que a jurisprudência tem exercido em ordenamentos como o português, o italiano, dentre outros, quando efetivamente alcançaremos os instrumentos e posições adotadas pelos tribunais superiores no Brasil, os quais têm representado o “governo” da jurisprudência na construção do Estado e da sociedade, com o sensível aumento de sua atividade normativa.

Em análise final, aloca-se um tema deveras controverso: a superação dos precedentes, traduzida em viradas jurisprudenciais e os efeitos que tais condutas jurisdicionais podem ocasionar, sobretudo num contexto de franca judicialização do direito e de preponderância do direito sumular.

Assim, pretende o trabalho ir um pouco além do que a mera constatação da crescente influência do pensamento proveniente das derradeiras instâncias do Judiciário, na medida em que enseja demonstrar a necessária cautela com a qual a evolução deve ser tratada, sob pena se estar, em verdade, regredindo a função constitucional do Estado de pacificação social, em sua grande parte desempenhada pelo Poder Judiciário.

Ao termo, considerações sobre o processo de superação dos precedentes judiciais serão dosados, bem como seus efeitos (benéficos ou não) ao cotidiano do jurisdicionado, oportunidade em que bem se falará sobre segurança jurídica e boa-fé do Poder Público, também enquanto direitos fundamentais do cidadão.

À guisa de conclusão preliminar, trará este autor algumas reflexões acerca da problemática levantada, cujo intuito maior não é o de esgotamento, mas o de fomento à discussão, a fim de que a mesma alce novos patamares.

Palavras-chave: jurisdição. verticalização. precedentes. segurança jurídica.

ABSTRACT

BINDING EFFECT OF THE PRECEDENTS, LEGAL CERTAINTY AND JUDICIAL SERVICE AS FUNDAMENTAL GUARANTY

This paper starts with a discussion of theoretical assumptions related to the theme to be developed: a discussion of the judiciary, the service court and the tendency of "exaltation" of judicial precedent as a legal source, implies a necessary overview of the classical school the right of common law and civil law, which are constantly submerged in a mutual process of convergence, the result of man's search for a society and socio-legal system more secure, efficient, quick and in the end, just.

Thus, in the first part of this paper, we will weave this author held a discussion on the history and construction of the family of common law and civil law, starting with the first, so that some assumptions are set for the subsequent analysis . Even Start, will highlight the formation, structure, sources and key milestones such schools legal categorization, brief comparison between the main countries that have adopted one or another system, etc.

Enter will be still a more accurate reflection of the influence brought about by the common law and how that immanence has been reflected on the jurisdictional activity practiced by the judiciary in Brazil, especially with regard to the hereafter "verticalization of the jurisdiction , "described as the motion of granting increasing powers and duties of the higher courts, often at the expense of functional autonomy and freedom of conscience tyrannical courts and lower level.

More than that, it is objective of this paper to trace some of the inevitable reactions found in the legal vertical to that, sometimes to the benefit, sometimes to the detriment of the protection of fundamental rights.

Parallel to this, even by way of introduction, there is no way to move away from some institutions and principles, which were and are of fundamental importance for the analysis of judicial power, articulated by thinkers and jurists who have greatly contributed to the construction of the history of man , society and the state itself, such as Montesquieu and Hans Kelsen, who contributed greatly to the dissemination of the discussion of the theory of "tripartition of powers" and "legal positivism", respectively, issues inextricably linked to the evolution of judicial power.

In the middle of the road ahead will be treated part of the legal and procedural tools created over the last decades (some of questionable constitutionality), all with the ultimate goal of making the process less bureaucratic and more quickly, giving almost absolute judicial source effects. This trend has noble foundations, as now cited, however, the proposed means for achieving these goals is open to criticism. This point is of crucial importance for the conclusions reached by this work.

From this perspective, we pass by the analysis (albeit with aim of example) of comparative law, telling the paper that the case law has had in jurisdictions such as Portuguese, Italian, among others, when effectively achieve the tools and positions taken by the higher courts in Brazil, which have represented the "government" of the case law in the construction of state and society, with a marked increase in regulatory activity.

In the final analysis, to allocate a very controversial issue: the overcoming of the

foregoing, translated into face-law and the effects that such conduct may result in court, especially in a frank context of law and judicialization of preponderance of the right precedent.

So, you want the job go a little further than the mere observation of the influence of the thought of the last bodies from the judiciary, as it raises demonstrate the necessary caution with which the evolution should be treated, lest it be in Indeed, back in the constitutional function of the state of social peace, the great part played by the judiciary.

At the end, considerations about the process of overcoming the legal precedents are measured and their effects (beneficial or not) to the daily life of jurisdictions, as well as an opportunity to talk about legal certainty and good faith of the Government, as well as fundamental rights the citizen.

By way of a preliminary conclusion, the author brings some reflections on the problems raised, whose highest aim is not to exhaustion, but that foster discussion, so that the same moose new heights.

Keywords: jurisdiction. verticalization. precedent. legal certainty.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Cf.	Confira ou confronte
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
DL	Decreto-Lei
EC	Emenda Constitucional
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
Min.	Ministro
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	14
1.1 Delimitação do objeto de pesquisa.....	14
1.2 Dos pressupostos teórico-jurídicos.....	15
1.3 Considerações gerais sobre o tema.....	30
2 JURISDIÇÃO E PROCESSO.....	34
2.1 O processo e o acesso à justiça como garantias fundamentais.....	34
2.2 O Sistema Romano-Germânico.....	40
2.3 O Sistema da Common Law e a influência no ordenamento brasileiro.....	42
2.4 A jurisprudência como fonte de direito.....	47
3 INSTRUMENTOS DE VERTICALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	54
3.1 A adoção da Súmula Vinculante.....	55
3.2 A repercussão geral.....	63
3.3 As reformas sofridas pelo Código de Processo Civil Brasileiro: incidentes de uniformização de jurisprudência, de declaração de constitucionalidade, súmula impeditiva de recurso, recursos repetitivos, art. 475, §3º do CPC.....	69
3.4 O STF e Controle de Constitucionalidade.....	73
4 A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES.....	79
4.1 Razões e meios de superação.....	79
4.2 Alterações Jurisprudenciais: reflexos sobre situações já consolidadas.....	94
4.3 Segurança jurídica.....	101
4.4 Boa-fé objetiva do Estado-juiz.....	114
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	121
REFERÊNCIAS.....	123

INTRODUÇÃO

Por inúmeras vicissitudes históricas, a jurisprudência, enquanto resultado das decisões dos tribunais, passou por várias transformações, sagrando-se, indene dúvidas, como uma das mais fortes fontes jurídicas de que se tem notícia.

É certo que nem sempre foi assim, de modo que a cada dia dá-se um passo a mais no sentido de se chegar ao *stare decisis* como ponto de partida para as subsequentes decisões judiciais, e não mais a lei.

Tal processo, contudo, admite falhas e riscos para os jurisdicionados como, por exemplo, o abalo da segurança jurídica, na hipótese de alternâncias de entendimentos jurisprudenciais, fato corriqueiro nos dias de hoje.

Assim, algumas balizas precisam ser conferidas ao sistema jurisdicional brasileiro, a fim de que a “técnica de precedentes” em ascendência em nosso espaço jurídico não sucumba a movimentos bruscos que desencadeiem, ao revés do que se espera, a quebra da confiança no Estado-juiz, a ruptura da segurança jurídica e a ineeficácia das instituições.

Paralelo a isso, outras questões são de intercessão: o equilíbrio entre os Poderes do estado, as reformas processuais que vem regulamentar o “direito judicial”, o prendimento dos órgãos e magistrados aos efeitos vinculantes lançados pelas decisões das altas cortes do Poder Judiciário.

Assim, é objetivo do presente trabalho analisar o fenômeno da verticalização do judiciário, alguns de seus instrumentos, a geração positiva e negativa de seus efeitos, lançando uma crítica sobre o referido processo, no intuito de contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurisdicional brasileiro e a garantia fundamental do acesso à justiça.

A pesquisa será realizada utilizando o método dedutivo, para análise dos contornos de textos legislativos e constitucionais, bem como para com a doutrina adotada como base, além de verificações de julgados e entendimentos jurisprudenciais (sobretudo STF), somado a uma abordagem sistemática, a fim de delineamento de critérios específicos.

Serão analisados os aspectos práticos e teóricos que alteraram perfunctoriamente a prestação jurisdicional brasileira nos últimos anos, apregoando-se que as mesmas não podem atentar contra a garantia fundamental da coesa prestação jurisdicional.

A técnica adotada firmou-se sobre análise de doutrina, por meio de documentação indireta, como livros, revistas, boletins, além de documentação direta através de entrevistas, artigos e jurisprudência, bem como a decomposição das normas constitucionais e infraconstitucionais tratante do tema.

Ao final, a conclusão repousará sobre a necessidade de se conduzir o atual caráter jurisprudencial e vinculativo do direito brasileiro sobre valores e princípios inarredáveis: a segurança jurídica, a legítima expectativa e a confiabilidade das decisões paradigmáticas.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

1.1 Delimitação do objeto de pesquisa

Analisar a jurisprudência como fonte de direito em franco desenvolvimento nos países de *civil law*, sobretudo no Brasil e, a partir disso, verificar questões relacionadas à garantia do acesso ao Judiciário, é o objetivo proposto pelo presente trabalho.

Todavia, tal discussão nos levaria a uma variedade de temas ligados à política, teoria do Estado, processo e jurisdição, dentre eles: as dificuldades de acessibilidade ao Poder Judiciário, os princípios da celeridade, economia processual, duplo grau de jurisdição, motivação das decisões judiciais, a prestação jurisdicional e o equilíbrio entre os poderes constituídos do Estado de direito, a boa-fé e a segurança jurídica das relações, dentre outros.

Assim, falar de forma tão limitada de um objeto tão amplo invariavelmente nos conduziria a problemas metodológicos. Desta feita, procuramos prender o discurso e a conclusão do presente trabalho aos últimos itens supracitados – boa-fé do Estado e a segurança jurídica das relações –, sobretudo diante de viradas jurisprudenciais, comumente ocorridas no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, as quais, assim como os atos normativos, acabam tomando uma dimensão objetiva, impessoal e genérica, o que muito vem a afetar as relações e a vida do jurisdicionado.

Como consequência, veremos que a garantia fundamental do amplo acesso à justiça também contempla a justa medida, previsibilidade e coerência de conduta por parte do Poder Judiciário, já que, conforme analisaremos, há um constante e irremediável movimento no sentido de se conferir a este órgão, sobretudo às cortes superiores que o compõe, um avantajado poder normativo, equiparando-o à própria função legislativa em alguns casos, através da objetivização de suas decisões.

Nisto, consistirá a “verticalização do Poder Judiciário”, já que na atualidade as instâncias ordinárias da jurisdição encontram-se estritamente vinculadas ao entendimento manifesto por seus pares em hierarquia superior, o que, a princípio, pode ser salutar. Contudo, somente o será, mediante a observância de alguns elementos, os quais devem estar garantidos ao jurisdicionado.

Neste item, comportará também checar a autonomia funcional que deve ser dispensadas aos juízes e as peculiaridades do caso concreto, a fim de que injustiças e desigualdades não sejam cometidas.

Anteriormente a isso, fez-se necessária uma passagem histórica pelas clássicas escolas da *civil law* e da *common law*, comentando-se e crescente influência que os princípios e institutos da última vem exercendo sobre o ordenamento jurídico brasileiro e a forma de lidar com o direito e as relações processuais no Brasil, além das seguidas reformas processuais vivenciadas pelo direito brasileiro, também fruto do citado fenômeno.

Verificar-se-á também, ainda que com brevidade, como se dá o sistema de precedentes em relação a alguns Estados, tais como Itália, França e Portugal, onde as decisões dos respectivos tribunais superiores, também têm avançado no sentido de vincular as instâncias inferiores e mesmo outras funções do Estado.

No Brasil, o fenômeno é relativamente recente, posto que é mesmo a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que se abre as portas uma maior atuação do Poder Judiciário², sob vários aspectos, que se verifica um melhor contexto para a efetivação dos princípios e garantias ligadas à efetividade da prestação jurisdicional, celeridade, economia e eficiência, duração razoável do processo, além do denominado ativismo judicial e judicialização das relações, dentre outros fatores.

1.2 Dos pressupostos teórico-jurídicos

² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. p. 537.: “Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais e, especialmente os direitos fundamentais de caráter processual, assumem para a ordem constitucional como um todo. Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais”.

O debate ora travado possui como inarredável “pano de fundo” uma crítica acerca da teoria da tripartição dos poderes amplamente disseminada à época do iluminismo, a qual não passa ilesa ao entrelaçamento das funções do Estado no século atual, o que acarretou e acarreta mudanças interessantes do ponto de vista institucional.

A norma insculpida no artigo 2º da Constituição, que dispõe sobre a independência e harmonia dos poderes da União, tem sido motivo de perplexidade, não tanto pela sua expressão literal, mas, possivelmente, em face do pequeno grau de correspondência que esse princípio tem no mundo sensível, considerado aqui especificamente o Estado brasileiro³.

Tornamos agora a essas diversas formas de um modo geral e separadamente, para cada uma delas remontando ao princípio que lhe é próprio. Há em todo o governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos. Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas, e aqui é preciso determinar quais as que se deve criar, qual deve ser a sua autoridade especial e como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça. A parte deliberativa decide soberanamente sobre guerra, paz, alianças, ruptura dos tratados, promulgação de leis, pronúncia de sentenças de morte, exílio, confisco e exame das contas do Estado.⁴

A doutrina da tripartição dos Poderes já vinha delineada desde Aristóteles, e, na época moderna, remonta aos acontecimentos que culminaram nas revoluções e subsequentes Constituições norte-americana (1787) e francesa (1789), onde pontificaram as doutrinas de Montesquieu, Locke e Rousseau, enaltecedoras da conveniência, senão já da necessidade de se preservar o equilíbrio das forças internas do Estado, através de um mútuo controle, conhecido como sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*). Sedutora por sua estrutura lógica, essa proposta vinha ao encontro de um generalizado anseio social por um regime político-jurídico que

³NUNES, Jorge Amaury Maia. Disponível em <http://professoramaury.blogspot.com/2011/06/separacao-de-poderes-poder-judiciario-e.html>; acesso em 15/09/2011.

⁴ARISTÓTELES. A Política. Capítulo XI, §1.

impedissem ou ao menos dificultasse o retorno aos regimes monárquicos-absolutistas, ou aos tempos sombrios do feudalismo.⁵

Em Aristóteles, a tripartição se realizava na divisão do poder perante diversas classes sociais representativas dos fins almejados pela coletividade, mesclando formas de governo, a fim de que o poder não restasse nas mãos de apenas um grupo ou categoria de pessoas (constituição mista).

Em Locke, o princípio ganhou prestígio e formulação teórica sólida, também extraída da praxe política inglesa, a qual bem definia as ocupações do rei, da nobreza e dos comuns.

Contudo, ao contrário de Aristóteles, o contratualista inglês se afasta da teoria mista da distribuição estamental do poder e pugna pela divisão de poderes, já identificando o legislativo, o executivo e o federativo, este concernente aos assuntos de ordem externa do Estado⁶. Não obstante, Locke divergia de Hobbes quanto à absolutização do poder, conferindo o mesmo à sociedade como um todo, representada pelo legislativo, poder máximo da comunidade política, de modo que nenhuma ordem que não seja aprovada pelo legislativo não poderia vincular ou obrigar como a lei pode. Sem embargo desta perspectiva de “supremacia do legislativo”, Locke não estancava a separação dos poderes, reconhecendo que ao executivo continuava reservada a oportunidade de agir normativamente onde a lei fosse omissa ou lacunosa, ou mesmo para atenuar os rigores da própria lei.

Assim, cremos que, em verdade, Locke foi o efetivo formulador da teoria da separação dos três poderes, mais tarde evidenciada por Montesquieu, considerado por muitos como o maior divulgador e aperfeiçoador do conceito, de marcante influência no constitucionalismo francês e mundial, fazendo incluir o artigo 16 na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação dos poderes não possui, absolutamente, constituição”.

É em Montesquieu que se consagra a autonomia e o poderio das três basilares funções estatais: legislativa, executiva e judiciária, exercidas com exclusividade ou, ao menos, preponderantemente.

Entrementes, é bom precisar que a teoria de Montesquieu difere-se de seus sucessores, sobretudo Locke, na medida em que o autor francês não é adepto ao

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. p. 98.

⁶ Ensaio Sobre o Governo Civil

contratualismo, deixando entender que o poder deve ser dividido entre vários estamentos, não sendo proveniente exclusivamente do povo⁷.

Sem embargo dos aspectos citados, de fato, o que é de mais aclamado na teoria de Montesquieu é, sem dúvida, a separação das funções do Estado, como forma de autocontrole: o legislativo (elaboração das leis), o executivo das coisas que dependem do direito das gentes (cuida das relações externas) e o executivo das que dependem do direito civil (julgas as demandas entre os particulares).

Segundo Montesquieu, o fundamento mais eloquente conhecido sobre a separação dos poderes, invocado sem cessar até os dias de hoje, assevera:

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”⁸.

Observe-se, conforme também anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹, que ambas as funções executivas, em verdade estão comprometidas com a aplicação do direito (atividade de consequência) e não com a sua criação; a despeito disso, a liberdade e o autocontrole só estarão garantidos se as funções, subjetivamente, estiverem sob a operação de órgãos distintos, no caso, o legislativo, executivo e judiciário. Seria por demais arriscado outorgar as funções de criar, aplicar e julgar a uma mesma pessoa.

Aliás, por diversos momentos, Montesquieu se preocupa com o poder de julgar, hoje executado pelo Judiciário, anotando que tal poder não deve ser entregue a

⁷ Nesse sentido: O Espírito das Leis, Livro XI, Capítulo VI: “existem sempre num Estado pessoas eminentes pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras. Se elas ficassem confundidas entre o Povo, e não tivessem senão um voto como os outros, a liberdade comum seria a sua escravidão, e elas não teriam interesse em defender a liberdade, porquanto a maioria das resoluções seria contra elas”.

⁸ MONTESQUIEU. Op. cit. Livro XI, Capítulo VI.

⁹ In Processo legislativo. p. 45.

um corpo (senado) permanente, mas sim a pessoas tiradas do povo, em estágios temporários, porquanto persistir a necessidade¹⁰.

No Brasil, autores como o aludido Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Paulo Bonavides¹¹ já expressaram seu descontentamento com o princípio da tripartição, afirmando não possuir mais ou mesmo qualquer valia para os tempos atuais de relativismo.

Na verdade, o princípio não se tornou obsoleto, tampouco inútil, devendo ser atualizado historicamente e adequado à contemporaneidade do Estado Democrático de Direito e do redimensionamento das funções públicas.

Não se deve cogitar, porém, em razão da ausência da sociedade estamentalizada, com diferentes pólos de poder, de uma inaplicação total dos postulados lançados por Montesquieu. Com efeito, já se disse aqui, ao lado da separação horizontal, cuidou Montesquieu de uma separação orgânico-funcional, cometendo as principais atividades estatais preponderantemente a certos órgãos, ainda que taxonomicamente se possa lançar essa ou aquela crítica a tal intento. Bem de ver, contudo, que próprio conceito de Poder Executivo à época da formulação de Montesquieu era absolutamente distinto do que se tem hoje. O Poder Executivo de então se resumia ao poder de executar as resoluções públicas e seu conceito se obtinha por oposição, e residualmente, ao conceito de Poder Legislativo. Em outras palavras, o que não fosse atividade de criação da lei seria atividade executiva. De outra parte, a Europa daquela época não concebia um Estado onipresente, atuando em todas as frentes participando ativamente do jogo da economia e atuando como "Estado assistencial" ou Estado providêncial¹².

Montesquieu não preconizou a separação absoluta entre os poderes, bem entendendo o sistema de freios recíprocos originário do constitucionalismo inglês. A

¹⁰ Nesse sentido: O Espírito das Leis, Livro XI, Capítulo XVIII: “É preciso notar que os três poderes podem estar bem distribuídos em relação à liberdade da constituição, ainda que não o estejam tão bem em relação à liberdade do cidadão. Em Roma, como o povo tinha a maior parte do poder legislativo, uma parte do poder executivo e uma parte do poder de julgar, constituía um grande poder que devia ser equilibrado por outro. É certo que o senado possuía uma parte do poder executivo; possuía uma parte do poder legislativo; mas isto não era suficiente para contrabalançar o povo. Era preciso que participasse do poder de julgar, e dele participava quando os juízes eram escolhidos entre os senadores: Quando os Gracos privaram os senadores do poder de julgar, o senado não pôde mais resistir ao povo. Eles feriram, então, a liberdade da constituição para favorecer a liberdade do cidadão; mas esta se perdeu com aquela”.

¹¹ In Ciéncia Política. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹² NUNES, Jorge Amaury Maia. Disponível em <http://professoramaury.blogspot.com/2011/06/separacao-de-poderes-poder-judiciario-e.html>; acesso em 15/09/2011.

questão, em verdade trata de separação funcional, já que o poder é reservado ao povo e é por este delegado aos membros do legislativo e do executivo, ou exercido diretamente via instrumentos constitucionalmente previstos.

Ainda que de maneira não estanque, as funções inerentes ao Legislativo, Executivo e Judiciário ganharam relevo e bem se amoldaram ao desenvolvimento do “Estado de Direito”, acabando por delinear a grande maioria da composição político-institucional nos países que hoje concebem tais poderes.

Obviamente que a divisão tripartida do Estado, quando encarada de maneira rígida e absolutamente separada, em verdade, trabalha contra o próprio conjunto formador do ordenamento positivo, já que os variados compartimentos do Estado moderno, bem como a criação e desenvolvimento de organismos sociais, são interativos e devem se movimentar com influência mútua na formação e na aplicação do direito.

No Brasil, são exemplos desse raciocínio a atual existência de órgãos “parajurisdicionais”, com funções autônomas e específicas, tais como os tribunais marítimos, a arbitragem, os tribunais de contas, a justiça desportiva, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, os variados conselhos, as agências da administração pública indireta, etc. Todos esses órgãos encontram-se desvinculados da idéia de absoluta separação de poderes.

Somado a isso, tem-se que, indelevelmente, aos poderes do Estado não raras as vezes são atribuídas pela própria Constituição Federal funções excluídas de sua tipicidade: legislativo que julga (art. 49, IX; 52, I e II) e administra (art. 52, XII e XIII); executivo que julga (art. 84, XII) e legisla (art. 84, III, IV e XXVI); judiciário que administra (art. 96 e incisos) e legisla (arts. 93 e 125, §1º).

De toda sorte, a complexidade das relações entre o cidadão e o Estado, e a própria macroestrutura organizacional deste, são alguns dos fatores que, gradativamente, foram esmaecendo a separação entre os Poderes, fato também corroborado pela tendência do direito contemporâneo à superação das clássicas dicotomias radicais, aos poucos substituídas por alternativas menos rígidas, que priorizam o elemento que prepondera na espécie a par do objetivo colimado, numa lógica de resultados.

Assim, o tema necessita de uma análise crítica, tentando-se responder como o princípio da separação dos poderes repercute ou deve repercutir na relação hoje estabelecida entre o Judiciário e os demais poderes. A previsão constitucional da

tripartição não é capaz, por si só, de explicar o tema, dada a imprecisão ontológica do conceito, tornando necessária a coesa interpretação e aplicação do texto constitucional.

A despeito da partição em três poderes independentes e harmônicos, na verdade três funções, e da referência ao atributo de julgar, os filósofos que a conceberam não conferiram ao Judiciário uma posição de destaque; a ele, Locke nem se referiu como poder autônomo; Montesquieu como atividade acessória da própria administração. O judiciário somente aparece como instituição mais tarde, no direito constitucional norte-americano.

No sistema brasileiro, assim como em outros regimes democráticos de direito, a análise da independência do Poder Judiciário passa necessariamente pela questão da sua legitimidade, já que o poder outorgado ao órgão jurisdicional não o foi diretamente pelo povo, sem embargo da proclamada soberania popular prevista no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, confirmada pelo sufrágio universal (artigo 14, *caput*, do mesmo diploma). Outrossim, há uma peculiaridade no poder operado pelo Judiciário que deve limitar sua atuação, não permitindo que se sobreponha aos outros poderes constituídos.

De outro lado, admite-se que ao Judiciário também deve ser reservado um necessário espaço de criação do direito, a fim de que não se torne mero reproduutor da literalidade da lei.

O equilíbrio entre as duas proposições é algo delicado, sobretudo quando nos deparamos com um ordenamento que, cada vez mais, vincula a atuação dos poderes estatais, incluindo o próprio Judiciário, à elaboração e pronúncia de enunciados de jurisprudência dos Tribunais Superiores, os quais, em não raros os casos se assemelham a atos efetivamente normativos.

Em interessante passagem, anota Jorge Amaury Maia Nunes:

“Nessa seara é que parece florescer a necessidade de examinar, com mais cuidado, a postura consequencialista do julgador, como um limitador na construção da norma jurídica, a impor ao magistrado um exercício de prognose em relação aos efeitos que o cumprimento da decisão irá provocar no chamado mundo sensível. Não se trata, pois, simplesmente de proferir a decisão, mas, sim, de preocupar-se com sua realização no mundo real de forma adequada, até como forma de eliminar frustração de expectativas, construídas pela própria sentença, em relação ao vencedor, ao vencido, e à sociedade como um todo.

O consequencialismo funciona, em certo sentido, como fonte e forma de legitimação do Poder Judiciário porque ajusta a conduta do Judiciário, conformando-a ao todo social, num reconhecimento de que a justiça do caso concreto se espalha sobre toda a sociedade que não pode nem deve sofrer danos colaterais decorrentes dessas decisões. Ademais, funciona como processo de justificação da decisão judicial, de modo a permitir o controle da sociedade sobre as expectativas que devem manter em relação ao Judiciário e às suas manifestações”¹³.

Principalmente após a adoção da súmula vinculante no Brasil, sem embargo da idéia consequencialista possuir melhor manejo nos sistemas de *common law*, é de se aceitar que tal argumentação encontre espaço na tradição romano-germânica do direito brasileiro, mesmo porque, como se verá, há um evolutiva aproximação entre as duas escolas. Assim, também como se analisará, a atuação do Supremo Tribunal Federal na edição de súmulas vinculantes ou mesmo no reconhecimento de repercussão geral aos recursos extraordinários, além da análise do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos denominados recursos repetitivos devem se preocupar com os impactos de ordem econômica, social e política que podem causar suas decisões, para além do caso concreto examinado.

Sobremaneira quanto às relações que concernem à efetivação de políticas públicas, garantia de direitos sociais e ativismo judicial, a postura consequencialista se alinha ao princípio da separação dos poderes, habilitando de certa forma a atuação do Judiciário, desprovido de legitimação popular que é.

Eis, então, uma das primordiais estruturas teóricas do presente trabalho: a alocação do princípio da tripartição frente à expansão da fonte jurídica jurisprudencial que acomete o sistema brasileiro.

Paralelamente, a clássica dicotomia “público x privado” também acaba sendo relativizada frente à sua incapacidade de bem abordar ramos contemporâneos, tais como o direito ambiental, o direito do consumidor, o biodireito, entre outros.

Sobre o tema, bem assevera Humberto Ávila¹⁴:

¹³ NUNES, Jorge Amaury Maia. Separação de Poderes, Poder Judiciário e Consequencialismo. Texto do autor escrito no âmbito do GEPROM-UNB. Disponível em <http://professoramaury.blogspot.com/2011/06/separacao-de-poderes-poder-judiciario-e.html>; acesso em 15/09/2011.

¹⁴ Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Organizador: Daniel Sarmento.

“Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesse privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular”.

Dentre as três propaladas dimensões do Estado de Direito, as quais se relacionam aos atos de poder e soberania, às atividades e estruturação e às funções de prestação de serviço, prevalece esta última, registrando-se, aqui, a ponderação de José Joaquim Calmon de Passos¹⁵ no seguinte sentido:

“As Constituições dos países do chamado primeiro mundo, elaboradas no século passado, não mais se referem a Poderes legislativo, executivo e judiciário, sim a Funções executivas, legislativas e judiciárias, no entendimento de que os agentes políticos nelas investidos em verdade dispõem de poder apenas com o objetivo de servir, o que desqualifica o poder como dominação, senhoria, supremacia, tornando-o função, um poder-dever”.

A “divisão” do Estado em funções e não propriamente em poderes, revela uma maior facilidade em visualizar a necessária interação entre as mesmas, de modo que a atuação do Poder Judiciário acaba por projetar reflexos nas searas dos demais Poderes da República e vice-versa.

Destarte, a despeito da operabilidade do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, não se poder conceber esse Poder como uma suprapoder que subordina a todos os outros; assim, será num contexto de desejável equilíbrio de forças na estrutura do Estado, que deve ser colocado o direito jurisprudencial ou o chamado “direito sumular”.

Sobre o tema, bem explora Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁶:

“Essa potencialização da eficácia do julgado já ocorria na Justiça do Trabalho (dissídios coletivos, ações de cumprimento), mas nesse âmbito o fenômeno é mais compreensível, porque as forças do capital

¹⁵ A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos, Revista Diálogo Jurídico, vol. I, n. 4, jul. 2001, p. 4.

¹⁶ Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante, p. 105.

e do trabalho já são, de *per si*, aglutinadas em *categorias*, de sorte que é *ao interno* desses segmentos que tais decisões haverá de projetar seus efeitos. Coisa diversa passa na Justiça comum, em que, por exemplo a decisão de mérito do STF numa ADCOn, uma Súmula vinculativa de recurso acabam operando numa amplitude muito próxima à das normas legais – se é que não as suplantem no plano prático –, valendo atentar para o fato de que, enquanto uma norma legal carece de interpretação, já o precedente obrigatório, em boa medida, traz embutida sua própria interpretação – autopoiese –, porque expressa o produto final de um iterativo entendimento sobre dada matéria”.

Assim, a análise da ampliação das atribuições e poderes conferidos ao Judiciário, sobretudo no que tange o “direito judicial”, ou a criação efetiva do direito pela função jurisdicional, passa pelo exame da teoria da tripartição dos poderes, onde também se constata divergência doutrinária.

Marco Antônio de Barros¹⁷ está entre os autores que não consideram a interferência do Judiciário sobre a conduta dos outros poderes, sobretudo em face da edição de súmulas vinculativas, como sendo fator de quebra da tripartição; nesse sentido, o autor salienta que:

“Não há como falar em afronta ao princípio da independencia recíproca dos chamados ‘Poderes do Estado’, pois a inserção da Súmula vinculativa ao nosso ordenamento jurídico dar-se-á pela via legislativa, ou seja, os próprios representante do povo é que de forma impositiva para os Juízes de instância inferior. Impõe-se desde logo ressalvar que os Tribunais Superiores não ditarão novas regras, mas apenas firmarão o entendimento a ser adotado em casos semelhantes e repetitivos. Desse modo incorre a alegada superposição de funções estabelecida na Carta Constitucional, pois uma coisa é criar a lei, e outra, bem diferente, é interpretá-la sob o enfoque preciso de controle de sua constitucionalidade. Nenhuma ilegalidade se constatará, se o próprio Legislativo chegar à conclusão de que o efeito vinculante não atropela as atividades que lhe são inerentes e por este motivo emendar a Constituição. Admitido o efeito vinculante pela própria Constituição Federal não há que se falar em *superposição de poderes*”.

De outra ponta encontra-se Evandro Lins e Silva¹⁸, para quem:

¹⁷ Anotações sobre o efeito vinculante, RT n. 735, p. 105.

¹⁸ A questão do efeito vinculante cit., Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 13, p. 133, jan.-mar. 1996.

“A Súmula com efeito vinculante absoluto para os juízes de primeira instância significa a introdução de um sucedâneo da lei em nosso sistema jurídico, produzindo a superposição ou conflito de atribuições entre os Poderes Legislativo e Judiciário”.

Diante disso, pode-se citar ainda que o direito sumular afronta outra garantia institucional, a saber, a liberdade-poder de todos os magistrados de decidir os litígios segundo a lei, conforme o seu convencimento pessoal.

Também nesse sentido, já explicitava Luiz Flávio Gomes¹⁹ que as súmulas vinculantes conflitam como princípio da tripartição dos Poderes (cláusula constitucional pétrea), visto que o Judiciário não pode ditar regras gerais e abstratas, com validade universal, faltando-lhe legitimação democrática para isso.

Pode-se afirmar ainda que uma das características básicas da função jurisdicional é a atuação *a posteriori*, ou seja, a atividade da jurisdição se dá no caso concreto, a partir de provocação oriunda do cidadão jurisdicionado, não possuindo o condão de aplicar a lei de ofício ou exercer um poder de polícia, similarmente ao que ocorre na seara administrativa ou mesmo legislativa.

