



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

THIAGO BALDANI GOMES DE FILIPPO

**DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO:
A NECESSIDADE DE UM SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES
VINCULANTES**

JACAREZINHO - PR
2010



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

THIAGO BALDANI GOMES DE FILIPPO

**DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: A
NECESSIDADE DE UM SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES
VINCULANTES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza

JACAREZINHO - PR
2010

Essa dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro.

Banca Examinadora:

Presidente: Professor Doutor Gelson Amaro de Souza

Membro: Professor(a) Doutor(a)

Membro: Professor(a) Doutor(a)

Coordenador do Programa de Pós-Graduação: Professor Doutor Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, ____ de _____ 2010.

Dedico este trabalho à Juliana, pelas infindáveis horas que sua realização me privou de sua doce companhia, e à nossa pequena Bia, fonte do meu estímulo, que me faz desejar ir sempre além.

AGRADECIMENTOS

Ao Nosso Senhor Jesus Cristo, que padeceu em uma cruz, mas ressuscitou, dando-nos livre acesso ao Pai; sem o qual nada seria possível.

Aos meus pais e demais familiares, responsáveis por me ensinarem os primeiros passos para a vida, aos quais devo todas as minhas conquistas, ainda que singelas.

Ao Professor Doutor Gelson Amaro de Souza, pelas orientações indispensáveis e pela confiança depositada neste trabalho.

Ao Professor Michael Debow, por suas importantes aulas sobre o direito nos Estados Unidos.

Ao grande amigo, Doutor Alfredo Attié Jr., exemplo de pessoa e magistrado, pela leitura deste trabalho e preciosas sugestões.

A todos os Professores Doutores do Programa de Mestrado, por me terem feito enxergar o que jamais conseguiria sozinho.

Aos colegas de turma, pelo companheirismo quando a trilha parecia não ter fim.

A todos os funcionários da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, na pessoa da Sra. Maria Natalina da Costa de Moraes, pela prontidão e colaboração constantes ao longo do curso.

Aos meus amigos “da vida toda”, pela certeza de que posso sempre contar com vocês.

“... e que é o que o Senhor pede de ti, senão que pratiques a justiça e ames a misericórdia, e andes humildemente com o teu Deus?”

Miquéias 6, versículo 8

“Seek wisdom to temper Justice with compassion.”

Lucille Steward Beeson

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Do Constitucionalismo ao Neoconstitucionalismo: a necessidade de um Sistema Brasileiro de Precedentes Vinculantes*. 2010. 121 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2010.

RESUMO

É necessário que exista no Brasil um conjunto de precedentes vinculantes, à semelhança do sistema de precedentes dos Estados Unidos, desde que respeitadas as nossas realidades e diferenças. É que atualmente se verifica neste País uma gritante insegurança jurídica, resultante do neoconstitucionalismo. Trata-se de fenômeno relativamente recente, influenciado pela pós-modernidade, a qual se caracteriza pelo respeito às diferenças, pela pluralidade dos modos de vida, pela fragilidade das fronteiras, pela velocidade das informações e adaptabilidade dos conceitos. Sua influência no neoconstitucionalismo acarretou, indiretamente, uma ênfase nos princípios jurídicos, a constitucionalização do direito e o aumento da importância do papel desempenhado pelo Poder Judiciário. Assim, os princípios adquirem o caráter de normas jurídicas e passam a ser usados na decisão dos casos, independentemente da existência de regras. O direito como um todo, por sua vez, passa a ser constitucionalizado, o que significa dizer que as disposições constitucionais passam a invadir todos os ramos do direito, condicionando sua aplicação. Finalmente, o Poder Judiciário assume o papel de órgão estatal da vez na concretização dos direitos fundamentais. Todo este quadro, apesar de muito benéfico, porque aproxima o direito do ideal de Justiça, acaba gerando a mencionada insegurança jurídica. Por esta razão, propusemo-nos, neste trabalho, a apontar a necessidade de que se confira mais segurança ao sistema, apontando a necessidade de um sistema de precedentes, adaptado à nossa realidade, como um eficaz remédio. Assim, primeiramente, apresentamos considerações acerca do constitucionalismo antigo e do moderno e analisamos uma de suas diferenças fundamentais, o controle de constitucionalidade, na Inglaterra, como exemplo característico do constitucionalismo antigo e nos Estados Unidos, como berço do constitucionalismo moderno. Em seguida, concentramos o foco no neoconstitucionalismo, com as implicações acima e, na sequência, referimo-nos à necessidade de um sistema brasileiro de precedentes. Analisamos, em princípio, traços distintivos entre o *Civil Law* e o *Common Law*, bem como tecemos considerações sobre o sistema de precedentes dos Estados Unidos. Estudamos, ainda, as bases filosóficas e jurídicas ao mecanismo proposto. Aludimos à norma julgada, com suas principais objeções. Reconhecemos uma tendência no Brasil à adoção e, finalmente, sugerimos que todas as súmulas passem a ter efeitos vinculantes.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo; insegurança jurídica; precedentes.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. From constitutionalism to neoconstitutionalism: the necessity of a Brazilian system of binding precedents. 2010. 121 p. Dissertation (Master of Law) - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2010.

ABSTRACT

It is necessary the existence in Brazil of a set of binding precedents, similar to the system of precedents of the United States, that exists for a long time in that country, although the Brazilian system, obviously, have to observe our differences. This because, nowadays, there is in this country a strong legal uncertainty, resulted of neoconstitutionalism. It is a phenomenon relatively recent, influenced by post-modernity, phenomenon characterized by the observance to the differences, the plurality of ways of living, the fragility of boundaries, velocity of information e adaptability of concepts. Its influence on neoconstitutionalism indirectly generated an emphasis on legal principles, the constitutionalization of law and an increase of the Judiciary role Thus, legal principles assume the nature of norms and start being used in decisions, notwithstanding the existence of rules. The law as a whole, by its turn, starts to be constitutionalized, what means that all the Constitution norms start to invade all the Law prongs. Finally, the Judiciary Power assumes its role of being the State branch in vogue for the application of fundamental rights. All this set, even though it is very benefic, because it approaches law to the ideal of Justice, turns out to generate the mentioned legal uncertainty. Because of this, this work aims to point out the necessity of more certainty to the system, according to a system of precedents, adjusted to our reality, as an efficient remedy. It starts, in its first chapter, with considerations regarding the ancient and modern constitutionalism and analysis one of their fundamental differences, which is the judicial review in England, as a characteristic example of the ancient constitutionalism and in the United States, as the origin of modern constitutionalism. In Chapter II, this work focuses on the neoconstitutionalism, with the implications cited above and, in Chapter III, it refers to the necessity of a Brazilian system of precedents. It analysis, in the beginning, distinctive features between Civil Law and Common Law, as it comments about the American system of precedents. It still studies the philosophical and legal bases to the mechanism proposed. It mentions the judge-made law, with its main objections. It recognizes a tendency in Brazil towards its adoption and suggests that all *sumulas* be binding.

Keywords: neoconstitutionalism; legal uncertainty; precedents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONSTITUCIONALISMO ANTIGO E MODERNO E A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONALISTA BRASILEIRA	12
1.1 Considerações Iniciais sobre o Tema	12
1.2 Constitucionalismo e Controle de Constitucionalidade (“revisão judicial”)	14
1.2.1 Revisão judicial no Reino Unido	15
1.2.2 Revisão judicial nos Estados Unidos	19
1.3 Constitucionalismo no Brasil: a experiência brasileira	25
1.3.1 Período pré-constitucional	25
1.3.2 Períodos constitucionais	28
2 APONTAMENTOS SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO	37
2.1 Aspectos da Pós-Modernidade	37
2.2 Pós-Modernidade e Direito	43
2.3 Neoconstitucionalismo	47
2.3.1 A relevância dos Princípios	54
2.3.2 A constitucionalização do direito	62
2.3.3 A grande importância do Poder Judiciário	68
2.3.4 A insegurança jurídica gerada pelo neoconstitucionalismo	74
3 A NECESSIDADE DE UM SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES VINCULANTES	77
3.1 A Razoável Previsibilidade das Decisões como Manifestação do Acesso à Justiça	77
3.2 Breves Considerações acerca do <i>Common Law</i> e do <i>Civil Law</i>	80
3.3 Alguns Aspectos do Sistema de Precedentes dos Estados Unidos	87
3.4 A Necessidade de Efeito Vinculante Externo às Decisões Judiciais Brasileiras	91
3.4.1 Que são precedentes?	92
3.4.2 Base filosófica à adoção de precedentes vinculantes no Brasil: o pragmatismo	93

3.4.3 Bases jurídicas	95
3.4.3.1 Princípio da segurança jurídica	95
3.4.3.2 Princípio da isonomia	97
3.4.4 Implicações de um sistema de precedentes vinculantes: a norma julgada	99
3.4.5 Quais precedentes seriam vinculantes?	103
3.4.6 Objeções à adoção de um sistema de precedentes vinculantes	106
3.4.7 Tendência à adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil	109
CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro está enfrentando transformações sensíveis. O pensamento dominante, mesmo imediatamente após a promulgação da Constituição de 1988, era de um sistema jurídico positivista, hermético e completo. Cada ramo do Direito contava com seus princípios próprios, que raramente *dialogavam* com os mandamentos constitucionais e, quando o faziam, serviam apenas para *aconselhar* a interpretação das regras jurídicas, único veículo das normas.

Há alguns anos, entretanto, o Direito se abriu a uma nova perspectiva. Influenciado pela pós-modernidade – fenômeno verificado em nível mundial a partir dos anos setenta, caracterizado pela aceitação à pluralidade e pelo desapego à rigidez de formas como decorrência da velocidade alarmante em que ocorrem os acontecimentos *globais*, os quais, em virtude da inexistência de fronteiras, acabam sendo problemas *locais* –, o Direito brasileiro foi marcado pelo que se convencionou denominar *neoconstitucionalismo*.

Sob essa perspectiva, percebeu-se a insuficiência das leis como atos estatais reguladores de todas as condutas humanas consideradas relevantes, impondo-se uma *abertura* do sistema ao influxo de *valores*, aproximando-se, por conseguinte, o Direito da Justiça.

Como reflexo desse contexto, o presente trabalho aponta três características consideradas principais do neoconstitucionalismo: a relevância aos princípios, a *constitucionalização* do Direito e a grande importância do Poder Judiciário.

Quanto aos princípios, temos que eles adquirem verdadeiro *status* normativo, devendo ser aplicados na solução dos casos, apesar de apresentarem conteúdo muito aberto, o que torna a atividade hermenêutico-concretizadora do direito bem mais complexa.

Enxergamos, também, uma verdadeira constitucionalização de todos os ramos do Direito, à medida que as disposições constitucionais invadem todo o ordenamento, e se tornam diretamente aplicáveis a relações privadas, inclusive em razão da atribuição de *força normativa à Constituição*.

Finalmente, verificamos a importante função exercida pelo Poder Judiciário, tornando-se o órgão estatal *da vez*, na concretização dos direitos fundamentais, mediante uma postura ativa na defesa dos valores consagrados pela Lei Maior.

O *quadro jurídico* formado é muito benéfico, pois amolda o Direito às necessidades sociais sentidas, *desdogmatizando-o* como sistema autossuficiente. Assim, ao julgar à luz de preceitos éticos, que muito facilmente se tornam também jurídicos, em razão do conteúdo aberto dos princípios, o Direito se aproxima da Justiça, ideal a ser perseguido diuturnamente, mas impossível de ser alcançado em sua plenitude.

Entretanto, o neoconstitucionalismo também possui seus reveses. E entre eles, neste trabalho, destacamos aquele que reputamos mais problemático: a questão da insegurança. Isto porque, em razão da aplicação de normas de conteúdo aberto, entendimentos mais díspares possíveis podem surgir acerca de temas idênticos ou muito semelhantes, ainda que todos os aplicadores estejam imbuídos do mesmo ideal de realização de Justiça.

A preocupação deste trabalho é, justamente, encontrar modos para a diminuição dessa insegurança. De que modo isto será possível? Como assegurarmos a existência de normas abertas, imprescindíveis à sociedade contemporânea e, ao mesmo tempo, diminuirmos o risco gerado pela textura dessas mesmas normas?

Propomos, como uma possível solução a esse problema, a existência de um sistema de precedentes obrigatórios, perfazendo-se pela atribuição de efeito vinculante a todas as súmulas dos Tribunais. Identificamos, assim, o sistema precedentalista dos Estados Unidos para abordarmos, em seguida, em que medida um sistema brasileiro de precedentes obrigatórios seria oportuno. Identificamos no *pragmatismo* sua base filosófica e nos princípios da *segurança jurídica* e *isonomia* sua base jurídica. Ao final, apontamos certa tendência, no Brasil, à atribuição de *efeitos vinculantes externos* às decisões judiciais.

1 CONSTITUCIONALISMO ANTIGO E MODERNO E A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONALISTA BRASILEIRA

1.1 Considerações Iniciais sobre o Tema

O ser humano possui uma tendência de viver em sociedade. Quer se adote a ideia de que o fato de viver em sociedade decorre da própria natureza humana (naturalistas), quer se tenha o pensamento que o ser humano viva assim por um ato de escolha (contratualistas), desde o início houve agrupamentos de indivíduos, mesmo rudimentares, já se podendo cogitar na existência de regras de conduta.

A imposição de regras a certa sociedade não basta para que nela não existam conflitos de interesses, pois, hodiernamente, a quantidade de seres suplanta o número de bens e interesses, sendo necessários mecanismos suficientes para assegurar a autoridade das normas impostas. Em um primeiro momento, as divergências havidas eram resolvidas pelas próprias partes do conflito – é o que se denomina de *autotutela*. Prevalencia a vontade do mais forte, o qual muitas vezes subjugava aquele que tinha razão. À medida que houve o fortalecimento dos Estados, estes passaram a assumir o dever-poder de solucionar os conflitos surgidos entre seus membros e a autotutela cedeu espaço à heterotutela.¹

Mencionado fortalecimento não foi verificado de forma sensível no Estado Antigo, no qual predominavam as Cidades-Estado, tampouco no Estado na Idade Média, marcado pela concentração de poder nas mãos do senhor feudal e pela inflexível separação de classes, suserania e vassalagem, apesar de já se poder verificar a edição de alguns atos tendentes à imposição de limites ao poder estatal. Ele ocorreu com maior intensidade com o advento do Estado Moderno, o qual pôde ser evidenciado após a Renascença, no século XVIII, mediante a cristalização da

¹ Conforme ensina Cesar Asfor Rocha (2007, p. 34): “O aumento das populações, mesmo nos grupos sociais primitivos, foi impondo, gradativamente, a necessidade de que esses conflitos inter-individuais, naturais da convivência social, passassem a ser regulados ou resolvidos por meio de atividade estranha aos próprios esforços pessoais dos litigantes. No momento, porém, em que surgem as necessidades de julgamentos externos às vontades das partes, vencidas as etapas da autotutela e da autocomposição, vê-se o simultâneo aparecimento de estruturas formais de poder, implicando, como é natural, a organização de mecanismos também formais para pô-las em funcionamento e, ao mesmo tempo, de estilos peculiares de conduta, inclusive de linguagem, para realizar o acesso”.

ideia de soberania², preconizada por Jean Bodin, em sua obra *Six Livres de la Republique (Seis Livros da República)*, publicada em 1576. Entretanto, as bases do Estado Moderno foram traçadas por Thomas Hobbes, mediante as ideias expostas em sua obra *O Leviatã*, de 1651, sem menosprezar as contribuições de Locke e Rousseau, que lhe são posteriores. Hobbes sustentava que os homens são maus por natureza e, naturalmente, inimigos uns dos outros. Por isso, nenhuma aliança seria possível, sendo imperiosa a intervenção de um poder absoluto, coercitivo e punitivo, para conter o egoísmo do ser humano. O pensamento hobbesiano alicerçou, de modo extraordinário, a concentração de todo o poder nas mãos do Estado e, muito embora àquela época o rei detivesse todo o poder, Thomas Hobbes já sustentava que o poder coercitivo não podia partir apenas de uma pessoa.

Posteriormente, com a ascensão burguesa que culminou com a queda da Bastilha (14.07.1789), o Estado Absoluto foi substituído pelo Estado Constitucional, deflagrando-se o *constitucionalismo*, assim entendido como o movimento social, político e jurídico, consciente ou decorrente das paulatinas transformações sociais, do qual emergem as constituições nacionais. Sua essência está na proteção aos direitos individuais em face dos abusos estatais.

Ocorre que, mesmo antes ou paralelamente à derrocada do Estado Absoluto, houve importantes marcos históricos da mesma índole do substrato do Estado Constitucional. Os direitos do cidadão, bem como a liberdade e a propriedade foram formalmente tutelados, pela primeira vez em um texto escrito, pela Lei das XII Tábuas.

Outro marco de relevância ímpar foi a *Magna Charta Libertatum*, documento outorgado aos 15 de junho de 1215 por João Sem-Terra e confirmado sucessivas vezes pelos Reis que ocuparam o Trono Inglês. Entre outras disposições, esta carta estabelecia a proporcionalidade das penas, previa o devido processo legal e o livre acesso à Justiça e garantia a liberdade de locomoção.

Apesar de questão divergente, a *Magna Charta* não foi, propriamente dita, uma Constituição. Tratou-se, ao revés, de um pacto estamental entre o Rei e os nobres, visando ao apoio destes, em virtude da guerra existente contra a França. Saliente-se que, no princípio, suas disposições eram aplicadas apenas ao clero e à

² Paulo Bonavides (2007, p. 33) destaca: “[...] foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”.

nobreza, estendendo-se aos demais “estamentos” apenas no século XVII. Porém, talvez sua maior importância deve-se ao fato de, pela primeira vez, submeter o Rei ao império das leis. Podem ser citados, ainda, a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701); todos eles atos que visavam conter práticas estatais abusivas, mediante a tutela de direitos individuais.

O constitucionalismo pode ser classificado como “antigo” ou “moderno”, apresentando, um e outro, características bem peculiares. O *constitucionalismo antigo*, assim conhecido antes do efetivo fortalecimento do Estado, não continha fórmulas para a responsabilização do Soberano; apesar de existir relativa limitação ao poder estatal em virtude dos princípios da *Rule of Law* (Legalidade) e *Supremacy of Parliament* (Supremacia do Parlamento), com a admissão de alteração de matérias de essência constitucional por meio de atos normativos aprovados pelo Parlamento, legítimo representante do povo. É o que ainda ocorre no Reino Unido, apesar de recentíssimas alterações estarem ocorrendo por influência da adoção de regras da União Europeia.

Por sua vez, o *constitucionalismo moderno* coincide com a queda do Estado Absolutista, conforme mencionado acima. Ele compreende, sobretudo, a ideia de supremacia das leis constitucionais, como alicerce e fundamento de todo o sistema. Para sua eclosão, impunham-se profundas transformações político-sociais e religiosas. Assim, a Reforma Protestante, a ascensão burguesa, o iluminismo e o consequente antropocentrismo formaram o pano de fundo favorável ao surgimento e ao fortalecimento do constitucionalismo moderno (MORAES, 2007, p. 26).

1.2 Constitucionalismo e Controle de Constitucionalidade (“revisão judicial”)

Indubitavelmente, a distinção mais marcante entre ambos os constitucionalismos reside no que tange ao controle de constitucionalidade. Isto porque, conforme mencionado, no constitucionalismo antigo não se cogita de supremacia hierárquica das leis de índole constitucional, ao contrário do que ocorre no moderno, no qual a Constituição fornece a base de sustentação obrigatória para todas as demais normas do sistema.

Por questões terminológicas, referir-nos-emos à “revisão judicial”, em vez de “controle de constitucionalidade”, expressão consagrada no Brasil, para guardarmos maior sintonia com o termo correspondente na língua inglesa, a saber, *judicial review*, apesar de, por óbvio, as regras da “revisão judicial” não corresponderem exatamente às existentes no Brasil. Passemos à análise do instituto no Reino Unido e nos Estados Unidos. Aquele, por ser o exemplo atual mais marcante do constitucionalismo antigo; este, por ter apresentado ao mundo a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison* (1801).

1.2.1 Revisão judicial no Reino Unido³

No Reino Unido, o *judicial review* se instaurou, ao menos de forma embrionária, com a Revolução Inglesa do século XVII, a qual compreende o período entre a Revolução Puritana de 1640 e a Revolução Gloriosa de 1688. Tratou-se da primeira revolução burguesa europeia e da verdadeira manifestação contra o absolutismo monárquico.

Naquela Nação não se pode declarar inconstitucional uma lei ou ato normativo, em virtude do princípio da Supremacia do Parlamento (*Supremacy of Parliament*). Assim, não se cogita de hierarquia. Se lei é, tem de ser cumprida, independentemente de seu conteúdo. Entretanto, o que se chama *judicial review*, no Reino Unido, é a possibilidade de os tribunais exercerem uma função de supervisão sobre atos administrativos, para que sejam coibidos abusos de poder. Ainda assim, o mérito desses atos nunca será revisto. *Lord Chief Justice* Edward Coke, ainda no longínquo ano de 1610, ao exarar seu voto no julgamento do caso que ficou conhecido como *Dr. Bonham's Case* asseverou: “Quando um ato do Parlamento é contra o direito comum e a razão, a *common law* o controlará, declarando-o nulo”⁴

Para a análise do *judicial review* no Reino Unido se deve ter sempre em mente três princípios basilares daquele sistema: (a) princípio da separação dos

³ As informações aqui explanadas são fruto de nossa estada em Cambridge, Inglaterra, quando tivemos a oportunidade de assistir às aulas do Prof. Adrian Jeankala, no mês de julho de 2009.

⁴ No original: “*When an Act of Parliament is against common right and reason, the common law will control it and adjudge such Act to be void*” (*Dr. Bonham's Case*, 8 Coke Rep. 107, 116-121 – C.P. 1610).

poderes (*separation of powers*); (b) soberania parlamentar (*parliamentary sovereignty*) e (c) legalidade (*rule of law*). Os juízes, apesar de independentes, não devem questionar a validade de uma lei. A função será apenas interpretá-la. Por sua vez, pelo princípio da legalidade, os agentes devem praticar atos nos estreitos ditames da lei, sob pena de corte dos excessos pelo Judiciário.

O pedido de *judicial review* passa por duas fases: autorização para um pedido de *judicial review* e o julgamento do pedido, propriamente dito. O primeiro se assemelha a um juízo de admissibilidade. Um juiz singular analisará requisitos de forma para que admita o julgamento da pretensão. O pedido deve ser formulado dentro de três meses a contar do conhecimento do fato que o ensejou, podendo esse lapso ser elástico se houver uma fundada razão para tanto, ou se se tratar de matéria relevante à boa administração da Nação, conforme dispõe a seção 31(6) do *Supreme Court Act*, de 1981. O autor da pretensão também deve demonstrar um interesse suficiente (*sufficient interest*) em ver seu caso julgado, conforme seção 31(3) do mesmo ato, muito embora as cortes tenham conferido interpretação muito aberta para esse termo. Por final, deve-se indicar a ordem que se pretende. Pode-se objetivar que um órgão aja de uma dada maneira (*mandamus*), seja proibido de exceder sua atribuição (*prohibition*) ou a revisão de uma decisão de órgão inferior, sob argumento de excesso ou abuso dos poderes a ele conferidos (*certiorari*). Trata-se dos chamados *writs*. Afora estes provimentos de natureza pública, na seara do *judicial review* também podem ser obtidos uma *declaration*, um *injunction* ou até mesmo *damages*. Entretanto, estas tutelas podem ser obtidas também por outras vias, não sendo exclusividade do procedimento de *judicial review*, devendo ser obtidas por esta via apenas diante da inexistência de outros instrumentos. Passamos, a seguir, a analisar cada um desses provimentos.

Pelo *mandamus* busca-se uma ordem dada pela Alta Corte (*High Court*), em nome da Coroa, para que se cumpra um dever público. Não apenas se declara o dever de praticar um ato, sob pena de sanções políticas; como também se impõe a prática de um ato. Essa ordem não é expedida quanto há discricionariedade à autoridade para a prática do ato, tampouco quando exista outro remédio para a obtenção da resposta. Por exemplo, dificilmente haverá uma ordem dessa natureza nas áreas de saúde, moradia, educação, entre outras políticas públicas, pois existe o remédio da reclamação (*complainant*) contra as autoridades encarregadas dessas áreas, normalmente os Ministros da Coroa. Observe-se, ademais, que nunca haverá

mandamus contra a Coroa, mas poderá haver contra um de seus servidores com atribuições especiais, tal como um Secretário de Estado.

A *prohibition* é uma ordem emanada da *High Court* consistente em prevenir que um órgão exceda sua atribuição. Assim, pode ser dirigida tanto a órgãos jurisdicionais quanto administrativos e objetiva impedir que eles atuem com excesso de poder ou façam mau uso da autoridade que lhes foi conferida ou, até mesmo, em alguns casos de órgãos jurisdicionais de competência reduzida (como as *magistrates' courts*, com competência para crimes de menor potencial ofensivo, presididas por uma pessoa de prestígio social, por certo período), apliquem a lei de forma equivocada.

No *certiorari*, por sua vez, a *High Court* invalida uma decisão *ultra vires*, viciada por um *error in procedendo* ou obtida por dolo, fraude ou perjúrio. Nestes casos, outra decisão terá de ser proferida pelo órgão prolator da primeira. Nesse sentido, Charles Cole e Adrian Jenkala⁵ escrevem (2008, p. 65):

É essencial compreender que as cortes estão preocupadas apenas com o procedimento para a decisão – em particular, quando a decisão é *ultra vires* [...] (acima do poder). As cortes não podem substituir a decisão do órgão inferior: esta é a diferença crucial entre revisão e apelação.

Afora estas tutelas específicas para o *judicial review*, conforme mencionado acima, outras atinentes a questões privadas podem também ser obtidas pelos procedimentos: *declaration*, *injunction* e *damages*. Isto foi admitido a partir do ano de 1980, com alteração na Seção 31(1) e (2), das Regras da Suprema Corte (*Rules of the Supreme Court – RSC*).

Assim, juntamente com as tutelas tradicionais obtidas pelo *judicial review*, estas três, normalmente afetas à esfera privada, podem ser cumuladas ou pleiteadas isoladamente, dependendo da natureza da questão levada à apreciação da *High Court*.

A *declaration* não produz efeitos coercitivos e visa somente declarar o direito aplicável ao caso *sub judice*. O *injunction* consiste em uma ordem, possível de ser proferida no curso do processo, inclusive, para que se faça alguma coisa.

⁵ No original: “It is essential to understand that the courts are concerned only with the decision-making process – in particular whether the decision is *ultra vires* [...] (beyond the power). The courts cannot substitute their decision for that of the inferior body: this is the crucial difference between review and appeal”.

Tradicionalmente, possui grande aplicação no direito privado, para se evitar rompimentos contratuais, mas ganhou espectro também no âmbito do direito público, para prevenir que uma autoridade atue *ultra vires*. Finalmente, dependendo do caso, desde que exista pedido, pode haver condenação à reparação dos danos (*damages*) na seara do *judicial review*.

Arguta observação fazem os Professores Charles Cole e Adrian Jenkala (2008, p. 70) ao referirem que, após o ingresso do *Human Rights Act* de 1998 no sistema jurídico do Reino Unido, vários pedidos de *judicial review* encontram fundamento nos direitos humanos. Desse modo, novos e importantes conceitos foram introduzidos no sistema, que se abriu à proteção de novos direitos fundamentais, os quais possuem, por natureza, índole internacional. Concluem os professores que, talvez, no futuro, os direitos oriundos de convenções internacionais irão dominar o campo do *judicial review*, particularmente em hipóteses nas quais “justiça natural” é o fundamento do pedido, assentando-o, também, no princípio ou regra da proporcionalidade, o que é inédito no *judicial review* do Reino Unido. Passemos a tecer comentários acerca da teoria *ultra vires*, a qual é a causa última de todo procedimento de *judicial review*.