Outra não foi a concepção adotada pelo artigo 2º do Código de Processo Civil Brasileiro: “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

Outrossim, em regra, a atividade jurisdicional se desenvolve na medida em que é provocada pelo interessado, o que, de fato, bem lhe particulariza em relação às outras funções estatais.²⁰

Aqui, mais uma vez esbarra-se na questão da legitimação constitucional, a qual conferiu a criação do direito impessoal e abstrato, num contexto amplamente democrático, aos próprios cidadãos (democracia direta) ou, mais comumente, aos órgãos de representação (democracia indireta) dos quais não faz parte o Poder Judiciário, sobretudo pelo fato dos seus membros não serem eleitos pelo povo. Uma inicial interpretação do art. 1º, parágrafo único, da Carta Magna já nos é capaz de revelar tal entendimento.

¹⁹ In Súmulas vinculantes e independência judicial. p. 57.

²⁰ Em seus comentários sobre o art. 2º do CPC, Nelson Nery Jr. assinala: “Princípio da inércia. O processo se origina por iniciativa da parte (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), mas se desenvolve por impulso oficial (CPC 262). Podem provocar a atividade jurisdicional a parte ou o interessado (jurisdição voluntária), bem como o Ministério Público nos casos em que estiver legitimado a ajuizar a ação civil pública (CF 129 III; CPC 81; LACP 5º *caput*; CDC 82 I)”. In Código de Processo Civil Comentado, 9ª ed. rev., amp. e atualizada até 1º.3.2006. p. 141.

Enrico Tullio Liebman, também abordando a tensão vivenciada entre os poderes Judiciário e Legislativo já afirmava que a distinção entre legislação e jurisdição reside na qualidade do objeto a respeito do qual o legislador e o juiz são chamados a pronunciar-se: problemas abstratos para o legislador; problemas concretos para o juiz, com a natural consequência de que o ato legislativo resolve e é eficaz para uma série de casos futuros, enquanto o ato jurisdicional põe fim a uma controvérsia concreta e é eficaz só em relação a esta. Adiante, o autor, embora concedendo que do ponto de vista sociológico, filosófico e político seja sustentável que a interpretação judiciária possa ser criativa, ressalva que o ângulo jurídico não pode prescindir do elemento formal e por isso o pronunciamento do juiz consiste exclusivamente em tornar explícito, manifesto e concreto aquilo que já estava contido na formulação do preceito legislativo.²¹

Entrementes, é possível detectar que o problema não reside especificamente na criatividade do Poder Judiciário, mas sim nos limites que a ela devem ser impostos, vez que, é verdade, o chamado direito sumular inserido no ordenamento constitucional a partir da Emenda Constitucional de n. 45/2004, é elemento válido e que já se afigurou bastante útil ao Estado e à própria sociedade. Contudo, não seria toda e qualquer questão passiva de edição de um enunciado jurisprudencial vertical e vinculativo.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, haverá de se fazer uma tiragem entre as situações francamente inadaptadas, refratárias ao tratamento sumular²².

Embora, inegavelmente, se dê maior destaque à previsão das súmulas vinculantes, corolárias da verticalização do Judiciário brasileiro que são, também há de se salientar que, paralelamente ao plano constitucional, em sede ordinária, a lei processual vem gradativamente imprimindo eficácia expansiva aos precedentes judiciais, também como se verá no decorrer do presente trabalho.

Esta verificação também é de interesse, já que o raciocínio aqui desenvolvido ao se tratar de enunciado jurisprudencial vinculativo, se aplica a uma variedade de instrumentos processuais similares.

Além do marco que repousa sobre a teoria da tripartição desenvolvida por parte dos contratualistas e, sobretudo, por Montesquieu, o presente trabalho não pode passar desapercebido do positivismo normativista sustentado por Hans Kelsen, cuja

²¹ A força criativa de precedentes judiciais vinculantes, Boletim da Associação Juízes para a Democracia, São Paulo, 1997, v. 3.

²² Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante, p. 119.

teoria fixa a consolidação da lei como fonte primordial do direito em vários países, principalmente na América Latina e Europa Ocidental.

Conhecida a contribuição kelseniana a respeito da construção legalista do direito, será possível aproximar de modo mais coeso a fonte jurisprudencial (objeto do presente trabalho) e a própria lei, por natureza abstrata e geral.

A Teoria Pura do Direito propõe-se a uma análise estrutural de seu objeto e, portanto, expurga de seu interior justiça, sociologia, origens históricas, ordens sociais determinadas, etc. A ela não se defere a tarefa de empreender todo esse estudo, mas de empreender uma sistematização do que é jurídico, propriamente dito.²³

A empreitada dos juízes e tribunais ao aplicar o fato à norma geral possui índole político-jurídica. Isso porque a norma geral a ser aplicada é mera moldura dentro da qual surge a norma jurídica individual, em virtude da eleição de uma das possibilidades contidas na norma geral²⁴.

Essa, aliás, é a teoria da interpretação de Hans Kelsen, para quem é papel do cientista do direito levantar todas as possibilidades colocadas pelo conjunto normativo, formando uma moldura de opções disponíveis no ordenamento. Qual dessas possibilidades se concretizará como a opção escolhida extrapola os limites da ciência do direito, posto que não é um ato racional, mas sim, um ato volitivo, isto é, um ato de vontade, um ato político, sobre o qual, cientificamente, nada pode-se dizer²⁵.

Legislador e aplicador do direito compartilham momentos distintos de uma mesma realidade: a concretização normativa do direito. A decisão judicial, por esta perspectiva, seria a continuação da criação do direito. Ainda segundo Hans Kelsen, a aplicação de uma norma geral a um caso concreto consiste na produção de uma norma individual, na individualização (ou concretização) da norma geral²⁶.

Nesse sentido, Castanheiras Neves sustenta que:

“Haveria lugar para se falar da realização do direito em sentido amplo, de modo a abranger, como suas duas modalidades, tanto a prescrição legislativa como a judicativa decisão concreta: aquela seria uma realização do direito abstracto, esta uma realização do direito

²³ Kelsen, O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência, 1998, p. 291-293.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. p. 298

²⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, trad. João Baptista Machado, 3. Ed., Coimbra, Armênio Amado, 1974, p. 387 e ss.

²⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, trad. João Baptista Machado, 3. Ed., Coimbra, Armênio Amado, 1974, p. 256.

concreto, e que apenas prolongaria, justamente na sua concretização normativa, aquela primeira”²⁷.

Para o pensamento positivista da primeira metade do século XX, definir um rol com diversas possibilidades oferecidas pelo sistema jurídico é um ato cognitivo, baseado em uma linguagem científica descritiva. Porém, a escolha de qual possibilidade se efetivará como decisão judicial é ato político-jurídico, que implica a criação de uma norma, com base em uma linguagem prescritiva. Aquela linguagem pretende-se neutra e se limita a descrever o sistema jurídico. Essa linguagem, a da criação da norma, é influenciada pelos aspectos valorativos, já que o ato de escolha depende de critérios subjetivos do tipo: solução justa, solução razoável, solução correta.

Nesta quadra, registra o jurista austro-americano:

“Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talvezmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar”²⁸.

Em mesmo parelho, reconhecendo a elevação da jurisprudência como possível fonte formal de direito, também marca a doutrina do autor:

“A decisão de um tribunal num caso concreto assume caráter de precedente obrigatório para as decisões futuras de todos os casos similares por meio de uma generalização da norma individual criada pela primeira decisão. É a força de obrigatoriedade de norma geral assim obtida que é a essência de um chamado precedente. Apenas com base nessa norma geral é possível estabelecer que outros casos são

²⁷ NEVES, A. Castanheira. Metodologia Jurídica. p. 18.

²⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, trad. João Baptista Machado, 3. Ed., Coimbra, Armênio Amado, 1974, p. 330-343.

similares ao primeiro, cuja decisão é considerada o precedente e que, consequentemente, esses outros casos devem ser decididos da mesma maneira. A norma geral pode ser formulada pelo próprio tribunal que criou o precedente. Ou pode ser deixada para outro tribunal, obrigado pelo precedente a derivar dele a norma geral, sempre que surja um caso pertinente”²⁹³⁰.

Quanto à separação dos poderes, o princípio toma em Kelsen uma feição organizativa política, pressupondo que os três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas funções; contudo, tal análise não se sustenta na prática, em face do que já foi destacado: em verdade, não haveria três, mas duas funções básicas do Estado, sendo uma de criação e outra de aplicação do direito. Demais disso, a separação entre criação e aplicação é relativa, já que a maioria dos atos do Estado pressupõe criação e aplicação simultâneas³¹.

Também para o pensamento kelseniano, a interação entre as funções estatais exige cautela, já que o fato de se possibilitar a revisão judicial de legislação reflete uma transgressão ao próprio princípio da separação dos poderes, de modo que, quando tribunais têm competência para examinar não apenas medidas administrativas individuais, mas também decretos-lei administrativas, então essas funções legislativas estão efetivamente sob o controle dos tribunais, o que não se compatibiliza com a tripartição³².

Com maior proximidade do sistema processual e jurisdicional brasileiro, Enrico Tullio Liebman entende que, do ponto de vista estritamente jurídico, a atividade do juiz consiste em fazer transparecer o que já está encravado no ato normativo; contudo, fazendo uma análise sociológica e política, acrescenta o autor que a operação jurisdicional pode apresentar elementos que não estejam expressos na lei, salientando ainda que a jurisprudência não está impedida de orientar a interpretação da lei,

²⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, trad. João Baptista Machado, 3. Ed., Coimbra, Armênio Amado, 1974, p. 151.

³⁰ Lênio Luiz Streck, também se reportando a esta passagem, pondera que a função criadora do direito surge com particular evidência quando um tribunal, designadamente um tribunal de última instância, recebe competência para produzir também normas gerais com força de precedente, que vem a ser aquela vinculante para a decisão de casos idênticos.

³¹ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. p. 385-386.

³² KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. p. 401-402.

adaptando-a, quando necessário, às variáveis exigências da sociedade, da economia e dos costumes³³.

Fixados alguns dos sustentáculos teóricos das idéias trazidas por este trabalho, tratemos mais diretamente sobre as mesmas.

1.3 Considerações gerais sobre o tema

Palpitante tema discutido pela comunidade jurídica e pela sociedade atual diz respeito à atuação do Poder Judiciário, especialmente pelo fato de que, a cada dia, nota-se o “acúmulo” de atribuições e poderes dispensados a referido órgão.

Vários fatores corroboram a tese, tais como: a própria prevalência quase que absoluta do princípio da inafastabilidade do Judiciário, o qual faz com que o mesmo esteja presente ou “ao redor” de todo e qualquer assunto que aflija as relações públicas e privadas, a inércia do Poder Legislativo, a qual obriga a atuação abrangente e exaustiva do Poder Judiciário em vários campos ligados à política, economia, direitos sociais, família, a crescente chamada do Poder Judiciário para manifestar sua posição, interpretar e aplicar “cláusulas abertas”, dentre outros.

Em verdade, o fenômeno não chega cedo ao Brasil, visto que em outros ordenamentos já era visualizado.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso salienta que:

“Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões

³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. Tradução de Tereza Celina Arruda de Alvim Pinto. Revista de Processo 43/57 e ss.

homoafotetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas. Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal³⁷.

A jurisprudência, entendida como um conjunto de decisões emitidas pelo Poder Judiciário num determinado sentido³⁴, sem embargo de pareceres contrários³⁵, é considerada como verdadeira fonte de direito, conforme já o era em outros ordenamentos, como o francês, onde o papel da jurisprudência administrativa, por exemplo, continua sendo inegável. O Conselho de Estado Francês, criado em 1790, e que passaria a exercer função jurisdicional plena em 1872, foi responsável por uma série de julgados que delimitaram a aplicação do direito privado em matérias envolvendo a administração pública. Forjando, ao mesmo tempo, institutos próprios do que hoje se entende por direito administrativo.³⁶

No Brasil, a despeito do fenômeno jurisprudência não ter galgado tal patamar, outra não pode ser a conclusão que não a exaltação da fonte jurisprudencial em nosso ordenamento, a qual cresce em influência na tomada de decisões jurisdicionais ordinárias e nas próprias relações sociais.

³⁴ O termo jurisprudência pode ser usado em diferentes acepções. Em primeiro lugar, é possível entendê-la como conjunto de decisões dos tribunais judiciais ou de entidades administrativas (chamada jurisprudência administrativa). As decisões que formam a jurisprudência em sentido formal (conjunto de documentos) recebem o nome de “julgados” ou “arestos”. Em segundo lugar, mais especificamente, jurisprudência também significa o sentido de julgamento a respeito de determinada matéria ou questão jurídica. Assim, fala-se de “nova jurisprudência”, “jurisprudência recente”, “jurisprudência ultrapassada”, etc.

³⁵ Para a teoria Clássica, a jurisdição é ato de mera aplicação do direito, o juiz é escravo da lei, dela não se podendo afastar. Cabe-lhe aplica-la tal como está redigida, o magistrado é uma “máquina de subsumir”. Dessa teoria resulta que o juiz não pode ser elevado a órgão ordenador da ordem social e a jurisprudência não pode ser identificada como fonte do direito. O juiz é mero intermediário que faz a passagem do texto legal para o caso concreto, não será considerado como investido de um poder político e, em consequência, seria inadequado falar-se em Poder Judiciário, sendo mais próprio entender a atividade judiciária como função de serviço. Para a teoria moderna a jurisdição é valorizada como fonte do direito, o juiz é dotado de um poder criativo, para alguns, fundamentado na lei, sendo exemplo a eqüidade na qual se encontra, sem dúvida, uma transferência do poder de legislar do Legislativo para o Judiciário. No pensamento jurídico anglo-saxão, da Escola da Jurisprudência Sociológica e do Realismo Jurídico, à função judicial é atribuída a uma dimensão eminentemente prática, participando mais diretamente o juiz da edificação do direito positivo.

³⁶ MARRARA, Thiago. As Fontes do Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. p. 252

A jurisprudência desempenha diferentes papéis, conforme o regime político do país e a família jurídica a que ele esteja filiado. Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que “nos Estados totalitários e nos regimes de exceção, a jurisprudência acaba por refletir esse ambiente político assim carregado, perdendo em qualidade, na medida em que ficam comprometidas a isenção e a imparcialidade na apreciação das controvérsias”. Em tais situações, continua o autor, “a jurisprudência, mormente aquela extratificada em súmulas e enunciados obrigatórios, pode converter-se em perigoso instrumento a serviço do Poder, e, bem assim, em fator desestimulante do acesso ao Judiciário”³⁷.

Entretanto, no caso dos Estados de Direito como o Brasil, e em situações de normalidade, a jurisprudência, sobretudo quando potencializada em súmulas e enunciados, exerce papel relevantíssimo, atuando em mais de um plano e operando como diretriz para a atuação do Judiciário e dos outros poderes, subsidiando e sinalizando a subsunção dos fatos ao Direito, contribuindo para a consecução da ordem jurídica justa e isonômica, complementando a formação da convicção do magistrado e atuando como fator de atualização do direito positivo.

Mais que isso, sobretudo quando extratificada em enunciados sumulados, propicia a jurisprudência benefícios diversos, tais como: a razoável previsibilidade quanto à solução final do caso, convergindo para uma maior segurança e tratamento isonômico dos jurisdicionais; a almejada celeridade dos feitos, livrando o Judiciário de analisar milhares de demandas idênticas, abrindo maior espaço para a dedicação a questões singulares; a eficácia prática e uma maior credibilidade social e institucional.

Levando-se em conta esta rota, o objetivo da presente exposição não é efetivamente questionar ou discutir o fenômeno da expansão do Judiciário e sua relação com fatores de ordem política, legislativa ou social, mas analisar alguns dos mecanismos de controle e poder crescentemente utilizados pelo Judiciário, seus efeitos internos e externos, bem como as decorrências que um “desequilíbrio de fontes jurídicas” pode gerar no contexto de um Estado Democrático de Direito, sobretudo diante de uma possível paradoxal insegurança jurídica causada justamente pelos mecanismos destinados a promover a segurança jurídica.

³⁷ Divergência jurisprudência e súmula vinculante. p. 57.

A identificação da jurisprudência como fonte do direito constitui elemento comum aos ordenamentos jurídicos do ocidente, como um todo. Variam, contudo a primazia que lhe é conferida, sua eficácia e a forma de operá-la.

Fato é que a linha divisória entre as famílias de *civil law* e de *common law* está representada justamente pela forma como os dois sistemas tratam a fonte jurídica assim denominada “jurisprudência”.

Em sistemas de *common law*, buscar-se-ia para a solução do caso concreto soluções análogas a outras produzidas em casos distintos, numa verdadeira operação indutiva, diferentemente do que se verifica nos territórios de tradição românica, onde a lei cumpre o papel irradiador de comandos normativos aos que devem se subsumir as circunstâncias, comportamentos e relações interindividuais.

Cumpre desde já ressaltar que as duas principais famílias de direito não desempenham suas finalidades de maneira isolada; seria, por exemplo, um crasso engano afirmar que nos países onde predomina o sistema civil, tal predomínio se dá autônoma e independentemente da fonte jurisprudencial; da mesma forma, não procede a conclusão segundo a qual países historicamente arraigados ao “direito dos precedentes” desenvolvem sua arquitetura jurídica sem o auxílio das leis e das normas postas. Em verdade, ao longo de suas formações, ambas as construções se modificaram e se influenciaram reciprocamente; mais do que isso, é possível afirmar que, de fato, há um movimento atual convergente entre as duas espécies.

2 JURISDIÇÃO E PROCESSO

Nesta altura, cremos ser relevante tracejar parte da chamada “trilogia estrutural do processo”, composta pelo estudo da jurisdição, da ação e do processo, cujo entrelaçamento é preliminar ao estudo do direito processual³⁸.

Outrossim, não é intenção deste trabalho descer à Teoria Geral do Processo, mas tão somente alocar a jurisprudência no direito processual brasileiro, o qual é de formação romano-germânia, contudo, receptor de inegável influência da *common law*, conforme abaixo veremos.

A análise deste capítulo é realizada sobre a garantia fundamental do amplo acesso à justiça, consagrada pelos ordenamentos da era moderna, entendendo que a construção jurisprudencial e a consequente sistemática de precedentes também são parte integrante do princípio.

2.1 O processo e o acesso à justiça como garantias fundamentais

Árdua é a tarefa de se definir “direito ou garantia fundamental” ou “fundamentalidade” do direito que se pretende analisar, mesmo porque se trata de uma definição amplamente aberta. Entretanto, intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade que, de acordo com a lição de Robert Alexy, recepcionada pela doutrina de Gomes Canotilho, “aponta para uma especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.³⁹

³⁸ Tradicionalmente, inicia-se o estudo da *trilogia estrutural do processo* pela jurisdição, para depois estudar-se a ação e o processo. Entretanto, há autores como Ovídio Baptista da Silva, que preferem iniciar o estudo pelo *processo*, para depois dedicar-se ao estudo da *jurisdição*. Outros, como Giuseppe Chiovenda, iniciam o estudo pela *ação*. No Brasil, José da Silva Pacheco e o paulista Flávio Luiz Yarsheff se enquadram neste último grupo. Segundo este, parece mais lógico examinar de que forma a atividade estatal (jurisdição) é estimulada e desencadeada, o que se dá através da ação, para depois cogitar-se da própria jurisdição e da tutela jurisdicional (YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional. p. 57).

³⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. p. 74.

Realizando didática distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁰ registra que estes “nascem e se desenvolvem com as constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”, de modo que, indene de controvérsias, o amplo acesso à justiça, a coesa prestação do serviço jurisdicional e os seus conseqüários estão alçados ao status de garantia fundamental.

Mauro Cappelletti explica que a expressão “acesso à justiça”, por mais que traga uma natural dificuldade de ser objetivamente concebida, serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos⁴¹.

Lembra o processualista italiano que a idéia de acesso à Justiça evoluiu paralelamente à passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno. De início, a participação do Estado não ia além da declaração formal dos direitos humanos. Nessa época, em que prevalecia como máxima dominante o *laissez-faire*, todos eram solenemente presumidos iguais e a ordem constitucional se restringia a criar mecanismos de acesso à Justiça, sem maiores preocupações com sua eficiência prática ou efetiva. Diferenças econômicas ou institucionais nem sequer eram cogitadas pelo ordenamento jurídico. Os problemas reais dos indivíduos não chegavam a penetrar no campo das preocupações doutrinárias em torno do Direito Processual.

No século XX, todavia, o coletivo ou social passou a ser a tônica da política governamental e legislativa em todos os países do mundo civilizado, mesmo naqueles em que a ideologia se rotulava de capitalista e liberal ou neoliberal. A política constitucional deixou, então, de atuar como simples tarefa de declarar direitos, tal como prevalecera nos séculos XVIII e XIX. As Cartas contemporâneas, refletindo a consciência social dominante, voltaram-se para a efetivação dos direitos fundamentais. Assumiu-se, dessa maneira, o encargo não só de defini-los e declará-los, mas também, e principalmente, de garanti-los, tornando-os efetivos e realmente acessíveis a todos. O

⁴⁰ Op. cit. p. 35

⁴¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. p. 8.

Estado Social de Direito pôs-se a braços com a tarefa nova de criar mecanismos práticos de operação dos direitos fundamentais⁴².

A garantia de devido processo legal, a que se liga intimamente a de acesso à justiça, além de exigir a figura do juiz natural e observância do contraditório e ampla defesa, passou a assegurar aos litigantes não apenas uma sentença, mas uma sentença justa, dentro da melhor exegese dos fatos e do direito material pertinente. Só assim se entende realizado o verdadeiro acesso à justiça.

Outrossim, o “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, inscrito no art. 5º, XXXV da CF, não assegura, apenas, o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Ainda, em relação ao princípio da proteção judiciária, verifica-se a importância: a) da preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva, adequada e tempestiva tutela de direitos; b) adequação da organização judiciária ao volume dos serviços judiciários; c) recrutamento adequado; d) remoção de óbices ao acesso à justiça; e) pesquisa sobre causas dos litígios e sobre os meios de sua solução judicial ou extrajudicial.

O que se extrai de tais ensinamentos é a certeza de que não é apenas pela lei processual que se logrará atingir o processo justo. Muitos problemas de ordem política, social e administrativa haverão de ser enfrentados e superados, para que se torne efetiva a garantia de acesso à justiça⁴³.

Entrementes, diferentemente de Mauro Cappelletti, será a seguir dada maior ênfase ao segundo ponto, a partir da concepção de uma atividade jurisdicional melhor dimensionada, ou seja, neste ponto, a preocupação maior será não com a acessibilidade *stricto sensu*, mas com a via oposta, a prestação jurisdicional, sobretudo no que tange à construção da jurisprudência vinculante.

Além de garantia conferida a todo cidadão⁴⁴, a jurisdição pode ser encarada como exercício de influência, sem deixar de ser manifestação de poder. O resultado do processo ou fase de conhecimento é uma decisão que, por emanar do Estado, pólo de

⁴² THEODORO JR., Humberto. Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/Artigos.asp?ordem1=artigo>. Acesso em 11/11/2011.

⁴³ THEODORO JR., Humberto. Op. cit. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/Artigos.asp?ordem1=artigo>. Acesso em 11/11/2011.

⁴⁴ Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

poder, impõe-se imperativamente aos destinatários; o resultado do processo executivo, ou da fase de execução, é uma satisfação que, por sua vez, repousa na decisão do órgão estatal no sentido de produzi-la. Embora o resultado da execução careça de caráter, os atos que no processo ou fase de execução se realizam correspondem a decisões tomadas: os atos do juiz e seus auxiliares no curso de qualquer processo (inclusive decisões interlocutórias) ou são decisões ou apóiam-se em decisões e todos são imperativamente impostos às partes e eventualmente a terceiros⁴⁵.

Anteriormente à atual concepção de jurisdição que hoje se tem, vários doutrinadores se propuseram à construção de teorias que pudessem classificar ou explicar o fenômeno estatal.

Reconhecendo a autonomia das três funções estatais, sem embargo da concepção positivista de completude do ordenamento jurídico que predominou no século XIX, Giuseppe Chiovenda disseminou a idéia de que ao juiz não está autorizada a tarefa criativa do direito, cabendo ao mesmo tão somente a aplicação da norma individual ao fato, em estreita observância ao que o legislador previamente determinou. Obviamente, tal pensamento não se coaduna com o estágio atual do direito constitucional, sofrendo, por isso, críticas como a de Galeno Lacerda⁴⁶.

A despeito de tal constatação, não é de se afastar a preciosa contribuição do processualista italiano para as bases do que se desenvolve hoje quanto ao tema.

Em verdade, à doutrina de Chiovenda coube um papel de pioneirismo, concebendo a jurisdição como uma atividade substitutiva da atividade das partes e tendente à atuação da vontade da lei ao caso concreto.

Várias teorias doutrinárias foram *startadas* a partir da construção do pensamento de Cornelutti sobre processo e jurisdição, já que, segundo o novamente processualista italiano, a atividade jurisdicional pressupõe a existência de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida; desta forma, criou-se a denominada

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. p. 128.

⁴⁶ In Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. Forense, v. VIII, t. I, p. 22.: “Essa tese absolutamente insatisfatória não só não explica a natureza jurisdicional dos processos mais relevantes, que tiveram por objetivo conflitos sobre valores indisponíveis, cuja solução não se pode alcançar pela atividade direta das partes (processo penal, processo inquisitório – ex.: nulidade de casamento), senão que deixa *in albis* também o porque da natureza jurisdicional das decisões sobre questões e processo, especialmente daqueles que dizem respeito à própria atividade do juiz como os relativos à competência e à suspeição, onde jamais se poderá vislumbrar qualquer traço de ‘substitutividade’ a uma atuação originária, direta e própria das partes”.

jurisdição voluntária, caracterizada pelo desenvolvimento de mero procedimento administrativo, sem lide e, por isso, sem jurisdição.

Para Ovídio A. Baptista⁴⁷, o vício da doutrina carneluttiana reside em procurar definir o ato jurisdicional indicando não o que ele é, mas aquilo a que ele serve; não o seu ser, mas a sua função, ou sua finalidade, de modo que a composição dos conflitos de interesse pode dar-se de inúmeras formas, por outros agentes do Estado que não sejam os juízes.

Nesta linha, referido autor preleciona que o processualista italiano retorna ao conceito de jurisdição sugerido, em 1917, por Calamandrei, no célebre ensaio a que o próprio Ovídio se refere, segundo o qual só haverá legítima e autêntica atividade jurisdicional na sentença declarativa, no ato do juiz que decide uma controvérsia ou, em última análise, no ato do julgamento.

Sobre as razões que orientavam a uniformização das decisões judiciais, Carnelutti ressaltava que o Código de Napoleão, que já durava mais de um século, só assim foi bem sucedido por conta do árduo trabalho dos intérpretes que tinham lhe preservado a sobrevivência.

Destacava, ainda Carnelutti, que os repertórios de jurisprudência, ao recolherem precedente judiciais, adquiriam, na prática, o valor de um código de preceitos, que atendiam sobretudo à exigência de certeza, porque supriam, ao ensejo da aplicação no caso concreto, as proposições hipotéticas das normas jurídicas.

Para um dos principais mentores do processo civil brasileiro do século XX, Enrico Tullio Liebman, mediante o preenchimento de algumas condições da ação, a jurisdição é tarefa atribuída exclusivamente aos magistrados, quem detém o dever de garantir a eficácia prática e efetiva das normas do ordenamento jurídico. Percebe-se, outrossim, que, para o autor, a efetiva existência de jurisdição depende da verificação do mérito da causa, não especificando sua teoria qual a atividade o julgador exerce até o reconhecimento da carência da ação ou da ausência dos pressupostos do processo.

Liebman chegou a discorrer sobre a diferenciação da atividade jurisdicional em relação às outras ordens de funções do Estado de Direito: a legislativa e a executiva,

⁴⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria Geral do processo civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 68-69.

afirmando à sua época ser a jurisdição prática continuativa da legislação, manifestando-se, ao contrário desta, em casos especificados e concretos, sem caráter expansionista⁴⁸.

Nota-se, assim, evidente distanciamento do pensamento de Liebman em relação à formatação da atividade jurisdicional que hoje se tem.

No Brasil, Cândido Rangel Dinamarco estabeleceu um rol de escopos ou objetivos da jurisdição⁴⁹, imprimindo à mesma uma consciência teleológica, da qual não se pode afastar. Assim, a jurisdição e o processo só possuem utilidade e razão de ser se estiverem predispostos à realização dos objetivos eleitos.

Sem querer aprofundar no mérito proposto pelo processualista paulista, é salutar registrar que a análise teleológica da jurisdição e do processo deve extrapolar os lindes estritamente jurídicos, sendo preciso falar dos objetivos sociais e políticos.

Nesse sentido, discorre o autor:

“O processualista, sem deixar de sê-lo, há de estar atento À indispensável visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico. Há de estar informado dos conceitos e sugestões que outras ciências lhe possam fornecer e conhecer a vivencia do processo como instrumento, conhecer a sua potencialidade a conduzir a resultados, ter sensibilidade para as suas deficiências, disposição a concorrer para seu aperfeiçoamento. A percepção e exame ordenado de todos os escopos que animam a instituição e exercício da jurisdição como expressão do poder político e a bem do harmonioso convívio social constituem fator de primeira grandeza para o encontro de soluções adequadas, seja no plano teórico ou prático, seja em casos particulares ou na generalização legislativa”⁵⁰.

Contudo, ainda encarando o exercício jurisdicional como um poder-dever do Estado e um direito fundamental do cidadão, é certo que o mesmo se encontra em constante modificação

⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Trad. E notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 3.

⁴⁹ Segundo o autor, a simples afirmação de que “o processo se equivale a um instrumento” não é satisfatória e carece de que sejam definidos e perqueridos alguns objetivos a serem alcançados pela atividade jurisdicional através do processo; só assim, é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina. In A Instrumentalidade do Processo. 13ª ed. p. 177 e ss.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. p. 183-184.

2.2 O Sistema Romano-Germânico

O sistema da *civil law*, hoje, é empregado nos países de tradição romanogermânica, entre os quais aqui se destacam, a título meramente exemplificativo, a Alemanha, o Brasil, a Espanha, a França, a Itália e Portugal. Considerando que *civil law* é, entre nós, sistema de amplo conhecimento e difusão, cumpre ater objetivamente aos seus principais aspectos, dedicando maiores esforços à doutrina da *common law*, em momento subsequente.

Como sabido, o direito romano-germânico liga-se à história de Roma e sua base jurídica, a qual serviu para a consolidação e desenvolvimento do direito em centenas de países espalhados pelos vários continentes do mundo, assim como os exemplos já citados.

Com a queda de Roma, no século V, bárbaros – principalmente os germanos – passaram a conviver no mesmo ambiente dos romanos. Surge, com isso, um vácuo deixado pela ausência do poderio romano até então hegemônico. Direito, costumes, moral e religião misturam-se no que ficou conhecido como Idade Média.

A partir do Século XII, com o renascimento, os campos da moral, da religião e do direito passam a ser novamente redefinidos como autônomos, num contexto do surgimento de universidades e difusão do ensino do direito na Europa, diga-se, do direito romano⁵¹.

Nesta quadra, várias metrópoles européias e, por natural decorrência, suas colônias, incluindo-se o Brasil, adotaram o direito romano e sua estrutura como seu próprio direito, mesmo que em detrimento dos usos e costumes locais, o que possibilitou o desenvolvimento de um direito comum (*jus commune*), resultado da atividade da opinião comum dos doutores (doutrina).

Adiante, o fortalecimento do direito formal, institucionalizado e genérico em detrimento dos costumes e práticas locais – consequência do aprofundamento do

⁵¹ Para René David, o renascimento dos estudos de direito romano teve por consequência, antes de mais nada, restabelecer na Europa o sentimento do direito, da sua dignidade, da sua importância para assegurar a ordem e permitir o progresso na sociedade.

estudo e da aplicação do direito romano ao longo da modernidade – fará do século XIX a era das codificações⁵².

Assim sendo, e diante de uma quase imbatível exaltação do direito positivado, como um todo uno, completo e indivisível, reconhece-se a lei como primordial fonte deste direito, estando todas as outras, tais como a jurisprudência, os atos administrativos, as negociações particulares, etc., subordinadas à lei.

Nas condições do mundo moderno e também por razões de ordem filosófica e política, considera-se hoje, de um modo geral, nos países da família romano-germânica, que a melhor maneira de chegar às soluções de justiça, que o direito impõe, consiste, para os juristas, em procurar apoio nas disposições da lei. Esta tendência obteve um sucesso decisivo no século XIX, quando a quase totalidade dos Estados membros da família romano-germânica publicou os seus códigos e se muniu de constituições escritas.⁵³

A princípio, o papel da jurisprudência nos países de *civil law* pode apenas precisar-se em ligação com o da lei, já que a criação do direito via jurisprudência dissimula-se sempre ou quase sempre atrás da aparência da lei. Apenas raramente os juízes se afastam deste hábito, reconhecendo francamente seu poder criador.

Analisando o “papel secundário” da jurisprudência, René David salienta:

“A jurisprudência abstém-se de criar regras de direito, porque está, segundo os juízes, tarefa reservada ao legislador e às autoridades governamentais ou administrativas chamadas a completar a sua obra. Dever-se-á considerar que, apesar desta posição de modéstia, as regras de direito sejam de fato criadas pelos juízes? Entre regras de direito jurisprudencial e regras de direito formuladas pelo legislador existem, em todo o caso, duas importantes diferenças. A primeira diz respeito à importância relativa, num dado sistema, de umas e outras. A jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer estes quadros. O alcance do direito jurisprudencial é, por isto, limitado, sendo a situação nos países da família romano-germânica, neste aspecto, exatamente o inverso da que é admitida nos países de *common law*. As ‘regras de direito’ estabelecidas pela jurisprudência, em segundo lugar, não têm a mesma autoridade que as

⁵² Por *codificação*, deve-se entender a técnica que possibilitará a identificação de todo o direito com um conjunto de regras racionalmente organizadas em textos prescritivos. Também para René David, a codificação liquidará os arcaísmos que muito frequentemente se perpetuam; ao mesmo tempo, ela porá fim à fragmentação do direito à multiplicidade dos costumes, que são muitas vezes um obstáculo na prática, e para as quais se tornou impossível, na época fornecer uma justificação.

⁵³ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. p. 93.

formuladas pelo legislador. São regras frágeis, suscetíveis de serem rejeitadas ou modificadas a todo o tempo, no momento do exame duma nova espécie. A jurisprudência não está vinculada pelas regras que ela estabeleceu; ela não pode mesmo invocá-las, de modo geral, para justificar a decisão que vai proferir".⁵⁴

Sem embargo das ponderações feitas posteriormente pelo autor, o pensamento exposto pelo mesmo já não mais reflete o estágio jurídico no qual se encontra o ordenamento brasileiro em relação à fonte jurisprudencial.

2.3 O Sistema da Common Law e a influência no ordenamento brasileiro

O sistema denominado *Common Law*, também conhecido impropriamente como *sistema inglês* ou *britânico*, não se limita à Inglaterra, também sendo empregado nos Estados Unidos (com exceção do Estado da Louisiana, que é partidário da *Civil Law*), na Austrália, no Canadá (com exceção de Quebec) e na Índia, além de outros países colonizados pela Coroa britânica⁵⁵.

Na verdade, por certo tempo, sobretudo até o século XVIII, a *Common Law* se confundiu com o direito inglês; expandindo-se, contudo, para outros países de língua inglesa na sequência, mormente os Estados Unidos.

Quanto a este grande sistema jurídico, erigido em “contraposição” ao sistema de *civil law*, pode-se registrar que o direito nascido neste modo funda-se essencialmente na tradição, a ponto de forjar entre seus operadores um senso histórico que lhe rendeu a adjetivação de direito costumeiro. Como ressalta Gustav Radbruch, trata-se de um verdadeiro amor dos ingleses pela tradição, razão pela qual se faz necessário esta breve incursão histórica⁵⁶.

⁵⁴ Op. cit. p 119-120.

⁵⁵ CARPENA, Márcio Louzada. Os Poderes do Juiz no *Common Law*. Disponível em www.abdpc.org.br. Acesso em 12.01.2012.

⁵⁶ Cf. RADBRUCH: “Questo senso inglese della realtà è anche la base Del senso inglese della storia, dell'amore dell'inglese per la tradizione. Antiche usanze, antiche forme di um remoto, ormai pallido passato si sono tramandate fino al iorno d'oggi. L'inglese si è affezionato a queste antiche forme, anche se egli si dà l'aria di non averle in gran conto”. RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. Trad. Alessandro Baratta. Milão: Giuffrè, 1962, p. 10.

A denominação de direito inglês ou anglo-saxão para denominar o *Common Law* é considerada imprópria por aqueles que se dedicaram ao estudo do tema⁵⁷. Na verdade, tais expressões poderiam ser consideradas espécies do gênero *common law*, uma vez que fazem parte deste sistema, assim como demonstram peculiaridades históricas do direito nascido na comunidade britânica.

Com o propósito de elucidar as origens do sistema da *common law*, observa também René David, a evolução deste sistema divide-se em períodos distintos. Inicialmente foi regido sob a égide do direito anglo-saxônico, expressão cunhada em razão das tribos que dividiam a grande ilha – anglos, saxões e dinamarqueses. Apesar do povo inglês estar submetido a um único soberano, o direito era fracionado, guardando a característica de direito local.

A conquista normanda, de sua parte, como segundo momento, nos idos de 1066, é data marcante para a compreensão do direito da *common law*, pois assinala o término da sociedade tribal, dando lugar para uma sociedade feudalista com base na experiência administrativa da Normandia. É a partir da invasão normanda que se tem os primeiros registros da expressão *common law* ou *comune ley*⁵⁸. Destarte, o desenvolvimento do direito inglês deveu-se, em grande parte, pela atuação dos Tribunais Reais de Westminster a partir do século XIII, onde o processo tinha seu curso marcado pela forma como a demanda era conduzida. Ainda, nas palavras de René David, “a cada *writ* corresponde, de fato, um dado processo que determina a seqüência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades da sua administração, e os meios de fazer executar a decisão”⁵⁹.

Neste passo, ficou consagrada a expressão “*remedies precede rights*”. Assim, era patente a presença de um direito formalista, apegado a regras processuais que conduziam a produção jurisprudencial da época.

O excesso de formalismo da época, contudo, acabou por causar um certo desprestígio ao direito da *common law*, abrindo espaço para o surgimento de uma nova

⁵⁷ DAVID, René. *Os Grande Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 284.

⁵⁸ RENÉ DAVID infere que “A *comune ley* ou *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Este direito, em 1066, não existe. (...) A elaboração da *comune ley*, direito inglês e comum a toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster.” Op. Cit., p. 286.

⁵⁹ DAVID, René, *op. Cit.*, p. 289.

forma de solução dos conflitos. Desse modo, após a grande expansão da *common law*, sentida no século XIII, surge sistema rival, a *equity*, buscando solucionar as injustiças perpetradas pela *common law*. Criou-se, pois, uma forma de recorrer ao soberano quando a decisão dada pelos Tribunais de Westminster não satisfizesse as partes. Este recurso deveria ser apreciado pelo confessor do Rei, chamado Chanceler (Cousellor)⁶⁰. Todavia, os casos excepcionais que deveriam ensejar tal recurso passaram a se tornar tão comuns que possibilitaram o desenvolvimento de uma jurisdição paralela, a ponto de gerar celeuma na justiça britânica. Esta foi resolvida através de pacto selado entre os Tribunais da *common law* e a jurisdição do Chanceler, fazendo coexistir as duas formas de solução de conflitos no direito inglês.

Por derradeiro, destaca-se o período moderno, marcado, sobretudo pelas reformas do século XIX, e, também, pelo triunfo das idéias democráticas e influência de Jeremy Bentham. Nada obstante, a organização judiciária sofreu profundas alterações nos anos de 1873-1875 pelos *Judicature Acts* que consolidaram o término da cisão entre os tribunais da *common law* e da *equity*⁶¹, cada qual podendo aplicar regras de uma ou outra jurisdição indistintamente.

Hoje, trata-se de sistema consolidado, gozando de largo prestígio no mundo ocidental, presente na comunidade britânica - ressalvada a Escócia que pertence à família romano-germânica - e, de modo especial, com adequações, na maioria dos Estados da Federação americana.

Aliás, a peculiaridade do direito norte-americano muito se deveu à própria independência política dos Estados Unidos em 1976, ano a partir do qual a sociedade norte-americana passa por intensas mutações, não mais adotando um sistema até então trazido de terras inglesas, além da consideração de ordens estatal, governista, social e geográfica absolutamente distinta do direito inglês. Obviamente, que tantas distinções e até antagonismos contaminaram o “*Common Law* norte-americano”.

Não restam dúvidas de que o período moderno do *Common Law*, sobretudo no século XX, apresentou um grande desenvolvimento legislativo, motivado por movimentos socialistas do início do século e pela própria necessidade de integração

⁶⁰ Chanceler, segundo RENÉ DAVID, era o conselheiro do Rei, encarregado de guiar a consciência do soberano (*op. cit.*, p. 346).

⁶¹ DAVID, René. *Op. Cit.*, p. 298. Segundo o autor, a *equity* tinha nas suas soluções o significado reconhecido no século XVI, representando a equidade. No entanto, hodiernamente, “para afastar qualquer equívoco, evita-se na Inglaterra o emprego da palavra *equity* para designar equidade; prefere-se falar de *justice*, de *fairness* ou de *good conscience*”.

política e econômica da Inglaterra com o resto da Europa e também com outros países do mundo. Assim, a maior aproximação do sistema inglês como romano-germânico também se tornou inevitável.

Como sabido, historicamente, a doutrina sempre optou por estabelecer um corte epistemológico entre as duas principais escolas mundiais do direito, quais seja, o sistema romano-germânico (*Civil Law*) e o sistema de origem anglo-saxã (*Common Law*). De fato, há uma convergência científica no sentido de se definirem esses dois sistemas, contrapondo-os com base na forma como elegem suas fontes primárias. Obviamente, os dois principais sistemas jurídicos desenvolvidos pelo homem não guardam distinções somente em face da hierarquia de fontes adotada.⁶²

Com efeito, para a compreensão do *Common Law*, o operador do direito afeto à *Civil Law* deve se valer da premissa de que aquele sistema jurídico é baseado em princípios diversos de atuação, distintos daqueles por ele manuseados.

A atuação do juiz encontra firmes limites diante das decisões anteriormente proferidas pela Corte, em outras oportunidades e demandas, que eventualmente se encaixem na situação jurídica então posta sob sua apreciação e jurisdição. Com certeza, esta questão é fundamental e nela se encontra todo o fundamento do *Common Law* que, a princípio o distanciou da *Civil Law*.

De fato, aquele sistema sempre circunvizinha as decisões judiciais já proferidas, não propriamente pelo mérito da decisão, mas pelas vinculações que ostentam em relação a todos os casos que, posteriormente, se assemelharem àquele julgado.

⁶² CARPENA, Márcio Louzada Carpena. *Op. Cit.*, salienta que “a posição dos juízes de primeiro grau, do Ministério Público e dos advogados, como protagonistas de cada sistema, passa, sob o ponto de vista instrumental, a ser bem diferente em cada sistema o que, por si só, já se apresenta como fator contundente de certo afastamento deles”. Aduz o autor que “a visão de um *processo inquisitorial*, com atuação efetiva do juiz na busca da verdade e interessado na realização da prova (típica ocorrência dentro da *Civil Law*), em contraponto com um *processo adversarial*, em que aos advogados cabe a estratégia e a arte de produzir a prova sem a intervenção ou ‘consulta’ ao juiz (principalmente nos Estados Unidos), bem contrasta os dois universos jurídicos. Com efeito, lá o advogado é visto e admitido como um elemento de ‘fiscalização de condutas sociais’ e, assim sendo, de controle de posturas, tendo profunda atuação capitalista. Uma vez verificando alguma lesão a direito, passa o *attorney* (advogado) a poder atuar em favor da parte prejudicada contra o ofensor com intuito de buscar a devida compensação financeira para vítima, e para tanto (e aí vem a peculiaridade) deverá ele (advogado) inclusive financiar a causa, pagando não só as custas processuais, mas também as despesas da própria dilação probatória – chamada *discovery*. A atuação contenciosa, nesses termos, deságua, de início, em uma atividade, para nós, ‘estranha’, mostrando-se, no entanto, justificável dentro da visão econômica e capitalista fortemente desenvolvida dentro de alguns países integrantes do *Common Law*, como é o caso, principalmente, dos Estados Unidos”.

Vale dizer, a decisão judicial emanada e transitada em julgado passa a ser um precedente com uma força tamanha que torna obrigatório o seu acatamento para todos os casos posteriores a ele que se enquadrem à mesma realidade fática.

Tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra a pesquisa e o estudo sobre os precedentes se apresentam de forma vital para o exercício da advocacia contenciosa e também da atuação judicial, sendo, pois, objeto de análise minuciosa nas faculdades de Direito⁶³.

A aplicação do direito pelo sistema inglês parte de um método indutivo, mediante o qual a solução aplicada a uma universalidade de casos é extraída da solução de um caso concreto; diferente do sistema romano, cujo método, ao contrário, dedutivo, elege o formalismo e a impessoalidade como principal meio de aplicação do direito.

A previsibilidade, com base nos precedentes, é a base do *Common Law*, de modo que o desrespeito aos mesmos pode simbolizar a quebra da própria confiabilidade no sistema; a alteração do precedente no *Common Law*, a despeito do que possa exigir o comportamento social e própria evolução das relações, acaba se tornando circunstância de peculiar delicadeza, já que o precedente é norma, e não norma legislada, mas formalizada mediante a ação dos tribunais, os quais absorvem e traduzem o pensamento e a conduta da própria sociedade⁶⁴.

A despeito do sistema brasileiro sabidamente ser de origem romana, não há como negar a influência exercida pelo sistema inglês sobre o atual estágio da realização

⁶³ Edward Re, professor da Universidade de Nova Iorque, citado por Márcio Louzada Carpêna, leciona neste sentido: “É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um *ponto de partida*. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um *principium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz no sistema do *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão ao caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito”. In RE, Edward D. *Stare Decisis*. trad. Ellen Gracie Northfleet. In: Revista Forense v. 327, p. 38.

⁶⁴ O seguimento de um precedente para os integrantes do *Common Law* é, pois, a materialização do que já foi definido e que, por tal razão e para manter a segurança jurídica, não pode ser modificado. É que, segundo a concepção existente, uma vez tendo sido a situação julgada, a sociedade já teria absorvido aquela decisão como norma de conduta não sendo razoável então, posteriormente, alterá-la. Na concepção de um investigador da *Civil Law*, pode-se dizer que os precedentes do *Common Law* atuam como normas reguladoras das condutas sociais, e a negação de aplicação desses precedentes a um determinado caso em que, *a priori*, incidiria, seria uma verdadeira negativa à previsibilidade e segurança jurídica, as quais se mostram imprescindíveis para garantir a desejada paz social. In CARPENA, Márcio Louzada. Op. Cit.

jurídica do direito nacional, já verificado desde a independência norte-americana, com a promulgação da constituição daquele país em 1787 e a deflagração do movimento constitucionalista moderno.

Tal realidade pode ser observada, por exemplo, em face da criação (ou aperfeiçoamento) do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao início do século XIX, cujos preceitos se esparramaram por boa parte das constituições ocidentais, colocando a atuação do Judiciário em posição de destaque, mormente em relação à aplicação e proteção do texto constitucional⁶⁵.

Hoje, no Brasil, conforme adiante explanado, ocorre uma aproximação dos sistemas concentrado e difuso de controle de constitucionalidade, tendo como uma das principais consequências a vinculação dos precedentes, ainda que em sede de controle difuso, e a expansão da jurisdição constitucional, o que também corrobora a verticalização da atuação do Poder Judiciário.

2.4 A jurisprudência como fonte de direito

A jurisprudência, tomada como conjunto de decisões dos tribunais, fruto de um ou um conjunto de processos judiciais, consiste eminentemente na aplicação da norma geral – a lei – a um caso concreto, constituindo-se de ato decisório que representa norma jurídica específica. Distingue-se da lei, justamente pelo seu grau de especificidade.

⁶⁵ Gisela Maria Bester, parafraseando Mauro Cappelletti, ensina que, na verdade, a idéia de controle de constitucionalidade e supremacia da constituição é originária do Direito Ateniense, onde já era realizada a diferença entre *nómos* e *pséfisma*, referindo-se a primeira à lei fundamental e a segunda às leis ordinárias; de modo que estas deviam respeito formal e material à aquelas, cujas alterações também estavam sujeitas a um processo mais rígido e formal. Esse sistema, ainda que de modo rudimentar, noticiava a existência de sobreposição de categorias de normas, com consequente supremacia de umas sobre as outras, já revelando uma espécie de rigidez constitucional. Em momento posterior, a mesma autora destaca uma inicial noção de controle difuso de constitucionalidade desenvolvido nos Estados Unidos mesma antes da edição de sua constituição e mesmo antes da ocorrência de *Madson x Merbury*, em 1803, fruto da “transposição da idéia de supremacia das leis do Reino da Inglaterra para a supremacia das novas Constituições que passaram a substituir as antigas Cartas do Reino assim que em 1776 as colônias inglesas proclamaram a sua independência. Os primeiros casos de afirmação da não-aplicabilidade de leis contrárias às novas cartas constitucionais dos Estados independentes deram-se nas Cortes Supremas de New Jersey em 1780 e de Virgínia em 1782. In BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional. Vol. I. p. 352.

Munida de força normativa, a jurisprudência é considerada como ato de formação do direito. Aliás, o que caracteriza o Judiciário é justamente o exercício da Jurisdição, que se traduz na tarefa de dizer o direito em um caso concreto, com aptidão para a formação de coisa julgada.

Logo, a jurisprudência, além de fonte formal do direito, é, nesse sentido, fonte material posto que, tomando contato com valores sociais, consagra-os através da repetição de decisões. Herbert Hart afirma que:

“As leis exigem interpretação, se quisermos aplicá-las aos casos concretos, e uma vez removidos os mitos que obscurecem a natureza dos processos judiciais através de estudo realista, torna-se patente que a textura aberta do direito deixa um vasto campo à atividade criadora que alguns designam como legislativa. Os juízes não estão confinados, ao interpretarem, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução ‘mecânica’ de regras com um sentido predeterminado. A sua escolha é guiada muito frequentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes. }Uma decisão judicial, especialmente em questões de alta importância constitucional, envolve frequentemente uma escolha entre valores morais e não uma simples aplicação de um único princípio moral proeminente; será tolice acreditar que, quando o significado do direito é objeto de dúvidas, a moral tem sempre uma resposta clara a dar”⁶⁶.

Na Itália, em fins do século XIX, com o movimento unificador do direito italiano, os tribunais provinciais de cassação foram reunidos, mais precisamente em 1885, em uma única Suprema Corte de Justiça, que se estabeleceu em Roma, cuja precípua função era a de controle e uniformidade da jurisprudência daquele país, a despeito de as decisões emanadas do referido órgão não possuir força vinculante, mas tão somente persuasiva.

De qualquer forma, já se registrava no regime italiano a existência do regime de precedentes como fonte de direito.

Ressalte-se que a literatura jurídica produzida no limiar do século XX, sobretudo na Itália, reconhecia a importância da jurisprudência, em geral, e dos precedentes judiciais, em particular, chegando-se mesmo, em alguns textos, a alçá-los à dignidade de fonte primária de direito⁶⁷.

⁶⁶ HART, Herbert, Op. cit., p 221.

⁶⁷ TUCCI. José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. p . 221.

Pietro Cogliolo faz interessante reflexão sobre o fenômeno jurisprudencial, mormente no contexto italiano, afirmando ser a primordial razão do poder persuasivo dos precedentes, o fator de ordem psicológica, já que os membros do judiciário acabam devendo reverência a tudo quanto fora julgado com freqüência por seus pares: abstrair de um modo comum de pensar constituiria ato de força e, em todas as conjunturas da vida, a veneração pelo costume, pelos usos, pela tradição é fundada sobre o mesmo sentimento. Somado a isso, não se negue o fator de estabilidade conceitual das relações que também a firmação de jurisprudência corrobora.

De outro norte, o autor aponta uma latente desvantagem: o risco do respeito cego aos precedentes retirar o estímulo à reflexão, ao exame científico e à aplicação mecânica das sentenças anteriores⁶⁸.

Na França, também no limiar do século XX, a doutrina exaltava o papel que a Corte de Cassação francesa exercia na vida jurídica do país, mormente quanto à integração do direito material.

Assim como na Itália, a despeito dos precedentes também não possuírem força vinculante, já se concebia à época a observância e o zelo pela manutenção dos entendimentos jurisprudenciais esposados pelos cortes de cassação e superiores, as quais preenchiam e integravam eventuais espaços legislativos, contribuindo para a evolução da ciência jurídica e também para a segurança das relações.

Várias foram as decisões exaradas à época pela Corte de Cassação francesa, servientes à aplicação do próprio *code* francês relativamente à vida privada dos membros daquela sociedade, que envolveram a evolução do conceito de causa, inalienabilidade de bens dotais, incidência do princípio geral de vedação de enriquecimento à custa alheia, sub-rogação da hipoteca legal da mulher casada, regime societário entre marido e mulher, entre outros.

Na teoria, consagrou-se a prática positivista na França na primeira metade do século XX, não se conferindo aos juízes efetiva atividade interpretativa⁶⁹; na prática, mormente quando a lei não se mostrava suficiente, o juiz interpretava e, buscando elementos metalegais, criava o direito. Outrossim, a despeito de ainda não se ter a jurisprudência como fonte formal do direito, mas no despontar do século passado, já se

⁶⁸ COGLIOLO, Pietro. *Filosofia del diritto privato*, 3. Tir., Firenze, G. Barbèra, 1912, p. 44-45.

⁶⁹ O artigo 5º do Código Civil Francês expressamente proíbe os juízes de decidirem os casos que lhes são submetidos através de disposições gerais ou regulatórias. A função judicial, efetivamente, jamais foi tida como fonte normativa, função esta reservada ao Poder Legislativo, de modo que a tentativa judicial de criar norma implicaria em abuso de função judicial.

viam claros movimentos nos países codificados de se assegurar a uniformidade da jurisprudência.

No direito alemão, a figura do precedente ganhou notabilidade com a transformação do Tribunal da Câmara Imperial no *Bundesgerichthof – BGH*, a quem foi reservada a unidade da interpretação e aplicação do direito alemão.

Em que pese não se encontrar no histórico alemão da primeira metade do século XX experiências que conduzam à força vinculante dos julgados, também é verdade que em certas circunstâncias legalmente previstas, o juiz que pretendesse divergir da orientação jurisprudencial dominante, possuía o dever funcional de submeter a questão ao órgão superior, o que caracteriza o prestígio dos precedentes no norteamento das decisões.

Similarmente ao direito francês, ainda que se verificasse alguma divergência na doutrina alemã quanto ao reconhecimento dos precedentes como fonte, é certo que em vários temas, sobretudo endógenos ao direito civil, a jurisprudência exerceu (e exerce) relevante papel na construção do direito daquele país.

Sem embargo de a Alemanha ser considerada típico país de *civil law*, hoje, a lei orgânica do Tribunal Constitucional alemão, em seu parágrafo 31⁷⁰, tornou vinculante a decisão do Tribunal perante as demais cortes judiciais e os órgãos do Poder Executivo, vinculação que também pode ser observada com relação às demais cortes superiores, a despeito de não haver previsão normativa específica quanto a tais cortes.

Em Portugal, já no século XVI, tentava-se conciliar a aplicação do direito comum com as prescrições contidas nas leis nacionais, circunstância que acabou favorecendo um ambiente jurisprudencial muito instável, pelo que, com o escopo de dar cabo à insegurança jurídica que assolava o Reino, criaram-se os “assentos” da Casa da Suplicação, que consistiam em deliberações daquele órgão sobre questões problemáticas do ordenamento português.

Os assentos da Casa da Suplicação, órgão que funcionava como Corte Superior de Portugal, eram escritas no chamado Livro da Relação e possuíam caráter fortemente vinculador, pois os juízes ou desembargadores que decidissem em

⁷⁰ Parágrafo 31: “As decisões da Corte Constitucional Federal vinculam todos os órgãos constitucionais no nível federal e estadual, como também as cortes e os órgãos do executivo”.

desconformidade com aqueles preceitos poderiam ser suspensos, como estava expressamente previsto nas Ordenações Manuelinas⁷¹.

Tal sistemática também perdurou durante a vigência das Ordenações Filipinas, sendo confirmada pela Lei de 18 de Agosto de 1769, denominada Lei da Boa Razão, sendo, então, extinta em 1822, por deliberação tomada pelos próprios membros da Mesa Grande da Relação, órgão da Casa da Suplicação que efetivamente proferia os assentos.

Essas disposições sobre os assentos também vigoraram no Brasil, tanto durante o período da colonização, como após a proclamação da independência⁷².

Nesse ponto da história brasileira, os assentos deixaram de fazer parte do ordenamento jurídico para nunca mais retornarem. Não obstante, a história de Portugal seguiu outro rumo: no ano de 1832, a Casa da Suplicação foi substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça e, após novos problemas com a segurança jurídica em virtude do heterogêneo entendimento jurisprudencial daquela Corte Suprema, na primeira metade do século XX, sistemática similar à dos assentos foi estabelecida.

Em 1926, a ditadura militar confiou a José Alberto dos Reis a tarefa de reestruturar o Direito Processual Civil Português, o que culminou com a edição do Decreto nº 12.523/1926, que previa em seu art. 66 um sistema de recurso inominado cuja hipótese de cabimento era a existência de soluções contraditórias sobre a mesma questão de direito por parte do Supremo – a competência para o julgamento desse recurso era do Tribunal Pleno e a *ratio decidendi* ali pacificada possuía força obrigatória em face do próprio Supremo e dos órgãos jurisdicionais inferiores.

⁷¹ ROSAS, Roberto. ‘Jurisprudência. Uniformização. Súmula’. In: *Direito processual (inovações e perspectivas)*: estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 388.

⁷² Rodolfo Camargo de Mancuso leciona que: “Visto que o Brasil Colônia estava integrado ao Reino Unido de Portugal e Algarves, comprehende-se que, mesmo proclamada nossa independência política (1822), aqui continuassem a projetar efeitos as Ordenações Filipinas e, juntamente com elas, os Assentos da Casa da Suplicação, conforme aliás o autorizava um Decreto de 20.10.1823; e isso sem embargo de que a sobrevinda Constituição do Império (1824) não fizesse referência expressa às ordenações, nem aos Assentos da Casa da Suplicação. Estes últimos viriam a ser recepcionados formalmente no direito pátrio pelo Decreto Legislativo 2.684, de 30.10.1875, o qual, sobre dar força de lei, no Brasil, àqueles Assentos da Casa da Suplicação (art. 1º), autorizava o Superior Tribunal de Justiça a levá-los na devida conta, ‘para inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada’. Tais assentos, assim incorporados ao direito pátrio, se tinham por ‘obrigatórios provisoriamente, até que derrogados pelo Poder Legislativo.’” Cf. <http://www.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l5p195.htm>, acesso em 1.9.2011.

A fim de conciliar dois grandes perigos, quais sejam, o da imobilização e o da instabilidade da jurisprudência, Alberto dos Reis teve o esmero de destacar em seu trabalho que aquelas decisões, denominadas “acórdãos proferidos em tribunal pleno” – não mais “assentos” – eram plenamente *reversíveis*.

Apesar da nomenclatura não estar prevista na nova legislação, o Supremo Tribunal de Justiça passou a nomear aqueles “acórdãos proferidos em tribunal pleno” como “assentos”, tendo sido o primeiro deles publicado em 1927.

A despeito de críticas de ordem doutrinária, o Supremo Tribunal de Justiça continuou a proferir assentos e essa sistemática, acrescida de algumas reformas, transitou quase integralmente para o Código de Processo Civil Português de 1939, que, cedendo ao costume jurisprudencial, passou novamente a adotar a terminologia “assentos”.

Já o Código de Processo Civil de 1961, vigente em Portugal até hoje, relativamente ao recurso para o Tribunal Pleno e à uniformização da jurisprudência, manteve o sistema instituído pelo Código de Processo Civil de 1939, com uma destacada mudança: a faculdade concedida ao Supremo Tribunal de Justiça de alterar as prescrições fixadas em seus assentos foi eliminada.

Em 1966, em razão da promulgação do Código Civil, os enunciados contidos nos assentos passaram a ter expressamente força obrigatória e geral, como no caso do seu art. 2º⁷³.

Ocorre que em 1993, conforme se percebe na leitura do acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional, este dispositivo foi decretado inconstitucional em face do art. 115º, números 1 e 5 da Constituição Federal⁷⁴.

Como *ratio decidendi* daquele julgamento, a Corte Suprema trouxe à tona o fundamento de que apenas o caráter imutável dos assentos e sua eficácia jurídica universal conflitavam com o artigo 115º, nºs 1 e 2, da Constituição, sendo possível (e útil) manutenção dos assentos, desde que eles fossem admitidos dentro da sistemática do Código de Processo Civil de 1939.

⁷³ Art. 2º. Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar por meio de assentos, doutrina com força obrigatória e geral.

⁷⁴ Art. 115º. 1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais. [...] 5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.

Com o intuito de se reformar Código de Processo Civil, introduzir alterações ao Código Civil e à Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, o Decreto-Lei nº 329-A/95 que entrou em vigor em 15.9.1996, dispunha que, a partir de sua vigência, o artigo 2º do Código Civil – que tratava expressamente da força geral e obrigatória dos assentos – seria revogada, pondo-se um ponto final ao instituto no direito português.

Não obstante, em 1996, aproximadamente quatro meses antes da vigência da mencionada lei, o art. 2º do Código Civil foi declarado parcialmente inconstitucional pelo Acórdão nº 743/96 do Tribunal Constitucional⁷⁵.

Tal julgamento teve por base os mesmos fundamentos do Acórdão nº 810/93, valendo ser destacado o entendimento de que a própria força persuasiva dos julgados do Supremo Tribunal de Justiça seria suficiente para garantir a unidade da jurisprudência em Portugal.

Pelos fatos narrados acima, é possível perceber claramente que os legisladores e jurisprudentes lusitanos sempre tiveram uma forte preocupação em relação à segurança jurídica, sendo os assentos um reflexo de tal ansiedade.

É importante destacar que o motivo fundamental para o julgamento da inconstitucionalidade (parcial) dos assentos foi a característica de imutabilidade, trazida pela sistemática do Código de Processo Civil de 1961, sendo que o próprio Supremo Tribunal de Justiça destacou naquele julgamento a utilidade da sistemática criada pelo Código de Processo Civil de 1939.

Disso, resulta que o sistema de precedentes brasileiro contempla várias diferenças em relação ao direito português, sem embargo da grande influência por ele também sofrida.

⁷⁵ “Nestes termos, decide-se declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, da norma do artigo 2º do Código Civil, na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115º, nº 5, da Constituição”.

3 INSTRUMENTOS DE VERTICALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Diversos processos são utilizados para assegurar a certeza do direito, trazendo estabilidade ao mesmo. Esta preocupação põe em evidência o verdadeiro papel que deve ser reconhecido à jurisprudência como fonte de direito.

Neste contexto, o termo “verticalização do Poder Judiciário” se aproxima da uniformização dos seus julgados, mas com ele não se confunde.

No Brasil, além da função de interpretação e preservação da legislação infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça possui outro mister tão relevante quanto: a uniformizar a jurisprudência nacional, “corrigido-se” eventuais distorções de julgados provenientes de tribunais superiores. Na verdade, tal função já era exercida pelo Supremo, mesmo antes da Constituição Federal de 1988.

Disso, pode advir o desdobramento da fixação do entendimento superior, fazendo com que os juízes e órgãos jurisdicionais inferiores se vinculem às decisões paradigmáticas; eis a verticalização.

Assim, a uniformização das decisões e teses jurídicas não necessariamente irradiarão efeitos vinculantes para além das portas do órgão que a realizou (imagine-se que um magistrado de primeira instância insista em decidir distintamente do que apregoa jurisprudência dominante ou enunciado de súmula não vinculativos dos órgãos superiores); contudo, a uniformização, para que efetivamente uniformize, necessita estar amparada pela verticalização, isto é, pela certeza de que, além do caso concreto, o entendimento publicado orientará obrigatoriamente a conduta dos órgãos colegiados e monocráticos em posição vertical inferior.

Antes, contudo, de verificarmos a dinâmica dos precedentes, suas técnicas de confronto e aplicação (*distinguishing*), obrigatoriedade ou mera persuasão, compensa examinar a transparente tendência no direito brasileiro, a qual se reflete sobretudo nas regras de processo, de inserir mecanismos verticais de aplicação do direito, “comprimindo” a autonomia do juiz no caso concreto e impondo ao mesmo cada vez mais o dever de “olhar para o alto” quando da prolação de sua decisão⁷⁶.

⁷⁶ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e.: “A moderna teoria do *stare decisis* (da expressão latina: *stare decisis et non quieta movere = mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido*) informada pelo princípio do precedente (*vertical*) com força obrigatória extrema para todas as cortes inferiores, veio inicialmente cogitada em prestigiada doutrina de um dos maiores juristas ingleses de todos os tempos,

3.1 A Adoção da Súmula Vinculante

Nada há de mais cívico do que o povo buscar nas leis a orientação de sua conduta. Mas, para isso, precisa ter a certeza do caminho escolhido, pois a incerteza da lei e da indecisão dos tribunais significa a desmoralização do próprio ordenamento jurídico.⁷⁷

Destarte, o descompasso entre a lei e a sociedade acaba se tornando um decréscimo na cidadania, gerando prejudiciais reflexos sociais e injustiça coletiva.