Quando uma autoridade pratica um ato de acordo com a lei, ainda que esta lei a autorize implicitamente, a autoridade age *intra vires*. Ao revés, atuará *ultra vires* quando excedê-la. Lord Diplock classificou a teoria em comento sob três aspectos principais no que tange à revisão de atos estatais: (a) ilegalidade; (b) irrazoabilidade; (c) impropriedade procedimental.

A ilegalidade ocorre sob perspectiva ampla. Sem contar a lesão direta à lei, a ilegalidade também se verifica sob o enfoque formal. Assim, se o Parlamento delega a uma autoridade a prática de um ato, ela não pode delegá-lo a terceiro. Também, a corte incompetente que julgar uma causa terá atuado *ultra vires*, podendo ocasionar *judicial review*.

Por sua vez, *ultra vires* será uma conduta ou decisão que não se reveste de razoabilidade na prática de atos discricionários.

Finalmente, impropriedade procedimental apenas quando existir um erro sério, que acarrete lesão às regras naturais de justiça, as quais devem ser aplicadas quando nenhum procedimento específico foi traçado pelo Parlamento para o caso. O direito do Reino Unido reconhece duas regras naturais de justiça: a imparcialidade do julgador e o direito de defesa.

No primeiro caso, espera-se do julgador o devido distanciamento. Nem mesmo um interesse trivial pode existir e as situações de um real comprometimento (*real likelihood of bias*) e suspeição de sua ocorrência (*reasonable suspicion of bias*) conduzem ao mesmo resultado: o necessário afastamento do julgador.

A segunda regra diz respeito ao devido processo: pessoa alguma pode ser privada de sua vida, sua liberdade ou seus bens sem que se lhe oportunize uma defesa adequada. Não significa, necessariamente, a melhor defesa possível. Sua essência é a ciência da acusação que lhe pesa e a concessão de tempo suficiente para apresentar sua resposta.

Em linhas gerais, as considerações acima sobre o sistema do *judicial review* do Reino Unido, o qual apenas no nome pode ser equiparado ao *judicial review* dos Estados Unidos, o qual, à semelhança do Brasil, autoriza declarar nula uma lei ou ato normativo em desacordo com as normas constitucionais, traço marcante do constitucionalismo moderno.

1.2.2 Revisão judicial nos Estados Unidos

Os Estados Unidos influenciaram grandemente o Brasil no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, fundamentando-se na supremacia hierárquica da Constituição, entendimento preconizado, ao menos nos moldes como é conhecido atualmente, no julgamento do caso *Marbury v. Madison* (1801). Além do federalismo, o *judicial review* é característica marcante do sistema estadunidense.

Conforme sustenta Lawrence M. Friedman (2002), apesar da inegável influência inglesa, berço da *common law*, os Estados Unidos, república federalista que são, adotaram um sistema *sui generis* e muito complexo, ao contrário do que ocorre para a Inglaterra e o País de Gales, os quais contam com um sistema jurídico uno⁶. Cada Estado-membro é dotado de grande autonomia, possuindo seu próprio sistema jurídico, além da existência do sistema jurídico federal, com competência

⁶ Nas palavras do autor: “*Federalism makes the legal system of the United States and extremely complicated beast – a beast with fifty separate heads, bodies, and tails*” (FRIEDMAN, 2002, p. 10) (tradução livre: “O federalismo faz do sistema jurídico dos Estados Unidos um monstro extremamente complicado – um monstro com cinquenta cabeças, corpos e caudas separados”). O autor refere-se a cada um dos Estados, com sua notável autonomia jurídica.

residual (FRIEDMAN, 2002, p. 10). Isto se deve, em grande parcela, ao próprio movimento de independência dos Estados Unidos, contemporâneo à promulgação da Constituição atual.

O processo de independência daquele país iniciou-se com a constatação das barreiras econômicas impostas pela Metrópole, tais como os limites estreitos à indústria do ferro e a elevada tributação do papel, vidro, tinta e chá (HARPER, 2008, p. 7). O ápice ocorreu depois do ano de 1760, quando o Rei George III assumiu o trono, período marcado pela elevação na tributação com a finalidade de subsidiar as guerras contra a França e a Espanha. Tropas britânicas foram enviadas para a colônia para conter as ondas revolucionárias. Os americanos, por sua vez, organizaram boicotes, unindo-se em discursos inflamados, criando-se a organização *Sons of Liberty* (“Filhos da Liberdade”), que perpetrou ataques violentos às propriedades e agentes da Coroa.

À medida que o Parlamento inglês estudava medidas para limitar a autoridade colonial de autorregulação, houve uma convenção em Filadélfia, denominada “Congresso Continental”, a qual contou com representantes das doze colônias, e apenas a Colônia de Geórgia não desejou se unir. Na convenção, as colônias decidiram promover milícias locais contra a Metrópole. Os primeiros ataques ocorreram em Lexington e Concord, na colônia de Massachussets. George Washington logo assumiu o controle do Exército Continental (HARPER, 2008, p. 7).

Em junho de 1776, o Congresso Continental reuniu-se para redigir um documento endereçado à Metrópole, explicando-lhe o motivo pelo qual desejavam independência. Thomas Jefferson, em 17 dias escreveu um rascunho e, após algumas alterações de Benjamin Franklin e John Adams, remetendo-o ao Congresso Continental, o qual debateu o projeto por alguns dias e, no dia 04 de julho de 1776, foi declarada a independência das colônias.

Naturalmente, ao fato seguiram-se várias batalhas sangrentas, até quando a tropa inglesa, sob o comando de Lord Cornwallis, rendeu-se em Yorktown, Virginia, em 1781, apesar de a independência dos Estados Unidos apenas ser reconhecida dois anos mais tarde, por meio do Tratado de Paris (1783).

Com a independência reconhecida, os Estados Unidos redigiram os “Artigos da Confederação”, em 1781. Conforme observa Timothy Harper, eles não o denominaram de “Constituição”, pois os Estados, originariamente, desejavam ser

apenas repúblicas separadas, apesar de interligadas por elos de conveniência, com o compromisso de ajuda mútua (HARPER, 2008, p. 9).

Entretanto, em pouco tempo as repúblicas perceberam que deveria haver um elo mais forte. Não existia qualquer administração central e os Estados contribuíam com o governo central apenas se desejassem. Não obstante, para que houvesse alteração legislativa, os treze Estados deveriam votar de forma unânime. O pacto perdeu força, o que motivou a convocação para uma convenção constitucional em 1787, em Filadélfia, mediante proposta de Alexander Hamilton. A convenção ocorreu sob a presidência de George Washington. Vários temas de índole constitucional foram tratados, assumindo-se, desde então, o compromisso de inserir-se no texto da Constituição, em forma de emendas, uma série de direitos individuais (depois denominada *Bill of Rights*). No dia 17 de setembro de 1787 o texto foi aprovado e remetido ao Congresso, o qual, por sua vez, o repassou a cada um dos Estados para ratificação. Em 1789, a Constituição entrou em vigor, com George Washington como o primeiro presidente sob a nova forma de governo.

Importante lembrar que, enquanto o texto estava à apreciação dos Estados, Alexander Hamilton e John Jay promoveram a Constituição em Nova Iorque, ao escreverem 85 artigos argumentando sobre a ratificação, os quais ficaram conhecidos mais tarde como *The Federalist Papers* (“O Federalista”).

O federalismo e todas as suas vicissitudes que interferem no sistema jurídico dos Estados Unidos formaram quadro propício para a implantação da doutrina do *judicial review*. Ao contrário da Constituição brasileira, a americana nunca previu expressamente a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em descompasso com seu texto. Como veremos a seguir, essa possibilidade foi compreendida como decorrência natural da ordem constitucional, não implicando, de forma alguma, na compreensão de supremacia do Judiciário sobre os demais. Todavia, foi entendida como expressão da separação dos poderes e reflexo da teoria dos “freios e contrapesos” (*check and balances*).⁷ Passemos a comentar o julgamento do caso *Marbury v. Madison* (1803)⁸, decisão mais importante da Suprema

⁷ Sobre a revisão judicial, Bruce Ackerman (2006, p. 266-267) destaca: “Essa conclusão não implica, de forma alguma, na superioridade do poder judiciário com relação ao Poder Legislativo. Simplesmente sugere que o poder popular é superior a ambos e que quando houver conflito entre a vontade do Legislativo, declarada nos seus estatutos, e a vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer ao segundo dispositivo e não ao primeiro”.

⁸ Nos Estados Unidos, a referência aos julgamentos não se faz da forma acima. Naquele país, o modo correto de citá-lo seria: ***Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)**. *Marbury* para a primeira parte; v. de “versus”; *Madison* para a segunda parte; 5 para o número do volume do periódico de relatório de jurisprudência da Corte; *U.S.* é a abreviação do relatório de jurisprudência da Corte

Corte Americana, pois estabelece a autoridade do Poder Judiciário para o exame da constitucionalidade de leis e atos dos outros dois poderes.⁹

Pois bem. John Adams era o Presidente dos Estados Unidos. Em janeiro de 1801, um mês antes do término de seu mandato, ele nomeou John Marshall, seu Secretário de Estado, para o cargo de Presidente da Suprema Corte. Ora, Adams era um federalista e desejava preservar essa influência antes de o republicano Thomas Jefferson assumir a chefia do Poder Executivo dos EUA. No dia 27 de fevereiro de 1801, uma semana antes do término do mandato de Adams, o Congresso encampou ato normativo do Distrito de Columbia, autorizando o Presidente a nomear 42 juízes de paz. Adams anunciou suas nomeações no dia 02 de março e, no dia seguinte, seu último dia de mandato, o Senado confirmou essas nomeações. Imediatamente, Marshall, ainda Secretário de Estado, assinou as nomeações (“commissions”) e dentre elas estava a de William Marbury, a qual não foi entregue naquele dia e, inevitavelmente, teria de ser entregue no governo de Thomas Jefferson, o qual instruiu o novo Secretário de Estado, James Madison, a não entregar as nomeações que ainda estavam pendentes de entrega.

Diante dessa ordem, Marbury manejou um *writ of mandamus* diretamente na Suprema Corte, pleiteando uma ordem que compelisse Madison a entregar sua nomeação. A Corte decidiu que não podia julgar o caso, pois não era hipótese de competência originária, pois, apesar de ato normativo assegurar-lhe essa competência (*Judiciary Act of 1789*), o Congresso não podia ampliá-la, se assim não o fez a própria Constituição, a qual estabeleceu, em rol taxativo, os casos afetos à competência originária da Corte.

Muitas pessoas defendiam que Marshall, que já presidia a Corte, não poderia julgar o caso, em virtude de seu interesse no litígio, pois houvera sido ele quem assinara as nomeações dos juízes de paz. Entretanto, mesmo assim, ele participou

(cada Corte tem o seu. No caso analisado, como ele foi julgado pela Suprema Corte, seu relatório de jurisprudência é abreviado por “U.S.”); 137 é a primeira página do caso, constante do volume; 1803 é a data do julgamento. Ainda, se houvesse referência específica a alguma parte da decisão, o número da página deveria vir entre o número da primeira página (137) e o ano (1803), com vírgula. Por exemplo: “*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 142 (1803)”. (*The Bluebook: a uniform system of citation*. Cambridge/Massachusetts: The Harvard Law Review Association: 2007, p. 79). Por não ter relevância no Brasil, neste trabalho não nos valeremos da maneira correta de citação de casos dos EUA, mas apenas faremos menção ao caso, constando, entre parênteses, seu ano de julgamento.

⁹ As informações aqui transmitidas foram obtidas por meio das aulas de direito constitucional do Professor David Smolin, frequentadas na Universidade de Samford, Estado do Alabama, em junho de 2009.

do julgamento e proferiu brilhante voto (*opinion*, na linguagem do direito norte-americano), estruturado sob três questões: (a) Marbury tem direito à nomeação?; (b) mesmo reconhecendo esse direito, a Corte pode determinar sua nomeação, contra a vontade do Poder Executivo?; (c) O *mandamus* (pedido feito por Marbury) é um remédio apropriado?

No tocante à primeira questão, concluiu-se ser a nomeação direito dele, pois todos os regulares procedimentos foram seguidos, já que John Adams, quando o nomeou, ainda possuía poderes para tanto e ainda era seu mandato quando o último ato necessário ao perfazimento da nomeação foi realizado, a saber, a assinatura e a colocação do selo oficial, sendo dever do então Secretário de Estado o cumprimento das leis.

A segunda questão foi também respondida positivamente no voto do *Chief Justice* Marshall. Ele assentou que “os Estados Unidos têm enfaticamente declarado ser um governo de leis e não de homens”. Diferenciou, ainda, atos ministeriais (*ministerial acts*) de atos políticos (*political acts*), estabelecendo que, enquanto os últimos não podem ser revistos, pois se fundamentam em completa discricionariedade, os primeiros podem sê-lo, adequando-se aos termos da Constituição. Enfatizou, ainda, que os limites constitucionais impostos ao poder de governar não fazem sentido se não houver respaldo judicial, para impor seu cumprimento. Ainda, o *Chief Justice* observou que os juízes fazem um juramento ao assumirem o cargo e, ao considerarem válidas leis contrárias à Constituição, eles violariam esse voto¹⁰.

Embora a terceira questão tivesse sido também respondida afirmativamente, Marbury não assumiu o cargo, pois, conforme mencionado acima, a Suprema Corte entendeu lhe faltar competência para o julgamento. Em verdade, apesar de aparentemente simples, a questão posta a julgamento ocasionaria a Marshall um dilema: se ele decidisse de acordo com seus ideais federalistas e determinasse a nomeação de Marbury, o Presidente e Madison provavelmente ignorariam a decisão, o que demonstraria a fraqueza e fragilidade da Corte; por outro lado, se fosse decidido pela não nomeação, seria transmitida a ideia de que Marshall estaria se

¹⁰ John E. Nowak e Ronald D. Rotunda destacam (2004, p. 5): “O argumento de Marshall para a revisão judicial – o poder dado às cortes para invalidarem uma lei que entendam inconstitucional – é enganosamente simples. A essência do argumento em seu primeiro ponto é ‘enfaticamente, afigura-se dever do órgão judicial dizer o que é a lei’. Tendo, anteriormente, reconhecido a Constituição como a ‘lei’ suprema na nação, Marshall, com esta frase, clama a autoridade final do judiciário no que se refere à interpretação constitucional. É esta ideia de Constituição como ‘lei’ e do judiciário como a instituição com responsabilidade ‘final’ para interpretar a lei, que é a base da revisão judicial atualmente” (tradução livre).

curvando ao partido republicano, o que causaria fúria aos federalistas. Conforme observa Jeffrey Rosen, ao prolatar o voto da maneira como o fez, Marshall saiu do dilema como se fosse um golpe de “jiu-jitsu judicial”: ele declarou ter Marbury direito à nomeação, mas a Suprema Corte não poderia ordená-la, porque lhe faltava competência, haja vista ser inconstitucional o ato normativo que a atribuía. Ainda assim, audaciosamente, de forma inequívoca, estabeleceu-se o poder de revisão judicial, fortalecendo-se, com isso, a autoridade judicial de uma maneira que os oponentes de Marshall jamais imaginariam (ROSEN, 2007, p. 31)¹¹, levando a Suprema Corte a deixar de ser um órgão acanhado do Estado, para se tornar a instituição mais influente na determinação dos rumos da nação.

Assim, de forma pioneira¹², declarou-se que os atos normativos deveriam se conformar com os ditames constitucionais, pois esta estabelecia preceitos básicos e hierarquicamente superiores aos demais e seria função do Judiciário esse controle. Assim, apesar de Marbury não ter conseguido o que pretendia, o julgamento conferiu nova roupagem ao constitucionalismo da época, sendo, atualmente, característica marcante do constitucionalismo moderno a função conferida ao Judiciário de observar se todas as demais leis estão em consonância com sua

¹¹ Em verdade, o que havia nos “bastidores” do julgamento do caso eram questões de índole eminentemente política; uma verdadeira batalha travada entre federalistas, representados pelo *Chief Justice* Marshall, e os democratas, encabeçados pelo então Presidente Thomas Jefferson, o qual negava a autoridade final do Judiciário para a realização da “filtragem constitucional”, atribuindo-se esse poder aos membros do Legislativo de cada Estado, em prol da regra da maioria democrática. Como vice de John Adams (1797 a 1801), Jefferson defendeu esse poder conferido aos Estados-membros. Após assumir a presidência, chegou a ameaçar juízes federalistas com *impeachment* e defendia fervorosamente a tese de que o Presidente, o Congresso e as cortes possuíam autoridade “concorrente” para a interpretação constitucional (ROSEN, 2007, p. 48). Para Jefferson, em atenção aos ditames democráticos, deveria prevalecer a regra da maioria para a definição da “vontade constitucional”, em detrimento do entendimento isolado de juízes, não eleitos pelo voto popular. Para melhor compreensão dessa problemática, denominada “dificuldade contra-majoritária” do Judiciário, vide: Alexandre Bickel. *The Least Dangerous Branch*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

¹² Dizemos “pioneira”, em virtude de sua repercussão. Entretanto, é inegável que a decisão de Marshall teve como substrato, ainda que implicitamente, algumas fontes históricas. Podem ser citadas: (a) a decisão inglesa do *Lord Chief Justice* Edward Coke, no julgamento do caso conhecido como *Dr. Bonham’s Case*, já mencionada acima, pela qual se repudiou um ato do Parlamento inglês por ferir as regras do direito comum e da razão. Ademais, hodiernamente a metrópole inglesa afastava uma regra da colônia que aparentasse estar em conflito com suas próprias leis; (b) a convenção constitucional de 1787, em Filadélfia, bem como o processo de ratificação, durante o qual, pelos discursos dos delegados dos Estados, podia-se perceber a intenção de impregnar eficácia às normas constitucionais; (c) ainda que de forma mais tímida que em *Marbury*, os Estados já eram familiares com alguma espécie de *judicial review*; (d) a postura da própria Suprema Corte, que já assinalava a possibilidade de outros atos normativos sofrerem a filtragem constitucional (NOWAK; ROTUNDA, 2004, p. 11-12). Ainda assim, em *Marbury* foi a primeira vez na qual a Suprema Corte expressamente adotou o conceito de *judicial review*.

Constituição escrita (“codificada”), sob pena de serem invalidadas e lançadas para fora do sistema¹³.

1.3 Constitucionalismo no Brasil: a experiência brasileira

Passemos a abordar a experiência constitucionalista brasileira, a qual, grosso modo, iniciou-se com nossa Constituição Imperial de 1824. Antes disso, faremos uma ligeira incursão no período pré-constitucional, reconhecido pela influência direta do Direito português.

1.3.1 Período pré-constitucional

O direito brasileiro, assim como sua cultura em geral, ao contrário do que ocorre com povos mais antigos, como os dos países europeus, nunca foi fruto nacional, decorrente das transformações sociais. Pelo contrário, desde o descobrimento do País, ele foi imposto pelos portugueses que aqui chegaram e que visavam ao máximo aproveitamento da “Nova Terra”, explorando-a em prol de seus próprios benefícios. Assim que tomaram contato, os colonizadores já detiveram os meios de produção e o domínio das propriedades, passando à exploração dos metais preciosos e extrativismo do pau-brasil, valendo-se da mão de obra de escravos negros e, às vezes, também de indígenas. Nesse contexto, o direito que os portugueses traziam foi imposto aos nativos, mas nunca em benefício destes, vistos, desde logo, como selvagens danados pelo pecado eterno, muito semelhantes aos animais. Por isso, era natural supor-se que os descobridores não se deixariam influenciar pelos costumes locais.¹⁴

¹³ Muito embora haja nações que, apesar de reconhecerem a supremacia da Constituição, não conferem ao Judiciário o poder de invalidar atos dos outros órgãos de governo (CAPPELLETTI apud NOWAK; ROTUNDA, 2004, p. 8).

¹⁴ Não é de se estranhar que o calvinista francês Jean de Léry, pouco depois da data do descobrimento do Brasil, no ano de 1556, na fundação da França Antártica, no Rio de Janeiro, escreveu sobre os nativos desta terra, classificando-os como selvagens amaldiçoados: “Embora seja aceita universalmente a sentença de Cícero, de que não há povo, por mais bruto, bárbaro ou

Por seu turno, o sistema jurídico português foi marcado, inicialmente, pelas leis de caráter geral e pelos forais, tão logo Portugal tornou-se independente das dinastias espanholas com a vitória na Batalha de Ourique (1139), sob a liderança de Afonso Henriques. As primeiras leis, de índole nacional, foram decretadas em 1210, no reinado de Afonso II e destinavam-se à centralização do poder nas mãos da monarquia (CRISTIANI, 2009, p. 353). Os forais eram regras de caráter mais específico e visavam à resolução de questões locais. Eles foram aplicados no Brasil, logo no início da colonização, com a divisão em capitanias hereditárias, atribuindo-se a cada um dos donatários da Coroa Portuguesa poderes para legislar, administrar e julgar¹⁵ (CRISTIANI, 2009, p. 354), mas, indubitavelmente, regulavam direitos considerados fundamentais à época.

Com o declínio do sistema de capitanias hereditárias, a Metrópole atribuiu a centralização administrativa da Colônia a um governador-geral. As leis gerais, assim, adquiriram importância maior, dando-se início a um processo de burocratização do sistema e de seus operadores. As leis gerais, vigentes no Brasil-Colônia, foram agrupadas, dando ensejo ao surgimento de três ordenações: Afonsinas (1466), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), vigorando esta última por vasto período de tempo. Por exemplo, suas disposições atinentes ao direito civil apenas foram revogadas em 1916, com a entrada em vigor do Código Civil (CRISTIANI, 2009, p. 355).

Ocorre que as ordenações não correspondiam à necessidade de implantação de um constitucionalismo liberal, de índole burguesa, destinado à contenção das arbitrariedades estatais. A primeira ação que se pode caracterizar nesse sentido é a Revolução Pernambucana de 1817, entendida como um movimento armado de pessoas

selvagem que não tenha idéia da existência de Deus, quando considero os nossos tupinambás vejo-me algo embaraçado em lhe dar razão. Pois além de não ter conhecimento algum do verdadeiro Deus, não adoram quaisquer divindades terrestres ou celestes, como os antigos pagãos, nem como os idólatras de hoje, tal qual os índios do Peru, que, a 500 léguas do Brasil, veneram o Sol e a Lua. Não têm nenhum ritual, nem lugar determinado de reunião para a prática de serviços religiosos, nem oram em público ou em particular. Ignorantes da criação do mundo, não distinguem os dias por nomes específicos, nem contam semanas, meses ou anos, apenas calculando ou assinalando o tempo por lunações. Não só desconhecem a escrita sagrada ou profana, mas ainda, o que é pior, ignoram quaisquer caracteres capazes de designar o que quer que seja. [...] Em verdade, penso que esses selvagens pouco diferem dos animais, e que no mundo não existem homens mais afastados de quaisquer idéias religiosas” (LÉRY, 2008, p. 34-35).

¹⁵ Lembra Vladimir Brega Filho: “Na Idade Média, embora a organização social da época fosse de rígida separação de classes, com a subordinação dos vassallos aos suseranos, vários foram os documentos jurídicos que reconheceram direitos fundamentais. A teoria do direito natural contribuiu para isto, pois pregava a existência de leis fundamentais, naturais, superiores e limitadoras do poder do monarca. Surgiram, então, os pactos, os forais e as cartas de franquia” (BREGA FILHO, 2002, p. 6).

imbuídas de patriotismo, que desejavam a secessão da Colônia para com o Trono Português, inspiradas pelos ideais do modelo americano (BONAVIDES, 2007, p. 70).

A Revolução Pernambucana visava à instalação de um Colégio Constituinte, já fornecendo os alicerces para a existência de um governo constitucional de cunho liberal, distante dos traços absolutistas da Metrópole, a qual, por sua vez, desejava fortalecer o comando desta sobre a Colônia, afinando-se com o perfil absolutista e o repúdio ao liberalismo manifestados por D. João VI. Entretanto, crescia o ideal separatista e o sentimento nacionalista, chancelados, de certo modo, por D. Pedro I, o qual, meses antes da declaração formal de independência, resolveu desobedecer ao Soberano Colégio que determinava sua volta a Portugal, sob pena de processá-lo por traição, proferindo, no mês de janeiro de 1822, a famosa frase: “Se é para o bem de todos e felicidade geral da Nação, diga ao povo que fico” (“dia do fico”), deflagrando-se, com relativa nitidez, o processo separatista entre os Reinos até então unidos¹⁶ (BONAVIDES, 2007, p. 36).

Pouco antes da proclamação formal da Independência, mas inserido no processo que a desencadeou, D. Pedro I determinou que seu Ministro, José Bonifácio de Andrada e Silva, convocasse um Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, o qual deveria propor medidas para o bem do Brasil, como um todo, ao mesmo tempo em que deveria zelar pelos interesses da respectiva província. Em seguida, no mês de junho de 1822, por meio de decreto, o Príncipe Regente convoca uma Assembleia-Geral e Legislativa, formada apenas por deputados das províncias do Brasil, à qual foi atribuída dupla função: deveria se

¹⁶ Paulo Bonavides destaca: “O ano de 1822 veio a ser, por sem dúvida, o mais crucial da história do Brasil, ao decidir efetivamente o destino da nacionalidade em suas nascentes constitucionais, portanto, na formulação de sua existência institucional. As Cortes de Lisboa, constitucionais na Europa, mas absolutistas na América Portuguesa, buscavam em verdade, pelos seus decretos reacionários, frear o movimento de emancipação e, do mesmo passo, aparelhar a recolonização. Para tanto decretavam a criação no Brasil de dois centros de poder e de governo que logo tomariam o antigo caráter de administração colonial centralizada na velha metrópole. As províncias, separadas de um centro de união no País e sujeitas outra vez à obediência de um poder central e absoluto, do outro lado do Atlântico, se achavam numa situação de extremo risco. Sendo impossível reprimir ou sufocar as aspirações constitucionais e emancipatórias dos ‘povos’ (como era de uso corrente no léxico político da época), o destino do Brasil comparativamente teria sido o mesmo da América Espanhola: um feixe de repúblicas – fragmentadas em meio a espaços de dominação colonial; muitas ‘goianas’, como a francesa, a inglesa, a holandesa, esparsas na banda meridional do Continente, desfariam em fumos o sonho que os futuros fundadores da independência e do Império, designadamente José Bonifácio e D. Pedro, ainda acalentavam naquele ensejo: o de preservar formalmente e concretizar materialmente a união dos dois Reinos. Na impossibilidade de isso acontecer – e isso jamais aconteceria, pelo desastre irreparável da política das Cortes em relação ao Brasil –, a alternativa superior e mais ambiciosa não fora outra senão criar nessa vastíssima porção do hemisfério um regime político de unidade nacional, debaixo da bandeira da Constituição” (BONAVIDES, 2007, p. 95-96).

ocupar de matéria afeta à legislação ordinária, ao mesmo tempo em que seria incumbida de produzir a Constituição. Meses após, aos 07 de setembro de 1822, às margens do Rio Ipiranga, D. Pedro I proclamou a independência do Brasil, vindo a coroar a tendência separatista que se evidenciava. Em 1º de dezembro do mesmo ano, foi sagrado Imperador Constitucional (BONAVIDES, 2007, p. 38)

A Assembleia-Geral e Legislativa não prosperou, devido a embates, diretos e velados, contra o Imperador. Por exemplo, o seu primeiro projeto de lei ordinária foi justamente no sentido de impedi-lo de vetar os decretos da Constituinte. D. Pedro I, obviamente descontente, por meio de decreto de 12.11.1823 dissolveu-a, acusando-a de haver “perjurado ao solene juramento que prestou à Nação de defender a integridade do Império, sua Independência e Minha Dinastia”. Assim, no dia seguinte, para cumprir seu ideal de formalizar a primeira Constituição, o Imperador decretou a criação do Conselho de Estado, composto por 10 membros, dos quais 06 eram membros natos, escolhidos de seu próprio Ministério. A Constituição foi finalmente outorgada aos 24.03.1824 e não diferenciava muito do projeto da Constituinte, à exceção da inserção do Poder Moderador (BONAVIDES, 2007, p. 42).