Assim, a “balança” precisa ser equilibrada com firme e sóbria atuação do Poder Judiciário, muitas das vezes sendo chamado para socorrer as lacunas deixadas pela legislador. A função criadora do direito exercida pela jurisdição sempre foi latente, sendo percebida até por clássicos positivistas, como Hans Kelsen.⁷⁸

Mormente, quando a controvérsia judicial repousa sobre a interpretação e a aplicabilidade da norma jurídica, a questão tende a se tornar complexa, na medida em que a expressão do direito (linguagem) é suscetível de falhas e contrapontos. Diferentemente, seria imaginar a solução de situação que envolve tão somente fatos. Voltando à manifestação do direito, classicamente efetuado pela lei, é preciso clarificar que a multifária expressão da linguagem humana dá ensejo a uma variedade de interpretações, dúvidas e obscuridades. A este fato, segue inexoravelmente a variedade e riqueza da vida, a qual obriga o emprego da analogia *legis, iuris* e da interpretação extensiva, a fim de que se supra a eterna insuficiência das leis.

Quando se desloca dos fatos para o texto, ou seja, da realidade para a linguagem, a dúvida se aprofunda e a controvérsia deixa de ser relativa aos fatos para

Sir Baron Parke J., que, por certo, inspirado na velha lição de Blackstone, escreveu: ‘O nosso sistema de *Common Law* consiste na aplicação, a novos episódios, de regras legais derivadas de princípios jurídicos e de precedentes judiciais; e, com o escopo de conservar uniformidade, consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, desde que não se afigurem ilógicas e inconvenientes, a todos os casos que surgirem; e não dispomos da liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos casos em que ainda não foram judicialmente aplicadas, ainda que entendamos que as referidas regras não sejam tão razoáveis e oportunas quanto desejariam que fossem. Parece-me de grande importância ter presente esse princípio de julgamento, não meramente para a solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência’’.

⁷⁷ SILVA, Antônio Álvares da. As Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico. p. 66.

⁷⁸ KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. p. 312. Por isso, conclui que a produção legislativa é ato de vontade, mas a aplicação do direito, fruto do pensamento racional – *reasoning*. Mas confluem para o mesmo ponto comum.

tornar-se relativa ao direito. Fala-se então de questão de direito para opor-se a questão de fato, neste contexto mencionado. Entremes, a contribuição dos tribunais para as questões de direito é decisiva porque, diante da insuficiência do texto, o entendimento só se completa com a contribuição da vida, dos contextos históricos, da realidade vivida, da práxis e dos insumos vitais.⁷⁹

Nota-se que há uma tendência do direito tornar-se inseguro toda vez que a análise do caso concreto envolver não somente fatos, mas a própria linguagem e o significado das leis, as quais clamam por esclarecimentos e delimitações. É exatamente aqui que entra o trabalho criativo da jurisprudência, somando-lhe o que falta para o desempenho efetivo de reger a conduta na prática da vida.

Registre-se as palavras de Portalis, principal redator do “Code Civil” francês, cujo teor, paradoxalmente, iam de embate à forte influência iluminista da época:

“É impossível ao legislador a tudo prever. Uma profusão de coisas é necessariamente largada ao império do uso, à discussão dos homens instruídos, à arbitrariedade dos juízes; à míngua de textos precisos sobre cada matéria, um uso constante e bem estabelecido, uma sequência ininterrupta de decisões semelhantes, uma opinião ou uma máxima acatadas são sucedâneos da lei... Quando não é dirigido por nada do que é estabelecido ou conhecido, quando se trata de um fato absolutamente novo, remonta-se aos princípios do direito natural. Quando a lei é clara, urge segui-la; quando é obscura, urge aprofundar-lhe as disposições. Se nos falta lei, urge consultar o uso ou a equidade. A equidade é a volta à lei natural, no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas”⁸⁰.

Em verdade, a lei, sem o trabalho dos juízes, nada mais representaria do que uma ordem de pensamentos genéricos e abstratos, sem mínima aplicabilidade. Assim sendo, não se pode duvidar da função criativa que contemporaneamente à atribuída aos órgãos jurisdicionais, os quais possuem a tarefa de “descer” a lei aos meandros da realidade social, somando fatores de experiência ao caso concreto e delimitando em maior ou menor grau a abrangência do texto normativo.

Destarte, a atividade manipuladora das leis exercida pela jurisdição submete as mesmas a um aperfeiçoamento contínuo, o que faz com que a jurisprudência se

⁷⁹ SILVA, Antônio Álvares da. As Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico. p. 67-68.

⁸⁰ PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p 451.

organize em linguagem normativa, à semelhança das próprias leis; tal linguagem, na prática, fica traduzida em súmulas, enunciados e ementas, as quais passam a constituir autênticos comandos normativos de alto efeito prático para os tribunais e para os jurisdicionados em geral.

Assim, é papel da jurisprudência cristalizada realizar a orientação do tribunal acerca do posicionamento interpretativo de controvérsias jurídicas, abrindo campo para que se estabeleça uma maior segurança jurídica.

É justamente nesse contexto que nasce no direito brasileiro, a partir da Emenda Constitucional n. 45/04, a chamada súmula vinculante, inserida no artigo 103-A da Carta Política de 1988⁸¹⁸².

A despeito da tradição romano-germânica, a situação brasileira é similar à realidade norte americana⁸³, sendo o Supremo Tribunal Federal a instituição nacional congênere da Suprema Corte americana.

Aliás, não só o Supremo Tribunal Federal, mas ao Superior Tribunal de Justiça tem se dado instrumentos de verticalização e vinculação de suas decisões, sobretudo pela edição das Leis Federais de número 10.259/2001 e 11.672/2008, tema ao qual nos dedicaremos mais tarde.

Fato é que, há tempos, o ordenamento constitucional brasileiro e mesmo o infraconstitucional, já convergiam para a inevitável objetivação das decisões dos tribunais superiores, a fim de se conferir às mesmas, efeitos *erga omnes* e vinculativos; o ápice: a súmula vinculante.

⁸¹ 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.

⁸² Mesmo antes da previsão constitucional da súmula vinculante, já vigorava entre nós “tentativas” de uniformização de jurisprudência, como a que cuidou os artigos 476-479 do Código de Processo Civil, sem o esperado sucesso.

⁸³ Segundo Celso de Albuquerque Silva, na experiência jurídica norte-americana é firme a orientação de que a função criativa do direito exercida pelas cortes judiciais se origina através da confrontação de diversos pontos de vista e soluções jurídicas que possam ser extraídas de um determinado litígio. Axiologicamente, esse processo de discussão repousa na premissa de que o direito de criação judicial, para ser legítimo e obter aprovação social que ele requer, já que elaborado por um poder não eleito, deve ser resultado de um amplo debate, no qual os juízes, através de um discurso jurídico, testam distintas soluções possíveis e buscam persuadir da sua idoneidade em termos jurídicos e pragmáticos, tanto as demais cortes como a todo o auditório jurídico. As distintas opiniões e a dialética das posturas judiciais contrapostas, articuladas e ordenadas a partir das regras que regem a dinâmica do sistema de precedentes, constituem o mecanismo pelo qual os tribunais podem prover o sistema de regras gerais que sejam percebidas pelo auditório jurídico como justas e razoáveis, na medida em que decorrentes de um processo argumentativo racional e objetivo.

Segundo preleciona Celso de Albuquerque Silva⁸⁴, o conceito de súmula vinculante pode ser elaborado a partir de duas abordagens básicas: descriptiva e prescritiva. Descritivamente, são enunciados aprovados ou revisados, de ofício ou por iniciativa de legitimado, por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, quanto à interpretação, validade e eficácia de normas determinadas, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual ou municipal. Em termos prescritivos, súmula vinculante é a formulação lingüística do princípio jurídico abstrato dotado de força normativa geral (*holding*), extraído a decisão que solucionou a controvérsia nos precedentes que lhe deram origem.

Pode-se, ainda, apontar quatro pressupostos materiais para a eficácia vinculante da súmula de jurisprudência dominante do STF: a) reiteradas decisões sobre controvérsias constitucionais (art. 103-A da CF/88 e art. 2º da Lei n. 11.417/2006); b) controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública direta ou indireta sobre a interpretação de determinadas normas; c) grave insegurança jurídica; d) relevante multiplicação de processos (art. 103-A, §1º da CF/88 e art. 2º §1º da Lei n. 11.471/2006).

Variadas críticas já foram expostas pela doutrina no que tange a previsão e utilização das súmulas vinculantes, quase todas elas relacionadas aos excessos (ou potenciais excessos) cometidos pelo Supremo Tribunal Federal na produção dos enunciados e consequente vilipêndio ao pacto federativo, ao princípio do juiz natural, às prerrogativas do próprio Judiciário e à livre convicção do juiz.

Antes de verificar a procedência ou não acerca de referidas críticas e extrair a nossa conclusão, tracemos um breve panorama da força normativa da súmula vinculante.

Em verdade, as súmulas não são lei e não podem concorrer com as mesmas, já que a lei trata de comando normativo formal, genérico e abstrato que provém dos poderes constitucionalmente instituídos. Além disso, pelo próprio princípio da legalidade que informa do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988, só a lei obriga, de modo que as súmulas não podem ter mesma força.

Ora, a súmula não é votada pelo parlamento, nem muito menos é expressão da vontade geral e da soberania. Tem uma pretensão bem mais modesta. Não é invasora

⁸⁴ In Súmula Vinculante: Teoria e Prática da Decisão Judicial com Base em Precedentes. p. 116-117.

das atribuições do Legislativo. Trata-se tão-só de interpretação cristalizada dos tribunais sobre uma lei ou alguns de seus dispositivos que, pela repetição, se tornaram constantes⁸⁵.

Nesse sentido, anote-se que a súmula não pode ir além da lei, ou seja, a despeito de sua propriedade criativa do direito, não pode se afastar do seu referencial: a lei. A criação jurisprudencial é, antes de tudo, atividade interpretativa, nunca abrogativa da lei⁸⁶.

Neste ponto, vale a comparação com o trabalho similar desenvolvido pelo Poder Executivo, quando da edição dos decretos regulamentadores das leis (artigo 84, IV da Constituição Federal de 1988); se o decreto cria matéria inova, ou seja, se ao interpretar a lei ele criar direitos e deveres não previstos na lei, não regulamentou, mas legislou.

De igual sorte, se a jurisprudência cria matéria nova, ela está a violar a lei ao invés de interpretá-la, cumprindo aos órgãos superiores corrigir excessos. Assim, eventuais ilegalidades não podem se tornar regra, sob pena de se desvirtuar o instituto.

A regulamentação da lei por decreto para sua fiel execução é uma interpretação administrativa, formalizada, rígida, feita em linguagem normativa, tal como a lei.

Regularmente, se a jurisprudência se estabiliza num mesmo sentido, sua tendência, por indução, será aplicar-se aos casos semelhantes, que deverão ser julgados por idênticos critérios.

Karl Larenz⁸⁷ já avisava que, ao juiz, compete julgar um caso concreto não só determinando-lhe a solução conveniente, mas pensando também em torná-la prestante para os demais casos semelhantes:

⁸⁵ SILVA, Antônio Álvares da. As Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico. p. 73.

⁸⁶ Friedrich Müller realizou uma contribuição decisiva com sua teoria estruturante do direito, desenvolvida na sua obra *Normstruktur und Normativität*, Berlim, 1966. Nesta seara, afirma que deve ser considerado o texto da norma, por um lado e, de outro, o domínio material ou social da norma, sendo a normatividade jurídica uma síntese estrutural dessas dimensões. A norma-texto é apenas um elemento para a concreta realização jurídica, e essa realização exigirá a colocação dessa norma em função de um caso concreto, e que se elabore uma “normativa de concretização”; uma específica “norma de decisão”. Müller entende que o juízo jurídico é o resultado de um “processo normativo de concretização”, que mobiliza estruturalmente um conjunto de fatores jurídicos que são elementos de concretização. A interpretação é deslocada pela concretização. Este processo seria a síntese entre caso e sistema, muito semelhante ao sistema do *stare decisis* do direito anglo-saxão.

⁸⁷ In: *Methodenhere der Rechtswissenschaft*. 5 Auf. Berlin. Spring-Verlag, 1983, p. 300.

“Es würde der Forderung der Gerechtigkeit, gleiche Fälle gleich zu behandeln, wie auch der Von Gesetz erstrebten Rechssicherheit zuwider laufen, wenn die Gerichte die gleiche Bestimmung in gleichartigen Fällen bald so, bald anders auslegen würden”.

(Serviria aos anseios da Justiça decidir casos iguais de modo igual, do mesmo modo que violaria a segurança jurídica almejada pela lei interpretar comandos jurídicos ora de um modo, ora de outro.)

Outrossim, é a súmula a consequência natural do processo de generalização da jurisprudência, uniformizando os julgamentos através de linguagem normativa também uniforme, aplicada a casos semelhantes.

A princípio, não há supressão de instâncias e nem os juízes dos tribunais superiores julgam para os inferiores. As súmulas, na verdade, são construídas com o tempo, sendo fruto da solidificação de critérios de julgamento iniciados na própria base do Poder Judiciário, qual seja, as instâncias ordinárias. Até que haja maturidade, o debate é aberto, franco e participativo, inclusive com a participação de pessoas e órgãos externos ao Judiciário.

Assim sendo, os pensamentos e opiniões dos magistrados transcritos em argestos anteriores foram necessariamente levados em conta para a formação da súmula vinculante, o que afasta a crítica de que referido enunciado representa uma violência ou ditadura à livre convicção do juiz de primeira instância.

Somando-se à eficiência e celeridade, princípios que foram revigorados com a inserção da súmula vinculante, acrescenta-se a própria primazia da igualdade e da unidade da jurisdição, preceitos que também foram destacados pela aplicação das súmulas vinculantes, na medida em que não pode haver igualdade se os juízes aplicam desigualmente a lei, que é igual para todos. A igualdade perante a lei só é efetiva quando ela é interpretada igualmente.

Cumpre ainda anotar que, diversamente do que se possa concluir, a súmula vinculante não engessa a jurisprudência, embora redigidas em linguagem normativa e estável. Ao contrário, trazem consigo processo de alteração ou mesmo revogação de simples tramitação, o qual pode ser iniciado por órgãos externos, tal como a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público, as Centrais Sindicais, Associações de Magistrados, dentre outros. É o que prevê a Lei n. 11.417/2006.

Também os tribunais podem, à medida que as necessidade surja, expedir novas súmulas, como desdobramento da anterior, exatamente para satisfazer às necessidades e contingências da vida.

Assim como antes citado, havemos de ainda refutar o argumento segundo o qual a súmula vinculante viola o pacto federativo (cláusula constitucional pétreia esculpida no artigo 60, §4º da Constituição Federal de 1988), “retirando dos juízes e tribunais a possibilidade de interpretar e ajustar a lei ao caso concreto, estando obrigados à aplicação da determinação emanada pelo STF, inclusive sob pena de cometimento de crime de responsabilidade”.

Conforme ensina Paulo Bonavides, entende-se por Estado Federal a associação de vários Estados, procurando uma integração e harmonia de seus destinos. Não são autônomos externamente e, internamente, sujeitam-se a um poder único – o poder federal. Mas conservam em parte sua independência, “movendo-se livremente na esfera da competência constitucional que lhes for atribuída para efeito de auto-organização”⁸⁸.

Ao nosso ver, os juízes regionais e locais não foram excluídos da jurisdição, mas tão somente da repetição de casos, o que é diverso.

Mais do que isso, conforme já salientado, tal “exclusão” não se verifica, já que, na verdade, os juízes que hoje estão vinculados aos entendimentos esposados nas súmulas, tiveram importante participação na construção dos próprios enunciados através dos debates que e dos múltiplos precedentes judiciais que os antecederam.

Também não há que se falar em malferimento do princípio do juiz natural, vez que as súmulas vinculantes não afastam o julgamento do caso por juiz competente, constitucionalmente investida para tal atribuição. Não se propôs a superação de instâncias *per saltum*, nem se vedou o acesso ao Judiciário pelo fato de haver súmula vinculante. O que se não se permite é que o juiz, convededor da súmula vinculante, decida contrariamente ao teor da mesma, já que sua decisão seria certamente reformada, sem que nenhum benefício fosse entregue ao jurisdicionado.

Ora, se a formatação hierarquizada dos tribunais permite ao de mais alta instância reformar as decisões anteriores, de acordo com o seu entendimento sobre a matéria, nada mais racional do que economizar tal esforço, determinando que se julgue de acordo com o entendimento já estabelecido.

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p 181.

Tendo-se em mente a outra faceta do princípio do juiz natural – proibição dos tribunais de exceção –, conclui-se também que razão não há para duvidar-se da constitucionalidade da súmula vinculante, já que a mesma não cria ou fomenta a criação de tribunais de exceção.

No que tange a “convicção do juiz” ou à potencial violência praticada contra a mesma pela súmula vinculante, impõe-se que ao juiz não está vedada a análise do caso concreto, mesmo em ações repetitivas onde as partes devem provar ou contestar o direito pretendido. A atividade probatória não é impedida nem dificultada pela súmula.

Porém, se o que se discute na ação for questão jurídica, interpretativa de lei, já pacificada nos tribunais, nada mais natural do que sumulá-la, exatamente para que não se repita o necessário, nem se tome o tempo útil das partes.

Assim, também por este aspecto, acertada é a modalidade de emenda à Constituição Federal pela qual veio a lume a súmula vinculante do STF (EC 45/2004 – CF, art. 103-A), o mesmo podendo se afirmar quanto à projetada súmula impeditiva de recurso, do Supremo Tribunal Federal⁸⁹.

Em fecho, cumpre ainda evidenciar que a idéia colocada por alguns, segundo a qual o Poder Legislativo teria diminuídas as suas prerrogativas com a inserção da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro também não prospera, já que referida função também não teve inferiorizada a sua competência, tampouco a sua relevância institucional.

Como já abordado, a súmula vinculante não é lei, mas depende desta para que possa expressar sua maior utilidade: a fixação da interpretação da lei, tendo âmbito restrito e limitado. Tanto que, se o Poder Legislativo revoga a lei sobre a qual há

⁸⁹ Objeto da PEC 358/2005, a qual, dentre outras alterações, propõe criação da súmula impeditiva de recursos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho. Pelo voto de dois terços de seus membros, esses tribunais poderiam aprovar súmulas capazes de obstar a apresentação de recursos contra todas as decisões de instâncias inferiores que adotassem a mesma interpretação da lei. Ao contrário da súmula vinculante do STF, a nova súmula do STJ e do TST não impediria que os magistrados de primeira e segunda instâncias decidissem de forma diferente. Porém, só nesses casos – quando a decisão judicial divergisse da súmula – é que seria possível recorrer. Os magistrados, assim, estariam livres para oferecer novas teses de interpretação da lei, as quais seriam desafiadas em recursos que possibilitariam às instâncias superiores reavaliar seus entendimentos. Segundo a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Mozart Valadares, “a súmula impeditiva seria uma maneira de conciliar a independência dos juízes e a celeridade processual” (http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99262, acesso em 12/12/2011).

interpretação sumulada, também se revoga a interpretação, a qual não existe sem lei (assim como o acessório só existe em face do principal).

Portanto, não há esvaziamento de nenhuma das prerrogativas do Poder Legislativo, que continua senhor dos fatos sociais.

Frise-se que, neste pormenor, apenas ressaltamos alguns argumentos que julgamos de maior relevância para firmar a constitucionalidade e a tomada da súmula vinculante como caminho necessário à boa desenvoltura do Poder Judiciário brasileiro e, sobremodo, à boa qualidade da prestação do serviço jurisdicional.

Eventuais excessos ou desvirtuamentos não podem ser tomados como regra para a desconstituição da súmula vinculante, a qual não é remédio absoluto para todos os problemas que acometem o Judiciário mas, ainda sim, prima por uma resposta jurisdicional ao cidadão mais justa, razoável, tempestiva e razoavelmente previsível.

3.2 A repercussão geral

Similarmente, o instituto da repercussão geral também tem o objetivo de racionalizar a atividade judiciária, contribuindo para a realização da unidade do Direito em nosso Estado Constitucional e evitando que o Supremo Tribunal Federal se torne sobrecarregado em virtude da análise de uma avalanche de casos sem transcendência de interesse que a ele sejam submetidos.

No direito brasileiro, a adoção da aferição da repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e consequente eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência contribuem decisivamente para concretização do direito fundamental ao processo com duração razoável. A vinculação dá-se, tal como no direito estadunidense, tanto horizontal quanto verticalmente. Ocorre ainda, à semelhança do direito germânico, pela fundamentação despendida pelo Supremo na análise da controvérsia constitucional. Há, aí, mais um instrumento para consecução da unidade do Direito por intermédio da compatibilização das decisões judiciais. Uma vez já decidida a questão, qualquer nova apreciação, sem o fito da revisão da tese, importa dilação indevida no processamento da causa. Com a

repercussão geral, encurta-se o procedimento, com flagrante economia de atos processuais⁹⁰.

Saliente-se ainda que a norma constitucional, da forma como foi posta, é tecnicamente incorreta, já que a decisão do STF de reconhecer ou não a repercussão geral de tema trabalhado em sede de recurso extraordinário vincula não toda “matéria idêntica”, mas toda controvérsia idêntica.

A decisão atinente à existência ou inexistência de repercussão geral da controvérsia debatida no recurso extraordinário é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, §3º da Constituição Federal de 1988 c/c artigo 543-A do CPC), de modo que seu julgamento estabelece a vinculação horizontal (do próprio STF) e a relativa vinculação vertical, quando o caso levado ao Supremo não contiver a aludida repercussão geral (nessa hipótese, ficam os tribunais de origem impedidos de remeter ao pretório excelso recursos cujas controvérsias já foram examinadas pelo próprio STF).

Note-se que “repercussão geral” é conceito aberto, a ser preenchido pelo ordenamento infraconstitucional e pela própria manifestação do STF; no plano legal, por ordem da própria norma constitucional, tal lacuna foi regulamentada pela Lei n. 11.418/2006, cujo artigo 4º outorgou vigência ao novel instituto a partir da vigência da lei; contudo, entendeu o STF que a repercussão geral passaria a vigorar para todos os recursos tão somente quando da alteração de seu regimento interno⁹¹, o que efetivamente se deu em 03.05.2007. De toda sorte, a lei ordinária se valeu de outros conceitos jurídicos indeterminados para se conferir maior elasticidade dessa exigência.

Excetuadas as hipóteses de presunção absoluta de repercussão geral⁹², os requisitos inseridos no *caput* do artigo 543-A do Código de Processo Civil acabam abrindo margem para a livre interpretação do Supremo Tribunal Federal para o que seja de relevância social, política, econômica ou jurídica, o que não prescinde da análise do caso concreto apresentado ao colegiado.

Aliás, as próprias hipóteses de presunção absoluta, protetoras das súmulas e da jurisprudência dominante do Tribunal que são, acabam por afirmar o poderio da

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão Geral no recurso extraordinário. p. 28.

⁹¹ Questão de Ordem no AI n. 664.567, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.6.2007 – cf. Informativo STF 472.

⁹² Artigo 543-A,§3º do Código de Processo Civil.

própria palavra do Supremo Tribunal Federal, a qual acaba se tornando quase inatingível, pelo menos em sede de recurso extraordinário.

Contudo, há de se fazer uma importante ressalva: caso a decisão recorrida esteja de acordo com a jurisprudência dominante do STF, diversamente do que se possa imaginar, não significa precisamente que falte ao recurso extraordinário o requisito da repercussão geral; vários são os julgados do Supremo nesse sentido⁹³. Nesta hipótese, será necessário ao recorrente argumentar no sentido de demonstrar a repercussão geral do caso e, mais do que isso, provocar a modificação da jurisprudência do STF, seja porque o momento exige a transposição da orientação (*overruling*), seja porque o caso concreto apresenta especificidades que o distinguem do entendimento paradigmático (*distinguishing*).

A relevância desta observação tem a ver com o não engessamento dos precedentes jurisdicionais e com a possibilidade de constante “oxigenação” da jurisprudência do STF, em atendimento aos anseios sociais que evoluem conforme o tempo; nesta quadra, autores do quilate de Friedrich Muller e Konrad Hesse já afirmavam que as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com o contexto do momento.

A despeito da abertura do conceito de “repercussão geral”, é possível ressaltar que questões de índole constitucional que sirvam de fundamento a demandas múltiplas baseadas em mesma tese jurídica, causas coletivas ou mesmo teses que se vinculem ao controle difuso de constitucionalidade e à dimensão objetiva dos direitos fundamentais certamente estarão na pauta de decretação de repercussão geral.

Medina, Wambier e Wambier propõem a seguinte sistematização dos critérios para a aferição da repercussão geral: i) repercussão geral jurídica: a definição da noção de um instituto básico do nosso direito, “de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente”; ii) repercussão geral política: quando “de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais”; iii) repercussão geral social: quando se discutissem problemas relacionados “à escola, moradia ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas ações”; iv) repercussão geral

⁹³ No Recurso Extraordinário n. 563.392/RN, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 20/3/2008, DJe 070, há a referência de vários precedentes contrários à presunção de ausência de repercussão geral para os recursos extraordinários que impugnam decisões em concordância com a jurisprudência dominante do STF.

econômica: quando se discutissem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais⁹⁴.

Além da expansão representada pela criação da “repercussão geral”, a Lei 11.418/2006 acabou criando um incidente que reforça a verticalização da jurisdição pretoriana, quando possibilitou a análise da repercussão por amostragem, semelhante ao que já existia para o julgamento do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal (artigo 321, §5º do RISTF, revogado pela emenda regimental n. 21/2007). Tal julgamento por amostragem restou literalmente refletido no teor do artigo 543-B, §1º do Código de Processo Civil, que instituiu verdadeira conexão por afinidade entre os recursos extraordinários em causas repetitivas, bom que diga, sem reunião de autos, mas com a escolha de alguns “recursos-modelo” para análise e sobreestamento dos demais processos para o julgamento por exemplar.

Entrementes, a primordial alteração veio no §2º do mesmo artigo 543-B, o qual vincula todos os outros recursos, no caso de negativa da repercussão geral do recurso-modelo.

Na hipótese de reconhecimento da repercussão geral do caso, a lei concedeu ao recurso extraordinário um novo efeito: o regressivo, que permite de retratação do tribunal *a quo* quanto a tese antes adotada, evitando-se que o recurso suba ao STF e promova a quase certeira reforma da decisão combatida.

Nesta mira, consigna Fredie Didier Jr.:

“É possível concluir, sem receio, que o incidente para a apuração da repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno da objetivação do controle difuso de constitucionalidade das leis (...)⁹⁵”.

De fato, dúvidas não restam acerca do alcance do fenômeno da verticalização do Poder Judiciário, também quanto ao recurso extraordinário constitucional, o que inexoravelmente toca o sistema de controle de constitucionalidade

⁹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves comentários à nova sistemática processual civil, cit., p. 103-104.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredi. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 3, p. 340.

misto brasileiro, aproximando a via difusa da via concentrada, conforme também se analisará mais adiante.

Pois bem, o que se pretende neste ponto não é avançar pedagogicamente sobre a logística e o proceduralismo relacionado à repercussão geral e ao recurso extraordinário, mas sim ao evidente fomento à verticalização trazido pelo instituto, o qual estabelece a imprescindível observância dos precedentes emanados pela mais alta corte do Judiciário brasileiro.

Traço marcante desta verticalização repousa justamente sobre a construção de uma instrumentalidade do recurso extraordinário, agora posta a serviço do controle abstrato de constitucionalidade e não mais somente do controle concreto. A par disso, o STF tem seguido a orientação capitaneada por Gilmar Ferreira Mendes⁹⁶, a qual, inclusive, culminou na edição da Emenda n. 12 ao RISTF, publicada no DJ de 17.12.2003, *in verbis*:

“O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) (...).

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos”.

Assim, o controle de constitucionalidade difuso, costumeiramente realizado em sede de recurso extraordinário, passa a também ser abstrato: em verdade, a difusão, que tão somente traduz-se na possibilidade de qualquer órgão jurisdicional efetivar o controle, não afasta os efeitos abstratos da decisão, quando exarada pelo Supremo. No próprio mecanismo do incidente de arguição de inconstitucionalidade previsto nos artigos 480-482 do Código de Processo Civil, que regulamentam o artigo 97 da Constituição Federal, a análise da constitucionalidade do ato normativo é feito em abstrato, vinculando o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. “O Sistema de controle das normas da Constituição de 1988 e reforma do Poder Judiciário”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1999, n. 75, p. 244.

oportunidades. Destarte, trata-se de incidente de natureza objetiva, similarmente ao que ocorre nas ações diretas de constitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade.

Tendo em vista tal abstração e a possibilidade de efeitos genéricos, mesmo em sede difusa de controle, sobretudo no âmbito do recurso extraordinário, previu-se também a intervenção do *amicus curiae*, figura legitimadora do feito.

Em tempo, o STF tem conferido propriedade objetiva aos recursos extraordinários, em franca confirmação do alinhamento da corte neste propósito, dispensando-se, em alguns casos, a participação do Senado Federal prevista no artigo 52, X da Constituição Federal de 1988 e mesmo o prequestionamento como requisito para a admissibilidade do recurso⁹⁷.

A expansão do recurso extraordinário também se reflete no entendimento de que sua admissão pode se dar com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido⁹⁸; assim, à semelhança do que já acontece no julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, a causa de pedir é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento, mesmo que não abordado expressamente pelo tribunal recorrido.

Tal posição também conduz a que se admita a expansão da reclamação constitucional, para abranger os casos de desobediência a decisões tomadas pelo Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante (interpretação extensiva das hipóteses de cabimento de reclamação constitucional).

Veja-se, outrossim, que a nova feição do recurso extraordinário também corrobora a idéia de verticalização do Poder Judiciário, fazendo sombra à aludida súmula vinculante, sem competir com a mesma, mas contracenando com ela e com vários instrumentos de verticalização.

⁹⁷ No AI n. 375.011 – Cf. Informativo n. 365 do STF –, a Min. Ellen Gracie Northfleet dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade ao posicionamento do STF sobre questão constitucional, adotado em julgamento de outro recurso extraordinário; a ministra manifestou-se expressamente sobre a transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, e sob esse fundamento dispensou o prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em matéria de controle de constitucionalidade. Também nesse sentido, é o julgamento da Medida Cautelar no RE n. 376.852 de relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003).

⁹⁸ Nesse sentido, o voto do Min. Sepúlveda Pertence, no RE n. 298.694.

3.3 As reformas sofridas pelo Código de Processo Civil Brasileiro: incidentes de uniformização de jurisprudência, de declaração de constitucionalidade, súmula impeditiva de recurso, recursos repetitivos, art. 475, §3º do CPC

Várias foram as alterações impostas ao ordenamento processual brasileiro nos últimos tempos que refletiram um forte movimento de verticalização do serviço jurisdicional.

Tratando-se de capítulo “acessório” à idéia principal desenvolvida no presente trabalho, optamos por tecer alguns concisos comentários acerca daqueles que nos pareceram os principais mecanismos de verticalização e obediência aos precedentes jurisdicionais.

Mesmo anteriormente às últimas reformas processuais, alguns incidentes e institutos já tratavam de exaltar a jurisprudência como fonte inarredável do direito e, nesse sentido, incentivavam a sua uniformização, a fim de que melhor exercessem a nobre função diretiva do direito.

É o caso do incidente de uniformização da jurisprudência previsto nos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil Brasileiro, o qual também integra a composição de divergências jurisprudenciais *interna corporis* dos tribunais.

Alguns autores entendem que o requerimento de abertura do incidente de uniformização não gera direito subjetivo processual ao mesmo, havendo discricionariedade do tribunal na instauração ou não do incidente. Entretanto, também com fulcro na segurança jurídica, José Marcelo Vigliar entende que, preenchidos os pressupostos legais do instituto, é possível falar no surgimento do dever de uniformizar, o que corresponderia a um direito subjetivo processual de ver harmonizada a jurisprudência; nesse sentido, assinalou o referido autor:

“ O incidente de uniformização de jurisprudência afigura-se como garantia do jurisdicionado. Presentes seus requisitos – impõem os valores igualdade, segurança, economia e respeitabilidade – deve ser instaurado. Trata-se de técnica processual perfeitamente identificada com os postulados mais nobres existente em nosso ordenamento e intimamente ligada ao efetivo acesso ao Judiciário ”.⁹⁹

⁹⁹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Uniformização de jurisprudência. P. 204.

Assim, entendemos que, dada a inarredável relevância da jurisprudência como fonte de direito, a uniformização da jurisprudência, nesta hipótese, passa a ser um dever do Poder Judiciário, e não somente um direito ou mera expectativa do jurisdicionado.

Neste instrumento, a verticalização mostra-se fortemente presente também conforme a redação do art. 479 do CPC, a qual ordena a confecção de súmula da jurisprudência dominante no tribunal no caso da tese jurídica for fixada como voto da maioria absoluta dos membros do órgão. Tal verificação é de grande relevância prática já que, a inclusão da tese na “súmula de jurisprudência dominante do tribunal” autorizará a tomada de decisões monocráticas do relator na hipótese do art. 557 do CPC e também dispensará a referência a outros julgados no mesmo sentido (art. 102, §4º do RISTF).

Similarmente à uniformização de jurisprudência, o incidente de declaração de constitucionalidade, instrumento típico para manuseio do controle difuso de constitucionalidade, apresenta inserção relacionada à fixação de paradigma jurisprudencial; tal regra está disposta no parágrafo único do artigo 481 do CPC, *in verbis*:

“Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de constitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

Esta regra excepciona a norma contida no famigerado art. 97 da Constituição Federal de 1988, a qual estabelece uma norma de competência funcional orientada pelo princípio da reserva de plenário.¹⁰⁰

Assim, um órgão fracionário do tribunal não tem competência para decretar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade de uma lei (e, a *fortiori*, o relator, monocraticamente, também não pode decretar a constitucionalidade da lei). Uma vez suscitada essa questão, deverá esse órgão remeter os autos ao Tribunal Pleno ou órgão especial. Entretanto, conforme exceção acima verificada, prepondera a existência de

¹⁰⁰ O STF editou a Súmula Vinculante n. 10, que trata do tema, nos seguintes termos: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”.

decisão sobre a matéria debatida antes havida no STF (ou no próprio tribunal), hipótese em que será dispensada a atuação do órgão especial ou tribunal pleno.

Note-se, então, que as decisões emanadas pelo STF, mais uma vez, “engessam” a tramitação dos incidentes de declaração de inconstitucionalidade pela via difusa, corroborando a vinculação ao órgão de cúpula.

Na esteira dos mecanismos processuais de verticalização, uma reforma recentemente realizada merece destaque: a chamada “súmula impeditiva de recurso”, introduzida pela Lei 11.276 de 2006. Eis o teor do art. 518, §1º do CPC:

“O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Trata-se de mais um dispositivo que decorre do sistema de força vinculativa dos precedentes dos tribunais superiores, notadamente daquelas teses já consagradas na súmula da sua jurisprudência predominante. Na tramitação do recurso de apelação, trata-se de um controle antecipado de congruência entre a decisão recorrida e a jurisprudência dominante dos tribunais superiores, já que idêntico “controle” também será passivo de efetivação na segunda instância, quando o relator do recurso também poderá negar seguimento do mesmo, caso esteja em descompasso com súmula ou entendimento predominante superior. É justamente o que preleciona o art. 557, *caput* do CPC, bem como a Súmula n. 253 do STJ em relação ao processamento do reexame necessário.¹⁰¹

Interessa notar que, mesmo havendo decisão fundamentada em precedente ou súmula superior, entendemos ser admissível o recurso em que o apelante trouxer em suas razões fundamento novo, não examinado pelos precedentes que geraram o enunciado da súmula e que permitam o *overruling* do precedente, forma de superação que será adiante analisada.

Destarte, quando o juiz aplica o §1º do art. 518 do CPC, ele está a negar seguimento à apelação por razões de mérito, o que nos autoriza a concluir que, em verdade, a norma outorgou ao juiz competência para julgar o mérito da apelação, ainda que através de uma operação de subsunção do caso concreto ao entendimento do(s) tribunal(ais) superior(es).

¹⁰¹ Para evitar gasto inútil de tempo, o próprio art. 475, §3º do CPC já autorizava o juiz monocrático a dispensar o reexame necessário quando a sentença se fundar em súmula de tribunal superior.

Outro remendo imposto à lei processual nos últimos tempos foi aquele trazido pela Lei 11.418/2006, a qual regulamentou o instituto da repercussão geral (adiante visto) e criou outro instrumento de verticalização: os “recursos extraordinários e especiais repetitivos” (artigos 543-B e 543-C do CPC), os quais possibilitaram julgamentos por amostragem.

A mecânica do seu processamento é relativamente simplória: o tribunal local deverá proceder à seleção dos recursos que mais bem representem as discussões em torno da questão, que será julgada “por amostragem”, permitindo-se a intervenção de *amicus curie* neste julgamento; julgado(s) o(s) recurso(s) selecionado(s), os outros, cujos processamentos ficaram sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal ou, diversamente, serão novamente examinados pelo tribunal de origem, caso o acórdão recorrido divirja da orientação do órgão superior, em verdadeiro juízo de retratação¹⁰².

Outrossim, o que nos é de interesse ressaltar é, mais uma vez, a norma de verticalização e submissão ao entendimento predominante dos órgãos superiores, dispositivo inserido no §2º do artigo 543-C, a qual determina que:

“§2º. Não adotada a providencia 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”.

Ressalvada a controvérsia que possa surgir relacionada ao “o que seria jurisprudência dominante”, entendemos que a regra é salutar e corrobora a celeridade e a eficiência processual; afinal, de fato seria inútil levar ao tribunal superior um sem número de recursos, todos com idêntico debate jurídico, passivos de mesmo resultado.

Similar raciocínio se aplica à inserção legislativa localizada no art. 475, §3º do CPC, ocasião em que também se dispensou a revisão dos julgados proferidos contra a Fazenda Pública na hipótese do juiz sentenciante adotar a jurisprudência produzida pelo plenário do STF, em súmula deste tribunal ou de tribunal superior competente.

¹⁰² Para regulamentar o procedimento relativo aos recursos especiais repetitivos, a Presidência do STJ editou a Resolução n. 8, de 07 de agosto de 2008.

Há como nas outras hipóteses, confronto entre os princípios da celeridade e eficiência da prestação jurisdicional com a autonomia que se espera do juiz monocrático.

Assim, fica evidenciado mais um alargamento das atribuições dos órgãos superiores, agora também com poderes para ordenar a paralisação das ações e recursos que tramitam nos órgãos inferiores, a fim de que sua palavra jurisprudencial seja obrigatoriamente respeitada, vinculativa que passa a ser.

3.4 O STF e Controle de Constitucionalidade

De modo panorâmico, é possível afirmar que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é classificado como “híbrido, misto, eclético ou intermediário”, nomenclaturas que se referem à opção do constituinte em adotar as formas difusa e concentrada de controle, esta mais precisamente a partir de 1965. Diga-se de passagem que o sistema misto de controle também foi a forma adotada por países como o México e a Irlanda¹⁰³.

Entretanto, como tais formas de controle não foram criadas pelo ordenamento brasileiro, mas importadas de outros sistemas, adaptações foram realizadas, o que acabou por gerar anomalias em relação aos modelos originais.¹⁰⁴

Sem embargo das vantagens que possam ser detectadas em face da adoção de um sistema misto, é certo que, a princípio, o sistema difuso brasileiro foi implantado sem o mecanismo do *stare decisis*, típico da *common law*, alinhando-se ao fato do modelo concentrado estar submissão à formação e corrente política reinante no tribunal constitucional, órgão de natureza política, cujas decisões, em regra, gera efeitos *ex tunc* (e não *ex nunc*, como no ordem constitucional austriaca).

Como veremos, a tendência contemporânea, muito em face da verticalização do Poder Judiciário, é desenvolver uma aproximação das duas formas de controle; na verdade, uma diluição do controle difuso no modelo concentrado, este prevalente.

¹⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. P. 67.

¹⁰⁴ Gisela Maria Bester, salientando que a própria lei que regulamenta a ADPF tem sua constitucionalidade questionada no STF, anota que “mais do que modelo difuso e modelo concentrado, o que temos no Brasil é um sistema confuso de controle de constitucionalidade”. In Direito constitucional. vol I. p. 410.

O desenvolvimento da justiça constitucional nas últimas décadas permite-nos identificar uma relativização das diferenças entre os sistemas de justiça constitucional difusa e concentrada. Nos países que adotam o sistema difuso, as Cortes Supremas ocupam-se cada vez mais com o julgamento, em última instância, dos litígios que envolvem a interpretação e a aplicação da Constituição, o que tem levado à extensão dos efeitos das decisões dessas Cortes a casos semelhantes. Assim, o órgão de cúpula do Poder Judiciário nos sistemas difusos acaba assumindo, como uma de suas funções principais, a definição dos parâmetros da Constituição.

Aliás, as duas últimas décadas têm sido marcadas pela difusão dos sistemas de jurisdição constitucional em novas democracias, principalmente na Europa oriental, Ásia e América Latina, assim como pelo fortalecimento e consolidação do arcabouço institucional do Estado constitucional em diversos países, processos nos quais o pensamento de Peter Häberle tem contribuído de forma decisiva, como é possível observar em países como Peru, México e Argentina. Nesse aspecto, seu especial interesse pela América Latina resultou na ideia de construção de um direito constitucional comum latinoamericano, por meio da identificação dos elementos culturais das Constituições do continente, o que contribui para o processo de integração constitucional e, dessa forma, para o fortalecimento da região como comunidade política e cultural.

No Brasil, desde a primeira tradução, para o português, da obra *"Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição — contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição"*, a doutrina de Peter Häberle tem sido incorporada com evidente vivacidade, seja no âmbito acadêmico, por meio da vertiginosa produção bibliográfica ou da prática docente e discente nas faculdades de direito, seja pelos poderes constituídos, na forma de produção legislativa e na jurisprudência dos tribunais.¹⁰⁵

Ora, na medida em que as instâncias ordinárias, em prestígio ao princípio da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, passam a, elas mesmas, produzir jurisprudência constitucional, se aceita até com certa naturalidade que mecanismos sejam criados para sintonizar a atividade ordinária com aquela desenvolvida pelas cortes superiores. Eis mais um elemento a fomentar a verticalização do Poder Judiciário, na

¹⁰⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

medida em que se admite a participação ativa de agentes externos nas decisões do Supremo Tribunal Federal, contribuindo para a sua legitimação e vinculação dos órgãos do próprio Judiciário e dos outros poderes.

Não obstante, cumpre anotar que o controle de constitucionalidade praticado pelo Poder Judiciário, não raras vezes, acaba sofrendo reações por parte dos outros poderes, em alguns casos, até mesmo de forma desvirtuada.

Em alguns ordenamentos constitucionais, encontram-se, nessa linha, instrumentos de superação pelos demais poderes do Estado das decisões prolatadas na esfera da jurisdição constitucional. São, por exemplo, os casos do poder da Assembléia da República de confirmar o diploma anteriormente aprovado e declarado inconstitucional, em controle preventivo, pelo Tribunal Constitucional de Portugal¹⁰⁶ e do poder do Parlamento Nacional, consagrado no parágrafo único do art. 96 da Constituição brasileira de 1937, de confirmar, por solicitação do Presidente da República, lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tornando a decisão deste sem efeito.¹⁰⁷

Assim, do ponto de vista legislativo, cria-se uma situação de recalcitrância, onde o referido poder estatal, valendo-se da própria atribuição constitucional que lhe é conferida, busca “superar” eventuais decisões declaratórias de inconstitucionalidade, mantendo o ordenamento outrora julgado inconstitucional.

Roger Stiefelmann Leal cita alguns interessantes exemplos relacionados à reação legislativa no Brasil em face da interferência do Poder Judiciário. Assim, o Estado do Rio Grande do Sul, em 24 de março de 1993, aprovou, por iniciativa parlamentar, legislação (Lei n. 9.844/93) considerando de efetivo exercício os dias em que se realizou movimento reivindicatório relativo à categoria do magistério público estadual. Ocorre, contudo, que o Supremo Tribunal Federal já havia julgado inconstitucional diploma legal oriundo do Estado do Rio Grande do Sul com idêntica finalidade, em face de não decorrer de iniciativa do Poder Executivo. Além da intenção

¹⁰⁶ Jorge Mirando, *Manual*, cit., t. VI, p. 238. Embora tal prática não seja corrente, foi adotada em caso de projeto de lei aprovado em assembléia legislativa de região autônoma e, posteriormente, declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. A Assembléia, após o julgamento, confirmou o diploma, ato considerado legítimo pelo próprio órgão de jurisdição constitucional em julgamento ulterior (cf. Luís Nunes de Almeida, op. cit., p. 242-243).

¹⁰⁷ Utilizou-se de tal competência, à época, o Presidente da República, delegatário das atribuições parlamentares por força do art. 180 da Constituição, para tornar sem efeito a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou os vencimentos dos juízes imunes à incidência de imposto de renda, confirmando a legislação que regia o imposto (Dec.-Lei n. 1.564, de 5-9-1939).

de reintroduzir o mesmo regime legal, a Assembléia Legislativa reincidiu, ainda, no mesmo vício formal apontado anteriormente pela Alta Corte brasileira.¹⁰⁸

Anote-se que tais comportamentos de nítida relutância em face de decisões declaratórias de constitucionalidade, exaradas por órgão jurisdicional constitucional, são provenientes não só do Poder Legislativo, mas do próprio Judiciário, ocasiões em que instâncias decisórias ordinárias acabam por desprezar a orientação vinda do tribunal constitucional, no caso brasileiro, do Supremo Tribunal Federal.

Por aqui, cita-se como exemplo os vários julgados que consideraram a norma do §3º do artigo 192 do texto constitucional¹⁰⁹, que fixava o limite máximo de 12% ao ano de taxa de juros legais, apesar da farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, inclusive em ação direta de inconstitucionalidade. Também nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, com fulcro no critério hierárquico de resolução de conflito aparente de normas, vinha afastando a aplicabilidade de leis ordinárias que continham teor contrário ao preceituado na Lei Complementar n. 70/91, entendimento que desafiava a jurisprudência já firmada no STF¹¹⁰, segundo a qual a aludida Lei Complementar, por não prever matéria reservada à lei complementar, possuía *status* de lei ordinária.

Tal circunstância, destaque-se, de absoluta insegurança jurídica, política e mesmo institucional, desprestigia o sistema jurisdicional constitucional e a própria supremacia da Constituição Federal, a qual acaba sofrendo múltiplas interpretações e graus de aplicabilidade distintos.

Mesmo por isso, sobremodo nas ações que sobre as quais repousam debates sobre a inconstitucionalidade de leis, o Supremo Tribunal Federal tem procurado expandir os efeitos vinculativos de suas decisões, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Neste ponto, será conferido maior enfoque ao que tem sido denominado “abstrativização do controle difuso de constitucionalidade”¹¹¹, expediente em que, valendo-se de um caso concreto, o STF estende a decisão aplicada ao caso a todas as circunstâncias externas similares, também obrigando os órgãos hierarquicamente

¹⁰⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. O Efeito Vinculante na Jurisdição Nacional. p.104.

¹⁰⁹ Norma já revogada pela Emenda Constitucional n. 40, de 29-08-2003.

¹¹⁰ Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1/DF.

¹¹¹ Cf. FERREIRA, Gilmar Mendes *in: O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, V. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004.

inferiores à aplicação do precedente. Um fundamento, dentre outros, que corrobora tal visão está registrado na Emenda Constitucional n. 45/2004, mais precisamente no que tange a inserção do art. 102, §3º na Constituição Federal de 1988, consagrando-se o requisito de repercussão geral para os recursos extraordinários.

A partir desta alteração, anota Gilmar Ferreira Mendes que “tem-se mudança radical do modelo de controle incidental, uma vez de que os recursos extraordinários terão de passar pelo crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário¹¹².

Aliás, registre-se que o STF, em várias oportunidades já entendeu que o controle preventivo de constitucionalidade também pode ser realizado pela via difusa como, por exemplo, nas hipóteses em que o interessado impetra mandado de segurança em face de ato da Mesa da Câmara ou do Senado Federal asseverando a impossibilidade de se deflagrar ou se dar continuidade ao próprio processo legislativo, já que o seu próprio processamento desrespeita comando constitucional¹¹³. Ora, trata-se de nítida hipótese de controle preventivo difuso de inconstitucionalidade, mas que irradiará seus efeitos a todos os órgãos públicos e à própria sociedade.

Na seara repressiva, a ampliação do controle concentrado e o reforço atribuído às decisões nele proferidas, com eficácia *erga omnes* e força vinculante, suscita a necessidade de dispensar novo tratamento ao controle difuso de constitucionalidade¹¹⁴.

O STF, já ao longo de algum tempo, vem reconhecendo a eficácia geral de suas decisões de inconstitucionalidade, prolatadas em controle difuso, mesmo sem a intervenção do Senado Federal, conforme previsto na CF/88. Assim, vem ocorrendo o chamado “efeito transcendental dos motivos determinantes da decisão”, quando o STF confere efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas aos próprios fundamentos determinantes, dispensando-se no caso de diplomas

¹¹² In Curso de Direito Constitucional, p. 1.126.

¹¹³ Nesse sentido: MS 20.257, Re. Moreira Alves, RTJ, 99 (3)/1040

¹¹⁴ Em voto lançado na Reclamação Constitucional n. 4335-5/AC, ainda pendente de julgamento no STF, exarou o Min. Gilmar Ferreira Mendes: “Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta”.

legais semelhantes, a submissão da questão constitucional ao Plenário, podendo o próprio Relator do recurso, monocraticamente, solvê-la¹¹⁵.

Em verdade, o papel do Senado, nessa corrente, tem se limitado a dar mera publicidade às decisões do STF em sede de controle difuso, liberando-se aquele órgão do Judiciário das “amarras” do Poder Legislativo.

A prevalecer tal entendimento, o qual corrobora a verticalização do Poder Judiciário e a vinculação de todos os órgãos e pessoas públicas e privadas, somos partidários de nova reforma constitucional, excluindo a literalidade do art. 52, X da Carta Política, a fim de que a questão se torne de uma vez por todas pacificada.

Concordando com a postura concentradora do STF, Dirley da Cunha Júnior¹¹⁶ afirma ser “absolutamente compreensível se aceitar o efeito *erga omnes* de uma decisão do Supremo que, por simples liminar deferida em ação direta, suspende a eficácia de uma lei ou ato normativo, e não se admitir idêntico efeito quando, em decisão definitiva, declara a inconstitucionalidade no controle difuso ou concreto”.

De fato, ante as mais recentes técnicas de decisão que o STF vem reconhecendo e desenvolvendo no exercício do controle de constitucionalidade fica mais patente a total insuficiência e o anacronismo do instituto da suspensão senatorial.

De outro norte, o elemento em comum dessas orientações adotadas pelo Supremo é que o tribunal de cúpula, mediante interpretações criativas, tende a apropriar-se de competências que a Constituição Federal havia confiado ao Senado (daí a necessidade de se alterar a própria Constituição), aos legisladores dos vários entes federativos ou aos tribunais que realizam o controle difuso. Tais opções teóricas expressam a tentativa de monopolizar o controle de constitucionalidade.

Há, entretanto, o risco de se descharacterizar o sistema de organização do Estado e a tripartição dos poderes (distribuição de competências e sistema de freios e contrapesos), gerando um desequilíbrio entre os poderes, mesmo se forem motivados pela boa intenção da efetividade, celeridade e uniformidade das decisões jurisdicionais.

Destarte, uma análise mais crítica é o caminho a ser seguido pelos cientistas do direito diante da “atipicidade” das práticas normativas do STF.

¹¹⁵ É o que se pode aferir da decisão proferida no RE n. 384.521, Rel. Min. Celso de Mello, que, ao apreciar matéria relativa à progressividade do IPTU do Município de Belo Horizonte, conheceu e deu provimento, singularmente, ao recurso extraordinário em tela tendo em conta diversos precedentes oriundos do Estado de São Paulo.

¹¹⁶ O princípio do “stare decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal”. Leituras complementares de direito constitucional. NOVELINO, Marcelo (organizador). p. 418.

4 A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

4.1 Razões e meios de superação

Tratando-se de verticalização do “direito judicial”, conforme antes citado, preocupa verificar, com certa freqüência, a modificação dos entendimentos jurisprudenciais capitaneados, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal.

É que, se de um lado os enunciados jurisprudenciais definidos pelos tribunais superiores têm o condão de pacificar questões deveras instáveis e de um alto grau de complexidade, de outro, as mudanças de entendimento traduzidas em verdadeiras “viradas jurisprudenciais” acabam por trazer insegurança jurídica e mesmo social.

Tais mudanças de entendimento jurisprudencial podem ser definidas como alterações referentes aos comandos deônticos até então utilizados pela jurisprudência consolidada para solucionar casos idênticos, a despeito de não ter sido formalmente alterado o direito positivo aplicável.¹¹⁷ Assim, se determinado evento era considerado permitido pela jurisprudência e agora é tido como proibido ou vice-versa, está-se diante de uma alteração ou “virada” jurisprudencial.

Humberto Ávila¹¹⁸ adverte que a mudança jurisprudencial, em si, não necessariamente é ruim; ao contrário, pode ser boa, quando evidencia um melhor entendimento a respeito da matéria pelo Poder Judiciário, corrigindo equívocos de decisões anteriores, avaliando fato ou argumento não devidamente avaliado anteriormente. O próprio princípio da segurança jurídica não exige imobilidade e, sendo assim, não afasta a mudança jurisprudencial. A questão, porém, não é a mudança em si, mas os seus efeitos, os quais podem ser maléficos a uma série de direitos e garantias fundamentais.

¹¹⁷ Sobre o tema, a obra de ALCHOURRÓN e BULYGIN analisa problemas referentes ao “Universo de Casos”, aos “casos genéricos” e aos “casos singulares”, bem assim às soluções a cada um desses casos. Cf. ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas e sociales*. 4. Reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/457073921034927662565679/index.htm>.

¹¹⁸ In Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. p. 463-4.

Juliano Taveira Bernardes anota que é preciso verificar se, de fato, houve a consolidação de nova jurisprudência ou não; para tanto, aponta os seguintes critérios para tal averiguação: a) definitividade do pronunciamento; b) a confirmação do novo entendimento mediante decisões exaradas em casos posteriores pelos próprios Ministros da corte e suas turmas; c) o tempo decorrido entre a primeira e a última decisão que confirmaram o caso paradigmático¹¹⁹.

Contudo, não há no ordenamento jurídico brasileiro definição objetiva sobre a partir de quando uma jurisprudência pode ser considerada como consolidada ou não, ou a obrigação destinada aos tribunais superiores para que, em sede de fundamentação, apresentem especificamente as razões que levaram o tribunal à mudança de orientação e seus efeitos.¹²⁰ Ainda que em alguns casos constate-se expressa motivação nesse sentido, bem é verdade que em grande parte das hipóteses de alteração jurisprudencial, a mudança é repentina e “sem aviso”.

Interessa registrar que as alternâncias de jurisprudência, mormente no âmbito do STF, podem se dar em virtude do reconhecimento de que o entendimento anterior era equivocado, ocasião em que o órgão jurisprudencial retifica a orientação sobre a matéria sem que tenha havido efetiva alteração normativa, seja na lei ordinária ou na própria constituição; ou através da detectação de nova solução normativa ao caso, sem se excluir a pertinência ou a aceitação da jurisprudência anterior, em relação a certo espaço de tempo. Ou seja, a mudança no sentido da jurisprudência pode se dar também através da mutação constitucional ou mesma da alteração das normas infraconstitucionais aplicáveis¹²¹.

¹¹⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. “Viradas” de jurisprudência do STF e suas repercussões em casos similares. In *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. p. 179.

¹²⁰ A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol contém o seguinte dispositivo: “Art. 13. Quando uma Sala considere necessário apartar-se em qualquer ponto da doutrina constitucional precedente assentada pelo Tribunal, a questão será submetida a decisão do Pleno”. Todavia, autores como Fernández Segado sustentam que tal dispositivo vem sendo quase que ignorado pelo TC espanhol(Cf. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Los cambios de la jurisprudencia constitucional. Interesse Público, Rio de Janeiro, n. 42, p. 161-218, mar-abr/2007.) Destaca-se a seguinte passagem: “O Tribunal Constitucional espanhol, em seu quarto século de vida, introduziu notáveis câmbios jurisprudenciais, porém o fez, e este é quiçá o fator mais significativo e até surpreendente, de modo um tanto sub-reptício, e isso não só porque somente em raríssimas ocasiões o Tribunal recorreu de modo expresso ao procedimento previsto pelo artigo 13 da LOTC, em que pesem alguns daqueles câmbios haverem sido originados de suas Salas e em relação aos direitos fundamentais, senão também porque, como já indicado, as transformações jurisprudenciais têm tomado lugar de forma encoberta, ocultando-se sob projeções ou prolongamentos da doutrina anterior, gerando uma falsa aparência de estabilidade.” (*Ibidem*, p. 162.)

¹²¹ Como exemplo de alterações jurisprudenciais produzidas pelo STF, Juliano Taveira Bernardes cita algumas circunstâncias relevantes para a presente figuração: a) cancelamento da Súmula 394, a qual,

Prospectivamente, nos vários casos, ainda que não exatamente vinculativos a terceiros, geraram efeitos que afetaram em maior ou menor escala circunstâncias similares, tocando a perspectiva e a confiança que os jurisdicionados depositavam no Poder Judiciário.

Outro detalhe também chama a atenção: o fato de que, se a inovação perpetrada por jurisprudência superior toca matéria constitucional, estar-se-á diante de decisão judicial que muito provavelmente gerará efeitos *erga omnes*. Assim, a análise das repercussões concretas das superações das jurisprudências consolidadas passa, necessariamente, pelo exame dos efeitos temporais das decisões declaratórias de inconstitucionalidade.

Como herança do propalado caso julgado pela Suprema Corte dos EUA, *Marbury vs. Madison* (1803), o direito brasileiro reconhece a teoria da nulidade do ato inconstitucional, segundo a qual a decisão que decreta a inconstitucionalidade de um ato

por muito tempo, conferiu aos ocupantes de função pública foro por prerrogativa de função na apuração de infração penal, mesmo após a saída do cargo; a mudança de entendimento foi sustentada no InqQO 687/SP, reputando-se como motivo da referida proteção processual exclusivamente o exercício do cargo de modo que, cessada a função pública, o foro especial também deveria cessar; b) ao julgar o RE 197.917/SP, o STF alterou o entendimento antes tido acerca da fixação do número de vereadores: antes, o STF prezava pela autonomia municipal para a determinação mínima e máxima do número de vereadores, respeitada a regra do art. 29, inciso IV do texto constitucional; após, o STF cerceou a discricionariedade municipal, fazendo incidir rígidos critérios matemáticos para a fixação do número de vereadores; c) no julgamento do CC 7.204/MG, a suprema corte entendeu ser competente a Justiça do Trabalho para o julgamento de ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho, atribuição que, até então, cabia à justiça comum; d) caso emblemático foi a análise do HC 82.959/SP, circunstância em que o STF abandonou sua antiga interpretação do inciso XLVI do art. 5º da Constituição, para reconhecer a inconstitucionalidade do §1º do 2º da Lei 8.072/90, passando a permitir a progressão de regime em caso de condenação criminal por prática de crime hediondo; e) em outro HC, o de número 86.834/SP, o STF descartou o teor da súmula 690 para, então, entender ser competente para o julgamento do referido *writ* impetrado contra ato de magistrado de turma recursal de juizado especial, não mais o próprio STF, mas o tribunal local ao qual se encontra vinculado o juiz coator; f) outra importante virada pretoriana se deu com relação à interpretação de que a Constituição Federal proíbe a exigência de depósito recursal como requisito de admissibilidade de recurso no processo administrativo, elemento antes requerido pela administração pública como critério para a recepção de recursos, em consonância com anterior jurisprudência do STF; *in casu*, a “virada” se deu por ocasião do julgamento do RE 388.359/PE. Tal exposição tratou de reafirmar os incisos XXXIV, “a” e LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 como garantias fundamentais não mitigáveis pela prática de exigência de depósito recursal administrativo; g) no MS 26.129/DF, o STF discutiu o dimensionamento do imóvel rural não partilhado entre os respectivos herdeiros, também alterando sua posição quanto às consequências jurídicas da abertura de sucessão do titular de propriedade rural, no que se referem às dimensões da gleba a serem considerados para fins de reforma agrária; até então, com base no Estatuto da Terra, uma gleba, a partir do falecimento do proprietário e da divisão entre seus herdeiros, poderia ter sua classificação alterada para fins de reforma agrária, passando de grande propriedade rural para pequena propriedade, inviabilizando eventual reforma agrária; a partir do referido julgado, a corte constitucional definiu que a disposição do Estatuto da Terra não mais poderia ser usada como parâmetro de dimensionamento de imóveis rurais destinados à reforma agrária, passando o problema a ser solucionado pelo Código Civil.

normativo tão somente declara o vício, o qual já acompanhava o ato desde a sua formação. A natural consequência é que os efeitos dessa decisão retroagem e alcançam todas as repercussões jurídicas do ato viciado (efeito *ex tunc*).

Aliás, o próprio Hans Kelsen, que sempre defendeu teoria diversa (tese da anulabilidade), fez a seguinte concessão à tese dos efeitos retroativos da decisão em face dos casos concretos que ensejam a declaração de inconstitucionalidade: “Se o tribunal anulara a norma atacada – e só neste caso – a autoridade demandante não deveria aplicá-la ao caso concreto que deu origem à sua demanda, senão decidir se a norma – que é, de maneira geral, anulada pro futuro – não teria estado em vigor quando o caso se produziu. Esse efeito retroativo da anulação é uma necessidade técnica, porque, sem ele, as autoridades encarregadas da aplicação do direito não teriam interesse imediato nem suficientemente forte para provocar a atenção do tribunal constitucional”.¹²²

De fato, para subtrair a geração de efeitos do ato normativo inconstitucional em face das relações jurídicas por ele reguladas, a decretação de inconstitucionalidade precisa ser retroativa, afastando, inclusive, a formação de direito adquirido ou ato jurídico perfeito. Mesmo por isso, a doutrina constitucionalista imputa ao STF o papel de “legislador negativo”.

Entretanto, insta ressaltar que em alguns casos, a decisão declaratória de inconstitucionalidade não retroage integralmente; existem situações em que a eficácia retroativa da declaração é mitigada, seja pela impossibilidade de reverter consequências fáticas da aplicação do ato inconstitucional, seja pela preservação da própria segurança jurídica envolvida.

Imagine-se o caso em que o STF, após já ter demonstrado entendimento no sentido da constitucionalidade do ato normativo, passa a tê-lo como inconstitucional; imagine-se mais: que o ato normativo refere-se à lei penal, a qual, em variados casos, já foi aplicada e cumprida pelo condenado. De fato, a retroatividade de decisão declaratória de inconstitucionalidade, aqui, não seria o suficiente para abranger situações já consumadas. A saída não poderá ser outra: o reparo por perdas e danos¹²³.

¹²² Cf. *La garantía jurisdiccional de la constitución*. Trad. Rolando Tamayo y salmoran. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 89. (Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=31>. Acesso em 12 ago. 2011).

¹²³ Nesse sentido, é expresso o art. 182 do Código Civil. Cf. FIUZA, Ricardo, com a invalidação do ato negocial ter-se-á a restituição das partes contratantes ao *statu quo ante*, ou seja, ao estado em que se encontravam antes da efetivação do negócio. O pronunciamento da nulidade absoluta ou relativa requer que as partes retornem ao estado anterior, como se o ato nunca tivesse ocorrido. Se forma impossível que os contratantes voltem ao estado em que se achavam antes da efetivação negocial, por

Gustavo Zagrebelsky¹²⁴ aponta alguns exemplos de fórmulas de preclusão ou exaurimento (consolidação jurídica de posições de vantagem após determinado período de tempo), a saber: trânsito em julgado da decisão judicial, salvo se o reconhecimento da constitucionalidade tiver por fundamento determinante norma penal cuja invalidação retroativa possa favorecer o sentenciado; a prescrição, em relação a quaisquer discussões acerca da pretensão considerada prescrita; a decadência quanto ao exercício de determinada faculdade; a preclusão, propriamente dita, em se tratando de constitucionalidade de norma processual (*tempus regit actum*).

Na seara do direito tributário, por exemplo, vigora a tese de que a declaração de constitucionalidade de algum tributo não impede a prescrição da pretensão de restituir o que foi pago indevidamente pelo contribuinte. Da mesma maneira, fórmulas de exaurimento servem de importantes limites à aplicação retroativa de pronunciamentos do STF no caso de “viradas” de jurisprudência.

Observe-se aqui, entretanto, que decisões materialmente transitadas em julgado podem acabar sendo desconstituídas quando baseadas em ato normativo declarado constitucional pelo Supremo¹²⁵, através de ação rescisória ou se aplicando o teor do recentes artigos 475-L, parágrafo único e 741, parágrafo único, ambos do CPC, incluídos pela Lei Federal n. 11.232/2005, *in verbis*:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

(…)

não mais existir a coisa ou por ser inviável a reconstituição da situação jurídica, o lesado será indenizado com o equivalente. *In: Novo Código Civil Comentado*.