Passemos a discorrer sobre os períodos constitucionais brasileiros, com singela análise a todas as Constituições que já regeram a vida deste País.

1.3.2 Períodos constitucionais

Analisando as fases constitucionais do Brasil, Paulo Bonavides aponta a existência de três épocas distintas (BONAVIDES, 2008, p. 361). A classificação ocorre em virtude do somatório dos valores ideológicos, políticos e jurídicos identificáveis em cada um desses períodos. O primeiro é denominado pelo autor de *constitucionalismo do Império* e se inicia com a promulgação da Constituição de 1824, estendendo-se até a Constituição Republicana de 1891. O segundo é designado *constitucionalismo da Primeira República* (1891-1934), muito embora esta tenha durado até o Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, deflagrador do exercício de poder arbitrário pelo Governo Provisório. O terceiro período, finalmente, é chamado *constitucionalismo do Estado Social*, coincide com a promulgação da Constituição

de 1934 e perdura, respeitadas as suas vicissitudes, até os dias atuais (BONAVIDES, 2008, p. 362).

O *constitucionalismo do Império* (1824-1891) possuiu como principal característica a notável influência dos ideais liberais franceses e ingleses em seus textos. Não obstante, sua marca, indubitavelmente, também foi a de ser a única Constituição do mundo a instituir o Poder Moderador, adotando, assim, a repartição tetradimensional dos poderes, modelo de Benjamim Constant e visto com bons olhos, à época, por alguns juristas, entre os quais Pimenta Bueno, quem o destacava como poder necessário nas mãos do monarca constitucional para a fiscalização dos demais¹⁷. A Constituição do Império apoiava-se nos pressupostos da força da economia agrária e no poder dos latifundiários. Com o enfraquecimento desse sistema, com o qual a abolição da escravatura (13.05.1889) teve grande contribuição, criou-se um ambiente propício ao “[...] crescimento de concepções antimonarquistas, favorecendo o clima para a expansão do ideário liberal-conservador, que passou a valer-se, em certo momento, das diretrizes advindas do positivismo e do republicanismo” (WOLKMER, 1999, p. 108). A estes fatos, soma-se, também, o desgaste entre Estado-Igreja, culminando com a proclamação da República aos 15.08.1889.

Por sua vez, o *constitucionalismo da Primeira República* (1891-1934) foi marcado pela influência do modelo dos Estados Unidos¹⁸. Instituíram-se o sistema republicano, a forma presidencial de governo e a forma federativa de Estado, além de ter sido adotada uma suprema corte capaz de invalidar ato contrário à Constituição. Nesse período, inegável a contribuição de Rui Barbosa, notável admirador da política e forma de organização política dos Estados Unidos. Houve a “[...] ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade” (BONAVIDES, 2008, p. 365).

¹⁷ Nas palavras do autor, ao se referir ao Poder Moderador, dizia que ele “[...] incontestavelmente existe na nação, pois que não é possível nem por um momento supor que ele não tenha o direito de examinar e reconhecer como funcionam os poderes que ela instituiu para o seu serviço, ou que não tenha o direito de providenciar, de retificar sua direção, de neutralizar seus abusos” (BUENO, 1857, p. 204).

¹⁸ Em postura crítica, Wolkmer (1999, p. 109) observa: “O arcabouço ideológico do texto constitucional de 1891 expressava valores assentados na filosofia política republicano-positivista, pautados por procedimentos inerentes a uma democracia burguesa formal, gerada nos princípios do clássico liberalismo individualista. Na realidade, a retórica do legalismo federalista, sustentando-se na aparência de um discurso constitucional e acentuando o povo como detentor único do poder político, erguia-se como suporte formalizador de uma ordem sócio-econômica que beneficiava somente segmentos oligárquicos regionais”.

Esse modelo de rejeição a arbitrariedades, depois de duas décadas, passou a perder força normativa, deixando de haver sincronia com os *fatores reais do poder*, pois suas disposições liberais clássicas não mais se assentavam na sociedade da época, abalada, de certa forma, pela crise econômica externa de 1929 e, internamente, pela “revolução constitucionalista” que iniciou em São Paulo, em 1932. Esse modelo cedeu em novembro de 1930, com o Decreto n. 19.398, o qual deu início a um período ditatorial militar de quatro anos, inicialmente a mercê de uma Junta Militar, a qual governou o País por um curto período, até que Getúlio Vargas, então Governador do Estado do Rio Grande do Sul o assumisse definitivamente. Mencionado decreto, sob o manto de se estabelecer legitimidade ao processo eletivo, tendo em vista adulterações apontadas no sistema representativo da época, em verdade manifestou verdadeiras arbitrariedades, vindo a cabo dois anos mais tarde, com a promulgação de nova Constituição.

Em arremate, tanto o constitucionalismo imperial quanto o constitucionalismo da Primeira República assentaram-se em premissas liberais conservadoras, refletidas nas formas de governo desatreladas de real e efetiva participação popular, sendo ambas caracterizadas por “[...] formas clientelísticas de representação política, na conservação rigorosa da grande propriedade, na defesa desenfreada de um liberalismo econômico, bem como na introdução ‘aparente’ e ‘formalista’ de direitos civis” (WOLKMER, 1999, p. 110).

O sistema da Velha República entra em crise, quando forças de aliam contra a política oligárquica cafeeira, e imbuídos de sentimento nacionalista passam a defender a tese do desenvolvimento econômico-social, visando à concretização de alguns direitos sociais, instaurando-se, com isso, nova ordem constitucional, baseada, em forma mais ou menos intensa, nesses ideais, haja vista que, conforme aponta Luiz Werneck Vianna, “[...] a iniciativa de recuperar a verdadeira trama por detrás da fachada arbitrária legal, bem como encurtar o espaço entre a concepção da lei e a sociedade concreta, caberiam ao Estado” (WOLKMER, 1999, p. 112).

Por isso, denomina-se *constitucionalismo do Estado social* a fase seguinte, a qual se verifica até os dias atuais, iniciando-se com a Constituição de 1934, período conhecido como “Segunda República” (1934-1937). Apesar dos ideais que o iluminaram, tratou-se de período estigmatizado por “[...] crises, golpes de Estado, insurreição, impedimentos, renúncia e suicídio de Presidentes, bem como queda de governos, repúblicas e Constituições” (BONAVIDES, 2008, p. 366). No atinente à

primeira Constituição da época, é notável a influência da Constituição Mexicana de 1917 e da Lei Fundamental de Weimar, de 1919, no que diz respeito, principalmente, ao viés social dos direitos fundamentais da pessoa humana, evidenciou-se, assim, seu caráter democrático, além de ter instituído outras grandes novidades, tais como a Justiça Eleitoral, o voto secreto, o sufrágio feminino e o mandado de segurança. A Constituição de 1934 teve vida curtíssima, alcançando seu termo por ato ditatorial de 10 de novembro de 1937, do próprio Presidente Vargas, sob a alegação de *falhas lamentáveis*.

Outorgou-se, assim, a Constituição de 1937, de índole eminentemente autoritária e inspiração fascista, a qual, para muitos, nem sequer chegou a existir *de direito*, pois nunca houve o plebiscito que ela mesma previa para sua entrada em vigor (vide PONTES DE MIRANDA, 1963, p. 21). O autoritarismo concedido ao Presidente da República pela Carta é claramente percebido em suas disposições referentes ao controle de constitucionalidade. De acordo com a Constituição de 1937, ainda que o Poder Judiciário declarasse a inconstitucionalidade de uma lei, poderia o Presidente da República remetê-la novamente ao Parlamento e se este, por decisão de dois terços de seus membros, confirmasse-a, esta lei restauraria sua vigência. Isto seria possível desde que a lei, *a juízo do Presidente, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta*. Outra expressão do autoritarismo reflete-se na possibilidade, de acordo com aquele texto constitucional, na atribuição conferida ao chefe do Poder Executivo para editar decretos-leis das matérias afetas à competência legislativa da União, enquanto não se reunisse o Poder Legislativo. O detalhe é que o Congresso permaneceu fechado durante todo o período ditatorial, concentrando-se nas mãos do ditador todo o poder de legislar¹⁹, o que ocasionou, inclusive, a perda de força da própria Constituição, aniquilada pelos decretos-leis promulgados ao alvedrio do déspota. Apesar de ter sido inspirada pela Constituição da Polônia de 1935, inegável que se coadunava, de certo modo, com as ideias nazi-fascistas de Hitler e Mussolini, para os quais Vargas nutria grande simpatia (CHACON, 1977, p. 98). Com a derrocada desses regimes

¹⁹ Conforme sustentam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo Gustavo G. Branco (2008, p. 170): “[...] o Congresso Nacional permaneceu fechado e, nesse período, o Presidente da República, usurpando-lhe as funções, editou milhares de decretos-leis, o que se teve de fato foi a mais completa permissividade jurídica, porque nenhum decreto-lei, eventualmente contrário à Constituição, seria passível de impugnação eficaz, dada a concentração, na pessoa do Chefe do Governo, do poder de legislar e da prerrogativa de acionar, em causa própria, o mecanismo de *anticontrôle* de constitucionalidade engendrado pelos autores da nova Carta Política”.

totalitários, foi questão de tempo para a deposição de Vargas, o que ocorreu pelas Forças Armadas em 29.10.1945. O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares, assumiu o poder transitoriamente, até a posse de Eurico Gaspar Dutra, Presidente da República eleito e empossado em 1946, o qual, curiosamente, foi Ministro de Guerra no governo de Getúlio Vargas e, inclusive, contou com o apoio deste, o qual se elegeu senador pelos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 172).

Instaurou-se, nesse ínterim, o período conhecido como Terceira República (1945-1964), ambiente propício para a Constituição de 18 de setembro de 1946, a qual muito se assemelhava à Constituição de 1934²⁰. Tratava-se de “Constituição Republicana, Federativa e Democrática” (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 313), pois “restabeleceu a democracia formal representativa, a independência aparente dos poderes, a autonomia relativa das unidades federativas e a garantia dos direitos civis fundamentais” (WOLKMER, 1999, p. 114). No que toca às liberdades públicas, declarou inviolável a liberdade de consciência e de crença e o livre exercício de cultos religiosos, à exceção dos que fossem contrários à ordem pública e aos bons costumes. Declarou, ainda, que as liberdades e garantias individuais eram mais amplas do que aquelas constantes de seu próprio corpo, as quais não podiam ser cerceadas por qualquer expediente autoritário (MENDES; COELHO; BRANCO 2008, p. 174). A Constituição de 1946 foi elogiada por Celso Ribeiro Bastos, referindo-se a ela como inserida dentre as melhores, senão a melhor, entre todas, a qual

[...] traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descuidar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934 [...] Era, portanto, um reencontro do País com suas origens pretéritas, saltando-se o obscuro período do Estado Novo. (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 312-313).

A Constituição de 1946 iniciou sua perda de força em 1961, com a Emenda n. 4, instituidora do sistema parlamentar de governo, rejeitada por plebiscito²¹

²⁰ Comparando ambas as Constituições, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo Gustavo G. Branco (2008, p. 173), na esteira dos ensinamentos de Afonso Arinos, alude que a de 1946 teve um período bem maior de vigência, em virtude da “[...] inexistência de um ambiente internacional que lhe fosse hostil, o que não impediu, entretanto, viesse a se tornar vítima de desgaste interno, que levou ao seu desaparecimento, em razão de algumas de suas imperfeições, é verdade, mas sobretudo pela divisão nacional das classes dirigentes, sempre incapazes de compreender que a oposição democrática não significa luta contra as instituições”.

²¹ Apesar de formalmente referir-se a plebiscito, parece tratar-se de referendo, pois se tratou de manifestação popular posterior à edição da Emenda n. 4.

popular, dando ensejo à Emenda n. 6, restituidora do sistema presidencialista. Ainda assim, era visível o descontentamento com a ordem institucional brasileira, culminando com movimento popular na Cidade de São Paulo, onde se reuniram mais de quinhentas mil pessoas (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 319). Apesar de, em seguida, o Ato Institucional n. 1 tê-la mantido, as sucessivas emendas e outros atos institucionais que se seguiram ocasionaram a necessidade, também aclamada pela vontade revolucionária reinante à época, de uma nova ordem constitucional.

Nesse cenário, adveio a Constituição de 1967, elaborada pelo Congresso Nacional, mas sob completo monitoramento do Governo, que o coagia por meio dos sucessivos atos institucionais (MENDES COELHO; BRANCO, 2008, p. 175). Naturalmente, tratou-se de uma Constituição que agigantou o Poder Executivo, apesar de, formalmente, reconhecer os outros dois poderes.²², em consonância com o Ato Institucional n. 4/66, pregador da “institucionalização dos ideais e princípios da Revolução”, para que a Constituição, desse modo, assegurasse a “continuidade da obra revolucionária”. A Constituição de 1967 entrou em vigor, coincidentemente, com a assunção da Presidência pelo Marechal Artur da Costa e Silva e, esperava-se, que a nova ordem inaugurada gerasse estabilidade propícia ao desenvolvimento nacional.

Entretanto, em virtude de movimentos estudantis e da crescente influência da oposição do Governo, este se viu instado à edição de novo ato institucional, o de n. 5, de 13 de dezembro de 1968, o qual gozava de hierarquia de norma constitucional. Por meio deste ato o Executivo tornou-se, mais ainda, num *superpoder*, sendo de sua atribuição o fechamento das Casas do Legislativo, em qualquer esfera da Federação, a cassação do mandato de parlamentares e a suspensão dos direitos políticos de qualquer pessoa, por dez anos. Cessaram-se as garantias da Magistratura da vitaliciedade e inamovibilidade. Suspendeu-se o *habeas corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem

²² Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1988, p. 320) referem-se a ela como uma *Constituição centralizadora*. Escrevem: “Trouxe para o âmbito federal uma série de competências que antes pertenciam a Estados e Municípios. Reforçou os poderes do Presidente da República. Na verdade, poderíamos dizer que a despeito do Texto Constitucional afirmar a existência de três Poderes, no fundo existia um só, que era o Executivo, visto que a situação reinante tornava por demais mesquinhas as competências tanto do Legislativo quanto do Judiciário. Paulo Bonavides com muita precisão averba: ‘Nenhuma Constituição em toda a nossa história republicana deu tantos poderes ao Presidente da República quanto a de 1967, seguida da Emenda Constitucional n. 1 de 1969, que lhe trouxe um reforço caudaloso’ (Paulo Bonavides, *A Constituição de 1824*)”.

econômica e social e a economia popular. Além disso, afastou-se do controle jurisdicional qualquer medida tomada com base no ato de exceção.

Nesse contexto, o Presidente Costa e Silva torna-se impedido de governar por problemas de saúde. O Vice-Presidente Pedro Aleixo, ao contrário do esperado, não assume, sendo impedido por uma Junta Militar composta pelos Ministros da Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica, baixando-se, para tanto, o Ato Institucional n. 12. Posteriormente, os cargos de Presidente e Vice da República são declarados vagos, pelo Ato Institucional n. 16.

Nesse período, assim, a ordem jurídica brasileira viu-se regida por duas realidades: a Constituição de 1967, com sua posterior Emenda n. 1, de 1969 e a sequência de atos institucionais, que, em sua maioria, não se coadunavam com ela. A partir de então, nos sucessivos governos que se instalaram, passou a haver uma abertura à democracia e banimentos de certas posturas autoritárias, mais ou menos sensíveis, às vezes com avanços, outras vezes com notáveis retrocessos.

Em suma, as Leis Fundamentais do País, de 1824 a 1969, não representaram as aspirações sociais, em formal desatenção aos mais básicos anseios populares. O povo nunca sentiu o texto constitucional como instrumento para o alcance de seus legítimos anseios²³.

Todavia, com a promulgação da Constituição da República atual, aos 05.10.1988, ainda que se reconheçam imperfeições de forma e fundo, há de se admitir ter havido maior aproximação de seu conteúdo aos anseios populares. Além de irromper com o regime militar reinante à época, a Constituição da República trouxe extenso rol de direitos e garantias fundamentais, além de fórmulas que admitem participação popular direta no processo democrático, dando subsídios, se bem aplicada, para que sejam alcançados os objetivos maiores da República, previstos em seu próprio artigo 3º. Nessa esteira, Bruce Ackerman (2006) sugere ter ela inaugurado um novo cenário, propício do “novo recomeço”, fenômeno verificado pelo compromisso dos Tribunais com o cumprimento dos princípios constitucionais²⁴.

²³ Conforme ensina Antonio Carlos Wolkmer (1999, p. 116): “O processo histórico nacional evidencia que as instâncias do Direito Público jamais foram resultantes de uma sociedade democrática e de uma cidadania participativa, pois a evolução destas foi fragmentária, ambígua e individualista, além de permanecerem sujeitas a constantes rupturas, escamoteamentos e desvios institucionais. Em suma, a falta de tradição verdadeiramente democrática nos liames do que se convencionou chamar de ‘liberalismo burguês’ fez com que inexistisse – na evolução das instituições”.

²⁴ No prefácio à edição brasileira de sua obra, Ackerman destaca: “O cenário do novo ‘recomeço’ sugere uma nova e diferente orientação judicial. Nesse momento, o Tribunal busca demonstrar que os compromissos solenes assumidos pelo povo na sua Constituição não são meramente

Oportuno ponderar que o alcance dos mencionados objetivos, bem como a escorreita aplicação dos ditames constitucionais, somente se tornam possíveis se toda conduta estatal voltar os olhos ao fundamento maior do País, veiculado pelo inciso III do artigo 1º da Constituição: a *dignidade da pessoa humana*. Talvez, seu embasamento mais longínquo possa ser encontrado no Livro de Gênesis, na *Bíblia Sagrada*, quando declara o autor²⁵ ser o homem imagem e semelhança de Deus. Em seu Capítulo 1, ao narrar a criação do mundo, diz que Deus criou tudo o que havia pelo poder da palavra. Ele deu ordem para que houvesse a luz (versículo 3), o firmamento (versículo 7), os luzeiros (versículo 14) e os seres viventes (versículos 20, 24 e 25). Porém, para a criação do homem, houve algo de especial. Em vez de simplesmente dizer “haja o homem”, Ele determinou, valendo-se da terceira pessoa do plural, num indicativo da Santíssima Trindade: “Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; tenha ele domínio sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos, sobre toda a terra e sobre todos os répteis que rastejam pela terra” (versículo 26). Fala-se em pecado justamente quando o ser humano não corresponde aos anseios do Criador, negando a dignidade que lhe foi atribuída.

Nelson Rosenvald (2005, p. 1) lembra que outros dois momentos influenciaram ao reconhecimento da dignidade humana: o kantismo e o fim da Segunda Guerra Mundial. No tocante ao kantismo, podem ser destacadas fórmulas de imperativo categórico ditadas por Immanuel Kant que condiziam com o reconhecimento e respeito à dignidade do ser humano. Entre elas: “age de tal forma que a máxima de teu agir possa ser elevada a uma lei universal de conduta [...] age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e nunca unicamente como um meio” (PASCAL, 2007, p. 163). Quanto ao fim da Segunda Guerra Mundial, este serviu para dar cabo à instrumentalização do ser humano e seu total aviltamento, próprios do Estado Nazista (ROSENVALD, 2005, p. 4), o que levou à negação da dignidade humana como valor-fonte do ordenamento jurídico (LAFER, 2006, p. 133). Tanto é que, logo em seguida ao fim da guerra, o princípio foi expresso no artigo 1º da Declaração

promessas teóricas que podem ser convenientemente deixadas de lado pelos porta-vozes do poder [...]. Ao contrário, essas decisões dramáticas determinam que o novo ‘recomeço’ não seja uma política retórica vazia, mas uma realidade viva da vida social” (ACKERMAN, 2006, p. xlix).

²⁵ Muitos atribuem a autoria de Gênesis, assim como dos demais livros do Pentateuco (Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio) a Moisés, mas não há unanimidade entre os teólogos quanto a isso.

Universal dos Direitos Humanos (1948), o qual determina: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

De todo o modo, a dignidade humana é o substrato e o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Porém, pouco adianta buscar sua essência na razão divina ou humana se não há sua efetiva proteção no plano fático.²⁶

Em suma, trata-se do valor maior do sistema jurídico, do qual devem irradiar todas as demais normas, encontrando estas justamente no postulado seu fundamento de validade. As normas constitucionais vigentes permitem o respeito à individualidade de cada qual, ainda que inseridos em um grupo cuja proteção estatal se destina. Assim, o texto não visa à proteção apenas da “massa”, conjunto de indivíduos sem face. Pelo contrário, ele se destina à tutela de cada integrante do todo, com o suprimento de anseios individualizados. Cada ser humano é único e não *mais um na multidão*.

²⁶ É o que leciona Maria Inês Moura Santos Alves da Cunha. Em artigo publicado na *Revista do Advogado* de n. 104, a Desembargadora escreve: “A dignidade humana é o pressuposto e a garantia da harmonia em sociedade, do bem-estar de todos, da preservação dos valores de cada cidadão e da comunidade como um todo. Essa qualidade intrínseca que distingue cada ser humano, fazendo-o merecedor do respeito do Estado e da sociedade, implica um complexo de direitos e deveres que visam, de um lado, assegurar sua proteção contra atos desumanos, degradantes ou discriminatórios e, de outro, uma existência digna, uma vida com qualidade, uma participação ativa na construção de seu próprio destino e na convivência com seus iguais” (CUNHA, 2009, p. 72).

2 APONTAMENTOS SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO

Neste capítulo, traçaremos, em primeiro lugar, alguns pontos sobre um tema que tem intrigado filósofos, sociólogos, cientistas políticos, juristas, economistas, entre outros: a *pós-modernidade*. Sem tecermos às minúcias o fenômeno, já que não se coaduna com o foco deste trabalho, tentaremos situá-lo no tempo e apontar suas características básicas, com sua relevância para o campo do direito. Em seguida, ocupar-nos-emos do *neoconstitucionalismo*, tema que lhe está relacionado. Também procuraremos conceituá-lo e apontar três de suas características essenciais, que mais interessam a este trabalho: relevância aos princípios, constitucionalização do direito e a grande importância do papel do Judiciário. Ao final, salientaremos uma de suas objeções: a profunda insegurança jurídica gerada pela abertura do sistema.

2.1 Aspectos da Pós-Modernidade

Segundo Boaventura de Souza Santos (1989, p. 17-30), a partir do século XVII, um dos ramos essenciais da filosofia passou a ser aquele destinado à reflexão sobre os fundamentos, a validade e os limites do conhecimento científico. A filosofia procurou legitimar-se perante a ciência e a *epistemologia*²⁷ passou a ter um lugar central na reflexão filosófica, dando ensejo ao fenômeno da *dogmatização* da ciência²⁸, próprio da sociedade moderna da época.

²⁷ Epistemologia, de forma simplista, pode ser entendida como “o ramo da filosofia que investiga a origem, a estrutura, os métodos e a validade do conhecimento” (RUNES apud SANTOS, 1989, p. 19).

²⁸ Cujo clímax pode ser verificado no Círculo de Viena, reunião de um grupo de filósofos ocorrida entre os anos de 1919 e 1936, cessada com o assassinato de Moritz Schlick. Pretendia-se a reconstrução da ciência a partir de uma reflexão filosófica também científica, uma “ciência da ciência”. O sistema filosófico cunhado ficou conhecido como *positivismo lógico*. Conforme Boaventura de Souza Santos (1989, p. 22-23), “[...] para o Círculo de Viena a teoria da ciência é o único sentido legítimo da filosofia; esta só se justifica enquanto justificação das ciências positivas. O positivismo lógico representa, assim, o apogeu da *dogmatização da ciência*, isto é, de uma concepção de ciência que se vê nesta o aparelho privilegiado da representação do mundo, sem outros fundamentos que não as proposições básicas sobre a coincidência entre a linguagem unívoca da ciência e a experiência ou observação imediatas, sem outros limites que não os que resultam do estágio de desenvolvimento dos instrumentos experimentais ou lógico-dedutivos. Esta dogmatização da ciência é confirmada *a contrario*, tanto pelo fracasso de Husserl em fundar uma epistemologia transcendental, como pela declaração de morte da filosofia (da metafísica) em Schopenhauer e Nietzsche”.

Entretanto, conforme argumenta o mencionado autor, a concepção da ciência pós-moderna encontra-se ligada à ideia de *desdogmatização* da ciência, gerada por uma verdadeira *crise de degenerescência* dela própria. Para tanto, aponta três vertentes que reputa principais (SANTOS, 1989, p. 23). A primeira, coincidentemente, remete ao próprio Círculo de Viena, pois o apogeu da dogmatização da ciência foi coincidente com o marco inicial para a sua própria derrocada, em virtude das contradições que os próprios filósofos encontravam em seus próprios pensamentos, esbarrando na extrema dificuldade da dogmatização científica²⁹. A segunda vertente refere-se à própria prática científica, marcada pelas tentativas fracassadas de serem encontrados os princípios fundadores da ciência e, por outro lado, pela “necessidade *prática* de dar resposta às questões de conceptualização e de método suscitadas a cada passo pelo progresso vertiginoso das várias disciplinas científicas a partir de finais do século XIX” (SANTOS, 1989, p. 24). Por fim, a terceira vertente é apontada pelo autor como manifestamente filosófica³⁰, entendendo-se que:

A ciência é um conjunto de práticas que pressupõem um certo número de virtudes, tais como a imaginação e a criatividade, a disponibilidade para se submeter à crítica e ao teste público, o caráter cooperativo e comunitário da investigação científica, virtudes que, apesar de características do método científico, devem ser cultivadas no plano moral e político para que se concretize o projeto de “democracia criativa”. (SANTOS, 1989, p. 25).

Assim, se a modernidade ruiu com a derrocada da *dogmatização* da ciência, a pós-modernidade ascendeu justamente com a quebra desse paradigma³¹, por se entender que na ciência já não mais se encontram as respostas para todos os

²⁹ “[...] um dos debates no interior do Círculo é o de saber se as proposições básicas têm um estatuto de cientificidade diferente do conhecimento científico que procuram fundar. Depois, é a defecção de Wittgenstein, a sua autocrítica em *Philosophische Untersuchungen* (1971), e a sua luta contra a tentação de procurar na linguagem (no jogo da linguagem) um fundamento absoluto do conhecimento. Por último, é a modéstia do projeto epistemológico de K. Popper (1968), ao estabelecer, como condição lógica das proposições científicas, a falsificabilidade, e não verificabilidade, como antes era pretendido pelo Círculo de Viena” (SANTOS, 1989, p. 23).

³⁰ Conforme aduz Boaventura de Souza Santos (1989, p. 25) “[...] as vozes mais importantes nesta vertente são as de Heidegger (1955; 1960; 1961) e de Dewey (1916; 1957). Nada parece haver de comum entre eles, nem no plano filosófico (a filosofia alemã / o pragmatismo americano), nem no plano político (cumplicidade com o nazismo / a defesa indefectível da democracia). Apesar disso, ambos desdenham dos fundamentos últimos da ciência e avaliam esta em função da sua contribuição para o projeto existencial da vida em sociedade. Para Heidegger, pessimista, a ciência e a tecnologia correspondem a uma compreensão dogmática do ser que pretende reduzir toda a existência à sua instrumentalidade, por essa via conduzido ao “esquecimento do ser” e à inviabilização do projeto de existência humana autêntica. Para Dewey, otimista, a ciência vale pela ligação que tem com o ideal democrático e na medida em que mantém essa ligação”.