¹²⁴ La giustizia costituzionale. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 172. Porém, ZAGREBELSKY defende que a dimensão da retroatividade dos efeitos a declaração de constitucionalidade pode ser revista pelo legislador, mediante a redefinição dos contornos dos institutos da prescrição, da decadência e assim por diante (*ibidem*, p. 174).

¹²⁵ “Sendo a coisa julgada intimamente ao princípio da segurança jurídica, a interpretação restritiva do dispositivo é de rigor. Assim, a sua aplicação pressupõe a retirada da norma jurídica do ordenamento jurídico, providencia que é correlata ao controle concentrado de constitucionalidade ou, no exercício do controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal da atuação do Senado Federal, para os fins do referido dispositivo constitucional. A questão que se põe para exame, porém, é saber se a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo ou uma aplicação ou interpretação tidas por contrárias à Constituição Federal pode tirar juridicidade (ou, mais especificamente, a exigibilidade) de título executivo quando a decisão que o forma tiver transitado em julgado. A possibilidade de retroatividade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de constitucionalidade e em ações declaratórias de constitucionalidade (art. 27 da Lei n. 9.868/1999) não agrediria, nestas condições, a coisa julgada, protegida pelo inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal?” *In BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, p.477-478.

II – inexibilidade do título;

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

(...)

II - inexigibilidade do título;

(...)

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Calha registrar que o dispositivo sob comento não está imune a críticas, já que, a depender do seu manuseio, estará a ferir o primado da coisa julgada material e, consequentemente, da segurança jurídica. Assim, sua interpretação deve ser realizada de maneira restrita, admitindo-se a quebra da coisa julgada por inconstitucionalidade da norma que fundou a sentença judicial, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, tão somente enquanto houver oportunidade processual para tanto; diga-se: observância dos prazos para oferta da impugnação ao cumprimento ou para a interposição de embargos à execução¹²⁶.

Além da referida mitigação, não se pode passar desatento do preceituado no artigo 27 da Lei 9.868/99, repetido pelo artigo 11 da Lei 9.882/99, norma que prevê regra de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Por ela, está o Supremo autorizado a, excepcionalmente, fixar “outro momento” para a geração de

¹²⁶ Tramita perante o STF a ADI n. 3.740, de relatoria do Ministro Cesar Peluso, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual discute a validade dos dispositivos processuais supracitados frente à garantia fundamental da segurança jurídica, ação ainda pendente de julgamento.

efeitos de decisão de constitucionalidade em sede de controle concentrado. Assim, atendendo aos reclames do caso concreto, pode o STF limitar a retroatividade da decisão, dentro de determinado espaço temporal. Nesse sentido, a ADPF 33/PA julgou procedente o pedido, mas limitou o efeito retroativo da decisão à data da promulgação da atual Constituição, “sem se pronunciar sobre o período anterior”.¹²⁷

Além da retrospectividade relativizada, há outra preocupação que também precisa ser vista quando se fala em superação de precedentes: os efeitos prospectivos.

No Brasil, embora a retrospectividade da decisão que reconhece a constitucionalidade seja consequência da própria adoção da teoria da nulidade como regra geral, é possível conceber exceções a permitir que o ato decisório surta efeitos não retroativos e até *pro futuro*, conforme os aludidos artigos 27 e 11 da Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Lei da arguição de descumprimento de preceito Fundamental, respectivamente. Não obstante tratar-se de exceção, o permissivo relacionado aos efeitos prospectivos, tanto no controle concentrado de constitucionalidade, como no difuso, é de aplicabilidade cada vez mais comum, mormente pelo STF.

Interessante notar que os requisitos autorizadores da prospectividade de decisão judicial que faz controle de constitucionalidade são basicamente os mesmos relacionados às hipóteses de superação de precedentes, os quais sempre estarão conectados à segurança jurídica e ao interesse social.

No direito norte-americano, em referência feita no julgamento do caso *Chevron Oil C. vs. Huson* (1971), a Suprema Corte norte-americana identificou três fatores de ordem substancial que devem ser verificados pela decisão que opta pela tese da prospectividade no lugar da regra geral da retroatividade.¹²⁸

¹²⁷ Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 7-12-2005, DJU de 27-10-2006. Na ADPF 33/PA, o STF debateu se norma regulamentar estadual, que vinculava a remuneração de servidores de autarquia ao salário mínimo, foi recepcionada pela Constituição de 1988. Na ocasião, decisões reiteradas do Tribunal de Justiça do Pará aplicavam a norma para reajustar os vencimentos e proventos de ex-servidores com base no salário mínimo. Em sede liminar, o STF suspendeu todos os processos e os efeitos das decisões judiciais relacionadas à aplicação da norma. No mérito, julgou procedente a ação, por unanimidade, considerando que a norma não foi recepcionada em face do princípio federativo da Constituição de 1988. No caso, então, a ADPF tornou possível o controle concentrado de norma pré-constitucional perante a Constituição de 1988.

¹²⁸ Em tradução livre, eis a explicação acerca dos três famosos fatores identificados no caso *Chevron Oil Company vs. Huson* (1971): (a) primeiro, para ser aplicada de maneira não retroativa, a decisão precisa estabelecer uma nova diretriz normativa (*a new principle of Law*), seja porque importa na evidente superação do entendimento com base no qual as partes pudessem ter se baseado, seja por decidir; pela primeira vez, um ponto cuja resolução não havia sido ainda claramente vislumbrada; (b) segundo, devem ser ponderados, caso a caso, os méritos e os deméritos a envolver a norma em discussão,

A despeito do permissivo contido nos aludidos artigos 27 e 11 das leis que regulamentam o controle abstrato de constitucionalidade, é também verdade que o STF, sempre em prol da segurança jurídica, confere efeitos prospectivos a várias decisões exaradas em sede de controle incidental de constitucionalidade¹²⁹.

Além dos requisitos relacionados à segurança jurídica e ao interesse social, cumpre lembrar que também há requisitos de ordem formal, os quais devem ser observados para se atenuar a retrospectividade dos efeitos em caso de decisões judiciais que “virem” jurisprudência dominante.

A Constituição Federal de 1988 previu a chamada “cláusula de reserva de plenário”, ao prever em seu artigo 97 a necessidade de votação por maioria absoluta de seus membros ou dos membros dos membros do órgão especial do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo do Poder Público.

Quanto à aplicação de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, pairam dúvidas no que tange à exigência de quorum especial. Em matéria de controle abstrato de constitucionalidade, a questão foi expressamente respondida pelos já comentados artigos 27 e 11 das Leis 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente.

Entretanto, a questão se torna problemática no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, uma vez que inexiste legislação a respeito da necessidade de quórum especial para excepcionar a eficácia retrospectiva à declaração de inconstitucionalidade. Mesmo sabendo da possibilidade de existir posicionamento diverso, acompanhamos o raciocínio de Juliano Taveira Bernardes¹³⁰ que assim se referiu ao tema:

Contudo, não parece correta a criação analógica de quórum adicional no âmbito do controle concreto de constitucionalidade. Primeiro, porque, como se viu, o STF já consagrava exceções assim, no controle concreto, muito antes até da edição das Leis 9.868/99 e 9.882/99., e sem aplicar sequer a cláusula de reserva de plenário (RR. EE. 78.209/SP, 78.594/SP e 76.628/SP). Logo, se anteriormente não havia

analisando-se tanto sua história anterior quanto seus objetivos e efeitos, bem como se sua aplicação retroativa significaria avanço ou atraso; e (c) terceiro, cabe valorar-se a possível iniqüidade decorrente da aplicação retroativa da nova diretriz, já que a decisão do tribunal será capaz de produzir resultados substancialmente injustos se aplicada retroativamente, daí surgindo amplos fundamentos para adotar a tese da prospectividade como forma de evitar injustiças e dificuldades.

¹²⁹ Nesse sentido são o RE n. 197.917/SP, o MS n. 22.357/DF e o RE n. 442.683/RS.

¹³⁰ “Viradas” de Jurisprudência do STF e suas Repercussões em Casos Similares. p. 205-206.

lacuna no sistema jurídica que impedissem a aplicação excepcional da prospectividade, a analogia não tem vez. Segundo, porque mencionadas leis regulam hipóteses muito mais veementes de exceção, pois tratam de decisões que, proferidas no âmbito do controle abstrato, são dotadas de efeitos *erga omnes* e vinculantes, o que geralmente não ocorre no controle concreto. Daí o reforço da impertinência do raciocínio analógico. Terceiro, porque, se a nulidade do ato inconstitucional é princípio constitucional, a segurança jurídica e o interesse público também o são. Portanto, o balanceamento entre aquele princípio e estes dois outros não pode ser genericamente dificultado pela arbitrariedade adição de requisitos formais que não estejam previstos no sistema jurídico. Caso contrário, estaria consagrada a maior hierarquia normativa do princípio da nulidade, verdadeiro contra-senso em matéria de interpretação de normas constitucionais.

Assim, não há que se falar em requisitos formais adicionais relacionados à prospectividade de decisões que difusamente decretam a constitucionalidade de ato normativo, também não se exigindo quorum especial para a modulação decorrente da “virada” jurisprudencial, aplicando-se o mesmo raciocínio acima transcrito. Desta feita, basta haver votação por maioria simples na hipótese de inovação jurisprudencial.

Convém ainda registrar que, em regra, a prospectividade da decisão deve vir expressa nos fundamentos e dispositivo da decisão que assim atua, sob pena de se aplicar, seja no controle concreto, seja no controle abstrato, a eficácia *ex tunc* (teoria da nulidade). De igual forma, no caso de decisão pretoriana que altera entendimento jurisprudencial, eventual prospectividade também deverá ser expressamente constatada.

Há, entretanto, grande liberdade para os juízes, conferida pelo sistema jurisdicional brasileiro, para a aplicação de uma variada gama de tipos de prospectividade, ora se adotando o que ficou definido do paradigma jurisprudencial, ora estabelecendo regra específica para o caso concreto (desde que a decisão paradigmática não tenha efeitos vinculantes).

De todo modo, parte da doutrina sustenta críticas quanto à teoria da prospectividade, salientando que o juiz de ponderação mediante o qual se conclui pela necessidade de aplicar a suscitada teoria carece de maior objetividade, já que, em verdade, resta considerável margem de discricionariedade ao órgão julgador, sobretudo no que diz respeito à eleição dos fatores cuja estabilização se pretenda obter com a não-retroação da decisão.

Além disso, a metodologia aplicada pelo juiz no caso concreto deve apontar com boa segurança qual o “tipo” de prospectividade deve ser aplicado, seja se tratando de caso-paradigma ou casos similares. Nesse sentido, é preciso se preparar melhor o terreno para que os intérpretes e operadores do direito possam enfrentar situações complexas que versem sobre os efeitos da declaração inconstitucionalidade, bem como de viradas jurisprudenciais.

Nas palavras de Patrícia Perrone Campos Mello¹³¹, poder-se-ia afirmar, ainda, que a alteração de uma doutrina, em tais termos, levantaria indagações sobre a legitimidade do Judiciário e estimularia a litigiosidade, e que, por isso, o abandono de um precedente não se compatibiliza com as idéias de segurança jurídica, isonomia, legitimidade e eficiência que o sistema do *common law* visa a preservar.

Entrementes, a conclusão pode não ser exatamente esta, como se verá.

São variáveis as formas de intervenção do Poder Judiciário no processo de superação de um precedente jurisdicional, assim como as apontadas por Melvin Aron Eisenberg¹³²: o Tribunal poderá revogar integralmente um precedente, medida designada *overruling*; poderá apenas restringir o seu âmbito de aplicação, em favor de uma regra que lhe é posterior, através do *overriding*; e, ocasionalmente, por intermédio de um artifício denominado *transformation*, conferirá significado tão diverso a um comando, que, na verdade, ensejará implicitamente o abandono da norma original, sem assumi-lo explicitamente.

Overruling é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. Conforme esclarece Lenardo Greco, o próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*.¹³³ Assemelha-se à revogação de uma lei por outra, podendo ser expressa ou mesmo tácita.

A decisão que implicar *overruling* deve exigir como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente. Embora possam existir outros motivos, os mais comuns referem-se a quando o precedente se encontra obsoleto

¹³¹ In *Precedentes*. p. 234.

¹³² In *The Nature of the Common Law*. p. 35.

¹³³ GRECO, Leonardo. “Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança”. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: dialética, 2004, n. 10, p. 46.

e desfigurado; quando é absolutamente injusto e/ou incorreto ou quando se revelar inexequível na prática.¹³⁴

É possível que à substituição se dê eficácia *ex tunc (retrospective overruling)*, caso em que o precedente substituído não poderá ser invocado nem mesmo quanto a fatos anteriores à substituição, que ainda estejam pendentes de análise e julgamento pelos tribunais. Há ainda a substituição com eficácia *ex nunc (prospective overruling)*, quando a *ratio decidendi* do precedente substituído permanece válida e vinculante para os fatos ocorridos e para os processos instaurados antes da substituição, similar à modulação de efeitos expressamente autorizada no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Por fim, pode-se falar na *anticipatory overruling*, espécie de revogação preventiva, por órgãos inferiores, do precedente firmado por Corte superior, nos casos em que esta última, embora sem dizê-lo expressamente, altera o seu posicionamento quanto a precedente outrora firmado.

Faz-se mister distinguir o *overruling* do *overriding*, este verificável quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.

Veja-se que, sem se utilizar de tais expressões comuns na *common law*, mas por ela influenciado, o ordenamento processual brasileiro prevê técnicas de superação de precedentes judiciais como, por exemplo, a manifestação expressa de cancelamento ou revisão de súmula vinculante, nos termos do art. 103-A, §2º da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei n. 11.417/99¹³⁵.

Ponto alto do presente debate diz respeito em saber se a decisão que altera jurisprudência dominante (em processo específico de alteração de jurisprudência ou mediante evolução natural do pensamento de um tribunal) tem efeito *ex tunc*, de modo a

¹³⁴ Chama-se, na doutrina da *common law*, *overruling* a superação de um precedente, por se o entender equivocado ou ultrapassado. Baseado nas explicações de Reynolds, Marcelo Alves Dias de Souza esclarece que as cortes americanas acreditam que têm o poder de mudar seus pensamentos, banir casos desacreditados, desgastados pelo tempo, e tecer novas decisões na rede sem costura que é o Direito. Ainda segundo Marcelo Alves Dias de Souza, “não se pode esconder a verdadeira revolução que é o *overruling* no que diz respeito à matéria objeto do precedente revogado. Como explica Soleto, se levado às últimas consequências, ‘o *overruling* equivale a uma declaração pública, *coram populi*, de que todos os casos preecedentemente decididos sobre a base daquele precedente errôneo tinham sido na realidade decididos em contrário ao que na verdade se toma como verdadeiro Direito’”. In DIDIER JR., Freddie. Curso de Direito Processual Civil. vol. 3. P. 130-131.

¹³⁵ Ver Regimento Interno do STF, Título XIII, arts. 354-A a 354-G.

atingir fatos ocorridos anteriormente à mencionada mudança ou, ao contrário, tem ela eficácia *ex nunc*.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., cabe ao tribunal, com base no princípio da razoabilidade, modular os efeitos da decisão que altera um posicionamento consolidado na Corte. Isso porque a regularidade da jurisprudência, ainda quando não possua eficácia vinculante e obrigatória – e, por isso, não seja considerada, especificamente, como uma fonte formal do Direito –, gera consequências no plano fenomenológico: “no mínimo é provável que os particulares, leigos, confiando na informação proporcionada pelos peritos em Direito, venham a tomar medidas e propor determinados negócios jurídicos com base naquele direcionamento”.¹³⁶

Pensamos que o posicionamento adotado por referido autor é íntegro, já que o Poder Judiciário também está vinculado do princípio da não-surpresa, nome também outorgado ao princípio da confiança, o qual liga o administrado/jurisdicionado à Administração Pública e ao Judiciário, donde se extrai legítimas expectativas e se espera boa-fé.

Eis pertinente passagem de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Deveras, ao lume de princípios jurídicos fundamentais seria teratológico, em tais casos, que situações constituídas à sombra de entendimento firmado do Supremo Tribunal Federal e logicamente por numerosas decisões dos Tribunais em geral pudessem ser, ao depois, afetadas pelo fato deste, anos mais tarde, sem a ocorrência de fato novo, vir a modificar sua intelecção sobre a tese jurídica que dantes merecera seu agasalho. Não apenas o princípio da segurança jurídica, como visto, mas também o princípio da lealdade e da boa-fé e da confiança legítima se oporiam e do modo mais cabal possível a que uma mudança de orientação do Poder Judiciário na matéria viesse a ter tão gravosos efeitos”.¹³⁷

A conclusão a que chega Tércio Sampaio Ferraz Jr. não é diferente:

“Em nome do direito à segurança, que exige certeza e confiança, não se pode, pois, restringir o princípio da irretroatividade à lei

¹³⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Irretroatividade e jurisprudência judicial”; In: NERY JR., Nelson. CARRAZZA, Roque Antônio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Efeito *ex nunc* e s decisões do STF. São Paulo: Manole, 2007, p. 8.

¹³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Segurança Jurídica e mudança de jurisprudência”. In: Revista de Direito do Estado, n. 6, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 335.

como mero enunciado, devendo compreender a lei como sua inteligência em determinado momento. (...) A irretroatividade é, assim, do Direito e alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto”.¹³⁸

Com efeito, o art. 27 da Lei n. 9.868/99 e o art. 11 da Lei n. 9.882/99 admitem que o Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade de ato normativo, atribua à sua decisão eficácia coerente com a repercussão política e social da decisão que vier a proferir, podendo, para tanto, modular seus efeitos no tempo. Tal já era possível antes mesmo do advento dessas leis, conforme posicionamento adotado por aquela Corte Suprema. Assim, é possível, partindo de um raciocínio abdutivo, proceder a uma indução amplificadora dos preceitos legais, perquirindo-se o princípio que os informa. Aliás, percebe-se que tais preceitos encontram fundamento no princípio da razoabilidade.

Desse modo, se a alteração jurisprudencial – sobretudo se ocorrer no âmbito dos tribunais superiores, puder afetar a estabilidade das relações jurídicas formadas e construídas sob a égide de um velho posicionamento (princípio da segurança jurídica), é perfeitamente possível que o tribunal adote para o caso concreto, bem assim para aqueles pendentes de julgamento que se relacionem os fatos pretéritos, o entendimento já consolidado, anunciando, porém, para as situações vindouras a mudança paradigmática. Tudo no intuito de respeitar as legítimas expectativas que o posicionamento reiterado do tribunal haja incutido no espírito dos jurisdicionados.

O que se tem então é a chamada técnica da sinalização ou aviso (*signaling / caveat*), que foi desenvolvida pelos tribunais americanos como forma de refinamento da técnica do *prospective overruling* (superação com eficácia *ex nunc*), técnica também importada pela legislação brasileira sobre a sigla “modulação dos efeitos da decisão judicial”.

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que a modulação permite que medida restritiva de direitos e garantias fundamentais, mesmo manifestamente inconstitucional,

¹³⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Irretroatividade e jurisprudência judicial”. In: NERY JR., Nelson. CARRAZZA, Roque Antônio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Efeito *ex nunc* e suas decisões do STF. São Paulo: Manole, 2007, p.11.

seja aplicada por meses e, quem sabe, até mesmo por anos após ter sido declarada inconstitucional¹³⁹.

Em paralelo, há o entendimento de que a modulação é forma de aplicação da ponderação de valores constitucionais, o que a compatibiliza com a Constituição Federal, não havendo qualquer ofensa ao princípio da supremacia¹⁴⁰.

De todo o dito, Patrícia Perrone Campos Mello¹⁴¹ aponta pelo menos quatro hipóteses que podem servir de fundamentos para a superação dos paradigmas jurisprudenciais, a saber: a) verificação de precedentes contraditórios; b) a verificação de precedentes obsoletos em virtude das mutações sociais; c) a verificação de precedentes obsoletos em virtude de mutações jurídicas e d) precedentes equivocados.

No primeiro caso, é comum localizar na jurisprudência dos tribunais superiores decisões com divergência de votos, o que, em princípio, gera insegurança, já que, a despeito da publicação do dispositivo que resolva a questão, sua *rationale* é incerta, abrindo campo para discussões doutrinárias e mesmo no interior do Judiciário.

O segundo caso está relacionado com a própria evolução social e a necessidade que o direito tem em acompanhar suas alterações de comportamento e conduta; nesta hipótese de superação de precedentes, podemos fazer menção ao emblemático caso *Lochner v. New York*, conhecido como uma das decisões mais controvertidas da história da Suprema Corte Norte-Americana, ocasião em que uma lei do Estado de Nova Iorque, que limitara o número de horas da jornada de trabalho dos padeiros, ao argumento de que a medida constituiria uma indevida restrição à liberdade de contrato, dando-se início a um período que ficou conhecido como *Lochner Era*, durante o qual, sob invocação do aludido entendimento, o Tribunal Constitucional anulou sucessivas leis editadas com o objetivo de regulamentar as relações de trabalho.

Dois fatores tiveram substancial influência na superação de *Lochner*. O primeiro deles foi a Grande Depressão, uma grave recessão econômica que teve início

¹³⁹ Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99, TAVARES, André Ramos. ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores), São Paulo: Atlas, 2001. p. 163-4.

¹⁴⁰ No Recurso Extraordinário n. 197.917, Gilmar Ferreira Mendes afirma que o princípio da nulidade deve ser afastado se ficar demonstrado, com base em uma ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. Da mesma forma, Gustavo Binenbojm afirma que caso o Supremo decida pela aplicação da modulação, “estará ponderando valores e princípios de mesma hierarquia e igual dignidade constitucional” (In A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 185.

¹⁴¹ In Precedentes. p 237 e ss.

em 1929 e que persistiu ao longo de toda a década de 30, atingindo países do mundo inteiro, e os Estados Unidos com especial intensidade. Esta crise econômica, considerada a pior e a mais longa do século, gerou a compreensão de que a livre regulação de mercados era inapta a garantir *standards* mínimos de proteção aos trabalhadores e de que este problema repercutia sobre toda a sociedade.

Os efeitos negativos da Depressão atingiram seu ápice nos Estados Unidos em 1933, quando o Presidente americano Franklin Roosevelt aprovou uma série de medidas conhecidas como *New Deal*, que objetivaram regulamentar e recuperar a economia, bem como mitigar os danos sofridos. Ocorre, justamente, que a doutrina consolidada pela Suprema Corte durante a *Lochner Era* colocava-se no caminho de tais providências, tendo ensejado a declaração de inconstitucionalidade de importantes normas produzidas com tais fins.

Em relação às decisões da Suprema Corte, e aí está o segundo fator que atuou em prol da revogação do precedente, o Presidente Roosevelt propôs, em 1937, uma reforma na organização judiciária federal, que ficou conhecida como o *Court-Packing Plan*, pela qual poderia indicar seis novos juízes para o Tribunal Constitucional (que, obviamente, seriam escolhidos segundo a sua convergência ideológica com as medidas que pretendia implementar). A opinião pública se voltou contra o plano, considerando-o ditatorial e entendendo que ele atentava contra a independência do Judiciário. No entanto, justamente no mesmo ano, a Corte julgou *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, no qual, por uma votação bastante apertada, subitamente modificou seu antigo entendimento sobre a liberdade de contrato.

Na terceira conjectura, quanto à mudança de precedentes gerada por mutações jurídicas, vale dizer que a afirmação de normas e valores e seus aspectos finalísticos repercutem sobre o direito aplicável a novas circunstâncias que guardem relação com eles e promovem sua evolução, em razão do caráter sistemático e axiológico do ordenamento. A doutrina pode ter boa parte de influência neste campo.

A quarta hipótese, a de mutações jurisprudenciais causadas por precedentes equivocados, também acaba sendo fruto da evolução da própria jurisprudência, da doutrina e de fontes análogas, corrigindo eventuais distorções e erros da própria interpretação da norma.

Evidentemente, tais hipóteses de superação de precedentes jurisdicionais não afastam possíveis incidências de outras, que podem ou não surgir a partir da

ingerência de fatores outros, tais como política, economia, geografia, conjunturas internas e externas, etc.

4.2 Alterações jurisprudenciais: reflexos sobre situações já consolidadas

Tão relevante verificar quais as principais hipóteses de superação de precedentes, é ver os efeitos causados pelo fenômeno.

Perelman assinala a existência do “princípio da inércia”¹⁴², que obriga os juízes a justificar as modificações em sua jurisprudência. A responsabilidade que acompanha as determinações é uma garantia de permanência.

Como já firmado nesse trabalho, a alteração de posturas jurisprudenciais envolve uma tomada de posição a respeito de inúmeras questões correlatas, sobretudo a respeito do papel da jurisprudência enquanto fonte jurídica e as consequências de ordem prática de sua “virada”.

Embora a jurisprudência não exija sempre a reiteração de julgados coerentes nas suas conclusões, seu destaque, mediante súmulas correspondentes às posições consolidadas pelos tribunais em decisões transitadas em julgado, outorga-lhes maior confiabilidade quanto à estabilidade das orientações e posições pretorianas. Outrossim, a jurisprudência sempre deverá estar atrelada ao valor “segurança”, já analisada.

De outro norte, encontra-se a necessidade da jurisprudência não quedar-se engessada, insensível às alterações sociais, máxime tendo ela a função de flexibilizar os textos legais para adaptá-los à realidade cambiante da vida social. Assim, é verdade, as alterações jurisprudenciais acabam sendo uma exigência.

Quanto à fonte legal, a Constituição e a própria legislação ordinária expressaram a solução e o *modus* quanto às suas alterações. Com relação à jurisprudência, não há um parâmetro exato, o que enseja reflexões sobre seus efeitos.

Num clássico exemplo de direta influência sobre a legítima expectativa dos jurisdicionados, construída em face de jurisprudência consolidada no STF por anos, chamamos a decisão exarada no Recurso Extraordinário n. 353.657-PR, ocasião em que

¹⁴² Cf. PERELMAN, C.; OLBRECHTS TYTECA, L. *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*. Paris, 1958, p. 142; PERELMAN, C. *Justice and reasoning. Law, reason and justice. Essays in legal philosophy*. New York/London: G. Hughes, 1969, p. 208.

aquele tribunal, contrariando uma série de decisões colegiadas e monocráticas anteriores, exarou novo entendimento pró-fisco, negando a partir de então o direito do contribuinte do IPI de se creditar, nas operações tributadas com base em alíquota zero, dos valores recolhidos a esse título em operações anteriores.¹⁴³ Um dos fundamentos da decisão repousou justamente sobre o princípio da segurança jurídica quando, na realidade, o tribunal atentou contra a segurança colmatada na espera dos jurisdicionados, confiantes na orientação anterior.

Esse caso envolve justamente a alteração de jurisprudência consolidada, provocadora de situações merecedoras de um enfoque específico para se encontrar uma solução que, partindo de diversas premissas pertinentes à matéria, atenta aos legítimos interesses daqueles que serão afetados por esse fato, mormente aqueles que adotaram condutas amparadas pela jurisprudência ameaçada na sua subsistência.

Não há, contudo, qualquer garantia constitucional assegurando a intangibilidade das situações criadas ao abrigo da jurisprudência, na hipótese em que haja modificação na orientação até então adotada nos tribunais. Ademais, nenhuma norma assegura o engessamento da jurisprudência, considerando-se a incessante atividade jurisdicional e, ainda, a necessidade da jurisprudência adaptar-se, com maior rapidez do que a legislação, às inevitáveis mutações da vida social.

Então, a princípio, é de se advertir que inexiste direito, adquirido ou não, a uma determinada orientação jurisdicional ou à manutenção daquela já existente e consolidada, mesmo em hipóteses idênticas àquelas já contempladas e sedimentadas na tela pretoriana. Em verdade, isso acaba decorrendo do papel atualmente atribuído ao Judiciário, no sistema jurídico vigente, não mais restrito, como no passado, a uma atividade de mera subsunção legal, desvendando-se ao revés como uma função criadora do direito para o caso concreto.

Neste sentido, bem salienta Donaldo Armelin:

“É matéria cediça carecer a norma jurídica de condições para, por si só, adaptar-se às mutações sociais que envolvem o seu objeto. Disso decorre a necessidade dessa adaptação dessa adaptação realizar-se mediante uma exegese construtiva do seu

¹⁴³ “IPI. Insumo. Alíquota Zero. Creditamento. Inexistência do Direito. Eficácia. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produto Industrializados e do sistema constitucional brasileiro a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica. RE 353.657 PR, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio.

texto, que a mantenha rente aos fins para os quais foi gerada. Daí a aptidão da jurisprudência para outorgar àquela norma jurídica uma interpretação e sentido harmônicos com a sua finalidade, dentre outros igualmente invocáveis, conferindo aos primeiros o selo da autoridade judicial e a impositividade que disso resulta, mantendo-a adaptada às mutações operadas no tecido social. Por isso, mesmo passa a servir essa interpretação de diretriz para os operadores do direito e para os terceiros que, na busca de um posicionamento seguro no plano jurídico, a estes recorrem”.¹⁴⁴

No plano legal, com relação ao direito intertemporal, não são raros os conflitos também gerados pela revogação expressa ou tácita de uma norma jurídica e a geração de efeitos dos casos por ela regulamentos. Conforme expõe José Acir Lessa Giordani, invocando Paulino Soares de Souza Neto:

“(...) se as relações de direito formadas e legitimamente reconhecidas ao tempo da antiga lei, conservam o potencial bastante para produzir, além dos já produzidos sob o regime da lei nova, poderá esta modificá-los? E até que ponto poderá modificá-los? Ou será que a antiga lei, revogada, embora, continue a regê-los? Neste caso, até quando, em que medida sobreviverá em relação a eles?”¹⁴⁵

Resolvendo o conflito de leis no tempo, concorrem o critério da irretroatividade, não se aplicando a lei às situações jurídicas constituídas antes de sua vigência e o critério do efeito imediato, incidindo a nova lei a todas as situações concretizadas sob a sua égide. Note-se que tais critérios privilegiam o princípio da segurança jurídica e da própria boa-fé que devem nortear as relações e a atuação do Estado.¹⁴⁶

Nesta quadra, a redação do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil se aloca em perfeita sintonia com o próprio inciso XXXVI do art. 5º constitucional. A partir da intelecção do preceito legal, é possível afirmar que uma norma jurídica,

¹⁴⁴ ARMELIN, Donaldo. Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império da orientação superada. In RBDPro n. 70.

¹⁴⁵ Curso Básico de Direito Civil, p. 28.

¹⁴⁶ Nos Estados Unidos, a Constituição de 1787 veda a edição de leis retroativas de uma maneira geral (art. 1º, seção 9,1: “*ex post facto law*”) e proíbe aos Estados que elaborem leis que prejudiquem a obrigatoriedade dos contratos (art. 1º, seção 10. 1: “*law impairing the obligation of contracts*”). Na América Latina, à exceção do México, e não Europa, a regra da não-retroatividade é de nível infraconstitucional, podendo, mesmo, ser derrogada por legislação superveniente. (In BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o Novo Código Civil. In ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coordenadora). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009. p. 142.

excepcionalmente, só poderá atingir atos e circunstâncias anteriores, caso ela assim expressamente o preveja e desde que não haja quebra do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada¹⁴⁷. Outras exceções à irretroatividade ocorrem não raramente nas searas tributária e penal, nas hipóteses de edição de normas mais benéficas ao contribuinte ou ao agente infrator, circunstâncias que não serão aplicáveis ao campo das relações civis.

A análise é pertinente já que, na medida em que a produção jurisprudencial se aproxima da condição de efetiva fonte normativa, as regras relativas ao seu ordenamento e efeitos também devem ser assim interpretadas, realizando o que ousamos denominar “analogia cruzada”, ou seja, a utilização de critérios servientes a uma fonte de direito para outra. *In casu*, a regra da irretroatividade das normas jurídicas também pode ser aplicada quanto à geração de efeitos da jurisprudência, enquanto norma jurídica.

Outrossim, não é porque não se pode conceber uma atuação da função jurisdicional desvinculada de uma volatividade que lhe é própria, que tal dinamismo pode se afastar da segurança jurídica, a qual também precisa acompanhar a tarefa do Estado-juiz, sobretudo quando suas decisões forem de caráter coletivo. Assim como será assinalado, a segurança jurídica acaba sendo decorrência certa da confiança construída em face de uma orientação jurisprudência firmada.

Uma nefasta consequência para o jurisdicionado e para a sociedade como um todo poderia decorrer, por exemplo, da decretação de efeito *ex tunc* de uma decisão modificadora de jurisprudência, de forma a apanhar situações já aperfeiçoadas sob o âmbito da orientação jurisprudencial alterada.¹⁴⁸¹⁴⁹

¹⁴⁷ Nesse sentido, já decidiu o STF: “No sistema constitucional brasileiro, a eficácia retroativa das leis – (a) que é sempre excepcional, (b) que jamais se presume e (c) que deve necessariamente emanar de disposição legal expressa – não pode gerar lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. A lei nova não pode reger os efeitos futuros gerados por contratos e ela anteriormente celebrados, sob pena de afetar a própria causa – ato ou fato ocorrido no passado – que lhes deu origem. Essa projeção retroativa da lei nova, mesmo tratando-se de retroatividade mínima, incide na vedação constitucional que protege a incolumidade do ato jurídico perfeito. A cláusula de salvaguarda do ato jurídico perfeito, inscrita na Constituição Federal, art. 5º, XXXVI, aplica-se a qualquer lei editada pelo Poder Público, ainda que se trate de lei de ordem pública. Precedentes do STF” (STF, Ag. 251533-6/SP, re. Min. Celso de Mello, v.u., j. 25.10.99, publ. DJU 23.11.99, p. 32-3).

¹⁴⁸ Exemplo real desta discrepância jurisprudencial com geração de efeitos retroativos foi a decisão do STF sobre a extinção do crédito-prêmio do IPI no RE nº 577.348-5/RS, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, em virtude de declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica, ocasião em que se trabalhou os seguintes pontos: quais os efeitos provocados sobre as normas vigentes anteriormente ao dispositivo legal decretado inconstitucional? E quando apenas parte da norma é tida por inconstitucional? Quais os efeitos sobre o crédito-prêmio da declaração de inconstitucionalidade da

Outrossim, o mesmo preceito que resguarda a aplicação da lei de modo, em regra, irretroativo, deve resguardar a aplicação da jurisprudência também em sentido não retroativo, preservando as situações consolidadas. A despeito de não haver norma específica nesse sentido, o princípio constitucional da segurança jurídica deveria ser suficiente para tanto.

Aliás, não só a irretroatividade, tão marcante no direito positivo ordinário, mas a própria *vacatio legis*, instituto regrado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – DL n. 4.657/42 –, por analogia, devem ser empregados às decisões jurisdicionais, sobretudo as dos tribunais superiores. Afinal de contas, qual a serventia da irretroatividade e da *vacatio legis* senão o prestígio à segurança das relações e das condutas?

Neste sentido, bem-vindo foi o art. 27 da Lei Federal n. 9.868/99, já examinado, ao possibilitar justamente a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo prevalecer justamente a segurança jurídica, conforme comentado em capítulo anterior. Nesta hipótese, podemos verificar que o legislador chega a colocar questões de segurança jurídica acima da própria gravidade que víncio de inconstitucionalidade pode ensejar.

Cite-se, aqui, de passagem, o art. 100 do CTN brasileiro, que também em submissão à boa-fé e confiança, veda parcialmente a retroeficácia da orientação fiscal modificada, assegurando a exclusão de penalidades, da cobrança de juros de mora e da atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, no caso de observância, pelo contribuinte das normas complementares das leis tributárias, quando tais ainda se encontravam em vigor.

Voltando ao art. 27 da lei que regulamenta a ADI, raciocinamos no sentido de que tal diretiva pode e deve ser aplicada não somente em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, mas também em face do controle difuso e mesmo

delegação de competência ao Ministro da Fazenda para extinguir o incentivo, contida nos Decretos-leis 1.724/79 e 1.894/81? Os Decretos-leis 1.658/79 e 1.722/79, que previram o dia 30 de junho de 1983 para a extinção do crédito-prêmio do IPI, estariam revogados pelos Decretos-leis 1.724/79 e 1.894/91, mesmo com a inconstitucionalidade da referida delegação neles contida? Em consequência disso, o crédito-prêmio do IPI, instituído pelo Decreto-lei 491/69 estaria em pleno vigor, após 30.06.1983, sem prazo fixado para extinção?

¹⁴⁹ Panorama do caso in <http://www.conjur.com.br/2009-ago-13/relator-ricardo-lewandowski-credito-premio-ipi-acabou-1990>

em questões em que não haja, de modo direito, um confrontamento de constitucionalidade¹⁵⁰.

A orientação é escorreta, já que a difusão ou a concentração do controle de constitucionalidade diz respeito tão somente a uma técnica de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, prestando-se em última análise a idêntico objetivo. Destarte, embora reportada a situações excepcionais, esta circunstância não esgarça o reconhecimento da necessidade de obstar a retroatividade irrestrita dos efeitos da decisão que as declara como contrárias ao texto constitucional. De igual sorte, a modulação dos efeitos quanto à hipótese de alteração de jurisprudência dominante, também haverá de ser considerada.

Aproximando-se desta conclusão, pode-se acrescentar ainda que aos atos perfeitos e acabados sob a égide de uma lei, cuja interpretação vigente orientava uma prática, não deve se submeter a uma nova formatação interpretativa, carreada pela reviravolta jurisprudencial, já que o próprio ato jurídico perfeito também se encontra constitucionalmente respaldado.

Não se adquire direito contra a lei. Mas, na hipótese de alteração da jurisprudência, aquelas condutas lastreadas no entendimento jurisprudencial dominante e reiterado quando de sua efetivação não afrontam qualquer lei, revelando-se, ao revés, harmônicas com esta, tal como resultou de sua interpretação pelo órgão judiciário ao qual se atribuiu a competência para tanto. Logo, quem age de acordo com a lei, ainda que passível de interpretações diversas, mas com fundamento na interpretação predominante na ocasião, merece a tutela jurisdicional de sua conduta pautada rigorosamente pelos parâmetros definidos na jurisprudência remansosa. A variação da orientação pretoriana já consolidada não deve atuar em seu desfavor, até porque não tem o terceiro, que nela confiou, como impedir sua alteração.¹⁵¹

¹⁵⁰ Nesta rota, constata-se que singram alguns julgados da corte maior, como no RE nº 197.917-8/SP, com destaque para trecho do voto do Ministro Cesar Peluso, *in verbis*: “(...) mas, ao acompanhar S. Exa., faço-o nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes que, em eruditas, perspicazes e largas razões, mostrou a compatibilidade de uma limitação temporal dos efeitos de uma pronúncia de constitucionalidade no controle difuso, com nosso sistema constitucional. De fato, se a CF legitima tal limitação no controle abstrato, não tem como não legitimá-la em concreto, pois no fundo, as técnicas de controle servem ambas, com caráter alternativo e consequências próprias, adequados a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional. A variedade dos instrumentos ou dos métodos não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz de constitucionalidade das leis. A regra de nulidade, enfim, cede apenas a razões e coerência sistemática e de coerência jurídica, ditadas por situações excepcionais, como a do caso”.

¹⁵¹ ARMELIN, Donald. Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império da orientação superada. In RBDPro n. 70.

Também como visto, a própria súmula vinculante do STF não escapa à possibilidade de alteração ou revogação; contudo, a própria Lei Federal n. 11.417/06 previu em seu art. 4º idêntica hipótese de modulação de efeitos prevista para as ações diretas de controle.

Enfim, circunstâncias que já se encontram consolidadas e que legitimamente geram eficácia, a nosso ver, não podem ser feridas pela mutação jurisprudencial, ainda que em sede de controle de constitucionalidade, mormente quando o que se encontra em jogo a proteção da segurança jurídica no domínio das relações sociais (art. 5º, XXXVI da Constituição Federal) e em hipóteses especificamente abordadas pelo texto constitucional¹⁵².

Mister advertir, outrossim, que a Constituição Federal de 1988 também prevê hipótese de retroatividade expressa, como no caso do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

De qualquer forma, o termômetro de decisão sobre a retroatividade ou não residirá deveras na máxima proteção aos direitos fundamentais eventualmente debatidos.

Ao relacionar o princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade, Cármen Lúcia Antunes Rocha conclui:

“Os princípios constitucionais são aplicados harmoniosamente, para o que se impõe a sua ponderação no momento de sua aplicação. Logo, se o desfazimento ou a declaração de nulidade da decisão comprometer mais ainda outros princípios constitucionalmente consagrados, tais como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade ou de qualquer um dos que se põem no sistema vigente, não se há de dar o resultado nulificador, porque o que se colheria seria o oposto do direito fundamental à segurança jurídica e ao acatamento do princípio da constitucionalidade de todos os provimentos estatais e de todos os comportamento sociais.

O fundamento constitucional autônomo – e os princípios fundamentais dotam-se exatamente desta autonomia que autoriza a sua aplicação isolada dos demais – é suficiente para impor a manutenção do julgado terminativo do processo, mesmo quando um outro, também supedâneo da decisão final transitada em julgado, tenha sido declarado inconstitucional, porque se tem, de qualquer sorte a busca de concretização dos fins sociais a que se deve submeter o Estado-juiz,

¹⁵² São exemplos: a proteção da liberdade do indivíduo contra a aplicação retroativa da lei penal, contida no art. 5º, XL, assim como a proteção do contribuinte contra a retroatividade perseguida pelo fisco, constante do art. 150, III. “a”.

bem como o respaldo jurídico do *decisum*, o que, por si, desautoriza o seu desfazimento ou a declaração de sua nulidade”.

Impera, neste sentido, a prevalência da segurança, conduzida por um direito que não aspira uma imutabilidade absoluta, mas um padrão de confiabilidade e certeza.

4.3 Segurança jurídica

Assim como ocorre em outras categorias do direito, não é tarefa das mais fáceis a conceituação de segurança jurídica, tema que, na verdade, há muito é tratado pelo homem e que se insere não em um ramo jurídico, mas como categoria de interesse da Teoria Geral do Direito, conforme escólio de Jorge Amaury Maia Nunes:

“ (...) a segurança jurídica não se reduz nem se limita a essa perspectiva até porque, se assim ocorresse, não haveria como forrar-se à crítica certeira de que isso transformaria o Direito numa forma de placitar tanto o poder ilegítimo quanto a violência. Assim, e sem que isso represente qualquer espécie de acomodação acadêmica, para os fins deste livro deve ser dissociado o conceito de segurança jurídica do direito estatal, ou de qualquer vertente das chamadas escolas formalistas do Direito.”¹⁵³

O direito, como hoje existe, é um sistema racional, criado pela sociedade ocidental, com a função de prevenir e solucionar conflitos. A justiça é, nesse sistema, uma exigência fundamental, porque sem ela não há verdadeira e definitiva eliminação do conflito. Sem entrarmos pelo terreno difícil da filosofia, parece não haver dúvida de que a obtenção da paz social na prevenção e solução de conflitos, criando ou concretizando normas, impõe a consideração das expectativas sociais.

Não age adequadamente para a obtenção de seus fins um direito que faça irracionalmente alterações abruptas e suas normas e comandos, tumultuando o ambiente social em que os sujeitos atuam e planejam suas atividades.

Do ponto de vista da teoria da norma, há, entre as notas características do estado de direito, a garantia de o Poder Legislativo deve respeitar o direito adquirido, o

¹⁵³ In Segurança jurídica e súmula vinculante. p. 84.

ato jurídico perfeito e a coisa julgada – três figuras com nítidos contornos no ordenamento brasileiro. Da proibição de os preceitos normativos atacarem estes três grupos de fenômenos jurídicos, extrai-se a idéia geral da irretroatividade da norma jurídica, que, como se percebe, não é total, mas limitada, como preceitua o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal.

Sobre o tema, ensina Antônio Junqueira de Azevedo:

“Ora, o mesmo ideal de certeza e segurança, ainda que limitado às figuras previstas na Constituição da República, deve ser transposto para situações em que a norma de comportamento, se constante e pacífica (jurisprudência), é preceito emanado do Poder Judiciário. A jurisprudência é fonte do direito. É verdade que, na “*civil law*”, ao contrário do que ocorre no direito anglo-americano, não se costuma incluir a jurisprudência como fonte de direito. É preciso, porém, distinguir; às vezes, as decisões são de tal importância ou de tal Constância que entram a fazer parte ou da cultura ético-jurídica ou do “direito costumeiro”; nesses casos, a jurisprudência, sem qualquer dúvida, é fonte de direito. Larenz cita, no direito alemão, como de direito costumeiro, os casos de responsabilidade pré-contratual (*culpa in contrahendo*), do direito geral de personalidade e da indenização pecuniária para lesões a direito de personalidade, todos três, criações pretorianas (“*Metodologia*”, trad. Espanhola, p. 433). Desses casos, observamos que o primeiro e o último também são “direito costumeiro” no Brasil. O “novo” Código Civil, por exemplo, ainda não traz previsão expressa de responsabilidade pré-contratual, mas quem negará sua existência no nosso sistema jurídico? E a indenização em dinheiro pelo dano moral? Uma jurisprudência reiterada, pacífica, por outro lado, ainda que não seja “direito costumeiro” passa também a fazer parte dos dados utilizados pelos sujeitos de direito para tomar suas decisões. Dessa forma, essa jurisprudência (reiterada, pacífica) é fonte não-formal, mas também é fonte de direito. Ela permite aos jurisdicionados obter, através da orientação dos tribunais, uma regra sobre como agir”.¹⁵⁴

E arremata:

“Sendo o direito um sistema com função social, não são, pois, somente as leis (que são parte do direito, mas não, todo o direito), que não podem confiscar direitos adquiridos mas também toda espécie de comando integrante do sistema. Uma alteração de jurisprudência reiterativa somente pode, por respeito “as situações consolidadas,

¹⁵⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Nulidade parcial de ato normativo. Certeza e segurança jurídica diante de alteração de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público. In Revista Trimestral de Direito civil – RTDC, Ano 6, vol. 24, out. a dez. de 2005. p. 164.

atingir os fatos posteriores à reviravolta (*revirement*) das decisões. Seus efeitos devem ser *ex nunc*¹⁵⁵.

Para Sérgio Ferraz, o princípio da segurança jurídica, ou da estabilidade das relações jurídicas, impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição¹⁵⁵. O autor chega a vislumbrar a segurança jurídica como um superprincípio jurídico, determinante da existência do próprio ordenamento jurídico, não se coadunando com a instabilidade gratuita, ainda que uma irregularidade tenha sido sua razão.

Neste sentido, complementa o administrativista que “muitas vezes o desfazimento do ato ou da situação jurídica por ele criada pode ser mais prejudicial que sua manutenção, especialmente quanto às repercussões na ordem social”.¹⁵⁶

Ora, são a segurança jurídica e a boa-fé as principais pautas principiológicas do devido processo legal e da atuação do próprio Estado, não podendo se admitir que, por exemplo, a Fazenda Pública postule a desconstituição de decisão administrativa que “tão somente” desgrade os interesses de um ou mais de seus órgãos diretos ou indiretos. Tal conduta representaria, em última instância, verdadeira *venire contra factum proprium*.

Além da indubitável presença do princípio da segurança jurídica no texto constitucional de 1988, inscrito na literalidade do *caput* do artigo 5º do referido diploma e em seu inciso XXXVI, a Lei do Processo Administrativo tratou de ressaltar o preceito em ao menos dois dispositivos: no art. 2º, XIII, ao impedir alteração de ato ou situação jurídica por força de aplicação retroativa de nova interpretação do texto legal; e no art. 55, ao determinar a convalidação de decisões proferidas com vícios sanáveis, que não acarretem lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros.

Vista a questão da superação dos precedentes, a resposta à delimitação do impacto gerado por tal conduta do judiciário, frente às relações públicas e interindividuais passa necessariamente pelo exame do princípio constitucional da segurança jurídica, enquanto garantia fundamental dos administrados e jurisdicionados à estabilidade dos parâmetros jurisdicionais.

¹⁵⁵ FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo. p. 94.

¹⁵⁶ FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo. p. 95.

A segurança, em variados sentidos, pode ser apontada como um elemento constante na vida e na preocupação humana, refletida, inclusive, por alguns dos expoentes do pensamento social e filosófico de múltiplas épocas e recorrente em passagens do próprio direito positivado pelo homem. Lembre-se, por exemplo, da ligação estabelecida por Cícero entre direito e “certeza” – *omnia sunt incerta quae a iure decessum est*;¹⁵⁷ na mesma linha, um pouco adiante, Tomás de Aquino já defendia a definição de lei estipulada por Isidoro de Sevilha em *Etimologia*, segundo a qual “a lei deve ser honesta, justa, possível conforme a natureza, apropriada aos costumes do país, conveniente ao lugar e ao tempo, necessária, útil, claramente expressada para que, na sua obscuridade, não se oculte algum engano, sendo instituída não para fomentar um interesse, mas para utilidade comum dos cidadãos”¹⁵⁸

Outrossim, é no Estado moderno que a segurança adquire seu mais alto grau de consideração e tratativa pelo próprio homem. Hobbes já assinalava que “a segurança é o fim do Estado, ou o motivo de os homens se submeterem a outros”.¹⁵⁹ É justamente nesta esteira que caminharam importantes documentos político-jurídicos, tais como a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Constituição Francesa de 1793, bem como o próprio movimento de codificação que se seguirama este período, em “superação” ao casuísmo próprio da *Common Law*.

Fica evidente que tal cenário é de extrema serventia aos interesses burgueses, os quais foram impulsionados pela força argumentativa ministrada pelo iluminismo e pelo positivismo legalista, sempre tendo como pano de fundo a segurança jurídica proporcionada pela aderência a um sistema positivado, o qual, em última análise, era fomentado pela proteção à liberdade e à propriedade privada.

Luis Rodolfo Vigo¹⁶⁰ analisa didaticamente algumas posições jurídicas acerca da segurança jurídica, as quais são reproduzidas de modo sucinto:

- a) Negativistas ou céticas: pertencem a este grupo os que ignoram, desconfiam ou rejeitam a segurança jurídica; politicamente, é possível lembrar das críticas marxistas à segurança, que associam a mesma ao egoísmo burguês e

¹⁵⁷ CÍCERO. *Epistole ad familiares*. IX, 16,3.

¹⁵⁸ Suma teológica, I-II, c. 90, a.4

¹⁵⁹ HOBBES, T. Leviatã. Cap. XVII.

¹⁶⁰ In Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. p. 268-273.

à necessidade da “polícia”; do ponto de vista jurídico, J. Frank e o próprio Hans Kelsen também criticaram a pretensão de que cada norma geral admite tão somente uma solução tal qual a postula “a jurisprudência tradicional para manter o ideal da segurança jurídica”¹⁶¹.

b) A segurança jurídica como valor principal: tal posição reflete quase que absoluto antagonismo em relação à primeira, pregando a segurança jurídica como bem valiosos a ser alcançado pelo direito e pela própria justiça; a segurança seria vista como signo distintivo da civilização; autores de peso como Gustav Radbruch¹⁶², Recasens Siches¹⁶³ e Cornelutti¹⁶⁴ podem ser alocados neste quadro.

c) A segurança jurídica como valor autônomo ou específico: autores como García Maynez fazem uma distinção entre bem comum, justiça e segurança jurídica, propalando que a última tem objeto que lhe é próprio, não se misturando com o fim da justiça; referido autor confere à segurança jurídica o designo de ordem, conhecimento e orientação das normas jurídicas, bem como a confiança de que as mesmas seriam realizadas, o que vinculava a segurança jurídica à eficácia do direito.

d) Assimilação da segurança jurídica à justiça: nessa linha, encaixam-se aqueles que identificam a segurança jurídica com a própria justiça, negando-lhe especificidade. Fundamentado nos ensinamentos de Tomás de Aquino, Carlos Ignácio Massini afirma que “esta dignidade da justiça geral, que subordina os atos das restantes formas de justiça ao bem comum, é a única capaz de justificar e dar razão de instituições tais como a prescrição aquisitiva OUA cosa julgada. Não existe, portanto, uma multiplicidade de valores jurídicos; somente a justiça pode ser forma ou valor do direito”¹⁶⁵.

e) A segurança jurídica como valor anexo ou adjetivo da justiça: aqui, a segurança jurídica pode ser concebida como valor adjetivo aos valores que compõem a justiça, não se confundindo com a mesma, tampouco se

¹⁶¹ Teoria Pura do direito. p. 356.

¹⁶² Nesse sentido: RADBRUCH, G. *Filosofía del derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, p. 96.

¹⁶³ Em mesmo sentido: RECÁSENS SICHES, L. *Vida humana, sociedad y derecho*. México: Porrúa, 1952, p. 225.

¹⁶⁴ Também nesse mesmo sentido: CARNELUTTI, F. *La certeza del derecho*. In: AA.VV. *La certeza del derecho*. Buenos Aires: Ejea, 1958.

¹⁶⁵ MASSINI, C. I. *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, p. 319.

afastando dela, o que evitaria o uso ideológico e substantivizado do termo. Tomada como qualidade, a segurança jurídica pode levar ao melhoramento do direito a partir de sua especificidade, sem que sobreviva de forma independente da justiça.

Com a concepção de segurança jurídica como valor adjetivo ao da justiça, Rodolfo Luis Vigo dá sequência ao seu discurso, assinalando que o homem tem uma ampla liberdade para definir o que é direito, liberdade essa que também não é ilimitada e que deve se atrelar a um mínimo de justiça. A justiça, por sua vez, admite níveis mais ou menos intensos, o que também acaba afetando o direito em seu dimensionamento; é justamente neste contexto que se inscreve a segurança jurídica, a qual representa fator decisivo para se estabelecer o melhor ou o pior do direito; sem embargo da extrema valia da segurança para o direito, ela não deixou de ser característica accidental para o mesmo. Didaticamente, poderíamos imaginar a existência de um ordenamento jurídico carente de segurança, fato que certamente lhe conferiria uma extrema imprevisibilidade e incerteza nas relações, nas que não lhe retiraria a ontologia do direito (referido ordenamento não deixaria de ser um ordenamento jurídico). Subjetivamente, tal ordenamento sucumbiria, em um dado momento histórico, aos reclames da sociedade para que fosse a ele imprimidos critérios de maior segurança e previsibilidade. Destarte, vários são os critérios e juízos que não só podem como devem equipar o direito, todos relacionados à segurança jurídica¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Mais uma vez, reverencia-se o jurista argentino Rodolfo Luis Vigo, quem materializa tais critérios em vários exemplos, tais como: a) determinação geral e não casuística de direitos, deveres e permissões: aos operadores do direito devem ser postas regras gerais que permitam um tratamento igualitário a todos os casos igualitários, bem como um satisfatório grau de previsibilidade quanto às condutas e efeitos; b) promulgação das regras jurídicas: tal critério está amplamente vinculado com as vias de publicidade do direito e a possibilidade de conhecimento prévio dos seus destinatários; no direito brasileiro, pode-se citar a *vacatio legis* insculpida no artigo primeiro do Decreto-lei nº 4.707/42 – Lei de Introdução ao Código Civil – como norma destinada a conferir maior segurança às relações, partindo-se do pressuposto do conhecimento da norma jurídica; caso a promulgação das regras jurídicas por algum motivo estejam perturbadas, prejudicado também estará o seu cumprimento; c) acesso fácil e permanente ao determinado juridicamente: exige-se satisfatória publicidade não somente no momento da criação da regra jurídica, mas permanentemente, a fim de que seus destinatários a acompanhem sua aplicabilidade, eventuais mutações, geração de efeitos, etc. Registre-se que em Estados com superabundância de normas, como no caso brasileiro, o desenvolvimento de mecanismos que permitam ao cidadão conhecer o teor e a correta interpretação das normas jurídicas é fator indispensável para a segurança jurídica; d) compreensão das determinações jurídicas: para que possua eficácia, a norma necessita de ser bem redigida, de ser compreensível; o que se coloca em jogo aqui é justamente a redação da norma jurídica, a qual deve bem refletir a capacidade do emissor (legislador) transmitir de forma inteligível a mensagem ao receptor; e) estabilidade das disposições jurídicas: um constante quadro de alterações das normas e instabilidade quanto aos seus comandos não corrobora a segurança

jurídica; aqui, não nos referimos apenas ao legislador enquanto editor de normas gerais, mas aos próprios juízes, autores de jurisprudência persuasiva ou vinculativa que são e, de igual sorte, necessitados de aval dos precedentes jurisdicionais que estão; f) cumprimento possível e fácil das normas: quanto mais oneroso e difícil se tornar o caminho para o cumprimento das condutas jurídicas prescritas, menos efetiva será a norma; assim, no próprio raciocínio de Norberto Bobbio, deve a norma prover não somente a sanção em caso de descumprimento, mas as consequências premiais ou positivas para o caso de cumprimento da norma pelo seu destinatário, o que estimularia sobremodo a observância dos dispositivos normativos; g) resolução dos conflitos jurídicos por terceiros imparciais: esta exigência refere-se ao plano das normas individuais ditadas pelos juízes, através das quais superasse as incertezas e indefinições muitas vezes presentes nas relações sociais; nesta seara, é forte fator de segurança jurídica a constituição da coisa julgada, sem a qual a sensação de incerteza e indefinição se perpetuará; h) facilidade de acesso aos juízes: a acessibilidade ao Judiciário ou ao órgão que lhe faça as vezes, como já afirmado neste trabalho, é garantia fundamental não pode ser mitigada; não basta a constituição de órgãos mediadores ou definidores dos conflitos de interesse, sendo fundamental a via larga de acesso aos mesmos; i) resolução dos conflitos no tempo oportuno: além da existência de juízes e dos instrumentos de acessibilidade aos mesmos, faz-se necessária a tempestividade e a eficiência das decisões. Aqui, a principal crítica é quanto à morosidade. Um direito que se prolonga indefinidamente no tempo, por mais que seja ao final concedido, já compromete a segurança e a oportunidade da decisão; o estabelecimento e o efetivo cumprimento de prazos é fator de segurança jurídica; j) possibilidade de defender pretensões ante os juízes: trata-se de critério também vinculado aos juízes, mas distinto dos anteriores, na medida deve também se oportunizar aos participantes da relação conflituosa a garantia de bem colmatar suas pretensões e demonstrar o direito almejado; a resolução justa da questão depende da totalidade de informações, argumentos e elementos de prova manuseados pelos interessados; k) justificação das normas jurídicas: não se trata de mera motivação ou razões explicativas para norma (individual ou geral), mas nota justificadora serviente para se compreender a decisão e também para valorá-la, aceitando-a como boa ou correta; assim, além da legitimação subjetiva da norma (calcada na legitimação do próprio órgão que a elabora), faz-se mister uma legitimação objetiva, fundamentada na legítima habilitação da norma para ser atendida; l) modos previstos de criação e revogação das normas: num ordenamento, é de extrema relevância se reconhecer previamente a quem ou a qual órgão está delgada a função criadora, revogadora ou modificadora da norma jurídica; a matéria, então, trata de competência, elemento também importante para a segurança jurídica; m) eficácia das normas jurídicas: o cumprimento das normas jurídicas é elementar exigência para a verificação da segurança; uma norma ineficaz é uma norma morta ou em processo de mortificação; deve haver uma congruência entre o que pretende a norma jurídica, a conduta dos seus destinatários e o aparato disponível para a realização forçada da norma; é de extremo prejuízo ao ordenamento a verificação da existência de normas em absoluto ignoradas, sem que haja reação jurídica compatível; n) existência no direito de um poder coercitivo: na ausência de cumprimento voluntário, a norma requer a presença de força ou poder coercitivo garantidor da observância das suas disposições; ainda que tal concepção corresponda a uma visão tipicamente positivista do direito, é certo que o mesmo não pode subsistir sem que seja aparelhado por instrumentos de força e coerção, também responsáveis pela maior segurança jurídica das relações; um direito que dependa à exclusividade da voluntariedade de seus destinatários, por mais que exista, peca em eficácia e, sobretudo, em segurança; o) poder político determinado democraticamente: o Estado é quem exerce o monopólio da força, sendo ainda a principal fonte de produção de normas jurídicas; a legitimidade dessas normas, então, aparece com base na legitimidade do próprio sujeito ativo como sujeito universal; um poder político que não seja democrático, que não esteja em consonância com a maioria, torna suas decisões jurídicas frágeis, ineficazes e inseguras; p) tratamento jurídico igualitário: a segurança pede que a igualdade de situação corresponda à igualdade nos direitos ou nos deveres, salvo razões de justiça material que justifiquem abandonar tal exigência; trata-se mesmo de igualdade formal, tratamento igualitário dos destinatários do direito perante o próprio; q) capacidade suficiente de respostas do direito vigente: para a maior segurança, reclama-se também intenso trabalho da ciência do direito para a melhor aplicação do direito, não somente no aspecto subsuntivo mas, sobretudo, de modo crítico, contando com regras e princípios harmonizados; a aplicação de um princípio a um caso concreto, especialmente em *hard cases*, demanda do julgador o uso não de critérios fixos (estes que são inexistentes), mas um balanceamento, em que se ressalta a ideia de “peso” de um princípio. Em Ronald Dworkin, não somente inexistem estes critérios

Todos estes são critérios objetivamente necessários ao desenvolvimento da segurança jurídica, aumentada na medida em que haja maior previsibilidade jurídica ou conhecimento prévio sobre a reação do direito, caso o seu destinatário haja desta ou daquela maneira.

Tal análise é de relevo, já que constantes alterações das normas e de atos jurisdicionais vinculantes, sem a observância das exigências anotadas, representa, na verdade, abalo ao sistema de segurança do direito.

A preocupação com a segurança jurídica deve perpassar não só os processos de interpretação das normas, tendo em vista o entretempo jurídico, mas também o processo de formulação daquelas, tomando-se em consideração, sobretudo, a relação norma-ciência jurídica-concepção de Estado. É certo que o conteúdo da normatividade em si pode traduzir o estágio da ciência jurídica e a concepção do Estado, mas não é menos certo que a forma de cometimento da vontade estatal no processo de formulação, transformação e legitimação das normas constitui elemento de compreensão e leitura do sistema jurídico como um todo, razão pela qual a proceduralidade legislativa, conquanto vertido à construção da idealidade política, encontra necessário e inafastável abrigo nos domínios do Direito.

Em verdade, a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro já há muito previu regra literal quanto à impossibilidade de retroatividade da norma jurídica, nos termos do *caput* do seu art. 6º, *in verbis*:

fixos que consistam a formulação de uma racionalidade abstrata sobre os princípios, como também não há nada no pensamento do filósofo estadunidense que autorize a identificar qualquer tipo de hierarquia entre os próprios princípios. Valendo-se de princípios, ainda que em detrimento da centralidade e do predomínio da lei, amplia-se a capacidade de resposta do ordenamento jurídico, ainda que neste contexto o trabalho do operador do direito seja maior, e não o de simples subsunção do fato à norma; r) visão sistemática do direito vigente: há uma tênue distinção deste critério com o anterior; além da consideração e da interação dos princípios com as regras jurídicas, deve-se reformular sistematicamente o conjunto de normas e princípios que constituem o direito vigente; trata-se de tarefa científica que deve compreender o direito como algo único, coerente, hierárquico, econômico e pleno; avançar-se-á para a segurança jurídica na medida em que os operadores do direito tenham clareza e mesma noção de todo o sistema, sobretudo para a resolução de conflitos; s) disposição cidadã ao cumprimento de seus deveres: nas sociedades onde há uma maior grau de conscientização quanto ao cumprimento dos deveres e das condutas impostas pelo direito, paira, com certeza, um maior grau de segurança; ao direito não está reservada a exclusividade da conformação da conduta humana, de modo que valores sociais, éticos e morais também devem pautar as relações sociais, também incrementando a segurança das mesmas; t) existência de uma moeda estável: a influência da economia nas relações jurídicas é latente, já que à boa parte das mesmas razão está arraigada a precificação e a troca por moeda; desta maneira, um câmbio estável e uma moeda valorizada também contribui sobremodo para a segurança jurídica, reduzindo espaços para atuações meramente especuladoras.

“A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

A relação do citado dispositivo com o princípio da segurança jurídica é bastante estreita, de modo que, quando se fala em “irretroatividade da lei”, está-se, na verdade, cuidando da “irretroatividade do direito”¹⁶⁷. Assim, a segurança jurídica deve alocar-se na base do “comportamento jurisprudencial”, a fim de que o poder-dever dos tribunais fixe a eficácia temporal de decisões que eventualmente surpreendam os jurisdicionados, quando mudar orientação jurisprudencial já tida por sedimentada.

Aliás, como dito alhures, o princípio da segurança jurídica também encontrou guarida expressa no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, norma que objetivou vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da administração pública, anseio evidenciado no inciso XIII do mesmo artigo.

Segundo Elival da Silva Ramos, a vedação de retroatividade de nova interpretação para garantir a segurança jurídica proíbe a aplicação dos novos padrões interpretativos “a efeitos jurídicos passados de atos pretéritos, praticados em consonância com interpretação administrativa assente ao tempo de sua edição e que se revelem viciados à luz da intelecção superveniente do texto base.”¹⁶⁸

De qualquer forma, a idéia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. Daí por que se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a não-adoção de cláusulas de transição poderá configurar omissão legislativa inconstitucional grave¹⁶⁹.