³¹ Construído pelo pensamento pós-Revolução Francesa, no sentido de que o progresso humano, nas mais variadas áreas, seria alcançado pelo avanço da ciência.

problemas, entendimento este gerado pelas enormes transformações sociais sentidas por toda a humanidade nos últimos anos.

Factualmente, os avanços científicos não foram suficientes para a solução dos problemas. Apesar dos progressos, houve controle do benefício oriundo desses avanços para as camadas mais abastadas da população. O ideal cartesiano de evolução social foi substituído pelo reconhecimento de *transformações velozes*, que não necessariamente significam progresso, evolução.

Dito de outro modo, o *modernismo* pode ser identificado pela confiança no progresso linear, na evolução, no planejamento das coisas pela inteligência humana, a qual, acreditava-se, deveria ser inspirada por conhecimentos globais, adquiridos mediante métodos universalmente aceitos. Nesse sentido, o *modernismo* se afina às ideias positivistas de ordem, sistema, coordenação e progresso³². Por outro giro, o *pós-modernismo* repudia toda e qualquer proposta de exatidão, de conhecimento universalmente padronizado ou de dogmas, para se fincar em noções fluidas, flexíveis, com a aceitação de uma diversidade cultural a ensejar uma diversidade discursiva, sem pretensões de *certo* ou *errado*, mas de ideias mais ou menos adequadas para um caso específico, considerando-se o binômio “tempo-espaço”³³. Com o *pós-modernismo* não

³² É sintomático identificar no lema da bandeira nacional, “ordem e progresso”, inspiração positivista. Conforme observa Sérgio Buarque de Holanda, o positivismo colheu bom êxito no Brasil, justamente por sua capacidade de estabelecimento de conceitos rígidos, pré-fabricados e pretensamente corretos. O autor escreve: “É possível compreender o bom sucesso do positivismo entre nós e entre outros povos parentes do nosso, como o Chile e o México, justamente por esse repouso que permitem ao espírito as definições irresistíveis e imperativas do sistema de Comte. Para seus adeptos, a grandeza, a importância desse sistema prende-se exatamente à sua capacidade de resistir à fluidez e à mobilidade da vida. É realmente edificante a certeza que punham aqueles homens no triunfo final das novas idéias. O mundo acabaria *irrevogavelmente* por aceitá-las, só porque eram racionais, só porque a sua perfeição não podia ser posta em dúvida e se impunha obrigatoriamente a todos os homens de boa vontade e de bom senso. Nada haveria de deter e muito menos de anular o ascendente fatal de uma nova espiritualidade reclamada pelo conjunto das necessidades humanas [...]” (HOLANDA, 2009, p. 158).

³³ Consoante apontamento de David Harvey (2008, p. 19), “[...] os editores da revista de arquitetura PRECIS 6 (1987, 7-24) vêem o pós-modernismo como legítima reação à ‘monotonia’ da visão de mundo do modernismo universal. ‘Geralmente percebido como positivista, tecnocêntrico e racionalista, o modernismo universal tem sido identificado com a crença no progresso linear, nas verdades absolutas, no planejamento racional de ordens sociais ideais, e com a padronização do conhecimento e da produção’. O pós-moderno, em contraste, privilegia ‘a heterogeneidade e a diferença como forças libertadoras na redefinição do discurso cultural’. A fragmentação, a indeterminação e a intensa desconfiância de todos os discursos universais ou (para usar um termo favorito) ‘totalizantes’ são o marco do pensamento pós-moderno. A redescoberta do pragmatismo na filosofia (p.ex., Rorty, 1979), a mudança de idéias sobre a filosofia da ciência promovida por Kuhn (1962) e Feyerabend (1975), a ênfase foucaultiana na descontinuidade e na diferença na história e a primazia dada por ele a ‘correlações polimorfias em vez da causalidade simples ou complexa’, novos desenvolvimentos na matemática – acentuando a indeterminação (a teoria da catástrofe e do caos, a geometria dos factais) –, o ressurgimento da preocupação, na ética, na política e na antropologia, com a validade e a dignidade do ‘outro’ – tudo isso indica uma ampla e profunda mudança na estrutura do sentimento”.

mais se concebe uma história humana universal, descortinada a partir de “metanarrativas”, assim entendidas como “interpretações teóricas de larga escala pretensamente de aplicação universal” (HARVEY, 2008, p. 19).

Hoje em dia, reduziram-se as distâncias, romperam-se as barreiras às informações³⁴. Reconheceu-se a existência de uma sociedade plural, estimulando-se o respeito às diferenças, apesar de ser reafirmada a necessidade de respeito a anseios individualizados. Tudo é muito volátil, mutável, adaptável aos interesses em voga. A palavra *dogma* cai cada vez mais em desuso. A ideia de *soberania* do Estado precisou ser revista: de poder sem limites, teve de se conformar aos reclames econômicos internacionais para a preservação dos próprios interesses internos. A este fenômeno dá-se o nome de *pós-modernidade*³⁵.

³⁴ Conforme sustenta Willis Santiago Guerra Filho (2009, p. 635): “Trata-se de uma sociedade baseada na circulação de **informações**, de forma cada vez mais intensa e sofisticada, em que a circulação de informação computadorizada é imprescindível a todas as áreas, de produção e do conhecimento [...]. A sociedade pós-industrial seria, então, denominada com maior propriedade ‘sociedade informacional’, como propõe MANUEL CASTELLIS, em ‘The Informational City’. Deve-se, no entanto, acrescentar, com apoio em PAUL VIRILIO, que o aspecto decisivo reside na **velocidade** com que se consegue elaborar e processar as informações, para assim ter a exclusividade de controle sobre elas [...]. Com essa redução de distâncias, do espaço, pela redução do tempo necessário para percorrê-lo, cada vez mais, o que se passa conosco se passa agora, mas não aqui. O presente se eterniza, impondo-se ao passado, destruindo-o, e ao futuro, incorporando-o, já que ambos só são enquanto são agora”.

³⁵ Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “A paisagem é complexa e fragmentada. No plano *internacional*, vive-se a decadência do conceito tradicional de soberania. As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos, à intensificação do movimento de pessoas e mercadorias e, mais recentemente, ao fetiche da circulação de capitais. A globalização, como conceito e como símbolo, é a manchete que anuncia a chegada do novo século. A desigualdade ofusca as conquistas da civilização e é potencializada por uma ordem mundial fundada no desequilíbrio das relações de poder político e econômico e no controle absoluto, pelos países ricos, dos órgãos multilaterais de finanças e comércio. No campo *econômico* e *social*, tem-se assistido ao avanço vertiginoso da ciência e da tecnologia, com a expansão dos domínios da informática e da rede mundial de computadores e com as promessas e questionamentos éticos da engenharia genética. A obsessão da eficiência tem elevado a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque não podem ser. O Estado já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, e abandonou o discurso igualitário ou emancipatório. O desemprego, o subemprego e a informalidade tornam as ruas lugares tristes e inseguros. Na *política*, consoma-se a desconstrução do Estado tradicional, duramente questionado na sua capacidade de agente de progresso e da justiça social. As causas se acumularam impressentidas, uma conspiração: a onda conservadora nos Estados Unidos (Reagan, Bush) e na Europa (Tatcher) na década de 80; o colapso da experiência socialista, um sonho desfeito em autoritarismo, burocracia e pobreza; e o fiasco das ditaduras sul-americanas, com seu modelo estatizante e violento, devastado pelo insucesso e pela crise social. Quando a noite baixou, o espaço privado invadira o espaço público, o público dissociara-se do estatal e a desestatização virara um dogma. O Estado passou a ser o guardião do lucro e da competitividade. No *direito*, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a própria onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, *delegificação*, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado pelos múltiplos microsistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*. A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do

Inseridos neste contexto, no que Bauman denominou “modernidade líquida”, apontamos a fragilidade e a frouxidão dos vínculos humanos, tornando-se demasiadamente difícil praticar a solidariedade (BAUMAN, 2007, p. 30). As pessoas se voltaram para si, apenas, e tudo é fugidio e fugaz. Apesar de os discursos universalmente padronizados não terem mais lugar, percebe-se, como ponto em comum, alguns problemas globais, sendo o mais sintomático o *medo*, justamente gerado pela ausência de segurança própria desta época, quer seja pelo desmoronamento das instituições estatais, quer seja pelo desmoronamento de conceitos intersubjetivos³⁶, ocasionando o perdimento da própria identidade.

Referimo-nos, acima, ao desmantelamento das instituições estatais, pois estas permanecem *locais*, apesar de terem de resolver problemas *globais*. É que, com a globalização, o capital, o poder, as informações, os costumes e, conseqüentemente, os *problemas*, adquiriram viés universal, resultando daí a inviabilidade de respostas prontas, com pretensão de universalidade, porque em sua gênese existem um sem-número de fatores, que não conhecem limites territoriais, limites estes que, por sua vez, são completamente condicionantes à política. Assim, conforme já apontamos, os membros de poder deparam-se com uma tarefa, digamos, *hercúlea*: “a de encontrar soluções *locais* para problemas e dilemas *concebidos globalmente*” (BAUMAN, 2007, p. 89).

Ainda, sintomático o fenômeno da *instrumentalização* do sujeito, revelando-se a *personificação da coisa* e a *coisificação do ser*. Os seres humanos não bastam por si só, mas devem realizar algo de útil para a *sociedade globalizada*, sob pena de

imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricão judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido [...]. O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto – mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa” (BARROSO, 2008, p. 304-306).

³⁶ Nesse sentido, a preocupação de Zygmunt Bauman (2007, p. 32): “[...] parecemos não estar mais no controle, seja individual, separada ou coletivamente, e, para piorar ainda mais as coisas, faltam-nos as ferramentas que possibilitariam alçar a política a um nível em que o poder já se estabeleceu, capacitando-nos assim a recuperar e reaver o controle sobre as forças que dão forma à condição que compartilhamos, enquanto estabelecem o âmbito de nossas possibilidades e os limites à nossa liberdade de escolha: um controle que agora escapou ou foi arrancado de nossas mãos. O demônio do medo não será exorcizado até encontrarmos (ou, mais precisamente, *construirmos*) tais ferramentas”.

serem considerados descartáveis e lançados fora dessa sociedade. A estas classes, as quais Bauman (2007, p. 74) denomina de “novas classes perigosas”, em alusão às observações de Robert Castel, que, em sua obra *L’Insécurité sociale*, referia-se às “classes perigosas” como aqueles grupos dos quais o progresso econômico havia privado, *por ora*, de exercerem alguma atividade útil, mas que, com o tempo, seriam reintegrados. Para Bauman, a constatação para as “novas classes perigosas” é bem pior, pois sua exclusão é permanente. Aos seus integrantes são frequentes as referências de *subclasse*, *socialmente desajustados*, *criminosos* ou *elementos antissociais* (BAUMAN, 2007, p. 76). Ao comentá-las, o autor destaca:

As novas “classes perigosas” [...] são aquelas reconhecidas como *inadequadas* à reintegração e proclamadas inassimiláveis, já que não se pode conceber uma função útil que sejam capazes de exercer após a “reabilitação”. Não são apenas excessivas, mas *excedentes*. Estão excluídas *permanentemente* – um dos poucos casos de “permanência” que a modernidade líquida não apenas permite, mas promove ativamente. (BAUMAN: 2007, p. 74-75).

Outro traço característico é a redução dos espaços, a partir, inclusive, de sua nova concepção, de modo a abranger a compreensão de um ambiente virtual, ao lado do ambiente considerado real³⁷. Nesse ambiente virtual, existe a possibilidade de *disfarce* das mazelas do ser consideradas *reais*, mediante a utilização de uma imagem que nem sempre corresponde àquela refletida pelo ambiente real, adquirida mediante seleção artificial³⁸.

³⁷ Relevantes as palavras de Paul Virilio (1996, p. 120): “O ambiente *real*, o espaço das cidades e dos campos, não escapando mais à influência das redes eletromagnéticas, a possibilidade de sua renovação por um ambiente virtual, essencialmente cibernético, tornando-se atualidade, chegando a oferecer a oportunidade inaudita de acrescentar às dimensões físicas da atividade humana uma dimensão suplementar, mas simulada: o CIBERESPAÇO do computador introduzindo a partir de então uma dimensão ‘fracionária’ ao lado das dimensões ‘INTEIRAS’ de nosso meio habitual.”

³⁸ Ainda Paul Virilio (1996, p. 127), embasando-se nas palavras de Éric Gullichsen: “No CIBERESPAÇO não há nenhuma necessidade de nos disfarçarmos em um corpo como o que possuímos no universo físico. Este condicionamento a um corpo único e imutável acabará e dará lugar à noção de corpo ‘intercambiável’. Diante disso, podemos até mesmo nos perguntar se não estamos às vésperas de assistir à seleção não mais ‘natural’, mas ‘artificial’, a imagética ocular do homem: a imagem ERECTUS da óptica (gráfica) cedendo sua primazia à imagem SAPIENS de eletro-óptica (infográfica), ou seja, à brutal superioridade da imagem de síntese em relação ao olho nu”.

2.2 Pós-Modernidade e Direito

Na seara do direito, é sintomática a interferência da *pós-modernidade*. Isto porque a ênfase na era da *modernidade* deu-se no campo da *validade* das normas. Conforme o positivismo jurídico de Hans Kelsen, com sua *Teoria pura do direito*, o jurista deveria se ater aos fundamentos de validade da norma, tais como o rito, o modo, a hierarquia e a estrutura, consoante análise de aspectos técnicos, operacionais, conceituais e sistêmicos do direito (BITTAR, 2003, p. 182). Todas as normas teriam sua última *ratio* na *norma hipotética fundamental (Grundnorm)*, a qual também pertenceria ao sistema jurídico, de viés unitário e hermético. A ideia de Justiça estaria dissociada da ideia de direito e tanto a análise dos *valores* que antecederam a criação das normas (análise retrospectiva) quanto a análise de suas consequências sociais (análise prospectiva) não seriam objeto do estudo do jurista (BITTAR, 2003, p. 182-184).

Por outro lado, a ênfase do direito na *pós-modernidade* é justamente outra. Pouco importa o direito ser formalmente válido, com estrita observância dos trâmites regulares, se a norma não se reveste de eficácia³⁹. Assim, na era atual, o estudo se volta para aquilo que a norma pode, efetivamente, alterar no mundo dos fatos, fixando limites de agir ou, até mesmo, impondo condutas à sociedade em geral. Para a conclamada eficácia, o direito não pode mais ser visto como um sistema fechado. Pelo contrário, ele necessariamente deve se abrir a partir do impacto que recebe dos outros sistemas sociais, culturais, políticos, éticos etc., o que torna o direito mais *complexo* e *instável*, pois ele se torna muito mais exposto às dinâmicas sociais (BITTAR, 2003, p. 207).

³⁹ Mesmo antes do que se possa considerar pós-modernidade, já havia autorizadas vozes que se levantavam contra a escola da exegese, expressão máxima de segurança jurídica pós-Revolução Francesa. Entre as quais, podem ser destacadas: a corrente utilitarista de Jeremy Bentham (interpretação das leis a partir dos efeitos reais por ela produzidos quando aplicadas), o teleologismo de Rudolf von Ihering (interpretação das leis deve pressupor o conhecimento efetivo do povo e da época, pois sua finalidade é a própria existência da sociedade), a experiência prática de Oliver Wendell Holmes (a interpretação não é mera atividade silogística, mas resulta da experiência e necessidades de cada época, as teorias morais e políticas predominantes e intuições que inspiraram a ação política), a escola do direito livre de Eugen Ehrlich (*o direito livre não é o direito estatal, contido nas leis, mas aquele que está constituído pelas convicções predominantes que regulam o comportamento, em um certo lugar e tempo, sobre aquilo que é justo*) e a jurisprudência de interesses de Max Rümelin, entre outros (*a função judicial é também a de ajustar os interesses, como o legislador o faria se tivesse de legislar sobre aquele caso*) (DINIZ, 2000, p. 61-69).

Desse modo, o grande desafio na atualidade é o combate à *crise de eficácia* do direito, o que se confunde, inclusive, com o discurso de sua própria *legitimação*. Na época moderna, ilegítimas eram as normas inválidas, pois a questão da ineficácia nem preocupava os juristas. Hoje, ilegítimas são as normas ineficazes e a noção de validade tornou-se muito fluida, pois se pode, inclusive, “salvar uma lei” se a mesma, apesar de não ter obedecido aos regulares trâmites, promoveu uma situação social justa ou, pelo menos, não injusta⁴⁰. Assim, a legitimidade do direito é encontrada em seu poder de transformação social, segundo os ditames da Justiça, o que é muito maior que a “análise fria” das leis⁴¹. Devemos buscar soluções para a maior eficácia possível das normas, sob pena de vermos instalado o descrédito nas instituições estatais e o consequente surgimento de poderes paralelos, provavelmente arbitrários. E essa eficácia, em grande parte, é obtida mediante uma adequada interpretação e aplicação das leis postas, delas se extraindo a melhor norma para o caso em análise, de acordo com o binômio “tempo-espço”. Em outras palavras, os aplicadores do direito têm de levar em consideração, necessariamente, a *razoabilidade* da norma que se pretende aplicar, o que se extrai, além do sentimento de fidelidade ao texto constitucional, pela compreensão satisfatória do tempo em que vivemos e pela noção das reais necessidades da sociedade na qual estamos inseridos⁴².

⁴⁰ Um exemplo disso é o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.240/BA, em 09.05.2007 (Informativo 427/STF). O Partido dos Trabalhadores arguiu a inconstitucionalidade de uma lei baiana que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, em virtude do desmembramento do Município de Barreiras. Salientou-se ofensa ao artigo 18, parágrafo 4º, da Constituição da República, porque não existia a lei federal que o texto constitucional exige, para definir o período em que os municípios poderiam ser instituídos. Argumentou-se, ainda, que a lei violava o princípio democrático, pois a consulta prévia não teria sido realizada com a totalidade da população envolvida e os estudos de viabilidade municipal teriam sido publicados em data posterior ao plebiscito, além de outros argumentos. O Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer afronta ao texto constitucional, criou a figura do **município putativo**, com base nos princípios da reserva do impossível, da continuidade do Estado, federativo, *força normativa dos fatos*, segurança jurídica e situação excepcional. Assim, apesar de reconhecer lesão à Constituição, o Supremo manteve a situação criada, posto que já teria tido o condão de alterar a realidade social e a volta ao *status quo* traria maiores prejuízos que sua manutenção.

⁴¹ Carlos Bittar (2003, p. 211) arremata: “O sistema jurídico não serve à única meta de se autolegitimar. Seu fulcro está para além de suas próprias muralhas, pois não se trata de um sistema que viva e se alimente em seu próprio hermetismo. Sua função está em se projetar eficazmente além muros, para provocar intervenções pontuais e cirúrgicas sobre as necessidades de um povo em um determinado contexto, com determinados valores, dentro de seus anseios e perspectivas. A justiça se faz na sociedade, e não na letra fria e inerte dos textos jurídicos”.

⁴² Conforme afirma Eros Roberto Grau (2002, p. 48): “Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade, e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais”.

É inegável que o Brasil vivencia a época *pós-moderna*. Entretanto, devido a suas dimensões continentais, fato é que há muitos contrastes regionais, evidenciando-se traços da modernidade e, às vezes, até da *pré-modernidade*⁴³. Devido a esses contrastes, é natural supor-se que as leis nacionais careçam de interpretação diferenciada, levando-se em consideração as particularidades do local em que é aplicada⁴⁴. É que no mundo pós-moderno não há espaço para “grandes fórmulas” extraídas de conhecimentos científicos tidos como verdadeiros, com a pretensão de regularem um enorme feixe de situações concretas que a elas subsumam. Essas grandes fórmulas serão retrógradas, ainda que proféticas, inaptas a acompanharem a velocidade das transformações sociais. Pode ser este um fator para a “crise do Legislativo”.

Finalmente, outra característica marcante atenta-se à articulação das esferas do direito, moral e política, chocando-se com pensamentos modernos de autossuficiência desses campos⁴⁵. Inexiste *autopoiese*, mas *alopoiese*. Por exemplo, as regras morais impregnam o direito de uma forma tal que acabam se tornando condicionantes de sua validade e legitimidade. Atualmente, tende-se a enxergar o conteúdo moral em cada norma, máxime norma-princípio, sob pena de ser tachada de irrazoável e, conseqüentemente, inconstitucional. Para alguns, essa essência axiológica não se verifica apenas na positivação de normas com conteúdo moral,

⁴³ Ao comentar esses contrastes, Carlos Bittar (2003, p. 220) observa: “[...] enquanto a horticultura de subsistência marca a existência de famílias e comunidades em certas partes do País, a cultura dos serviços e da gestão telemática empresarial ocupam a agenda de jovens *yuppies* paulistanos; enquanto se cultuam ritos católicos setecentistas em Minas Gerais, com procissões e rituais públicos, típicos da influência católico-portuguesa no Brasil-colônia, fala-se em multiplicação dos cultos religiosos em grandes cidades brasileiras; enquanto a jornada de trabalho em certas regiões do País tem duração média de 6 horas/dia, pessoas se dedicam a estressantes e intensas atividades negociais e financeiras ao largo de 12 a 14 horas/dia nas grandes cidades brasileiras; enquanto o ensino universitário alcança níveis pós-graduados com excelência internacional e selo de qualidade nacional (nível 7 – Capes), cidades e populações inteiras não estão sequer servidas pela escolaridade mínima (ensino fundamental); enquanto os precários meios de transporte e as ruas não asfaltadas de certas cidades dificultam qualquer tipo de rápido escoamento de produção ou determinam condições de vida com baixa comunicação exterior, cidades como a de São Paulo vivem diariamente problemas com enchentes decorrentes do excesso de asfaltamento urbano e trânsitos (de até 12 km/dia em horários de pico) decorrentes do excesso de veículos acumulados pelas ruas. Os contrastes são muito grandes, e de diversas naturezas, e as situações poderiam ser exploradas à saciedade para demonstrar como não há uniformidade dentro das dimensões territoriais de um Estado”.

⁴⁴ Essa prática conta até com autorização expressa em algumas leis mais recentes. Entre as quais, o Código Civil, por exemplo, estabelece em seu artigo 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os *usos do lugar de sua celebração*”.

⁴⁵ “O modo com se configuraria a sociedade na chamada pós-modernidade termina pondo em xeque uma das idéias centrais da modernidade, associadas a nomes como KANT e MAX WEBER, a saber, a da autonomia das esferas moral, do direito e da política por sua rigorosa separação, mostrando que na atualidade esses campos se rearticulam, sem com isso perderem sua autonomia” (GUERRA FILHO, 2009, p. 650).

mas, sobretudo, nos procedimentos instituídos para o controle da fundamentação do Direito de acordo com esses valores. Para John Rawls (apud GUERRA FILHO, 2009, p. 650), “[...] a constituição ideal seria um procedimento balizado por princípios de justiça, capaz de conformar as forças políticas responsáveis pela produção normativa”.

Por isso, alguns pensadores falam em “constituição aberta”⁴⁶, pois ela veicularia os procedimentos por meio dos quais, diante de um caso, se possibilitasse a mais ampla discussão entre os defensores das diversas correntes de pensamento. Isto mais se afinaria com as resoluções de situações da vida, marcadas por complexidades ímpares, as quais exigem respostas adequadas e personalizadas, não condizentes com o escopo de prescrições abstratas e genéricas⁴⁷.

Nesse contexto, faz-se necessária a existência de procedimentos para o resguardo de interesses públicos, privados e coletivos, como já nos anos oitenta destacava o alemão Rudolf Wiethölter; interesses estes que, por sua complexidade e singularidade, não podem se contentar com os meros contornos abstratos da lei. Fala-se, pois, em *legitimação pelo procedimento*, entendendo-se a “fórmula processual” como a mais democrática para a solução de problemas, cada vez mais complexos (FAZZALARI apud GUERRA FILHO, 2009, p. 654), sendo campo próprio para o exercício da democracia, mediante a existência de tensão, ao menos dialética, possibilitada pelo respeito ao princípio do contraditório.

Daí o destaque da importância do Judiciário, não somente em sua função tradicional de “dizer o direito” (*juris dictio*), mas, sobretudo, na *produção* do próprio corpo de normas, mediante interpretação ativa do texto pelo julgador, interpretando-o muitas vezes divorciado de seu sentido meramente gramatical, valendo-se de preceitos éticos, positivados ou não, visando à realização da Justiça. Dessa forma,

⁴⁶ Peter Häberle, em seu artigo “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, publicado em 1975.

⁴⁷ Em defesa desse argumento, Willis Santiago Guerra Filho (2009, p. 651) escreve: “O que se deseja enfatizar aqui, em suma, é a circunstância de que na pós-modernidade dá-se uma pluralidade de descrições da realidade social igualmente válidas. Em decorrência disso, também as prescrições feitas a partir de tais descrições são plúrimas. O ideal, então, é tentar combiná-las, a fim de obtermos soluções mais adequadas, porque mais abrangentes, para problemas sociais. A recusa de fórmulas preestabelecidas em ideologias para dar soluções a problemas de um ineditismo e complexidade tais, como são os que hoje se nos apresentam, requer que adotemos postura democrática, pela qual se propõe buscar essas soluções provocando um debate amplo, incluindo o maior número possível de posicionamentos, sem excluir nenhum por alguma prevenção de ordem ideológica, procurando extrair de cada um deles alguma contribuição, contemplando-as quando demonstrarem consistência, de forma a possibilitar uma opção vinculante a todos os envolvidos no debate, com ‘a recuperação de uma capacidade de auto-significar-se através do Outro’.” (WARAT).

de mero agente concretizador da regra posta, o juiz passou a exercer postura mais ativa, na formulação da própria norma⁴⁸.

Por todos os argumentos expostos, vemos que a influência marcante da pós-modernidade no direito serviu de fermento necessário à eclosão do fenômeno do *neoconstitucionalismo*, que passaremos a estudar agora.

2.3 Neoconstitucionalismo

Conforme mencionamos no capítulo anterior, a noção de *constitucionalismo* está intimamente ligada à ideia de direitos fundamentais. No Brasil, todas as Constituições que já vigeram veicularam direitos dessa espécie, de forma mais ou menos abrangente. Em todas elas, entretanto, a maioria deles não saiu do papel. Na Constituição de 1824 esses direitos podiam ser facilmente tolhidos pelo Poder Moderador, o qual estava acima do bem e do mal e não encontrava qualquer limite. A Constituição de 1891 manteve os direitos fundamentais previstos na de 1824, mas acrescentou outros importantes, como o direito de reunião e de associação e a garantia do *habeas corpus*. Além disso, estendeu a proteção aos estrangeiros residentes no País (artigo 72, *caput*). As constituições que sucederam, sob a égide do Estado Social (de 1934, 1937, 1946 e 1967/1969) também mantiveram basicamente os mesmos direitos, com a inserção de direitos sociais. A própria Carta de 1934 já previu o chamado “direito à subsistência” (artigo 113, *caput*) e a

⁴⁸ Willis Santiago Guerra Filho (2009, p. 653) argumenta: “Para solucionar as colisões entre interesses diversos de certas coletividades entre si e com interesses individuais ou estatais, tão variadas e imprevisíveis em sua ocorrência, não há como se amparar em uma regulamentação prévia exaustiva, donde a dependência incontornável de procedimentos para atingir as soluções esperadas. E ademais, em geral, os interesses coletivos, conquanto respaldados em normas de nível constitucional, não o são por leis regulamentadoras dos direitos, fundamentais, delas advindos, e não é por isso que se vai admitir o seu desrespeito. Caberá, assim, ao Judiciário suprir a ausência completa ou os defeitos da produção legislativa, no sentido da realização tanto dos direitos sociais, econômicos e culturais, como dos chamados ‘direitos fundamentais de terceira geração’, ou ‘direitos de solidariedade’, precisamente aqueles relativos à preservação do meio ambiente, das peculiaridades culturais das minorias, étnicas ou ‘éticas’ etc. Pode-se assim dizer, com GOMES CANOTILHO, no texto ‘Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, processo e organização’, publicado no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n. 66, em 1990, que com esses desenvolvimentos, ‘o procedimento adquiria, no mundo jurídico-constitucional, uma **narrativa emancipatória** em plena consonância com os movimentos sociais, culturais e econômicos de finais da década de 60’.”.

assistência aos índios (artigo 113, inciso XXXIV), além do mandado de segurança e da ação popular (artigo 113, incisos XXXIII e XXXVIII).

A Constituição atual não apresenta uma sistemática muito diferente das demais, apesar de, ao contrário destas, veicular direitos fundamentais “espalhados” ao longo de seu texto⁴⁹. Ela prevê quase que os mesmos direitos fundamentais, os quais estão concentrados no Título II, mas também dispersos ao longo do texto. O que se tem de novo, entretanto, é o enfoque dado a esses direitos, no que concerne à interpretação e à aplicação de suas normas veiculadoras, ensejando-lhe uma tutela muito mais abrangente que outrora.

Ocorreu (e vem ocorrendo) verdadeira mudança de paradigma. Esses direitos fundamentais passaram a sofrer uma intensa releitura, sempre calcada no valor maior do sistema, a saber, a dignidade da pessoa humana, norte de toda a conduta estatal, limite, portanto, de interpretação e aplicação de todas as normas, o que fornece, em certa medida, sustentáculo ao chamado *neoconstitucionalismo*.

Em linhas gerais, o *neoconstitucionalismo* pode ser compreendido como um novo paradigma surgido após a II Guerra Mundial, originado na Alemanha, com a Lei Fundamental de Bonn (1949) e a instalação do Tribunal Constitucional Federal (1951) e na Itália, com sua nova Constituição (1947) e sua Corte Constitucional (1956), como resposta aos movimentos nazistas e fascistas que existiram, respectivamente, nesses países. Alguns, mais tarde, conforme sustenta Luis Roberto Barroso (2009, p. 313), outros países puderam noticiá-lo, como Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978). No Brasil, assim como em outros países da América Latina, com a queda do regime ditatorial e a promulgação da “Constituição Cidadã” de 1988, houve campo propício para seu surgimento.

Ora, a sociedade do século XVIII encontrava sua segurança nas leis. Acreditava-se que elas poderiam regular todas as condutas relevantes, além de assumirem a roupagem de armadura contra práticas estatais abusivas. A segurança

⁴⁹ Como lembram Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 36-37), “[...] a Constituição Federal de 1988 não se caracteriza pela sistematicidade com relação à garantia dos direitos fundamentais. Referências a tais direitos encontram-se em diversas partes do texto constitucional. A *sedes materiae* é o Título II, que trata ‘Dos direitos e garantias fundamentais’, regulamentando os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, assim como as respectivas garantias. O art. 5º, da CF traz um extenso rol de direitos individuais, de garantias clássicas. Ao lado destes, prescreve também direitos coletivos e individuais coletivos. O art. 6º define os direitos sociais a serem concretizados por todos os órgãos estatais. O art. 7º eleva o direito ao trabalho ao nível constitucional, o que traz relevantes conseqüências dogmáticas, como a incidência do dever estatal de tutela [...], sendo que a omissão ou não cumprimento deste dever pelo Estado dá azo a ações constitucionais”.

estava na soberania das leis sobre os homens e o pretense tratamento igualitário a eles dispensado. Além disso, acreditava-se no avanço científico para a contenção de todos os males. O pensamento era de evolução, de que a *fórmula para o sucesso social* já havia sido encontrada e atingir-se o bem-estar pleno era questão de tempo.

Ocorre que as transformações havidas contribuíram para o descrédito desse pensamento⁵⁰. Percebeu-se como ilusória a segurança gerada pelas leis, simples declarações formais de padronização de condutas. Enxergou-se sua insuficiência de regularem, *ipsis literis*, todas as condutas consideradas relevantes à vida em sociedade, em virtude da complexidade desta, da qual se originam um sem-número de contatos humanos diversos, com potencial relevância para o mundo jurídico. Concluiu-se, assim, que o Direito não tem a natureza de sistema *hermético*, mas, ao revés, ele interage com os mais variados ramos do conhecimento humano, compondo *redes* disformes, destruidoras de toda a organização que se pretendeu. É difícil dizer o que seja *bom* ou *mau*, *certo* ou *errado*. Ruíram-se a *esperança* depositada nos avanços científicos e a *fé* posta no bom-senso daqueles que definem os rumos da Nação.

Seu contexto teórico é o *neopositivismo* (BARROSO, 2005), assim entendido como a fusão entre o jusnaturalismo e o positivismo, admitindo-se a coexistência entre a força das leis e o reconhecimento de valores inatos aos seres humanos⁵¹.

⁵⁰ Conforme aduz Eduardo Cambi (2009, p. 56): “O projeto científico-positivista (ordem, progresso, desenvolvimento, tecnologia, conforto etc.), concebido no século XIX, para a humanidade, mostrou-se, no século XX, frustrante. A *promessa de dominação da natureza* e seu uso para benefício comum levou a exploração excessiva e despreocupada do meio ambiente, à catástrofe ecológica, à ameaça nuclear, à destruição da camada de ozônio, da engenharia genética e da consequente conversão do corpo humano em mercadoria; a *promessa de paz perpétua*, baseada no comércio e na racionalização científica das instituições e dos processos de decisão, conduziu ao desenvolvimento tecnológico da guerra e ao aumento do poder destrutivo; a *promessa de uma sociedade mais justa e livre*, resultante da riqueza produzida pela força produtiva gerada pela ciência, implicou a espoliação dos países mais pobres, ampliando as desigualdades sociais e os índices de miserabilidade. Desse modo, a revolução científica, por si só, não foi capaz de promover o progresso e a justiça sociais, não podendo a ciência ou o conhecimento por ela produzido ser utilizado para produzir o desenvolvimento econômico e cultural de poucos, em detrimento da exploração de muitos”.

⁵¹ Muito embora seja corrente a diferença que se faz entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, alguns autores a entendem como criação moderna, a qual não tinha razão de ser em pensamento anterior, pois ambos eram compreendidos no espectro de um conjunto de mandamentos tendente a regular a vida em sociedade. Nessa toada, Alfredo Attiè Jr. (2003, p. 104-105) destaca: “[...] em Agostinho, não há plena assimilação entre o *ius (justo)* e o *fas (lei divina)*. Quer dizer, a visão muito vulgarizada da eterna *dicotomia* entre *jusnaturalismo* e *positivismo jurídico* não é senão mais uma *ilusão da ciência do direito moderna* e não encontra guarida no pensamento anterior à *modernidade*. Tal combate entre os adeptos do *direito natural* e *positivistas*, criação recente na história da filosofia do direito, corresponde a uma *aparência de divergência*; uma disputa pelo estabelecimento do lugar de manifestação da *positividade* inatacável do direito. Subjaz a ambas as visões a *concepção do direito como um conjunto de mandamentos* que, por necessidade natural ou

Identifica-se, nesse contexto, a chamada *era da descodificação* (IRTI, 1999). Em virtude da chamada complexidade, os códigos são substituídos por microsistemas, reguladores de temas mais específicos; as regras passam a conter termos vagos, abertos e os princípios, caracterizados pela baixa densidade normativa (ROTHENBURG, 2003), adquirem o *status* de normas. Tudo isto contribui para a abertura do sistema jurídico e sua interação com enunciados éticos, morais e culturais, a partir de um exercício mental ou atividade espiritual do julgador⁵².

Com isso, aproxima-se o Direito da Justiça, sendo esta a *ultima ratio* da aplicação das normas. O sistema não mais basta por si só, sua legitimidade não mais se confunde com sua existência. Pelo contrário, o sistema é condicionado por ideais da Moral e da Justiça, indicados em grande parcela pelo próprio texto constitucional, possíveis de serem absorvidos pelos *poros* normativos. Toda a norma, quer seja regra quer seja princípio, para ser legítima deve conter uma *alma* de Justiça, o que significa expressá-la (o que normalmente ocorre com os princípios) ou, pelo menos, não contrariá-la (o que se dá com mais frequência com as regras).

Nessa toada, o fenômeno é caracterizado, sobretudo, pelo sentimento de importância exacerbada do texto constitucional⁵³, pela ênfase aos princípios que o mesmo veicula, pela proteção máxima aos direitos fundamentais e expansão da jurisdição constitucional, além da aproximação do Direito a preceitos éticos e morais, mediante uma hermenêutica toda própria⁵⁴. As Constituições tornam-se mais

cultural, impõe e conforma o *comportamento do indivíduo em sociedade*; *norma jurídica* é uma *ordem*, a ser obedecida ou, em caso de *transgressão*, a prever a aplicação de uma *sanção* ao violador. Para uns, o *fundamento* desse *dever de obediência à lei* encontra-se na *natureza*; para outros, não há que se cogitar da existência de um direito assim natural, preconizando-se a obediência às normas cujo *embasamento* ser-lhes-ia *imanente*. Para ambas as posições, o direito inaugura e assegura uma *relação desigual entre os homens, de medo e obediência*” (ATTIÉ JR., 2003, p. 104-105).

⁵² Nesse contexto, adquire relevo a teoria da ontognoseologia jurídica de Miguel Reale. Segundo esta teoria, o julgador, ao decidir um caso, levaria em consideração elementos culturais, da sociedade e de si próprio. A *ontologia* refere-se ao conhecimento do direito posto e a *gnoseologia* aos pressupostos para a sua boa compreensão. Observamos que esses elementos não seriam apenas *aprendidos* pelo julgador, pelo estudo, mas também *sentidos*, de acordo com seus preconceitos, segundo compreensão de Levinás.

⁵³ Pondera Daniel Sarmiento (2009, p. 124): “Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico e, no Direito Público, o decreto e a portaria valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que surgiam no país”.

⁵⁴ Luis Roberto Barroso (2009, p. 314) menciona: “O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo e, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do

densas, mais garantidoras de direitos e suas normas são *levadas a sério*⁵⁵ pelo intérprete e aplicador. Desse modo, a Constituição deixa de ser mera “carta de boas intenções políticas” para se voltar ao indivíduo, valorizado enquanto pessoa *humana*. Os princípios deixam de ser tidos como normas de eficácia limitada de conteúdo programático (o que fazia com que dependessem de lei regulamentadora para que tivessem aplicabilidade imediata) para, na medida do possível, serem aplicados na realização de Justiça, dando ensejo ao famigerado *ativismo judicial*. As normas constitucionais passam a invadir todo o ordenamento, preenchendo espaços nunca antes imaginados, mormente na seara do direito privado, gerando a chamada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, anunciando o fenômeno da *constitucionalização do direito*. O ordenamento não mais se justifica por si só, *dura lex sed lex* (“a lei é dura, porém é a lei”), mas sua legitimidade se extrai do justo, do razoável, do equânime⁵⁶.

Na América Latina, apenas a partir da década de 90 que muitos países sofreram profundas mudanças em suas funções jurisdicionais e os próprios juízes passaram a compreender melhor seu papel dentro do neoconstitucionalismo e, hoje, as normas constitucionais têm sido utilizadas com frequência como fundamento de legitimação das ações do Estado (CARBONELL, 2009, p. 200). No Brasil, apenas com a Constituição vigente é que foram fornecidas as bases normativas para a eclosão do fenômeno⁵⁷. Além de veicular um vasto rol de direitos fundamentais⁵⁸, confere-lhes aplicabilidade imediata⁵⁹ admite a complementação dessa lista⁶⁰ e os

Direito. Para poderem se beneficiar do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação dos Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana, o da razoabilidade/proporcionalidade e o da solidariedade”.

⁵⁵ Para utilizarmos a expressão de Ronald Dworkin em *Levando os direitos a sério* (2002).

⁵⁶ Em atenção ao pensamento de Gustav Radbruch: normas terrivelmente injustas não têm validade jurídica, independentemente do que digam as fontes autorizadas do ordenamento. É a problematização exposta pelo autor em “Cinco Minutos de Filosofia do Direito” (RADBRUCH, 1979, p. 414-418).

⁵⁷ O sentimento de prevalência do texto constitucional e o papel do Judiciário como garantidor da supremacia constitucional, apesar de relativamente recente na Europa continental e recentíssimo no Brasil, já estava sedimentado nos Estados Unidos, conforme já demonstrado no Capítulo I.

⁵⁸ De forma concentrada, nos artigos 5º (direitos individuais e coletivos), 6º a 11 (direitos sociais), 14 a 16 (direitos políticos).

⁵⁹ Nos termos do parágrafo 1º de seu artigo 5º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

imuniza de supressão pelo poder constituinte derivado reformador⁶¹, ao atribuir-lhes a natureza de cláusula pétrea ou, como denominam alguns, *núcleo constitucional intangível*. Além disso, consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, para assegurar o acesso à *Ordem Jurídica Justa*, garantindo, como veremos, não apenas uma resposta de mérito, mas também a tutela mais adequada possível ao direito material que se invoca. Por óbvio, nunca se pretendeu que o texto constitucional já impactasse toda a realidade social no exato dia de sua promulgação. Certas disposições existem para que sejam concretizadas assim que possível. Por isso, podemos dizer que o texto encerrou certos comandos que ainda hoje são considerados *utópicos*, o que não obsta que permaneçam no texto, por se tratar de objetivos da Nação⁶².

Ainda assim, inevitavelmente, a densidade do texto constitucional se reflete na jurisprudência e na doutrina. Impôs-se uma mudança de atitude dos juristas, *operadores* e intérpretes do direito, talvez influenciada pela completude do texto constitucional (ou vice-versa), os quais vêm dando *vida e corpo* aos novos preceitos⁶³. Em doutrina, logo após a promulgação da atual Constituição, Luis Roberto Barroso – em sua obra *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas* (1993) – conferiu ênfase à força da Constituição, defendendo que ela, como norma, deveria ser sempre observada pelos juízes⁶⁴.

Em um primeiro momento, a ideia foi de efetividade das normas constitucionais, devendo ser aplicadas na realização da liberdade, igualdade e

⁶⁰ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição da República).

⁶¹ “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais.” (artigo 60, parágrafo 3º, inciso IV, da Constituição da República).

⁶² Miguel Carbonell (2009, p. 207) escreve: “[...] *toda Constitución incorpora un ingrediente utópico que sirve de marco de referencia de lo que una sociedad entiende como deseable para si misma en el futuro, de aquello que se comprende como metas que se tienen que ir logrando a partir de una nueva organización jurídico-política y también como un parámetro de legitimación del poder público*”.

⁶³ Conforme aponta Daniel Sarmento, Miguel Carbonell enxerga o desdobramento do neoconstitucionalismo em três seguimentos: “[...] o dos textos constitucionais, que se tornam mais substantivos e incorporam amplos elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais, que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área dos direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que, com suas idéias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação.” (SARMENTO, 2009, p. 115).

⁶⁴ Bem antes da Constituição de 1988, todavia, já havia poucas vozes que clamavam pela efetividade das normas constitucionais. Não se colheu muito êxito, devido à ausência de suporte normativo e ao paradigma reinante na época. Por exemplo, em 1968, José Afonso da Silva publicou o clássico *A aplicabilidade das normas constitucionais*, defendendo a eficácia dos dispositivos da Constituição, mas poucos efeitos imediatos foram notados quanto à mudança do paradigma existente à época.

justiça. Tratava-se do chamado *constitucionalismo da efetividade*⁶⁵. Afastou-se, com isso, o estudo do Direito Constitucional da Teoria do Estado para aproximá-lo do Direito Processual, enfatizando-se a figura do juiz como garantidor da aplicabilidade dessas normas. Entretanto, o cerne estava na efetividade das normas, pura e simplesmente, despida de qualquer abertura à argumentação moral (SARMENTO, 2009, p. 126).

Posteriormente, o *constitucionalismo da efetividade* cedeu espaço para o movimento chamado *pós-positivismo*, o qual apregoa a efetividade das normas constitucionais a partir de uma inter-relação com preceitos éticos, morais, filosóficos e políticos⁶⁶. Dessa forma, além do reconhecimento da normatividade da Constituição e essencialidade dos direitos fundamentais, adquire relevo a *ascensão de valores* (BARROSO, 2008, p. 342). Foram marcos relevantes ao *pós-positivismo* a publicação da 5ª edição do *Curso de Direito Constitucional*, de Paulo Bonavides, em 1994, e do livro *A Ordem Econômica na Constituição de 88: Interpretação e crítica*, de Eros Roberto Grau, em 1996. Estas obras veicularam a teoria dos princípios defendida por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, notadamente pós-positivistas, além da aplicação da ponderação, do princípio da proporcionalidade e a eficácia dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2009, p. 126).

Além da doutrina, na jurisprudência percebemos o influxo das ideias pós-positivistas, máxime em recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, quanto à especial importância conferida aos princípios constitucionais, na salvaguarda de direitos de índole fundamental. Várias decisões recentes podem ser lembradas, tais como aquelas que, alterando jurisprudência anteriormente consolidada, atribuíram caráter *concretista* às decisões proferidas no bojo de mandados de injunção para, além de reconhecerem a mora do Legislativo, desde já suprirem a omissão e viabilizarem a eficácia da norma constitucional (por exemplo: Mandados de Injunção 758 e 708); a decisão que, em atenção à dignidade humana, permitiu o aborto de feto anencéfalo, reconhecendo causa supralegal de exclusão de criminalidade (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8); a que inadmitiu a prisão do depositário infiel, atribuindo a devida importância a tratado internacional que versa

⁶⁵ Expressão de Cláudio Pereira de Souza Neto, em “Fundamento e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”. In: *Arquivos de Direitos Humanos* n. 4, 2003, p. 17-61 (apud SARMENTO, 2009, p. 125).

⁶⁶ Não é particularidade do pós-positivismo a integração de preceitos morais ao Direito. Herbert L. A. Hart (1994), mesmo defensor do *positivismo*, reconhece a integração da moral ao direito. É o chamado *positivismo inclusivo*.

sobre direitos humanos (*Habeas Corpus* 87.585), entre tantas outras que refletem a expansão da jurisdição constitucional (BARBOZA, 2007), fenômeno que se caracteriza, entre outros fatores, pelo *protagonismo judiciário*⁶⁷.

A existência de textos constitucionais veiculadores de amplos catálogos de direitos fundamentais; a transformação nas práticas jurisprudenciais da jurisdição constitucional, com o trabalho de *valores* consagrados no texto, a partir da utilização de uma nova hermenêutica, com técnicas de ponderação, razoabilidade e a perspectiva da máxima efetividade dos direitos fundamentais; e o papel da doutrina, são três aspectos característicos do fenômeno estudado, a partir da análise de Miguel Carbonell (2009, p. 198-201). Como o próprio autor salienta, é certo que esses três aspectos já existiram em outras épocas, porém, o que marca o neoconstitucionalismo é a confluência dos três (CARBONELL, 2009, p. 202).

Passaremos, agora, a comentar três das principais características do neoconstitucionalismo: a relevância aos princípios, a constitucionalização do direito e a grande importância do Judiciário.

2.3.1 A relevância dos Princípios

Trata-se de entendimento amplamente aceito hoje em dia que todo o texto carece de interpretação. Por mais que seu elaborador se esforce para projetar ao papel sua ideia tal qual está em sua mente, dificilmente conseguirá expressá-la de maneira unívoca. Os textos normativos não são diferentes. Mesmo que um artigo seja redigido com clareza e precisão poderá haver margem para outra interpretação, especialmente se forem utilizadas as técnicas da interpretação restritiva (o texto disse mais do que queria) ou extensiva (o texto disse menos do que desejava), mediante o cotejo com todo o arcabouço normativo e contexto fático.

⁶⁷ “[...] compete ao Judiciário velar pela *integridade* dos direitos fundamentais, repelir condutas governamentais abusivas, conferir prevalência à dignidade da pessoa humana, fazer cumprir as normas que protegem os grupos mais vulneráveis e neutralizar todo e qualquer ensaio de opressão estatal. A prática da jurisdição, para a efetivação da Constituição, não é a interferência indevida do Judiciário na esfera orgânica dos demais poderes da República. Não é censurável o *protagonismo judiciário* quando, diante da inércia e da omissão estatais, a sociedade exige posicionamento jurisprudencial criativo e positivo, para que se faça prevalecer a primazia da Constituição” (CAMBI, 2009, p. 248).

Assim, se a *textura aberta* está presente nos textos normativos em geral, que se dirá do texto constitucional, cuja característica básica reside na veiculação dos fundamentos e princípios maiores do sistema jurídico⁶⁸, referentes à organização dos Poderes, à estrutura do Estado e aos direitos e garantias fundamentais. Portanto, não é salutar que contenha *normas de detalhe*, as quais asfixiariam o processo político por saturação jurídica (ZAGREBELSKY, 2009, p. 14).

A Constituição da República de 1988, seguindo tendência das Constituições atuais, contém base material pluralista, o que significa dizer que se assenta no reconhecimento e no respeito a uma série de valores existentes em sociedade. Para que isto seja possível, o texto, necessariamente, deve veicular princípios, devido às suas características de elevado cunho axiológico e convivência harmônica entre si⁶⁹. Assim, em nosso tempo, não existe a prevalência de um único valor ou de um único princípio, mas sim a salvaguarda de vários deles, impondo-se o agrupamento dos elementos do direito constitucional atual em uma construção não rígida, fluida, líquida (ZAGREBELSKY, 2009, p. 16-17). Nas palavras do autor:

A dogmática constitucional deve ser como o líquido em que as substâncias que se vertem – os conceitos – mantêm sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos, apesar de certos movimentos de oscilação, sem que jamais um só componente possa se impor ou eliminar os demais. (ZAGREBELSKY, 2009, p. 17).

Nessa esteira, apesar de não haver espaço para a rigidez da proclamação de um único valor prevalente em sociedade, temos que, não obstante a mencionada

⁶⁸ Oportuno salientar a divergência existente entre positivistas e jusnaturalistas, quando aos valores consagrados no texto constitucional. Para o primeiro grupo, o texto *cria* os valores, ao passo que, para o segundo, ele apenas os reconhece, declara-os. Parece-nos que a Constituição vigente optou pela segunda corrente, pois o rol existente de direitos fundamentais é meramente exemplificativo (parágrafo 2º do artigo 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”) e inviolável (inciso IV do parágrafo 40 do artigo 60: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais”).

⁶⁹ Gustavo Zagrebelsky salienta que, em razão do tempo em que vivemos, aspiramos não somente a um, mas a muitos valores e princípios conformadores da convivência coletiva. Zagrebelsky escreve que devem coexistir: “[...] a liberdade da sociedade, mas também as reformas sociais; a igualdade perante a lei e, por conseguinte, a generalidade do trato jurídico, mas também o respeito às situações, e para tanto a especialidade das regras jurídicas; o reconhecimento dos direitos dos indivíduos, mas também dos direitos da sociedade; a valoração das capacidades materiais e espirituais dos indivíduos, mas também a proteção dos bens coletivos em face da força destruidora daqueles; o rigor na aplicação da lei, mas também a piedade em virtude de suas consequências mais rígidas; a responsabilidade individual na determinação da própria existência, mas também a intervenção para o apoio aos mais necessitados etc.” (ZAGREBELSKY, 2009, p. 16) (tradução nossa).

dogmática fluida que se apresenta, o único valor absoluto seja o princípio de *justiça*. É necessária, desse modo, a busca da solução mais justa para dada situação posta, ponderando-se, como não podia deixar de ser, as multifacetadas situações valorativas, diante do binômio “tempo-espaço”⁷⁰.

Por assim dizer, a Constituição normalmente veicula princípios⁷¹ e, excepcionalmente, regras⁷². As regras constitucionais devem ser sempre satisfeitas, não havendo espaço para possíveis conflitos entre elas, em atenção ao *princípio da unidade*⁷³. Princípios, por sua vez, devem ser satisfeitos na maior medida possível⁷⁴. Isto porque princípios são “normas com alto grau de abstração e baixa densidade semântico-normativa” (ROTHENBURG, 2003, p. 18), ao contrário das regras, as quais apresentam justamente as características opostas, correspondendo, nos dizeres de Ronald Dworkin (2002, p. 32), à lógica do “tudo ou nada”⁷⁵.

Riccardo Guastini menciona que os juristas contemporâneos apontam duas características básicas das normas que expressam princípios: ou elas se afiguram em *fundamento* do sistema ou elas apresentam conteúdo *estruturalmente*

⁷⁰ “A tragédia da justiça humana é que a incidência da lei e a observância de ritos não coincide sempre e inevitavelmente à correção do injusto. Os Romanos já haviam reconhecido que o excesso de direito conduzia à mais rematada injustiça. Aristóteles, ao formular a teoria do *justo meio*, evidenciou que a moderação, o equilíbrio e a distância dos excessos representaria o ideal do justo. Justo humano que, para se aproximar do ideal de justiça, precisa ser temperado pela equidade” (NALINI, 2008, p. 42). Ainda segundo Santo Agostinho, mencionado por José Renato Nalini (2008, p. 44): “A justiça pertence a todas as partes da alma, posto que ela é a ordem e equidade da alma, mediante a qual estas três virtudes, a primeira a prudência, a segunda a fortaleza e a terceira a temperança, se unem em perfeita harmonia e em toda esta união e ordem consiste a justiça”.

⁷¹ Por exemplo, o princípio da separação dos poderes (artigo 2º), os princípios que regem a União em suas relações internacionais (artigo 4º), o princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*), entre tantos outros.

⁷² Podem ser citadas as regras de competência legislativa (artigos 22, 24, 25 e 30), regras sobre processo legislativo (artigos 59 a 69), entre outras.

⁷³ Pelo princípio, não se admite que normas nascidas do Poder Constituinte Originário, sejam regras ou princípios, sejam declaradas inconstitucionais. Em outras palavras, não se admite em nosso sistema a existência de normas *originariamente* constitucionais, inconstitucionais, não se aceitando a tese de Otto Bachoff, em sentido contrário. Vide *Interpretação e aplicação da Constituição*, de Luís Roberto Barroso (2008, p. 196-218).

⁷⁴ Nas palavras de Robert Alexy (2008, p. 90-91): “Princípios são [...] *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.

⁷⁵ Há muita literatura acerca de princípios e regras. Obviamente, não pretendemos, neste trabalho, tratar desse tema riquíssimo à exaustão. Porém, a maioria dos estudos parte da análise desses dois renomados juristas: o alemão Robert Alexy e o norte-americano Ronald Dworkin, cujas teorias se complementam. Para uma análise sucinta e bastante didática, consulte o capítulo “Introdução à teoria dos princípios constitucionais” (DANTAS, 2009, p. 3-14).

indeterminado, ou seja, uma *textura aberta* (GUASTINI, 2008, p. 74-77). No primeiro caso, as normas principiológicas constituem elementos essenciais para a compreensão do próprio sistema, além de servirem de elemento *axiológico* a várias outras normas. Na segunda hipótese, em virtude de sua abertura, essas normas não têm condições de preverem, em rol exaustivo, todas as situações fáticas que podem por elas ser reguladas. Além disso, necessitam da formulação de regras que lhes concretizem ou, alternativamente, admitam a concretização por variadas maneiras.