Aliás, ao lado da inconstitucionalidade por ação (Art. 102, I, a, e III, a, b e c, da CF/88), tem-se, desde o advento da Carta de 88, a inconstitucionalidade por omissão (Art. 103 e §§ 1º, 2º e 3º, da CF/88). A inconstitucionalidade por omissão (ou negativa) resulta, grosso modo, da inércia ou do silêncio de qualquer órgão de poder, que deixa de praticar, ou pratica apenas em parte, ato exigido pela Constituição¹⁷⁰.

¹⁶⁷ CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança Jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. p. 30.

¹⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. A valorização do processo administrativo. O poder regulamentar e a invalidação dos atos. In: SUNDFIELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guilhermo Andrés (Coord.). As leis do processo administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91.

¹⁶⁹ MENDES, Glimar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. p. 532

¹⁷⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança Jurídica e Eficácia das Alterações Jurisprudenciais. p. 38

Para José Joaquim Gomes Canotilho, a superioridade hierárquica da Constituição revela-se em três perspectivas, a saber:

“(...) (1) as normas do direito constitucional constituem uma “Lex superior” que recolhe o fundamento de validade em si própria (“autoprimalia normativa”); (2) as normas de direito constitucional são “normas de normas” (“norma normarum”), afirmando-se como fontes de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias, etc.); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes políticos com a constituição”¹⁷¹.

Paralelamente à análise do princípio da segurança jurídica em específico, calha transcrever-se passagem de Norberto Bobbio, ao discorrer sobre princípios e normas:

“Os princípios são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os argumentos são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas, então, servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”¹⁷²

José Manoel de Arruda Alvim foi sobremodo feliz ao observar que “[...] os princípios exercem uma função de orientar e amarrar a ordem jurídica, mostrando-a íntegra, virtualidades que auxiliam o entendimento do intérprete e manifestam a unidade do sistema jurídico”.¹⁷³

Mais a mais, é fato que, em virtude forte grau de abstração, as normas contidas na Constituição, sobretudo aquelas que esposam princípios que possuem como

¹⁷¹ Gomes Canotilho JJ. Direito Constitucional. 1991; p. 414

¹⁷² BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Santos MCCL. 1989; p. 158-9

¹⁷³ ALVIM, José Manoel Arruda. Direito das Coisas. p. 195, no prelo.

objeto os direitos fundamentais, não são dadas de forma pronta e acabadas; ao contrário, são construídas ao longo do tempo e do espaço, justamente para que se amoldem de forma a alcançar situações não objetivamente prescritas, mas espiritualmente atreladas à norma.

Neste sentido, a lição de Claus-Wilhelm Canaris: “os princípios necessitam, para a sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio”.¹⁷⁴

José Joaquim Gomes Canotilho também aloca o princípio da segurança jurídica dentre aqueles imprescindíveis ao próprio Estado de Direito. Nesse prospecto, o jurista português trata do instituto comutativamente com o princípio da proteção da confiança dos cidadãos, afirmando que:

“O homem necessita de segurança jurídica para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como um dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”.¹⁷⁵

Dentro do tema, pode-se ainda vincular a segurança jurídica e a confiança que nela está aderida aos atos produzidos pelo Estado-legislador (proibição das normas retroativas), pelo Estado-juiz (inalterabilidade do caso julgado) e pelo Estado-administração (estabilidade dos atos decididos).

De interesse para a presente análise, cumpre vislumbrar a proteção da segurança jurídica relativamente aos atos jurisdicionais, o que também podemos fazer sob dois aspectos: a) o primeiro relacionado com o instituto da coisa julgada ou definitividade das decisões judiciais, especialmente pela exclusão da possibilidade de recurso ou pela irretratabilidade da decisão da relação material controvertida; b) o

¹⁷⁴ CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. p. 96.

¹⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 257.

segundo atrelado à 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, segunda a sua 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.¹⁷⁶

O pensamento apresentado por José Joaquim Calmon de Passos é a de que o magistrado, numa democracia, nem é o deus que alguns ingenuamente pensam que são, nem monarcas soberbos ou semideuses que olham de cima para baixo, com desprezo ou piedade, o restante dos mortais. Nem os senhores absolutos, que muitos desejam ser, mas um servidor indispensável e qualificado a quem se defere a delicada, difícil e desafiadora função de garantir um máximo de segurança para os integrantes do grupo social no avaliarem as consequências dos conflitos em que se envolverem, buscando sempre e incansavelmente lograr o máximo de coerência entre as expectativas que o direito positivo colocou para os que interagem na sociedade e as soluções que lhes darão, quando fracassarem as instituições sociais nessa tarefa.¹⁷⁷

A segurança jurídica também pode vislumbrada conforme o princípio da legalidade, quando determina genericamente que as pessoas só podem ser obrigadas a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei (art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988) e que, no caso da legalidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988), restringe a ação estatal aos limites dos comandos normativos, para a segurança da sociedade como um todo.

Em precioso voto, o Ministro Gilmar Mendes já defendeu preponderância do princípio da segurança jurídica em face da nulidade do ato normativo inconstitucional.¹⁷⁸

¹⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 265.

¹⁷⁷ PASSOS, J. J. Calmon de. O Magistrado, Protagonista do Processo Judicial? Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), nº 24.

¹⁷⁸ AgRg no AI 582.280/RJ (*Informativo STF*, 442/2006): “O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual ‘the unconstitutional statute

Em julgamento do, o STF também decidiu que a Corte “pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*”¹⁷⁹.

Destarte, as decisões judiciais que eventualmente estabeleçam mudança de paradigma nos tribunais brasileiros devem vir acompanhadas de nova e imponente fundamentação jurídica e, inarredavelmente, fazer expressa referência às situações anteriores, a fim de que direitos e interesses antes amparados não sejam simplesmente expurgados da expectativa social. Tais exigências decorrem diretamente da caracterização das decisões judiciais como normas gerais de conduta, na medida em que os preceitos de segurança que regem a transitoriedade do direito posto, também devem permear a transitoriedade da jurisprudência.

is not law at all”, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação ‘ainda constitucional’, deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o ‘apelo do legislador’ e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados. Afinal, como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em um dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e *ipso jure* a lei, com todas as consequências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado? Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se admitir, também aqui, a aplicação da teoria da nulidade *tout court*? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, como já se verificou entre nós. Ou, ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação. Essas questões – e haveria outras igualmente relevantes – parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). Configurado eventual conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação. O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio”.

¹⁷⁹ CC 7204/MG. Rel. Min. Carlos Brito.

Nesta linha trilha emblemático julgado do STJ: trata a hipótese de admissão ou não de medida cautelar para liberação de recurso especial em instância *a quo*. Historicamente, o STJ sempre admitiu a interposição da medida emergencial para tal finalidade, cristalizando sua jurisprudência nesse sentido. Contudo, na Medida Cautelar de n. 2.454-RJ, publicada no DJU de 13/03/2000, de relatoria do Min. César Asfor Rocha,¹⁸⁰ houve a expressa superação do entendimento firmado, o que, por óbvio, interferiu na legítima expectativa já depositada naquele sodalício. Na oportunidade, passou o tribunal a afastar a hipótese de medida cautelar para admitir tal somente o famigerado recurso de agravo de instrumento.

Entretanto, o que compensa a leitura do julgado, na quadra do que aqui se defende, é a escorreita postura do tribunal, ao estabelecer uma espécie de modulação para os efeitos da decisão, determinando prazo fixo para que, a partir de então, as medidas cautelares deixem de ser aceitas.

Sem embargo da ausência de expressa previsibilidade legal, tal decisão fez preponderar o princípio da segurança jurídica, impondo novo paradigma sem se descuidar das circunstâncias contrárias (contudo, legítimas) à época existentes.

4.4 Boa-fé objetiva do Estado-juiz e proteção da confiança

Ao se especificar “boa-fé objetiva”, faz-se mister então distinguí-la da boa-fé subjetiva, a qual não se refere a um princípio, mas sim um estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na

¹⁸⁰ "...concluo que a Medida Cautelar não é meio processual adequado para se decidir sobre se deve ou não incidir a regra contida no §3º do art. 542 do Código de Processo Civil, mas, sim, o agravo de instrumento. [...] Contudo, tendo em conta que já há algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça admitindo o manejo da Medida Cautelar para esse fim de liberar o processamento do recurso especial que ficou retido, bem como em face das muitas dúvidas reinantes na comunidade jurídica sobre qual o procedimento a ser adotado contra a mencionada decisão de retenção – se Medida Cautelar, Reclamação ou Agravo de Instrumento –, para não causar surpresa nem prejuízo genericamente às partes e aos advogados, deve-se admitir, em tese e nos seis primeiros meses do ano de 2000, o manejo de Medida Cautelar para esse fim, se antes não houver definição pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Por isso, e só por isso, é que transponho esse óbice e continuo a apreciar a Medida Cautelar...".

aparência, de modo que a pessoa se encontra em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio¹⁸¹.

De outra ponta, o princípio da boa-fé objetiva compreende um modelo de eticização de conduta social, *standard* jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte, correspondendo a verdadeira tradução de confiança.

A despeito da cláusula da boa-fé objetiva possuir comum desenvolvimento das relações negociais, não se pode olvidar que os deveres de conduta dela decorrentes, dentre os quais participam a proteção, a lealdade e o esclarecimento, também são aplicáveis na relação Estado-juiz x cidadão.

Afirme-se, outrossim, que tais concepções não podem passar despercebidas ao Poder Judiciário quando da alternância de paradigmas jurisprudenciais, mormente quando se está diante de visível efeito vinculante dos modelos decisórios.

Uma questão que se coloca refere-se ao possível antagonismo advindo da superação de um precedente judicial: afinal, os valores e razões que sustentaram a adoção de um *stare decisis* são compatíveis com aqueles que determinaram a sua suspensão?

De se imaginar que, neste caso, os jurisdicionados que confiaram em um julgado vinculante e que fizeram opções com base nele seriam surpreendidos por sua revogação; que aqueles que tiveram seus casos apreciados à luz do entendimento anterior receberiam tratamento diverso dos demais, que terão suas demandas julgadas de acordo com a nova decisão; que, em última instância, o princípio constitucional da igualdade estaria sendo violado.

Desta feita, não pode o legislador ou o Poder Público em geral, incluindo o Judiciário, como já se tem afirmado, fazer tábula rasa das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo, sem também ferir o princípio da segurança jurídica.

Em geral, associam-se aqui elementos de variada ordem ligados à boa-fé da pessoa afetada pela medida, a confiança depositada na inalterabilidade da situação e o decurso de tempo razoável.

Tanto é verdade que, em sede de direito constitucional-administrativo, o STF possui reiteradas decisões no sentido de rejeitar a possibilidade de revogação ou

¹⁸¹ In ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. p 79.

anulação de atos administrativos sem a observância do direito ao contraditório e à ampla defesa, ou em razão de decurso de tempo razoável, e têm proclamado a subsistência de atos concretos a despeito da declaração de constitucionalidade de lei que lhes dava base legal.¹⁸²

Atrelada à segurança jurídica, a qual precisa permear o processo de superação dos precedentes, é necessário tratar, ainda que brevemente, da boa-fé objetiva que, de igual sorte, deve acompanhar os atos praticados pelo Poder Público, incluindo o Judiciário.

A boa-fé é noção que, desde o mundo romano, se firmou predominantemente do direito privado, quer no sentido subjetivo, tal como aparece, por exemplo na posse *ad usucaptionem*, quer no sentido objetivo, que começa a ser modelado nas *actiones bonae fidei*, e que diz respeito à lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente. Nessa segunda acepção, de boa fé objetiva, foi ela recebida no Código Civil Alemão, notadamente nos famosos §§ 242 e 157, o que abriu para que outros códigos civis igualmente a acolhesse, como dá testemunho, por último, o novo Código Civil Brasileiro, nos arts. 113 e 422.¹⁸³

De modo inovador, a análise do direito e dos atos que são públicos pode ser levada a efeito por meio de previsão normativa de cunho privado, como o Código Civil, quando trata dos negócios jurídicos. É que tais normas podem ser de natureza privada, mas a principiologia que as fundamenta também lhes é anterior, possuindo uma amplitude bem mais ampla. São máximas que devem ser observadas não somente nas relações privadas, mas também nas relações de natureza pública. Na verdade, pode-se afirmar que a boa-fé é tema que aloca na teoria geral do direito¹⁸⁴.

Em todas essas diversas situações a boa fé objetiva cuida do disciplinamento ético do comportamento dos contratantes, um em relação ao outro. O que se pode afirmar é que as partes, tanto nas tratativas (responsabilidade pré-contratual) como na consumação e na execução (responsabilidade contratual), bem como na fase posterior de

¹⁸² MS 24.927/RO, Rel. Cezar Peluso, *DJ* de 25-08-2006; MS 24.268/MG, Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 17-9-2004; RMS 24.699/DF, Rel. Eros Grau, *DJ* de 1º-7-2005; RE-ED/PR, 351.489, Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 9-6-2006; RE 452.721, Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 3.2.2006.

¹⁸³ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99). In Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 2.

¹⁸⁴ Fala-se, aqui, por exemplo, dos artigos 113, 187 e 422, todos do Código Civil de 2002, cujos teores fazem expressa referência à boa-fé nas relações jurídicas.

rescaldo do contrato já cumprido (responsabilidade pós-obrigacional), sujeitam-se aos ditames da boa-fé objetiva como fator basilar da interpretação do negócio e da conduta negocial. “Dessa forma, avalia-se sob a boa-fé objetiva tanto a responsabilidade pré-contratual, como a responsabilidade contratual e a pós-contratual. Em todas essas situações sobreleva-se a atividade do juiz na aplicação do direito ao caso concreto”, porque não encontrará apenas na norma legal o tipo normativo a aplicar ao caso concreto, mas terá de descer até aos usos e costumes locais para definir a eticidade e, consequentemente, a licitude do comportamento dos contratantes, e ainda para bem definir o conteúdo da relação obrigacional.¹⁸⁵

Emilio Betti anota que:

“de este criterio de buena fe, la ley hace una amplia aplicación o propósito de la posesión. Así el art. 1147 y siguientes consideran la posesión de buena fe y establecen los efectos jurídicos de Ella derivados. Según el art. 1147 (*), lo que caracteriza también a la buena fe es um estado psicológico que se funda em la ignorância de dañar um derecho ajeno, de ingerirse em la esfera de la intereses de outro; ignorância, merced a la cual, el comportamiento es correcto, mientras que, sería incorrecto si tuviese conocimiento de la realidad, en cuanto que, implicaría uma consciente ingerência indebida em la esfera de intereses ajenos”.¹⁸⁶

Essa influência da boa fé estende-se também ao direito público, podendo ser percebida muito marcadamente nos contratos e na responsabilidade pré-negocial do Estado.

Pois é substancialmente essa mesma concepção de que, nas relações jurídicas, as partes nelas envolvidas devem proceder corretamente, com lealdade e lisura, em conformidade com o que se comprometeram e com a palavra empenhada (*a fides como fit quod dicitur* da definição ciceroniana) que, em última análise, dá conteúdo ao princípio da segurança jurídica, pelo qual, nos vínculos entre o Estado e os indivíduos, se assegura um nível de previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas

¹⁸⁵ THEODORO JR., Humberto. Boa-fé e processo –princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz.

¹⁸⁶ In Teoría general de las obligaciones. Tomo I. p. 76.

impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado.¹⁸⁷

Salienta Antônio Junqueira de Azevedo que:

“(...) no quadro da tutela da confiança que a boa fé determina, elaborou-se, ao que parece desde Azo, passando por Bártolo e Baldo, uma máxima dotada de grande valor para a justiça material, segundo a qual a ninguém é permitido agir contraditoriamente, causando dano a outrem que confiou justificadamente no comportamento anterior. Trata-se da figura própria da boa fé objetiva denominada de *venire contra factum proprium*, que veio da expressão completa da glosa: *venire contra factum proprium nemo conceditur* - a ninguém se autoriza vir contra um fato próprio. Como já asseveramos: a expressão *venire contra factum proprium* consubstancia o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior; há quebra da regra da boa fé porque se volta contra as expectativas criadas – em todos, mas especialmente na parte contrária. É figura jurídica – ao que parece, medieval – mas tem estado presente de forma cada vez mais intensa no direito civil dos últimos cem anos”.¹⁸⁸

A *venire contra factum proprium* (também denominada “teoria dos fatos próprios”) é tese que reiteradamente vem sendo empregada pelos tribunais brasileiros.¹⁸⁹

Em último grau, o Estado, também através do Poder Judiciário não deve frustrar a legítima expectativa do jurisdicionado, primando pela boa construção de suas decisões judiciais, especialmente nas hipóteses de superação de precedentes, quando há de se elaborar, no próprio julgado, prudente norma de transição e prospectividade, a fim

¹⁸⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso: em 15 de Abril de 2011.

¹⁸⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Nulidade parcial de ato normativo. Certeza e segurança jurídica diante de alteração de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público. In Revista Trimestral de Direito civil – RTDC, Ano 6, vol. 24, out. a dez. de 2005. p. 168.

¹⁸⁹ Já em 1998, decidia o STJ: “Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa fé. Atos próprios. Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei nº 6.766/79. A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento. Sabe-se que o princípio da boa fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram” (STJ, Resp. 141.879/SP, j. 17/03/1998, DJ 22.04.1998).

de que circunstâncias já sedimentadas pela jurisprudência e demandas em curso não sofram os efeitos negativos da inversão.

Assim, temos que se o jurisdicionado age legitimamente guiado pela orientação manifesta pelos tribunais, sobretudo tribunais superiores, modificada a jurisprudência, seus efeitos têm de ser para o futuro, ainda que a natureza da decisão judicial seja declaratória, como ocorre nas decisões que reconhecem a constitucionalidade ou a ilegalidade da norma.

No campo tributário, por exemplo, onde a vinculação dos precedentes se mostra ainda mais evidente, justamente pelo fato de que as demandas repousam quase que exclusivamente sobre debates jurídicos, a boa-fé objetiva do jurisdicionado contribuinte caracteriza-se por seu planejamento alinhado com a jurisprudência dos tribunais superiores. Não estaria de acordo com o espírito constitucional apenar-se o contribuinte porque fez planejamento tributário, praticou atos com repetição tributária, obedecendo a jurisprudência predominante no momento, somente porque o tribunal alterou o seu entendimento relativamente àquele ponto. Outrossim, a nova interpretação não pode ter efeitos retroativos.

Entretanto, conforme adverte Nelson Nery Jr.¹⁹⁰, na seara tributária, não tem sido incomum do procedimento do fisco em ajuizar ações rescisórias para desconstituir decisão de mérito transitada em julgado sob o julgamento anterior do tribunal, alegando que a jurisprudência mudou, conduta que, em alguns casos, tem sido albergada pelo Judiciário em detrimento do direito já consolidado do jurisdicionado.

Destarte, boa-fé objetiva, da qual também precisa se valer o Estado, garante a validade e a eficácia dos atos praticados sob fundamento na jurisprudência anterior.

Importa registrar ainda que a boa-fé e a proteção da confiança em caso de mudanças jurisprudenciais abarcam graus de aplicação, conforme o efeito vinculativo que se empreste à decisão paradigmática. Veja-se que o sistema brasileiro, também por influência da escola anglo-saxã, comporta vários níveis de vinculatividade; assim, quanto maior o nível, maior zelo se espera do órgão jurisdicional na confecção dos fundamentos do julgado e na expressão quanto à sua abrangência e efeitos¹⁹¹.

¹⁹⁰ NERY JR., Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. p 91.

¹⁹¹ A título de exemplo, um enunciado de súmula editado por um tribunal superior tem, necessariamente, um alto nível de vinculatividade e permanência, enquanto que uma decisão isolada de um órgão fracionário de um tribunal local, apesar de poder servir de parâmetro, não possui força vinculativa. A súmula vinculante, no caso brasileiro, seria o exemplo máximo do maior grau de vinculação.

A proteção da boa-fé e da confiança em caso de mudança jurisprudencial recebe de Humberto Ávila¹⁹² uma análise indicadora de alguns meios pelos quais deve ser efetivada, mormente quando a decisão modificadora não puder dar conta da variedade de situações eventualmente existentes e a decisão judicial relativamente a um processo em curso quando da ocorrência da modificação jurisprudencial também não puder avaliar a existência de atos concretos de disposição baseados na decisão modificada, a saber: regras formais gerais de transição fixadas pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo, para permitir que os contribuintes que confiaram na orientação abandonada possam se adaptar ao novo entendimento; regras materiais gerais de transição firmadas pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo afastando os efeitos retroativos para aqueles contribuintes que possam comprovar a prática de atos de disposição vinculados à decisão modificada; decisões individuais específicas tanto do Poder Judiciário quanto do Poder Executivo em processos ou em procedimentos destinados especificamente a comprovar, com instrução probatória adequada, a existência de efetivos atos de disposição de direitos fundamentais causalmente vinculados à orientação jurídico-prescritivas.

No caso do jurista gaúcho, a referência se contextualizou no direito tributário. Entremes, não há impedimento contra a afirmação de que regras explícitas de transição devem ser criadas, inclusive pelo legislador, para a regulamentação de situações de transição ocasionadas por guinadas jurisprudenciais, prestigiando-se o princípio da confiança e a boa-fé objetiva do Estado-juiz.

¹⁹² Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. p. 494.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise do tema proposto, ainda que sem esgotá-lo, algumas conclusões são passivas de se visualizar, todas elas relacionadas à tendência de verticalização do Poder Judiciário, à prestação do serviço jurisdicional como garantia fundamental e seus efeitos, conforme abaixo.

A primeira conclusão a que se chega diz respeito ao necessário equilíbrio na estreita relação que permeia os poderes do Estado, não se podendo admitir a sobreposição de um sobre o outro, o que toca diretamente a fluência do art. 2º do texto constitucional sobre as atribuições funcionais do Estado.

Neste ponto, a despeito do fenômeno da verticalização do judiciário e da vinculação de suas decisões não só interna, mas também em face dos outros poderes, é necessário que se pondere limites de atuação, a fim de que o poder não se torne arbítrio, ferindo o princípio a tripartição e o pacto republicano.

A súmula vinculante, como expoente desta nova configuração não pode ser criticada como instituto necessário à segurança jurídica e à própria estabilidade das relações; entretanto, o instituto em questão não pode alçar o Poder Judiciário e sua normatividade à função legislativa, em sua substituição.

De outro lado, a súmula vinculante precisa ser amparada por limites subjetivos e objetivos, tanto na edição, quanto reforma e quanto aos seus efeitos vinculantes.

A verticalização do Judiciário, em certa medida, acabou transpondo a idéia da subsunção dedutiva do fato à norma jurídica, leia-se, à lei, para o campo da subsunção do fato aos precedentes jurisdicionais. Não que tal concepção seja ruim ou boa, mas exige o relato de alguns cuidados que precisam ser tomados pelo principal protagonista desta operação: o Poder Judiciário.

Assim, outra conclusão a que se chega está ligada à peculiar concepção de “infastabilidade do Judiciário” e acesso à justiça direcionada não somente aos instrumentos tradicionais de acessibilidade, celeridade e eficiência, mas à legítima expectativa do jurisdicionado e da sociedade em geral quanto à conduta do próprio Judiciário na construção dos precedentes e de suas alternâncias.

Assim, tal como a lei deve estabelecer meios prudentes de transição, incluindo normas que se destinem em específico às regras de transição, a *vacatio legis* e a prospectividade normativa que veda o alcance de atos passados, a jurisprudência e seus operadores também precisam se armar para a vinculação dos precedentes aos órgãos públicos e à sociedade em geral não se torne fator de desencontro e de instabilidade jurídica.

Para tanto, sobretudo nas circunstâncias de alteração jurisprudencial, faz-se necessário que a novel decisão torne explícita as razões da necessidade de alteração, bem como os exatos contornos em que se dará a geração de efeitos quanto às relações jurídicas já consolidadas e em desenvolvimento.

Aqui, registre-se, reside a observância da boa-fé objetiva na conduta do Estado-juiz e, via de consequência, da segurança jurídica, necessária à decidibilidade e à previsibilidade inerentes ao direito.

Nesta esteira, como frisado, a sinalização de alteração de jurisprudência, anterior à efetiva alteração, bem como um “espaço” temporal para a sua aplicabilidade e adequação do destinatário, são importantes fatores que devem ser respeitados, sobretudo pela atividade jurisdicional dos tribunais de cúpula.

A despeito do precioso instituto da modulação de efeitos previsto no art. 27 da Lei 9.868/99, não há no ordenamento brasileiro constitucional e infraconstitucional uma firme tratativa que regulamente as circunstâncias de alterações de jurisprudências vinculantes e seus efeitos sobre as relações públicas, privadas e sobre os atos consolidados e em consolidação, construídos com base em legítima expectativa em paradigmas jurisprudenciais.

De lege ferenda, sugere-se que seja conferida “maior segurança ao conceito da própria segurança jurídica”, estabelecendo-se critérios objetivos que identifiquem a ocorrência de mudanças de jurisprudência e, mais do que isso, que se impute a tais ocorrências efeitos prospectivos e adequados ao preparo e cumprimento social.

Assim, é de se afirmar que o amplo acesso ao Judiciário também passa necessariamente pela segurança jurídica e coesão das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Conceito e validade do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ARMELIN, Donaldo. Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império da orientação superada. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, ano 18 – n. 70, abril/junho 2010.

ARISTÓTELES. A Política. Trad. Nestor Silveira. 1ª ed. São Paulo: Folha de S.Paulo, 2010.

ÁVILA, Humberto. Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa do Contribuinte. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 04/09/2011.

_____. Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Nulidade parcial de ato normativo. Certeza e segurança jurídica diante de alteração de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 6, vol. 24, outubro a dezembro de 2005 – Rio de Janeiro: Editora Padma Ltda, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Marco Antônio de. Anotações Sobre o Efeito Vinculante. Revista dos Tribunais n. 735, ano 86/V.1997.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208> Acesso em 01 jul. 2010.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicia_1_11032010.pdf Acesso em 01 jul 2010.

BERNARDES, Juliano Taveira. Viradas de jurisprudência do STF e suas repercussões em casos similares. In Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade. 3^a ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodium, 2010.

BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional: Fundamentos Teóricos. Volume I. São Paulo: Manole, 2005.

BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B.. ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia Jurídica. 8^a ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Teoria dell'ordinamento giuridico. Torino: G. Gappichelli, 1958.

_____. Teoria do Ordenamento Jurídico. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (trad.). Brasília: Polis e Universidade de Brasília, 1989.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824, p. 7. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 24 fev. 2010.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Diário Oficial, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 24 fev. 2010.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Diário Oficial, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 24 fev. 2010.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Diário Oficial, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 24 fev. 2010.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Diário Oficial, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 24 fev. 2010.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Diário Oficial, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 24 fev. 2010.

_____. Emenda Constitucional nº. 1 de 17 de outubro de 1969. Diário Oficial, Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 out. 1969, p. 8865. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 fev. 2010.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1 (anexo). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 fev. 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª Reimpressão da Edição de Julho/2003. Coimbra: almedina, 2009.

_____. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 4ª Ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição – 7ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Helen Fracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARPENA, Márcio Louzada. Os Poderes do Juiz no *Common Law*. Revista de Processo nº 180, ano 35, fevereiro de 2010. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Disponível em www.abdpc.org.br. Acesso em 12.01.2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do processo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

COELHO, Edhiermes Marques. MESQUITA, Gil Ferreira de. Metodologia da Pesquisa Jurídica. Uberlândia: IPEDI, 2005.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo

administrativo da União (Lei 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso: em 15 de Abril de 2011.

CUNHA JR., Dirley da. O Princípio do “Stare Decisis” e a Decisão do Supremo Tribunal Federal. Leituras Suplementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade. Marcelo Novelino (organizador). 3^a Ed. ampl., rev. e atual. Salvador: Editora JusPodium, 2010.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. 3^a Ed. 2^a tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: Editora Jus Podium, 2009.

_____. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. Salvador: Editora Jus Podium, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 8^a Ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1995.

EISENBERG, Melvin Aron. The Nature of the Common Law. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ESSER, Josef. Principio y Norma em la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado. Trad. Eduardo Valentín Fiol. Barcelona: Boxch, 1961.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direito Civil. Teoria Geral. 7^a Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antônio. NERY JR., Nelson. Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ. 2^a Ed. Barueri: Manole, 2009.

_____. Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação. 6^a ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIUZA, Ricardo. Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes e independência judicial. São Paulo: Editora RT, 2010.

GRECO, Leonardo. “Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança”. Revista Dialética de Direito Processual n. 10. São Paulo: Dialética, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. México, FCE, 2000.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Teoria Pura do Direito. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Rosemíro Pereira. Estudos Continuados de Teoria do Processo. Vol. V. Belo Horizonte: Síntese, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito. 2ª Ed. rev., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

_____. El Derecho de La Sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. 4ª Ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. 2^a Ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Curso de processo civil: teoria geral do processo. Vol 1. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

MARRARA, Thiago. As fontes do Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Princípio da Justiça Contratual. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, v. 162, p. 149-168, 2004.

_____. Controle de Constitucionalidade: Uma Análise das Lei 9868/99 e 9882/99. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01/08/2011.

_____. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 3, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 09/06/2011.

_____, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. Ed. Ver. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, V. 41, n. 162, abr./jun. de 2004.

MESQUITA, Gil Ferreira de. Teoria Geral do Processo. Uberlândia: IPEDI, 2004.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondatt. O espírito das leis.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: Editora RT, 2008.

NERY JR., Nelson. Princípio processuais na Constituição Federal

NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA Thiago. Processo Administrativo: Lei Nº 9.784/99 Comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o Efeito Vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 131, p. 133-134, jul./set. 1996

NOVELINO, Marcelo. Leituras Suplementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade. 3ª Ed. ampl., rev. e atual. Salvador: Editora JusPodium, 2010.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2010 (Série IDP).

_____, Separação de Poderes, Poder Judiciário e Consequencialismo. Texto do autor escrito no âmbito do GEPRO-UnB. Disponível em <http://professoramaury.blogspot.com/2001/06/separacao-de-poderes-poder-judiciario-e.html>; acesso em 15/09/2001.

PASSOS, J. J. Calmon de. O Magistrado, Protagonista do Processo Judicial? Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 24, outubro/novembro/dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-CALMON-DE-PASSOS.pdf>. Acesso em 10 de março de 2011.

PAULA, Daniel Giotti de. A função dos juízes: criação ou desvelamento do direito em Kelsen e Hart. In Leituras Complementares de Constitucional: controle de constitucionalidade. Marcelo Novelino (organizador). 3ª ed. amp. rev. atual. Salvador: JusPodium, 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retorcessos, Revista Diálogo Jurídico, vol. I, n. 4, jul. 2001.

PINHO, Judicael Sudário de. Temas de Direito Constitucional e o Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

PIRES, Maria Coeli Simões Pires. Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p 451.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

RADBACH, Gustav. *Filosofía del derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

RAMOS, Elival da Silva. A valorização do processo administrativo. O poder regulamentar e a invalidação dos atos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ,

Guilhermo Andrés (Coord.). As leis do processo administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2^a ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil. 1^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social, Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

SALLES, Carlos Alberto. Processo civil e interesse público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10^a ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99, TAVARES, André Ramos. ROTHENBURG, Walter Claudio (organizadores), São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3^a Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010.

_____. Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: *Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. MAUÉS, Antônio G. Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade. In reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Antônio Álvares da. As Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Editora LTR, 2004.

SILVA, Celso de Albuquerque. Súmula Vinculante: Teoria e Prática da Decisão Judicial com Base em Precedentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

SILVA, Evandro Lins e. A questão do efeito vinculante. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 13, São Paulo. jan.-mar. 1996

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria Geral do Processo Civil. 3^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. O Efeito Vinculante e a Busca da Efetividade da Prestação Jurisdicional – Da Revisão Constitucional de 1993 à Reforma do Judiciário (EC 45/04). In: AGRA, Walber de Moura (org.). Comentários à Reforma do Poder Judiciário, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 148-205.

_____. Efeito Vinculante. Desmi(s)tificações Necessárias acerca dos Projetos de Reforma do Judiciário. Disponível em: www.femargs.com.br/revista01_streck.htm. Acesso em 15/04/2011.

THEODORO JR., Humberto. Boa fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/Artigos.asp?ordem1=artigo>. Acesso em 11/11/2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VALE, André Rufino. MENDES, Gilmar Ferreira. A Influência do Pensamento de Peter Häberle no STF. Disponível em: <http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/18/a-influencia-do-pensamento-de-peter-haberle-no-stf/>. Acesso em 02/04/2011.

VAZ, Anderson Rosa. Introdução ao Direito. Curitiba: Juruá, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Uniformização de Jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

VIGO, Rodolfo Luis. Interpretação Jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. 2^a edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. GOMES JR., Luiz Manoel. FISCHER, Octavio Campos. FERREIRA, William Santos. Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Editora RT, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional. São Paulo: Atlas. 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La giustizia costituzionale. Bologna: Il Mulino, 1977.