Por isso, os princípios são imprestáveis como premissas maiores, autojustificáveis como fundamento na solução de casos, como ocorre com os *juízos de subsunção*⁷⁶. Ao revés, eles devem se submeter a *juízo de ponderação*, justificando-se por meio dos argumentos utilizados para a sua aplicação. A ponderação, operação estritamente interpretativa, consiste, assim, em estabelecer entre os princípios em conflito uma *hierarquia axiológica flexível*⁷⁷ (GUASTINI, 2008, p. 88). Dizemos *axiológica*, porque existe uma *relação de valor* observada pelo juiz, perante a qual irá escolher a norma-princípio que melhor regula a situação posta. Os outros princípios não eleitos, de maneira alguma serão considerados inválidos ou serão derogados; pelo contrário, eles continuam válidos para poderem ser aplicados em outro caso qualquer. Ademais, dizemos *flexível* porque a hierarquia estabelecida vale apenas para aquele caso ou casos semelhantes. Nada impede que o princípio não eleito possa ser o escolhido em detrimento do eleito em caso posterior, ponderadas as situações do caso.

⁷⁶ Por exemplo: Premissa maior – art. 186, Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Premissa menor – João causou um dano a Pedro. Conclusão: João cometeu ato ilícito.

⁷⁷ Apesar de serem identificáveis na doutrina e na prática jurídica brasileira pelo menos três maneiras diferentes de compreender o tema (BARCELLOS, 2005, p. 25-28). A primeira é conhecida como a forma de aplicação dos princípios. No Brasil, quando a doutrina a ela se refere, normalmente faz uso do termo para significar justamente isto. A segunda maneira é a que a visualiza, sem maiores preocupações teóricas, como forma corrente de solução de conflitos normativos, não necessariamente entre princípios, mas também em relação a normas. Por exemplo, quando o juiz *pondera*, no caso concreto, não estarem presentes os requisitos (de textura bem aberta) para a manutenção da prisão preventiva, prescritos no artigo 312, do Código de Processo Penal. Um terceiro modo de se utilizar do termo seria compreendê-lo em sentido amplo, não se referindo a ele apenas em face de conflito normativo, mas em razão de todos os argumentos relevantes para o discurso, quer sejam eles de ordem jurídica, moral, filosófica, religiosa etc. Todavia, Ana Paula de Barcellos arremata: “Do ponto de vista metodológico, porém, a ponderação é exatamente a alternativa à subsunção, quando não for possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior. Isso é o que ocorre quando há diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia e que indicam soluções diversas e contraditórias. Nesse contexto, a subsunção não tem elementos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes: sua lógica de funcionamento tentará isolar uma única premissa maior para o caso” (BARCELLOS, 2005, p. 31-32).

Todo princípio exige uma concretização, extraindo-se de sua aplicação uma regra, operação esta altamente discricionária, quer seja pela operação interpretativa realizada pelo julgador, quer seja pela corrente evocação a valores morais e políticos, própria dos princípios (GUASTINI, 2008, p. 79-80).

A existência de atribuição normativa aos princípios surte outro efeito: o reconhecimento de existência de lacunas nas leis e a aceitação de sua impotência para a regulamentação de todas as situações jurídicas relevantes, por mais que se esforce o legislador⁷⁸. Assim sendo, é inevitável que haja situações tais que, apesar de relevantes para o direito, não encontrem sua regência em uma regra jurídica, decorrendo, nesse caso, a aplicação de uma regra que regule uma situação *análoga* (uso da analogia) ou de um princípio. Em outros casos, apesar de existir uma regra que regule perfeitamente um caso, ela deixará de ser aplicada porque o julgador a considerará inconstitucional, tendo, desse modo, de recorrer a outra norma, regra análoga ou princípio.

Nesse sentido, ao aplicar uma regra, o juiz sempre deverá fazer a si próprio uma pergunta hipotética: a regra é constitucional? Se a resposta for afirmativa, ela deverá ser aplicada (juízo de subsunção). Se negativa, a análise se torna um pouco mais complexa: o juiz deve analisar se existe outra regra legítima que regule situação *análoga*. Caso contrário, terá de inevitavelmente socorrer-se dos princípios. Na primeira hipótese, o juízo ainda será de subsunção. Apenas no segundo caso o juízo será de ponderação.

Entendemos que o juiz deve preferir a aplicação de uma regra análoga a um princípio, em virtude de sua alta densidade normativa (vide explicação acima, quando diferenciamos regra de princípio), em prol da segurança jurídica, a não ser que contrariem os princípios específicos do instituto jurídico sob análise.

Em virtude da indeclinabilidade, atributo próprio da jurisdição, o juiz não pode deixar de julgar um caso, sob alegação de lacuna no direito. Tanto o artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, quanto o artigo 126, do Código de Processo Civil, estabelecem uma pretensa “gradação”: se a lei for omissa, o juiz deverá decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Sabemos que

⁷⁸ Ao contrário, no positivismo clássico, não se admitia a existência de lacunas no direito. Eduardo Cambi (2009, p. 80) destaca: “Para o positivismo jurídico, o direito objetivo é completo, sem lacunas, sem antinomias, sem ambiguidades e coerente. A completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas) da [...] *segurança jurídica* e na crença na centralidade da produção legislativa como forma de manifestação do direito. Acreditava-se na rígida separação entre as funções estatais, não cabendo aos juízes ir além da mera declaração do texto da lei”.

ambos os artigos, sob pena de serem considerados não recepcionados pela Constituição de 1988, devem sofrer uma releitura. Não há *necessidade* dessa obediência estrita⁷⁹. Em verdade, os princípios devem ser o parâmetro interpretativo da legitimidade inclusive das regras que se adéquam perfeitamente ao caso. Entretanto, o que defendemos não é a preferência cega à analogia. Pelo contrário, ela deverá ser verificada à luz dos princípios que norteiam a matéria. Tanto é que a aplicação analógica de uma regra somente se justifica se não contrariá-los. E essa justificação se dá pela segurança jurídica advinda da concretude de uma regra⁸⁰.

Outra consequência da normatividade dos princípios se verifica no tocante à interpretação. Os sistemas e métodos clássicos não são suficientes para a escorreita aplicação dos ditames constitucionais⁸¹, os quais demandam uma hermenêutica toda própria. Isto porque, consoante visão positivista clássica, já mencionada, os princípios eram meros conselhos, despidos de qualquer força normativa, cuja importância se limitava à garantia de ordem e sistematicidade ao ordenamento, haja vista a ideia assente de que as regras tudo supririam: ou a situação era relevante e encontra nas leis seu regramento, denominando-se *fato jurídico* ou, por outro lado, se não era regulada, não tinha relevância para o direito, não necessitando o ordenamento com ela se preocupar⁸².

⁷⁹ Em sentido contrário, muito antes do advento da Constituição vigente, Carlos Maximiliano (1979, p. 302) escreveu: “Relativamente ao Direito escrito, como também aos usos, costumes e atos jurídicos, seguir-se-á a gradação clássica, formulada, em parte, pelo Código Civil: depois de apurar a inutilidade, para o caso vertente, dos métodos adotados para descobrir o sentido e alcance dos textos, e de verificar também que os caracteres da hipótese em apreço não comportam o emprego do processo analógico; terá pleno cabimento, em último grau, o recurso aos princípios gerais do Direito”.

⁸⁰ Um exemplo pode ser extraído da Lei n. 9.099/95. Ela não prevê a possibilidade de redesignação de audiência pela simples vontade das partes. Pelo contrário, incentiva o comparecimento, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito, no caso de ausência do autor (inciso I do artigo 51) ou revelia do requerido (artigo 20), proferindo o magistrado desde logo a sentença (artigo 23). Além disso, todo o rito sumaríssimo é iluminado pelos princípios da oralidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou transação (artigo 2º). Pois bem. A *regência supletiva* da Lei n. 9.099/95 fica a cargo do Código de Processo Civil, o que significa dizer que, em caso de lacunas, as disposições do CPC irão reger a matéria. O inciso I do artigo 453, do CPC, admite o adiamento de audiência, por uma vez, mediante simples convenção das partes, independentemente de justificativa. Ora, entendemos que esta regra que, em tese, regeria de forma supletiva o rito sumaríssimo, não pode lhe ser aplicada, por analogia, pois contraria toda a sua principiologia específica.

⁸¹ Tradicionalmente, os sistemas interpretativos podem ser: (a) gramatical, filológico ou literal; (b) histórico; (c) lógico ou racional. Quanto aos métodos, a espécie de abrangência pode ser: (a) declarativa; (b) extensiva; (c) restritiva. Por todos, vide *Manual de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil* (LISBOA, p. 199-203).

⁸² Nas palavras de Miguel Reale: “Entendemos por fato jurídico todo e qualquer fato, de ordem física ou social, inserido em uma estrutura normativa. Por dois modos essa correlação se opera. Em verdade, o elemento *fático* existe tanto quando se formula a hipótese normativa (‘Se F é’, isto é, se um fato ocorrer que corresponda à hipótese ‘F’) como quando, na mesma norma, se prevê a

Atualmente, devido à dogmática fluida dos princípios, animada pela abertura dos conceitos legislativos dos textos modernos, dificilmente encontramos uma situação, ainda que minimamente relevante, que não possua disciplina jurídica. Para isto, faz-se extremamente necessária a utilização de outros métodos de interpretação constitucional, ao lado dos já tradicionais. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2008), trata-se dos *princípios instrumentais* de interpretação constitucional. São eles: princípio da supremacia da Constituição; princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; princípio da efetividade.

Em linhas bem gerais, pelo *princípio da supremacia da Constituição*, impõe-se o cumprimento desta em detrimento de toda e qualquer outra lei. A Constituição passa a determinar conteúdo e forma de todos os demais atos normativos, os quais lhe devem estrita obediência, sob pena de serem declarados nulos e lançados para fora do sistema.

De acordo com o *princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público*, o Judiciário deve ter uma “[...] atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes” (BARROSO, 2008, p. 371). Assim, recomenda-se ao Judiciário que apenas reconheça a inconstitucionalidade patente de uma lei, devendo, na dúvida, preservá-la hígida, aplicando-a.

Por outra banda, pelo *princípio da interpretação conforme a Constituição*, o intérprete, ao verificar que a norma apresenta mais de uma interpretação possível, deve escolher aquela que mais se afine ao texto constitucional. Deste modo, ainda que a norma admita interpretações que afrontem a Constituição, se contiver ao menos uma que não a contrarie, é esta que deverá ser escolhida. Tentar-se-á, então, de todo o modo, “salvar a norma”, a não ser que não admita qualquer interpretação que esteja de acordo com o texto constitucional. Somente assim é que será reconhecida a sua inconstitucionalidade.

conseqüência que deverá ou poderá ocorrer por ter ou não ocorrido F: ‘deverá ser C ou D’. O *fato*, em suma, figura primeiro, como *espécie de fato prevista na norma (Fattispecie, Tatbestand)* e, depois, como *efeito* juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo genericamente modelado na regra de direito” (REALE, 1995, p. 198-199).

Ainda, nos termos do *princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade*⁸³, permite-se ao Judiciário o controle da discricionariedade dos atos do poder público, impondo-se a melhor realização do fim embutido na norma. Quando se diz que algo é proporcional, diz-se que é adequado, razoável, harmônico, conforme, equânime. Por seu turno, o princípio é mandamento de aplicação dessa razoabilidade e apresenta como seus corolários os princípios da (a) adequação: a norma deve ser adequada para o fim que almeja; (b) necessidade: a norma deve buscar o meio menos gravoso à sociedade; e (c) proporcionalidade, em sentido estrito: relação de custo-benefício da medida.

Finalmente, pelo *princípio da efetividade*, o intérprete deve se valer da interpretação que confira maior eficácia à disposição constitucional, afastando-se, na maior medida possível, de soluções que apontem para a necessidade de regulamentação da norma. Assim, se uma interpretação confere eficácia plena à norma, ao passo que a outra demanda a existência de norma regulamentadora, deve-se privilegiar a primeira.

Em suma, podemos concluir pela inevitabilidade da normatividade dos princípios, o que leva o sistema jurídico a ser impregnado de valores de cunho cogente, revelando-se, dessa forma, um dos traços mais marcantes do neoconstitucionalismo.

⁸³ Barroso utiliza as expressões “razoabilidade” e “proporcionalidade” como termos *fungíveis*, apesar de salientar, em nota de rodapé, que: “A idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito do devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis.” (BARROSO, 2008, p. 372-373).

2.3.2 A constitucionalização do direito

Outra característica marcante do neoconstitucionalismo é a denominada constitucionalização do direito. Conforme aponta Miguel Carbonell, apoiado em Riccardo Guastini, o neoconstitucionalismo pode ser conceituado como:

Um processo de transformação de um ordenamento, ao término do qual, o ordenamento em questão torna-se totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação de os atores políticos, assim como as reações sociais. (tradução livre) (CARBONELL, 2009, p. 203).

Desse modo, dizer que um ordenamento jurídico é constitucionalizado significa reconhecer que todos ou quase todos os seus institutos jurídicos encontram regulamentação em uma norma constitucional, seja ela regra seja princípio. Não é que os institutos não possam *contrariar* os ditames constitucionais. Isto basta pelo próprio reconhecimento da supremacia da Constituição. Mais que isto, os institutos jurídicos encontram-se *constitucionalizados*, recebendo, portanto, regulamentação direta na Constituição.

Carbonell (2009, p. 203-206), mais uma vez seguindo as lições de Guastini, apresenta certos “sintomas” para se poder concluir que certo ordenamento está constitucionalizado. São eles: (a) a rigidez constitucional; (b) a garantia jurisdicional da Constituição; (c) a força vinculante da Constituição; (d) a “sobreinterpretação” da Constituição; (e) a aplicação direta das normas constitucionais; (f) a interpretação das leis conforme a Constituição; e (g) a influência da Constituição sobre as relações políticas. Passemos a tecer breves considerações sobre cada um deles.

No tocante à *rigidez constitucional*, pode-se dizer que a existência de procedimentos mais dificultosos para a alteração do texto constitucional fortalece-o, em detrimento das demais leis, de modo a garantir sua força e estabilidade. Conforme menciona o próprio Guastini, a constitucionalização será mais acentuada, inclusive, em ordenamentos que contenham princípios que não podem ser alterados de modo algum: nem mesmo mediante procedimento de revisão constitucional⁸⁴ (CARBONELL, 2009, p. 203).

⁸⁴ No Brasil, a rigidez da Constituição está presente em seu artigo 60, ao estabelecer limitações de índole formal, material e circunstancial.

Por sua vez, a *garantia jurisdicional da Constituição* impõe a observância judicial das normas constitucionais sobre as leis, inserindo-se no contexto do controle de constitucionalidade, o qual, no Brasil, opera-se de forma mista, tanto de forma concentrada, mediante o ajuizamento de ações visando justamente decisão acerca da constitucionalidade de leis, função a ser exercida preponderantemente pelo Supremo Tribunal Federal, quanto de forma difusa, quando a questão constitucional é decidida apenas de modo incidental, perante qualquer juízo ou tribunal.

A terceira manifestação da constitucionalização se dá pela *força vinculante da Constituição*, segundo a qual todas as normas constitucionais são eficazes, podendo conformar a realidade a seus ditames, ainda que, tradicionalmente, transmitam a ideia de dependência de regulamentação para produzirem efeitos.

A quarta característica é a da *“sobreinterpretação” da Constituição*. Por meio desta, os intérpretes da Constituição assumem o compromisso de interpretá-la de forma extensiva, desapegando-se de seu sentido meramente literal, para extrair de seu texto inúmeras normas implícitas, aptas à regulamentação de qualquer aspecto da vida social e política. “Quando a Constituição é ‘sobreinterpretada’ não sobram espaços vazios – livres – do direito constitucional: toda decisão legislativa está pré-regulada (quicá minuciosamente regulada) por uma ou outra norma constitucional” (CARBONELL, 2009, p. 204). Em outras palavras, as leis não devem apenas se conformar com as normas constitucionais, mas, sobretudo, renderem-se às minuciosas disposições da Constituição sobre elas, quer seja pelo conteúdo expresso de suas normas, quer seja pelos valores implícitos extraídos de seus princípios.

O outro reflexo à constitucionalização é a *aplicação direta das normas constitucionais*. Significa dizer que essas normas, além de regularem as relações Estado-cidadãos, também passam a regular as relações indivíduo-indivíduo, diretamente, independentemente de autorização da legislação sobre o tema, fornecendo alta carga axiológica ao direito privado.

Ainda temos a *interpretação das leis conforme a Constituição*, matéria já abordada no item acima. Finalmente, pelo reconhecimento da *influência da Constituição sobre as relações políticas*, que se expressa, segundo Riccardo Guastini (2008), mediante três projeções: (a) pela existência de um sistema constitucional que permita a um órgão jurisdicional resolver os conflitos surgidos

entre órgãos políticos; (b) pela postura dos órgãos judiciários de jurisdição constitucional, consistente na imposição de deveres ao Estado, não se adotando uma postura de autocontenção judicial (*self restraint*); (c) pela utilização das normas constitucionais pelos principais atores políticos na argumentação e defesa de suas opções políticas.

Todas essas características são verificadas no sistema jurídico brasileiro, o qual se encontra totalmente constitucionalizado. Em todos os seus ramos verificamos o influxo das normas constitucionais, as quais lhes ditam os requisitos de forma e de fundo e passam a reger completamente a matéria. Notamos, claramente, a presença marcante dos axiomas constitucionais no Direito Administrativo⁸⁵, no Direito Penal⁸⁶, no Direito Processual Civil⁸⁷, apenas para citar alguns deles. Porém, digna de nota é a revolução por que passou o direito privado, em geral, nos últimos tempos, ramo do direito no qual, acreditamos, a constitucionalização se mostra mais fortemente.

No direito privado, em especial a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, é onde sentimos mais fortemente aludida constitucionalização. O Código Civil anterior, do ano de 1916, sob os auspícios da Revolução Francesa, podia ser

⁸⁵ É corrente o influxo dos valores constitucionais, notadamente pela inclusão, no *caput* do artigo 37, da Constituição, dos princípios fundamentais da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Por outra banda, até o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o qual antigamente era visto quase como um dogma neste ramo do direito e servia de base para a prática, às vezes imoderada, de certos atos administrativos inerentes ao poder de polícia, passou por uma releitura constitucional, de modo a sofrer ponderação também com o princípio da liberdade individual, cedendo a este, inclusive, em algumas vezes, mediante o critério da razoabilidade. Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 86) destaca: “Muitos dos princípios constitucionais expostos encontram-se hoje firmados explicitamente em nível legal, desde o advento da Lei 9.784, de 29.1.99, que ‘regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal’ [...], cujo art. 2º arrola os seguintes: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

⁸⁶ Com especial destaque para os princípios da insignificância ou bagatela, alteridade, adequação social, intervenção mínima e proporcionalidade. Fernando Capez (2002, p. 12-13) destaca: “O Direito Penal brasileiro somente pode ser concebido à luz do perfil constitucional do Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, ser um direito penal democrático. Do Estado Democrático de Direito parte um gigantesco tentáculo, a regular todo o sistema penal, que é o princípio da dignidade humana, de modo que toda incriminação contrária ao mesmo é substancialmente inconstitucional. Da dignidade humana derivam princípios constitucionais do Direito Penal, cuja função é estabelecer limites à liberdade de seleção típica do legislador, buscando, com isso, uma definição material de crime. Esses contornos tornam o tipo penal uma estrutura bem distinta da concepção descritiva o início do século passado, de modo que o processo de adequação de um fato passa a submeter-se à rígida apreciação axiológica”.

⁸⁷ Outro ramo no qual a constitucionalização se verifica fortemente, sobretudo em virtude da releitura do princípio do acesso à Justiça (inciso XXXV do artigo 5º), compreendendo-se não apenas o direito de resposta do Judiciário, mas também o direito de receber uma tutela justa e eficaz para o interesse legitimamente defendido, iluminado pela cláusula geral do devido processo legal procedimental (inciso LIV do artigo 5º). Trataremos detidamente da matéria no capítulo seguinte.

denominado como a *Constituição do direito privado*, pois assumia o papel central na regulamentação das relações entre indivíduos, sendo certo que o direito público não se imiscuía nesta seara, de forma alguma. Era o Código próprio do marido, do proprietário de terras e testador⁸⁸, dogmatizando-se a liberdade de contratar e a honradez ao que se prometia, não importando as circunstâncias⁸⁹.

Ocorre que essa pretensão de autonomia e suficiência do Código Civil entra em declínio a partir da eclosão dos movimentos sociais e da vertiginosa industrialização, de matizes europeias, que foram evidenciados a partir do século XIX, maximizando-se após os resultados nefastos da Primeira Guerra Mundial, quando se enxergou a necessidade de maior intervenção estatal na economia, o que inevitavelmente afetou os contratos em geral, ocasionando o que mais tarde se convencionou designar de *dirigismo contratual*, marcado, sobretudo, a partir dos anos 30, pela criação de leis extravagantes que impunham severas limitações à liberdade de contratar e ao próprio conteúdo dos contratos.

Por outro giro, quase que no mesmo período, as Constituições pós-guerra passaram a veicular normas sobre a atividade econômica privada, o que refletiu em limites à autonomia privada e direito de propriedade. No Brasil, isto se verificou em um primeiro momento na Constituição de 1934, com influência da Constituição Mexicana de 1917 e da Lei Fundamental de Weimar, de 1919 e, posteriormente, com a Constituição de 1946, que muito se parecia com a de 1934⁹⁰.

Com a eclosão de todos esses fatos, passa a haver uma interpenetração do público e privado, passando aquele a veicular normas de observância obrigatória neste, por terem essas normas a natureza de disposições constitucionais. A questão se intensificou com a entrada em vigor da Constituição de 1988 e o crescente posicionamento da jurisprudência e doutrina autorizada, ensejando quadro propício para a constitucionalização do direito, em virtude das características desse fenômeno, conforme abordamos linhas acima, mesmo antes da entrada em vigor do atual Código Civil, com um sem-número de leis especiais com enfoque constitucional sobre as matérias. Entre elas, sem dúvida, a mais importante é o

⁸⁸ Haja vista a própria estrutura do Código, que logo após seu livro destinado à Parte Geral, já continha regras atinentes ao direito de família e, em seguida, aos direitos das coisas.

⁸⁹ Expõe Gustavo Tepedino (2004, p. 3): “Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas. Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou do insucesso, das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo”.

⁹⁰ Matéria já abordada no capítulo anterior, para o qual remetemos o leitor.

Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.90), que demonstra a ruptura do pensamento patrimonialista que tomou conta do Código Civil de 1916, em razão “[...] de valores extrapatrimoniais que devem proteger o contratante em situação de inferioridade” (TEPEDINO, 2004, p. 17).

Inegavelmente, todavia, *em caráter genérico*, houve intensificação dessa abertura ao influxo das normas constitucionais no direito privado a partir do Código Civil de 2002. Não que, antes dele, as normas constitucionais não pudessem ser aplicadas diretamente às relações privadas. Já se admitia, à época, a aplicação direta das normas constitucionais, independentemente de autorização legislativa. O que ocorreu foi que o próprio Código Civil atual, baseado nos paradigmas da eticidade, socialidade e operabilidade⁹¹, ao contrário do passado, por diversas maneiras reconheceu essa aplicação constitucional, sendo “humilde” o suficiente para assumir que não mais exerce o papel de “estatuto único e monopolizador das relações privadas” (TEPEDINO, 2004, p. 3), franqueando, de forma deliberada, a aplicação dos axiomas constitucionais, mediante técnica legislativa própria, que se valeu de termos abertos, consistentes nas cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados⁹².

⁹¹ São os três paradigmas de toda a sistemática do Código Civil de 2002. Pelo princípio da eticidade, “[...] o novo Código Civil se distancia do tecnicismo institucional advindo da experiência do direito romano, procurando, em vez de valorizar formalidades, reconhecer a participação de valores éticos em todo o direito privado” (TARTUCE, 2006, p. 87). Pelo princípio da socialidade, “[...] o novo Código Civil procura superar o caráter individualista que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra ‘nós’, em detrimento da palavra ‘eu’. Os grandes ícones do direito privado recebem uma denotação social: a família, o contrato, a propriedade, a posse, a responsabilidade civil, a empresa, o testamento” (TARTUCE, 2006, p. 89). Finalmente, pelo princípio da operabilidade, a intenção foi de simplificar a linguagem e o enfoque, com a ideia de que seria a lei do *homem situado*: “[...] o novo Código Civil segue tendência de facilitar a interpretação e aplicação dos institutos nele previstos. Procurou-se assim eliminar as dúvidas que imperavam na codificação anterior, fundada em exagerado tecnicismo jurídico. Nesse ponto, visando a facilitação, a operabilidade é denotada com o intuito de simplicidade” (TARTUCE, 2006, p. 91).

⁹² Nelson Nery Júnior distingue as duas espécies da seguinte forma: “*Conceitos legais indeterminados* são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso [...]. Preenchido o conceito legal indeterminado (*unbestimmte Gesetzbegriffe*), a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora [...]. Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (*Generalklauseln*) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz. Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais do direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade que têm de exercer naquele caso concreto” (NERY JUNIOR, 2003, p. 407-409).

Ainda, passou a prever, de forma inédita, a existência dos chamados *direitos da personalidade*, intrinsecamente ligados às liberdades públicas, mas com aplicação entre particulares, e compreendidos como “[...] direitos intrínsecos ao ser humano, considerado em si mesmo e em suas projeções ou exteriorizações para o mundo exterior [...]” (LISBOA, 2003, p. 246), sendo uma das características mais marcantes da chamada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*⁹³, com os seus atributos da intransmissibilidade, irrenunciabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e extrapatrimonialidade⁹⁴.

Os contratos também sofreram grande influxo das normas constitucionais⁹⁵. Os princípios que sempre os regeram, a saber, autonomia da vontade, obrigatoriedade dos contratos e relatividade contratual, passaram a colidir com os princípios da prevalência do interesse público, da boa-fé objetiva⁹⁶ e da onerosidade excessiva, tornando-se imprescindível a ponderação dos valores no caso concreto.

Assim, a atividade criativa do juiz é bem mais marcante nas cláusulas gerais. Exemplo destas estão nos artigos 187, 421 e 422, do Código Civil. Exemplos daqueles podem ser encontrados nos artigos 122, parágrafo único do artigo 927, ambos do Código Civil.

⁹³ Os direitos fundamentais sempre foram vistos como “escudos” conferidos pela Constituição aos particulares, para se defenderem de atos arbitrários praticados pelo Estado. Entretanto, modernamente, eles têm recebido outro enfoque, passando a produzir efeitos também nas relações entre particulares. Assim, esses direitos previstos na Constituição, principalmente os veiculados por seu artigo 5º, além de serem mandamentos direcionados ao Estado, devem ser entendidos como ordens destinadas aos particulares. Por exemplo, a garantia do devido processo legal (inciso LIV). Não apenas o Estado está impedido de privar alguém de sua liberdade ou de seus bens sem possibilitar uma defesa efetiva pelo sujeito, mas também os particulares, como ocorre quando se pretende expulsar um associado de um clube esportivo, como expressamente dispõe o artigo 57, do Código Civil. Ressaltam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 107): “Os direitos fundamentais que de *forma imediata* vinculam o Estado trazem também conseqüências a outros titulares pela *via indireta* da apreciação dos conflitos que envolvem uma questão relativa a direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário. Além do dever de observar a esfera de liberdade individual garantida pelo direito fundamental, o Estado tem o dever de proteger os direitos contra agressões oriundas de particulares. Esse é o espírito que norteia a teoria e dogmática do *efeito horizontal* e do dever estatal de tutela”.

⁹⁴ Para uma completa abordagem desse tema, vide Elimar Szaniawski. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁹⁵ Escrevem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 12): “Em uma perspectiva civil-constitucional, devemos ter em conta que o contrato, espécie mais importante de negócio jurídico, apenas se afirma socialmente se entendido como um instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manejado com vistas à pacificação e ao desenvolvimento econômico. Não podemos, dessa forma, considerá-lo como um instrumento de opressão, mas sim de realização. Lamentavelmente, não é raro um dos contratantes pretender utilizá-lo como açoite, visando a subjugar a parte economicamente mais fraca, em franco desrespeito à sua função social. Isso mesmo: todo contrato deve observar a uma função social. Ora, se nós já constatamos que este negócio jurídico serve como inegável veículo de manifestação do direito de propriedade, e este último fora, na Carta Magna de 1988, devidamente socializado, por conseqüência, o contrato também acabaria por sofrer o mesmo processo”.

⁹⁶ A boa-fé sempre foi vista sob o enfoque subjetivo, referindo-se à intenção do sujeito, sendo um conceito obtido por exclusão: se o indivíduo não atua ou se omite imbuído de malícia (má-fé), ele está de boa-fé. Com o Código Civil de 2002, a boa-fé, sem perder sua perspectiva subjetiva, também adquiriu um contorno objetivo: refere-se a um *padrão ético de conduta* que deve nortear a

Poderiam ser citadas várias outras hipóteses do direito privado que demonstram, de forma clarividente, essa constitucionalização⁹⁷, porém isso fugiria aos propósitos deste trabalho.

Em face de todo o exposto, podemos concluir que a constitucionalização do direito é outro traço marcante do neoconstitucionalismo, pois deixa todo o sistema jurídico, sem exceção, impregnado pelos valores, implícitos ou explícitos, presentes na inerente pluralidade do texto constitucional. Se a Constituição é luz, deve iluminar todo o sistema jurídico.

2.3.3 A grande importância do Poder Judiciário

O Poder Judiciário sempre foi importante aos rumos da Nação, uma vez que se trata de um de seus três Poderes, os quais, ao menos de acordo com as bases constitucionais atuais, devem atuar de forma *independente* e *harmônica*, operando-se as diretrizes da conhecida teoria dos “freios e contrapesos”⁹⁸.

Porém, historicamente, foi considerado o “mais fraco” dos poderes, pois deveria ceder aos comandos do Executivo, limitando-se a aplicar as leis promulgadas pelo Legislativo⁹⁹. No Brasil, no período conhecido como

realização dos atos jurídicos, em geral, pouco importando se, em seu interior, não houve a intenção de prejudicar outrem. Ela passou a exercer uma tríplice função: interpretativa (artigo 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”), de controle (artigo 187: “Comete ao ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”) e de integração (artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”).

⁹⁷ Importante, ainda, serem lembradas as questões atinentes ao bem de família (artigos 1.711 e 1.722 do Código Civil e Lei n. 8.009/90); ao direito de família, tais como os direitos idênticos conferidos aos filhos, pouco importando se foram havidos, ou não, da relação do casamento, ou por adoção (parágrafo 6º do artigo 227, da Constituição); aos direitos reais e à posse, com a necessidade de que cumpram sua função social, deixando esta de ser limite para ser próprio conteúdo desses direitos (inciso XXII do artigo 5º, da Constituição e parágrafo 1º do artigo 1.228, do Código Civil), entre tantos outros casos.

⁹⁸ Trata-se da mundialmente conhecida teoria dos *check and balances*, cunhada por Salisbury e Cushman. Por todos, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior (2004, p. 279) destacam: “[...] tais poderes – os órgãos do Estado – deveriam inter-relacionar-se de forma harmônica, mas cada qual mantendo o respectivo âmbito de independência e autonomia em relação aos demais [...] A idéia que se deve ter por consolidada é a de que, atribuindo-se as funções do poder a mãos diferentes, uma controlaria a outra, evitando o arbítrio e, por conseguinte, fornecendo condições objetivas para o respeito aos direitos individuais”.

⁹⁹ Montesquieu, apesar de, diferentemente de John Locke, considerar o Judiciário como o terceiro poder, admitia sua reduzida importância diante dos outros dois. Nesse sentido, escreveu: “Dos

constitucionalismo da Primeira República (1891-1934), foi implantada uma suprema corte capaz de invalidar ato contrário à Constituição, em virtude da influência do modelo dos Estados Unidos¹⁰⁰. Entretanto, apesar de haver essa garantia formal, nosso Judiciário estava longe da postura adotada pela Suprema Corte dos EUA, quando, no ano de 1803, proferiu a célebre decisão *Marbury v. Madison*, início do que ficou conhecido como *jurisdição constitucional*¹⁰¹: ao Judiciário caberia verificar a compatibilidade das leis ao texto constitucional, podendo deixar de aplicá-la se contrariá-los¹⁰².

No entanto, em virtude do neoconstitucionalismo, é marcante a expansão da jurisdição constitucional (CAMBI, 2009, p. 171), o que enseja a enorme importância do Poder Judiciário na concretização dos anseios constitucionais. Assim, o juiz deve, na maior medida possível, fazer tornarem-se realidade os sonhos constitucionais¹⁰³.

É a crise da democracia representativa, gerada pela ruptura da crença de que as leis promoveriam a igualdade de todos os sujeitos de direitos¹⁰⁴ e a inércia do

três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito" (MONTESQUIEU, 1962, p. 185).

¹⁰⁰ Matéria abordada no Capítulo I, para o qual remetemos o leitor.

¹⁰¹ Conforme salienta Monica Herman Salem Caggiano, no longínquo ano de 1915, Pedro Lessa compreendia do Judiciário da época: "Se desde Montesquieu até os nossos dias não tem faltado quem qualifique o poder judiciário como um dos três poderes políticos, por outro lado não são poucos os que consideram o poder judiciário um ramo do executivo [...] nos Estados Unidos da América do Norte, e nos países [sic] que lhes têm imitado as instituições, o poder judiciário é igual ou, para ser bem preciso, superior aos outros dois poderes." Com alusão ao que escreveu Willoughby, a autora destaca: "Eis como um dos mais autorizados [sic] mestres actuaes do direito constitucional norte-americano se exprime acerca do mais elevado representante deste poder: 'O mais poderoso dos freios no garantir as relações regulares entre o poder federal e os poderes dos Estados, e ainda entre os próprios ramos do poder federal, tem sido inquestionavelmente a Côte Suprema. No mecanismo da república o seu papel tem sido o da roda mestra'." (CAGGIANO, 2009, p. 102-103).

¹⁰² No Brasil, existe a *forma eclética* de controle de constitucionalidade. Coexistem os sistemas difuso (de origem americana) e concentrado (de origem europeia). Pelo primeiro, qualquer juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Pelo segundo, o órgão de cúpula, no caso o Supremo Tribunal Federal, pode aferir a validade da lei em tese.

¹⁰³ Ao comentar o papel contemporâneo do juiz, Cláudia Fonseca Morato Pavan (2008, p. 455) escreve: "A atuação da jurisprudência não é mais, hoje em dia, como se dava à época da Escola da Exegese, limitada à declaração de qual é a lei aplicável ao caso presente, com a adoção, quase que exclusiva, do método gramatical de interpretação. Em verdade, não há, no direito positivo, resposta pronta para todos os casos que são levados ao Judiciário; o papel do juiz não é apenas o de "exegeta-boca-da-lei"; a função jurisdicional não é uma função mecânica, mas sim, uma função viva".

¹⁰⁴ Trata-se do respeito aos anseios materiais e individualizados de cada ser humano, o que deve ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito. Conforme sustenta Gustavo Zagrebelsky (2009, p. 94), "[...] existem exigências de justiça geral, existe uma ordem que está por cima tanto de todas as vontades individuais particularmente consideradas, quanto do acordo delas expressado pelo princípio da maioria, uma ordem que deve ser perseguida como tal. As normas de justiça das Constituições atuais estabelecem assim uma distinção, que pode converter-se em contraposição,

Executivo na realização de políticas públicas¹⁰⁵ que vieram a ocasionar uma chamada *desneutralização política* do Judiciário (CAMBI, 2009, p. 193): o juiz se afasta do condicionamento legalista estreito, tomando uma atitude prospectiva, em prol dessas políticas públicas, não podendo se afastar da intenção de concretizá-las, albergando-se sob o manto da pura legalidade. É o que já se chamou de “governo dos juízes”, já tendo sido dito pelo norte-americano Juiz Hugles: “[...] vivemos debaixo de uma Constituição, sendo a Constituição, porém, aquilo que os juízes dizem que é¹⁰⁶” (BONAVIDES, 2008, p. 315).

Não olvidamos que a concretização dos valores constitucionais é tarefa de todo o Estado, o qual deve contar, inclusive, com a participação ativa dos cidadãos. Entretanto, em nossa sociedade, a atividade de “dizer o direito” (*juris dictio*) não deve servir apenas para garantir uma convivência harmoniosa. Mais que isto, a ela foi incumbida a missão de funcionar como um motor das transformações sociais, impactando o modo de vida das pessoas pela via do processo¹⁰⁷, pois “[...] a função do juiz é conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais” (FISS, 2004, p. 36).

Em virtude desta indeclinável função, adquire relevo o papel exercido pelo juiz no contexto do neoconstitucionalismo¹⁰⁸, o qual não deve realizar uma interpretação

entre interesses individuais e interesses gerais qualitativamente distintos da pura e simples soma dos individuais”. (tradução livre. No original: “[...] *hay exigencias de justicia general, existe un orden que está encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal. Las normas de justicia de las Constituciones actuales establecen así una distinción, que puede convertirse en contraposición, entre intereses individuales e intereses generales cualitativamente distintos de la pura y simple suma de los individuales.*”).

¹⁰⁵ Políticas públicas podem ser conceituadas como tomadas de posição pelo Estado, em geral, à consecução de diretrizes constitucionais que visam ao bem-estar social, mediante a concretização de direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância, a assistência aos desamparados, entre outros), para que a Constituição não se transforme, nos dizeres do Min. Celso de Mello, em uma “promessa incosequente” (Ag. Reg. em Rec. Ext. 271.286-8/RS, rel. Min. Celso de Mello, v.u., 12.09.2000).

¹⁰⁶ Luis Roberto Barroso observa que, no tocante aos países de democratização tardia ou redemocratização recente: “O processo político majoritário não consegue satisfazer plenamente as demandas por legitimidade democrática, em razão de distorções históricas na distribuição de poder e de riquezas. Nesse cenário, melhor do que a vocação autoritária do Executivo ou a baixa representatividade do Legislativo é a atuação equilibrada e independente dos tribunais constitucionais. Na medida em que consigam escapar da captura pela política ordinária, cabe a eles o papel de garantidores da estabilidade institucional e dos avanços sociais possíveis” (BARROSO, 2009, p. 345).

¹⁰⁷ A indagação é de Miguel Carbonell (2009, p. 15-19), acerca da função dos direitos nas sociedades contemporâneas.

¹⁰⁸ Volkmer (1989, p. 147) escreve: “O magistrado não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado, mas sua tarefa consiste na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais elaborada e mais sistematizada. Consequentemente, a sentença judicial emanada do Juiz adquire, não só validade formal como tipificação do preceito

das leis sem se atentar para seu contexto fático, conformando-o com as disposições constitucionais¹⁰⁹.

Aliás, da concepção de que o juiz exerceria mero juízo de subsunção, cujo entendimento primário era o de que deveria procurar encontrar a vontade original do legislador¹¹⁰ e, em um segundo momento, que deveria se atentar às transformações sociais, hoje adquire corpo o entendimento pelo qual o Direito deve ser concebido como uma *disciplina prática*, mediante o exercício da atividade jurisdicional, a qual se coloca na linha de tensão existente entre a realidade e o próprio direito (ZAGREBELSKY, 2009, p. 133). Partindo-se do caso a ser decidido, o juiz procede à busca das normas e, encontrando-as, volta-se ao caso, contextualizando-as, com os ditames constitucionais, inclusive, ocorrendo o que convencionou denominar de *círculo interpretativo*. A interpretação será satisfatória quando as *exigências do caso* e as *pretensões das regras* possam ser respeitadas, coexistindo na realidade do julgamento em sincronia¹¹¹.

imperativo e obrigatório. Faz-se necessário, sem dúvida, assinalar que tais disposições judiciais são inegavelmente partes do Direito positivo, na medida em que tanto são respeitadas pelos litigantes e acatadas pelos tribunais, quanto reiteradamente incorporadas pelo legislador do Direito positivo. O papel do Juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. É contribuindo para a transformação e evolução contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz, em seu mister criador, insere a semente perpetuadora e a fonte inspiradora do Direito ideal” (WOLKMER, 1989, p. 147).

¹⁰⁹ Conforme Gelson Amaro de Souza 2007, p. 26): “É o processo o instrumento de pacificação social, através do qual o Estado visa solucionar os conflitos de interesse e difere da relação de direito material, com a qual por muitos séculos foi confundido. O processo não existe isoladamente, e a sua razão de ser está nos conflitos sociais e na conseqüente necessidade de solucioná-los na busca da pacificação social”.

¹¹⁰ Hoje em dia, entretanto, principalmente nos Estados Unidos, ainda há quem sustente essa ideia, como, por exemplo, o membro da Suprema Corte daquele país, *Justice* Scalia, visto como um conservador. Segundo ele, o intérprete deve sempre se voltar à intenção original dos “Pais Fundadores” (*Founding Fathers*) da Constituição para se descobrir qual a melhor solução para o caso.

¹¹¹ Gustavo Zagrebelsky (2009, p. 133-134) explica: “No processo de interpretação do direito, o caso é o motor que impulsiona o intérprete e marca a direção. Partindo do caso ele se socorre do direito para interrogá-lo e obter uma resposta. A partir do caso, o intérprete procede a buscar as regras e se volta a ele, em um procedimento circular (o chamado ‘círculo interpretativo’) de direção bipolar que finaliza quando se conciliam de modo satisfatório as exigências do caso e as pretensões das regras jurídicas. Quando o resultado interpretativo não violenta nem umas nem outras, pode-se dizer que se ‘obteve vitória’ na interpretação”. (tradução livre. No original: “*En el proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección. Partiendo del caso se acude al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta. A partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular (el llamado ‘círculo interpretativo’) de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas. Cuando el resultado interpretativo no violenta ni unas ni otras puede decirse que se ha ‘logrado’ la interpretación.*”).

No que se refere às normas jurídicas, o magistrado, ao decidir um caso, invariavelmente deve realizar um *juízo hipotético de conformidade constitucional*¹¹². Não significa dizer que ele terá de partir, necessariamente, em todas as suas decisões, de uma fundamentação constitucional. O que queremos dizer é que, ainda que não coloque no papel, o juiz moderno (ou, para melhor dizer, *pós-moderno*) antes de aplicar uma regra, deve pensar se ela se coaduna com o texto constitucional. Em outros casos, quando for decidir apenas com base em princípios, também é inevitável que volte seu pensamento à Lei Maior. Assim, não concebemos hoje a aplicação de uma regra divorciada de seu contexto constitucional, ainda que explicitamente isto não seja mencionado na fundamentação de uma decisão¹¹³.

Por isso, toda a atividade jurisdicional na sociedade contemporânea é *complexa*, quer o magistrado exerça *juízo de subsunção* (aplicação de uma regra), quer ele exerça *juízo de ponderação* (aplicação de um princípio), pois, tanto em um caso quanto em outro, ele terá de voltar os olhos ao texto da Constituição. Reconhecemos, entretanto, que o exercício de juízo de ponderação é um pouco mais complexo, pois não há regras sobre a matéria (ou existe, mas o juiz não decide aplicá-la por questão de princípios), razão pela qual a argumentação jurídica deverá ser mais densa. Porém, não olvidamos que, em virtude da técnica legislativa atual, a qual, sob o enfoque da constitucionalização do direito, confere *textura aberta* também às regras, dotando-as, assim, de termos muito amplos, o magistrado não realiza atividade mecânica. Antes, procurará identificar se é mesmo motivo de aplicá-la, levando em consideração as peculiaridades do caso.

Portanto, na realização de juízo de subsunção, existindo regra que esteja conforme o texto constitucional, o juiz deve aplicá-la. Se não existir regra, ou não houver essa conformidade, o magistrado deve preferir aplicar a regra que disponha sobre situação análoga, em virtude de sua maior concretude, ainda que seus termos

¹¹² José Renato Nalini (2000, p. 38) escreve: “É dever do juiz, quando se propõe a outorgar a prestação jurisdicional, examinar sempre a questão sob o prisma constitucional. O Texto Magno é fundamento de legitimidade de toda a normatividade inferior. Qualquer preceito subalterno que infrinja ditame constitucional explícito ou implícito padece de desvalia e desmerece observância. É regra impostergável e saneadora. Garante a permanência da normatividade hígida, aquela que hauriu fôlego de validez do pacto fundamental e permite a eliminação de tudo o que vulnera conteúdo e alcance da lei constitucional” (NALINI, 2000, p. 38).

¹¹³ José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 475-476) explica: “A interpretação dos preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima; densificação dos preceitos consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, designadamente nos casos de ausência de leis concretizadoras; e contribuição para o cumprimento das imposições constitucionais, observados que sejam a especificidade e limites da sua competência funcional”.

sejam abertos, a não ser que ela contrarie os princípios que regem a matéria¹¹⁴. Neste caso, será inevitável o exercício de juízo de ponderação.

Em suma, salvo nos casos de aplicação de regras sem conteúdo aberto, a atividade jurisdicional tornou-se extremamente complexa¹¹⁵, tendo o juiz, com frequência, de socorrer-se de valores ou aspectos sociais no momento de decidir, sendo natural que embuta em sua decisão, ainda que implicitamente, seus próprios pontos de vista, anseios e formação social.

Nessa esteira, Miguel Reale (2003), por sua teoria denominada *ontognoseologia jurídica*, enfatizou um duplo enfoque quanto à função do direito, mediante duas subteorias: o *culturalismo jurídico* (enfoque subjetivo) e a *teoria tridimensional do direito* (enfoque objetivo).

Em se tratando do *culturalismo jurídico*, pondera que as decisões judiciais deverão ser orientadas pela *cultura*, pela *experiência* e pela *história*, tanto do ponto de vista do próprio julgador, quanto do contexto social em que está inserido. Assim, não raramente as decisões judiciais contêm um caráter ideológico, sendo impensável que o magistrado, ao decidir um caso, mesmo inconscientemente, não se valha de toda a sua carga cultural, de suas experiências e da história.

Sob o enfoque objetivo, a saber, em se tratando da *teoria tridimensional do direito*, este compreende *fato*, *valor* e *norma*, resultando esta da tensão normativa entre os dois primeiros¹¹⁶.

A inserção pelo magistrado de suas impressões da vida em suas decisões é, portanto, viabilizada pelo enfoque nos princípios e pelo conteúdo aberto das regras, possibilitando, com isso, o desapego à interpretação literal, tornando-se as decisões judiciais em instrumento importante de realização de Justiça, contribuindo para a pacificação e a transformação da sociedade.

¹¹⁴ Vide comentários e exemplos acima, quando tratamos do tópico “Relevância dos princípios”.

¹¹⁵ É natural que as palavras admitam mais de uma interpretação, ainda mais quando estão inseridas em um contexto maior, como é o caso do conjunto de leis que há no nosso País. Entretanto, não desconhecemos que a técnica legislativa moderna, de forma proposital, vale-se de termos bem abertos, justamente para permitir essa mencionada maior liberdade ao julgador. Vide páginas anteriores, quando tratamos da diferença entre cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.

¹¹⁶ Ensina Miguel Reale: “fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o fato e ao jurista a norma (tridimensionalidade como requisito essencial do direito).” (REALE, 2003, p. 57).

2.3.4 A insegurança jurídica gerada pelo neoconstitucionalismo

Atualmente, é difícil pensarmos em direito constitucional sem fazermos alusão aos princípios que lhes são próprios e aos valores que eles veiculam, os quais compõem o alicerce de todo o sistema normativo existente, por serem normas propícias à aceitação da pluralidade componente da base material constitucional, além de sua aptidão de se amoldarem às exigências de *tempo* e *local*, devido ao alto teor de abstração. Assim, um princípio sempre fornece campo necessário a uma interpretação inovadora, *contextualizada* e *comprometida* com as realidades sociais, ao contrário das regras, as quais, devido à rigidez que lhes é própria, não permitem essa mencionada abertura. Não que as regras sejam ruins. Elas são necessárias ao sistema, pois fornecem a segurança devida no tocante aos regramentos dos fatos jurídicos.

O ideal, porém, seria uma norma que contasse com a rigidez de uma regra e, ao mesmo tempo, uma intensidade valorativa tal qual um princípio. Isto é muito difícil de ocorrer, pois uma alta carga axiológica não é compatível com uma grande densidade normativa. Entretanto, o que propomos neste trabalho é que, por meio de decisões judiciais de tribunais superiores, extraíam-se normas para serem utilizadas em outros casos idênticos ou semelhantes.

É que, em virtude das ideias neoconstitucionalistas, em muitos *casos difíceis* (“*hard cases*”), o juiz é chamado a decidir com base em princípios. Uma decisão, por assim dizer, “principiológica” é salutar, pois atenta-se a preceitos éticos e morais, ocasionando a oxigenação do sistema por ideais de justiça. Em virtude do poder constitucional atribuído a todo e qualquer juiz brasileiro de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, dada a adoção em nosso País do controle difuso de constitucionalidade, não é raro vermos decisões baseadas em princípios, apenas. Isto se maximiza pela acepção do *devido processo legal substancial* (“*substantial due process*”)¹¹⁷, mediante interpretação extensiva do inciso

¹¹⁷ Chemerinsky (2005, p. 523-524) ensina: “[...] devido processo substancial, como a frase sugere, procura investigar se o governo tem uma razão adequada para retirar a vida, liberdade ou propriedade de uma pessoa. Em outras palavras, devido processo substancial vai perquirir se há uma justificativa suficiente para a ação governamental.” (tradução livre. No original: “[...] *substantive due process*, as that phrase connotes, asks whether the government has an adequate reason for taking away a person’s life, liberty or property. In other words, *substantive due process* looks to whether there is a sufficient justification for the government’s action.”).

LIV do artigo 5º, da Constituição da República, extraindo-se dele que toda a lei irrazoável deve ser declarada nula e, por consequência, inapta a produzir os efeitos que eram esperados. Ora, é difícil encontrarmos uma expressão tão aberta quanto esta! Na verdade, dificilmente uma lei é perfeita o suficiente para que não possa sofrer o risco de ser considerada *irrazoável* de acordo com a convicção do julgador e não surtir efeitos sobre um caso que deveria regular.

Não ignoramos os benefícios da existência desse sistema aberto. Conforme já discorremos ao longo deste capítulo, as normas-princípios são relevantes para impregnarem o ordenamento com os múltiplos valores acatados pelo corpo social, amoldando as interpretações de acordo com o contexto da época; a constitucionalização do direito é salutar, à medida que ilumina todos os ramos do direito com esses valores reconhecidos, explícita ou implicitamente, pela Constituição; a marcante relevância do Judiciário é inevitável, como *agente concretizador* dos valores constitucionais.

Entretanto, é sintomática a insegurança jurídica gerada por todo esse quadro, pois, em razão da enorme liberdade conferida aos magistrados na interpretação das normas, notadamente pela dogmática fluida gerada pela aplicação de normas de viés principiológico, liberdade esta necessária, digamos de passagem, pode haver decisões mais díspares, mesmo diante de casos idênticos ou muito semelhantes.

O princípio da segurança jurídica não contém previsão constitucional específica, podendo, contudo, ser extraído do sistema, principalmente do princípio da *irretroatividade das leis*, constante do inciso XXXVI do artigo 5º, da Constituição da República, o qual prevê que “[...] a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Sua *ratio*, portanto, está na preservação de situações jurídicas estabilizadas¹¹⁸, indo ao encontro dos próprios anseios inatos ao homem por segurança¹¹⁹.

¹¹⁸ Conforme escreve Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 113): “Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais do Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado

Não deixamos de considerar que o Direito apresenta-se necessariamente em constante mutação, devendo acompanhar as transformações sociais, sem a necessidade de que existam alterações legislativas e muito menos constitucionais, pois, em razão da fluidez dos princípios, estes devem ser relidos, para que ocorra a devida aplicação dos valores que veiculam, de forma contextualizada¹²⁰, conforme já mencionamos neste capítulo. O Direito não se encontra nos gabinetes dos membros de Poder, mas, pelo contrário, deve ser reconhecido a partir das necessidades sentidas do povo, de suas agruras e aspirações, as quais se transformam dia a dia. Desse modo, os princípios permitem que sua extensão seja *renovada* diariamente, sem que ocorra alteração do texto de lei. Contudo, ainda que sejam admitidas essas transformações, deve haver mecanismos para que seja garantido o mínimo de segurança possível.

Passamos, então, a apontar, no capítulo seguinte, um possível remédio contra essa insegurança gerada pelo neoconstitucionalismo. Trata-se de atribuir efeito vinculante externo às decisões judiciais, estendendo-se o decidido, de acordo com certos requisitos, para ser aplicado a casos idênticos ou muito semelhantes.

convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas” (MELLO, 2003, p. 113).

¹¹⁹ “Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro: é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.” (MELLO, 2003, p. 113-114).

¹²⁰ Edgard de Moura Bittencourt escreve (2002, p. 94): “Se, no ângulo do direito subjetivo, os indivíduos são todos iguais, no ângulo sociológico os homens concretos são desiguais. O legislador (que em realidade é o grupo social, do qual o parlamento é simples mandatário) não deve ignorar essa desigualdade social e psicológica. O autor da lei é, pois, o grupo social. E isso é tanto mais verdade quando um longo espaço de tempo decorre da promulgação da lei. O texto desta se desprende de seu autor e passa a viver sua vida própria. A lei perde muitos de seus caracteres e adquire outros. Qualquer pesquisa de seu antigo sentido seria um contra-senso, pois a lei não sobrevive senão na medida em que possa adaptar-se às novas necessidades sociais. Portanto o recurso aos trabalhos preparatórios para interpretar-se um texto de lei nem sempre é recomendável. É mister, sobretudo, apurar a experiência que a lei conduz através dos caminhos da vida social. Assim, os juizes, pendendo-se pouco sobre o passado, devem colocar a lei no meio social atual, que muita vez é o diverso daquele em que ela foi formulada. A regra do Direito livra-se muito prontamente de seu autor aparente, de seu redator, para adquirir uma vida de alguma forma autônoma”.

3 A NECESSIDADE DE UM SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES VINCULANTES

Relatamos, no capítulo anterior, acerca da insegurança jurídica gerada pelo neoconstitucionalismo. Neste capítulo, partimos do enfoque do princípio do acesso à Justiça, cuja interpretação compromissada com uma prestação jurisdicional de qualidade abarca uma tutela eficaz de direitos. Para isto, não basta que a decisão seja justa para o caso concreto. Mais que isto, ela deve ser *razoavelmente previsível*, comparando-se com as decisões já tomadas em casos idênticos ou muito semelhantes. Depois, teceremos considerações sobre o sistema americano do *Common Law* e seu sistema de precedentes, uma de suas principais características. Em seguida, analisaremos a possibilidade da implantação de um sistema precedentalista no Brasil, como resposta eficaz àquela insegurança jurídica acima mencionada, adaptando-o à nossa realidade.

3.1 A Razoável Previsibilidade das Decisões como Manifestação do Acesso à Justiça

O direito de acesso à Justiça encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Está inserido, portanto, no rol dos direitos e das garantias individuais, espécie dos direitos fundamentais. Nesse sentido, modernamente, o direito de acesso à Justiça não implica em conferir a todos, simplesmente, o direito de ação. Mais que isto, dele também decorre a necessidade de se prestar uma tutela jurisdicional *justa e efetiva* para o caso em particular¹²¹.

É que, tratando-se de direito fundamental, a norma que veicula pelo mencionado dispositivo deve ser interpretada em sua máxima efetividade possível (princípio da *máxima efetividade dos direitos fundamentais*). Implica, inicialmente,

¹²¹ Caio Márcio Loureiro (2004, p. 87) salienta: “Seria medíocre pensar que o termo acesso à justiça gozasse apenas de direito de acesso ao Poder Judiciário. Seria cômodo demais para o Estado assegurar o acesso ao órgão sem ter que se preocupar com o resultado. Ora, se o Estado avocou para si o monopólio jurisdicional como regra, admitindo a autotutela somente em situações excepcionais, não pode crer que, assegurando meramente o acesso ao Judiciário, esquivar-se-ia de ter que prestar uma tutela jurisdicional adequada, por meio de resultados eficazes e efetivos no processo. Até, porque, se assim fosse não estaria cumprindo seu dever jurisdicional”.

em conferir a todas as pessoas o direito de demandarem, isto é, de obterem uma resposta de mérito do Poder Judiciário, ainda que de improcedência, desde que preenchidos certos requisitos, a saber, os pressupostos processuais e as condições da ação.

Em um segundo momento, porém, o acesso à Justiça significa mais que direito a uma resposta de mérito. Abrange, de fato, a necessidade de prestação de uma tutela adequada a coibir a ameaça ou violação do direito material em pauta, devendo ser justa, efetiva e prestada em um prazo razoavelmente curto¹²².

O processo, assim como a tutela que se objetiva por meio dele, somente se legitima na medida em que ocorre o devido atendimento à situação jurídica de direito material que se é posta perante a apreciação do Poder Judiciário. Caso contrário, não passa de mero exercício de dialética e debates de teses jurídicas, insuficiente para a pacificação social, seu fim último¹²³. Longe de se tratar de um ramo do direito ensimesmado, o direito processual deve estar afinado com os escopos lógico, político, jurídico e econômico¹²⁴, atendendo-se às necessidades maiores da Nação, situando-se de acordo com a realidade concreta dos jurisdicionados.

Assim, conforme salienta Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 8), a resposta judiciária de qualidade deve ser: (a) justa (equânime e plausível); (b) jurídica (tecnicamente fundamentada e consistente); (c) tempestiva (vedação à excessiva duração do processo – art. 5º, LXXVIII, CF); (d) razoavelmente previsível (a jurisprudência dominante e suas súmulas vinculantes, persuasivas e impeditivas de recurso). Aplaudimos os esforços legislativos visando a conferir maior efetividade

¹²² Ao tecer comentários sobre a qualidade dos serviços jurisdicionais, à sua tempestividade e efetividade, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 117) escreve: “Um eficiente trabalho de aprimoramento deve pautar-se por esse trinômio, não bastando que o processo produza decisões intrinsecamente justas e bem postas, mas tardias ou não traduzidas em resultados práticos desejáveis; nem sendo desejável uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, porém injusta. Para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica”.

¹²³ José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 19) arremata: “O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado. Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária identidade ideológica entre processo e direito substancial, permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos”.

¹²⁴ São conhecidos como os *princípios deontológicos* do processo: lógico (“justiça rápida e sem erros”), jurídico (“igualdade entre as partes e Justiça na decisão”), político (“máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício da liberdade individual”) e econômico (“processo acessível a todos, no custo e na duração”).

à tutela jurisdicional. Nesse sentido, a inserção em nosso sistema dos institutos da tutela antecipada e inibitória¹²⁵ (ambos trazidos pela Lei n. 8.952/94), do procedimento monitório (Lei n. 9.079/95), do procedimento mais célere para se exigir o cumprimento de sentença (Lei n. 11.232/2006) e na execução de título extrajudicial (Lei n. 11.382/2006), apenas para mencionar algumas, entre tantas outras alterações que vieram a contribuir com a celeridade e efetividade processual¹²⁶. Louvamos, também, os esforços interpretativos que, diariamente, exercitam magistrados, membros do Ministério Público e advogados, os quais, esquivando-se de interpretação meramente literal e simplista do texto da lei, encontram aquela que mais se afina com a almejada celeridade.

Entretanto, sem deixarmos de reconhecer a importância da celeridade da tutela, o presente trabalho foca-se na última característica apontada acima por Mancuso: a razoável previsibilidade das decisões como forma de se conferir qualidade às tutelas jurisdicionais.

Passemos, pois, a ressaltar alguns aspectos do *Common Law*, em comparação com o sistema jurídico do *Civil Law* para, em seguida, analisarmos o sistema de precedentes dos EUA.

¹²⁵ Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 33) destaca: “[...] é necessário compreender, para a efetividade da tutela preventiva, quais são os seus pressupostos (mediante a distinção entre ato contrário ao direito e dano), evitando-se que o procedimento a ela referente seja povoado por questões impertinentes. Um procedimento desse tipo é absolutamente imprescindível em um ordenamento jurídico que se empenha em dar efetividade aos direitos que consagra, especialmente aos direitos não patrimoniais, os quais evidentemente não podem ser tutelados de forma adequada através de procedimentos que finalizam nas sentenças de classificação trinária. A imprescindibilidade de um novo modelo processual, caracterizado pela possibilidade de antecipação da tutela e de sentença que não se enquadre na classificação trinária, é o reflexo da tomada de consciência de que os direitos precisam ser tutelados de forma preventiva, especialmente porque a nossa própria Constituição Federal, fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), não só garante uma série de direitos não patrimoniais, como afirma expressamente o direito de acesso à justiça diante de ‘ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV). Pesa, portanto, sobre a doutrina processual, a grave e importante incumbência de elaborar, teoricamente, um modelo de tutela jurisdicional adequado aos valores do tempo presente”.

¹²⁶ A Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, expressamente inseriu no rol do artigo 5º, da Constituição, o direito fundamental à razoável duração do processo. Entendemos que os processos que se propalam excessivamente no tempo, além do maior custo que geram às partes e ao aparato judiciário, por mais que satisfaçam a crise de *certeza* do direito, dificilmente conseguirão pôr termo à crise de *satisfatividade*, pois o fator *tempo* colabora, inegavelmente, para que as pessoas deixem de receber exatamente aquilo que receberiam se o dever/obrigação fosse cumprido de forma espontânea. Nesse sentido, leciona Samuel Miranda Arruda (2006, p. 127): “Uma eficiente administração da justiça deve ser, portanto, analisada necessariamente em termos de custo temporal dos procedimentos. Atrasos crônicos caracterizam certamente uma ineficiência do sistema judicial e, por conseqüência, o desrespeito ao princípio. É que a mensuração da eficiência dá-se em face dos objetivos a que se pretendeu alcançar. O fim do Judiciário é julgar os processos que lhe são apresentados na forma prescrita pela legislação. Os órgãos judiciais estarão a cumprir sua função quando realizarem esta atividade otimamente”.

3.2 Breves Considerações acerca do *Common Law* e do *Civil Law*

Há duas grandes famílias de Direito no mundo: os ordenamentos do *Civil Law* e aqueles afetos ao *Common Law*, com suas características iminentes, peculiaridades e mecanismos que bem diferenciam um de outro.

O *Common Law* tem sua origem na Inglaterra e se expandiu para vários outros países que outrora foram dominados pelo Reino Inglês. Este sistema é adotado pelos EUA, Áustria, Bangladesh, Barbados, Canadá (Província de Quebec), Guiana, Hong Kong, Índia, Inglaterra, Nigéria, entre outros¹²⁷.

Inicialmente, a Justiça inglesa era policêntrica, o que significa dizer que havia muitos tipos de cortes (cortes reais, cortes de equidade, cortes mercantis etc.), e a maioria delas pertencia à Igreja Católica¹²⁸. Ressaltamos, entretanto, a distinção marcante entre as Cortes Reais (*Royal Courts*) e as Cortes de Equidade (*Equity Courts*). Cortes Reais, como o próprio nome sugere, eram cortes estabelecidas pelo Rei. Assim, sempre que certo conflito surgisse, o Rei costumava nomear pessoas

¹²⁷ Nessa esteira, importante constatação fez Lawrence M. Friedman (2002, p. 8): “[...] ninguém fora do círculo da dominação inglesa de fato adotou o common law. Em tempos modernos, alguns países não-ocidentais procuraram importar modelos jurídicos do ocidente, os quais (segundo eles pensaram) funcionariam melhor para os impulsionar no mundo contemporâneo do que seus sistemas nativos. Japão e Turquia são exemplos famosos. Em nenhum caso país como tal escolheu o modelo americano ou inglês. Por quê? Uma resposta é que se trata de sistemas codificados. Suas regras básicas assumem a forma de códigos – mega-lei racionalmente estruturadas, as quais estabelecem as regras do ordenamento, os conceitos básicos e doutrinas. Teoricamente, os juizes não têm poder para acrescentar ou subtraírem a lei, a qual é inteiramente contida nos códigos. O common law, por outro lado, foi essencialmente criado pelos juizes, à medida que decidiam os casos. O common law cresceu, alterou-se, evoluiu e mudou de prisma, ao longo dos anos, à medida que confrontava litigantes de fato e situações reais. Porém, como resultado, tornou-se difícil se encontrar e identificar ‘o Direito’. O common law estava, de certo modo, em todos os lugares e em lugar nenhum – uma abstração, espalhada entre milhares de páginas de livros sobre os casos. Não foi, em suma, empacotada para exportação” (tradução livre. No original: “*Nobody outside the circle of English domination in fact has ever adopted the common law. In modern times, a number of non-Western countries have shopped around for a Western legal system, which (they thought) would do a better job of catapulting them into the contemporary world than their indigenous systems. Japan and Turkey are famous examples. In no case did such a country choose the American or English model. In every case, what was chosen was civil law, continental European law. Why? One answer is that these are codified systems. Their basic rules take the form of codes – rationally arranged mega-statutes, which set out the guts of the Law, the essential concepts and doctrines. In theory, the judges have no power to add or subtract from the law, which is entirely contained within the codes. Their only task is to interpret these rules. The core of the common law, on the other hand, was essentially created by judges, as they decided actual cases. The common law grew, shifted, evolved, changed prismatically, over the years, as it confronted real litigants, and real situations. But as result, it became hard to find and to indentify ‘the law’. The common law was, in a way, everywhere and nowhere – it was an abstraction, scattered among thousands of pages of case reports. It was not, in short, package for export*”.

¹²⁸ Todas as informações históricas da Justiça inglesa foram obtidas a partir das aulas do Prof. Debow, na Universidade de Samford, no Alabama/EUA, no mês de junho de 2010.

que falassem em seu nome. Esses “juízes” simplesmente representavam o Rei, cuja vontade sempre tinha que prevalecer, sob pena de perda do cargo, o que perdurou até o ano de 1701, quando se garantiu a permanência dos “juízes” no cargo, se houvesse bom comportamento.

Podemos afirmar que havia uma espécie de “competição” entre as cortes, principalmente pelo fato de que os julgadores eram pagos pelos casos que decidiam. O Rei, objetivando a prevalência de suas cortes, passou a adotar medidas tendentes a acelerar o procedimento e padronizar as decisões de seus julgadores, para que o direito fosse “comum” às pessoas. Apesar disto, as Cortes Reais eram bastante conhecidas por seu formalismo, haja vista que o peticionário tinha de encontrar um remédio jurídico preexistente para que seu caso fosse conhecido por essas Cortes.

Ocorre que passou a ser corrente que as pessoas cujos casos as Cortes Reais não ouvissem por falta de previsão jurídica passassem a se dirigir ao Chanceler, à época conhecido como o “guardador da consciência real” e demandarem uma solução. Por vezes, o Rei decidia por bem ouvir os casos, apesar de não haver remédio específico. Neste contexto, floresceram as Cortes de Equidade. O exemplo mais marcante desta hipótese se dava quando alguém visava uma determinação para que a outra parte se comportasse de uma determinada maneira. Como as Cortes Reais apenas previam o pagamento de soma em dinheiro, as Cortes de Equidade passaram a garantir esse remédio específico (*injunctive relief*). Posteriormente, houve a fusão das duas Cortes.

Como já mencionamos, apenas os países que um dia foram dominados pelo império inglês possuem o sistema do *Common Law*, pois esta não se trata de um “dado”, algo que possa ser estabelecido do “dia para a noite”, como o sistema codificado próprio do *Civil Law*. Pelo contrário, reflete o dia a dia dos tribunais, com a construção paulatina de entendimentos jurisprudenciais, marcados pela influência cultural sobre os temas. Assim, a grande característica do sistema de *Common Law* reside na aplicação das regras extraídas de julgamentos a outros casos iguais ou semelhantes, o que gera estabilidade ao sistema, diante da previsibilidade das decisões oriundas do Poder Judiciário.

Uma observação, no entanto, deve ser feita com relação aos Estados Unidos. Conforme salienta Guido Soares (1999), trata-se, em verdade, de um sistema misto, uma combinação entre *Common Law* e *Civil Law*, apesar de se verificar uma preponderância do *Common Law*. Nos dizeres do autor:

Os EUA, salvo o Estado de Louisiana, são considerados um sistema misto, conquanto pertencente à *Common Law* (e a Escócia, Israel, África do Sul e Filipinas, países de sistema misto, pertencentes à família romano-germânica). Nos EUA, as antigas possessões espanholas, como a Califórnia e o Texas, embora reflitam, em alguns aspectos dos direitos de família, algo das leis dos antigos colonizadores, certamente são do sistema da *common law*; a Louisiana, contudo, dentro dos EUA, é o único Estado da Federação que se conservou fiel aos primeiros colonizadores franceses e espanhóis, uma vez que pertence à família dos direitos romano-germânicos. (SOARES, 1999, p. 52).

Engana-se quem pensa que o sistema de precedentes sempre foi uma característica do *Common Law*. Do século XII até há cerca de cento e quarenta anos, apesar de serem verificadas algumas citações esparsas de outras decisões, não havia qualquer desenvolvimento da teoria da *stare decisis*, atual característica fundamental do *Common Law*¹²⁹. Isto porque, para um sistema de precedentes, é imprescindível que as decisões sejam publicadas e que também exista uma espécie de *índice*, o que era inviável à época. Assim, apesar de o sistema sempre ter sido baseado em *costumes*, porque os juízes procuravam identificar qual a regra que *costumeiramente* a sociedade aplicaria, decisões anteriores sobre casos semelhantes inicialmente não eram obrigatórias. Tecidas algumas considerações sobre o *Common Law*, passamos a alguns comentários sobre o *Civil Law*.

Trata-se de sistema haurido da tradição jurídica da Europa continental, mormente no sistema romano-germânico, sendo adotado pela maioria dos países. Conforme já destacamos, no período anterior à Revolução Francesa (1789), não se concebia um Poder Judiciário independente, pois não havia exata delimitação da atividade jurisdicional. Os juízes, com frequência, decidiam com base na vontade dos governantes. Após a revolução, em aplicação extrema da legalidade estrita, justamente para se atender aos anseios burgueses de então, a atividade

¹²⁹ Todd J. Zywicki (2003, p. 16) observa: “Apesar da maioria dos advogados e doutrinadores modernos conceber que doutrina da *stare decisis* como elemento formativo do common law, trata-se de entendimento não histórico do desenvolvimento do common law. A doutrina da *stare decisis*, a ideia de que um *holding* de um caso particular é obrigatório sobre as Cortes que decidirão casos futuros, foi desenvolvida no século dezanove e representa uma ruptura doutrinária e conceitual com a história anterior do common law.” (tradução livre. No original: “*Although most modern lawyers and scholars conceive of the doctrine of stare decisis as a formative element of the common law, this is an ahistorical understanding of the development of the common law. The doctrine of stare decisis, the idea that the holding of a particular case is treated as binding upon courts deciding later similar cases is a late nineteenth century development and represents a clear doctrinal and conceptual break with the prior history of the common law*”.

jurisdicional passou a ser adstrita apenas à aplicação das leis, dispensando-se qualquer exercício de interpretação¹³⁰.

Desse modo, a obediência irrestrita à lei era considerada fórmula indispensável para se atender aos reclames da liberdade, valor estabelecido a duras penas após a Revolução Francesa, com influência grandiosa na Europa continental e reflexos na América Latina, o que gerou as bases para o sistema do *Civil Law*¹³¹, o qual continuou sendo caracterizado, por muito tempo, pela obediência irrestrita à lei, independentemente de seu conteúdo e sem se questionar eventuais injustiças que poderiam advir em virtude de sua aplicação. A mudança de paradigma somente se deu, como já discorremos neste trabalho, quando se sentiu mudança na sociedade, dada à sua complexidade e multiplicidade de modelos de relações jurídicas, percebendo-se que as leis, por mais bem elaboradas que fossem, não podiam abarcar todas as situações jurídicas existentes¹³².

¹³⁰ Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 25-26) assevera: “O princípio da legalidade, porém, constituiu apenas a forma, encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto. É preciso ter em conta que uma das idéias fundamentais implantadas pelo princípio da legalidade foi a de que uma qualidade essencial de toda lei é pôr limites à liberdade individual. Para haver a intromissão na liberdade dos indivíduos, seria necessária uma lei aprovada com a cooperação da representação popular. Não bastaria uma ordenação do rei. Como adverte Carl Schmitt, para entender esse conceito de lei (lei como limite de liberdade), é necessário considerar a situação política da qual se originou. Na luta política contra um forte governo monárquico, a cooperação da representação popular tinha que ser acentuada cada vez com mais força, como critério adequado, até converter-se em critério decisivo de conceituação da lei. De tal modo que a lei passou a ser definida como o ato produzido mediante a cooperação da representação popular. E o império da lei converteu-se em império da representação popular”.

¹³¹ Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 55) destaca: “A teoria de MONTESQUIEU, no sentido de que não deveria haver superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo, foi combinada com a visão de ROUSSEAU, no sentido de que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da Nação francesa. A idéia de que o poder central era legitimado pela vontade do povo, foi uma das concepções que inspirou a Revolução Francesa. Os juízes tinham que *obedecer à lei*. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem “a boca da lei”. As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais como se fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei + fatos = decisão. Essa concepção era parcialmente decorrente de uma profunda desconfiança nutrida pela burguesia em relação aos juízes. Percebe-se que, através de um *ato racional*, ocorrido num certo momento histórico, relevante para os rumos que tomou o direito nos sistemas de *civil law*, quis-se conter o abuso de poder, que gerava, obviamente, um excesso de *arbitrariedades*, suprimindo qualquer possibilidade de que houvesse *estabilidade e previsibilidade* na vida social. O sistema anterior (*ancien regime*), abolido pela Revolução Francesa, dava privilégios para a nobreza e para o clero, que, por exemplo, não pagavam impostos. Por outro lado, os juízes eram influenciáveis pelos poderosos. Por isso, absoluta rigidez da lei era preferível à liberdade de interpretação por parte dos juízes”.

¹³² Ainda nos dizeres de Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 56): “As mudanças da sociedade impuseram uma visão diferente do direito. O mundo estável, com divisão nítida de classes sociais, com pouca mobilidade e em que o acesso à justiça era restrito, passou a dar lugar a uma sociedade mais complexa, em que as alterações ocorrem rapidamente; que abrange, possibilita e incentiva a mobilidade social, o que acaba gerando modificação na esfera dos valores sociais. Por outro lado, o acesso à justiça, sonho dos juristas de *civil law*, se tornou uma realidade. Este quadro gerou aumento da complexidade dos casos trazidos ao Judiciário. Para muitos

Assim, as mudanças sociais impuseram mudanças de perspectiva ao juiz do *Civil Law*, impondo uma postura mais ativa diante das leis, interpretando-as à luz de preceitos éticos, visando à realização da justiça no caso concreto.

Ressaltamos, ainda, que uma das diferenças mais marcantes entre os dois sistemas refere-se ao método usado para se chegar à regra de direito aplicável ao caso. No *Civil Law* o método é o dedutivo (geral para o particular), ao passo que, no *Common Law*, utiliza-se o método indutivo (particular para o geral), para o estudo e solução de casos concretos.

Essa diferença salta aos olhos logo no primeiro dia de aula na Faculdade de Direito. Um aluno no Brasil que, em seu primeiro dia no Curso de Direito, já estuda Direito Civil, por exemplo, iniciará seus estudos a partir da leitura da Lei de Introdução ao Código Civil para adentrar, em três ou quatro aulas, no estudo pormenorizado dos artigos do Código. Irá estudar, portanto, normas gerais e, a partir delas, formará seu raciocínio jurídico. Portanto, ao elaborar uma peça, um parecer ou uma decisão, seu pensamento, na tradição do *Civil Law*, tende a ser sob a forma de um silogismo: a premissa maior é a lei, a premissa menor o caso concreto e a conclusão é a solução almejada.

Por outro lado, um aluno que inicia seus estudos em uma Faculdade de Direito dos EUA, por exemplo, em seu primeiro dia de aula dificilmente lerá algum artigo de lei. Seu estudo dar-se-á a partir de um caso, interpretando-o e extraindo dele (ou de um conjunto de casos) a regra jurídica a ser aplicada. Portanto, quando ele for elaborar uma peça processual, um parecer ou uma decisão, seu pensamento estará voltado, precipuamente, para julgados sobre casos idênticos ou semelhantes, obtendo-se, pois, de uma situação análoga, a regra que pretende subsumir a dada hipótese.

Ainda nos EUA, se o assunto é controle de constitucionalidade, a regra é extraída do caso *Marbury v. Madison* (1803). Para a questão da separação de poderes, regras fundamentais são extraídas do caso *Morrison v. Olson* (1988); para a separação entre Igreja e Estado, *Lee v. Weisman* (1992); para a liberdade de expressão, *Brandenburg v. Ohio* (1969), e assim por diante. Trata-se de casos decididos pela Suprema Corte dos EUA, a qual, por meio de ato totalmente discricionário, admite os casos que serão por ela julgados, de acordo com a

pensadores, o *texto da lei* tinha se tornado um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas e percebeu-se que tinha de haver mais flexibilidade” (WAMBIER, 2009, p. 56).

importância a eles atribuída no tocante à Nação como um todo, algo semelhante ao instituto da *repercussão geral*, trazida ao sistema brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Ora, se no *Civil Law* o papel da doutrina assume grande relevância, pois atua para, de certa forma, direcionar a interpretação da legislação, de acordo com os princípios de direito, no sistema do *Common Law* ele possui relevância secundária, pois a interpretação do sistema (*dictum*) encontra-se nos próprios fundamentos da decisão, cujo *holding* (*ratio decidendi*) tem força de lei.

Frisamos que no *Common Law* o Poder Legislativo também faz leis, as quais são hierarquicamente superiores às *judge-made laws* (precedentes de observância obrigatória). Entretanto, elas serão aplicadas apenas nas lacunas destes. Assim, apesar de gozarem de *primazia*, estas leis são *residuais*, pois apenas vão completar os vácuos deixados pela ausência de julgado relativo a determinado caso. Nesse aspecto, Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 38) arremata: “Embora seja o *case law* a principal fonte do direito, pode ele ser modificado pela lei escrita que, nos EUA, lhe é hierarquicamente superior; diz-se, então, que um *case* foi ‘reversed by statute’”.

Outra questão de relevo, por se tratar de aparente traço distintivo entre os dois sistemas é a diferenciação entre as teorias unitária e dualista do ordenamento jurídico. Pela primeira, concebe-se que direitos e obrigações são verdadeiramente criados pelas decisões judiciais, não existindo diferença substancial entre direito material e direito processual. Pela segunda, dualista, trata-se de esferas bem definidas, sendo que o direito material estabelece, de forma abstrata, as normas gerais, regulando os fatos juridicamente relevantes para a vida em sociedade, ao passo que o direito processual serviria para conferir concretude aos mandamentos legais, havendo, desse modo, perfeita distinção entre direito material e direito substancial. Conforme aponta Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 136), enquanto a teoria dualista é corrente nos países de *Civil Law*, a teoria unitária embasa o sistema do *Common Law*¹³³.

¹³³ Dinamarco (2009, p. 136-137) salienta que: “Trata-se das teorias segundo as quais o escopo do processo seria a *justa composição da lide* ou a *atuação da vontade concreta do direito*. A primeira delas identifica-se com a *teoria unitária* do ordenamento jurídico (Carnelutti) e a segunda, *dualista* (Chiovenda, Liebman). O ordenamento jurídico seria unitário se processo e direito material se fundissem numa unidade só e a produção de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas entre sujeitos fosse obra de sentença e não da mera ocorrência de fatos previstos em normas gerais. A corrente *dualista* afirma que no universo do direito de origem romano-germânica

Devido à característica de criação do Direito, prevalece no *Common Law* a ideia da teoria unitária. Assim, nos meandros das leis emanadas pelo Legislativo, as quais veiculam preceitos de cunho abstratíssimo e abertos, são produzidas outras leis, a partir do julgamento de casos concretos. Estas, sem desobedecer àquelas, vão integrar o sistema, conferindo-lhe uma feição especial. Admitindo ser impossível se adequar a pirâmide kelseniana ao *Common Law*, Guido Soares (1999, p. 54) confessa:

Inútil buscar uma imagem de figura geométrica, pelo menos na geometria cartesiana, que permita descrever o *Common Law*; se existe uma figura que se possa aproximar à mesma, seria a de uma colcha de retalhos, que cumpre, à perfeição, sua finalidade, que é dar abrigo à sociedade, e pensar os seus ferimentos, representados em violações da paz social. (SOARES, 1999, p. 54).

Em nosso sistema, por outro lado, na acepção tradicional do *Civil Law*, prevalece o caráter dualista do sistema. Entretanto, em virtude do neoconstitucionalismo, visualizamos uma transformação, pois o juiz, em virtude de decisões com base em valores constitucionais, às vezes, inclusive, implicitamente existentes no texto, passa à atividade de verdadeira criação do Direito, assemelhando-se sua função à função do legislador. Ocorreu, nas palavras de Luis Roberto Barroso, uma “americanização do direito constitucional”¹³⁴.

(*civil law*) a ordem jurídica divide-se em dois planos muito bem definidos, o substancial e o processual, cada qual com funções distintas. O direito material é composto por normas gerais e abstratas, cada uma delas consistente numa tipificação de fatos (*fattispecie* – p.ex., causar dano a outrem) e fixação da consequência jurídica desses fatos. (v.g., a obrigação de indenizar): sempre que ocorre na vida concreta algum fato que se enquadre no modelo definido naquela previsão legal, automaticamente se desencadeia a *sanctio juris* estabelecida no segundo momento da norma abstrata. Direitos subjetivos, obrigações e relações jurídicas constituem criação *imediata* da concreta ocorrência dos fatos previstos nas normas: a sentença não os cria nem concorre para a sua criação”.

¹³⁴ Barroso (2009, p. 344-345) explica: “As décadas que se seguiram ao fim da 2ª Guerra Mundial foram marcadas pela *americanização da vida* em múltiplos domínios. Um deles, certamente, foi o direito constitucional. De fato, em países distantes cultural e geograficamente, de um extremo a outro do globo, disseminou-se o modelo que teve seu marco inicial em *Marbury v. Madison* e seu apogeu nos anos da presidência de Earl Warren na Suprema Corte: centralidade da Constituição, controle de constitucionalidade com supremacia judicial e judicialização das grandes controvérsias em torno da realização dos direitos fundamentais. No curso do processo de incorporação desse modelo de constitucionalismo, os países da tradição romano-germânica passaram por transformações extensas e profundas. Dentre elas é possível destacar o fenômeno referido como *consitucionalização do Direito*, no qual se inserem a aplicação direta e imediata da Constituição às relações jurídicas em geral, o controle de constitucionalidade e a leitura do direito infraconstitucional à luz dos princípios e regras constitucionais. No mesmo contexto, juízes, tribunais e, especialmente, os tribunais constitucionais tornaram-se mais atuantes e ativistas, potencializando o desenvolvimento de novas categorias de interpretação constitucional”.

3.3 Alguns Aspectos do Sistema de Precedentes dos Estados Unidos

Conforme vimos, os Estados Unidos pertencem, em sua essência, à família do *Common Law*, apesar de apresentarem vicissitudes que fazem dele um sistema misto. Uma das características mais marcantes de seu sistema jurídico é a adoção da sistemática dos *precedentes*. Sob a ótica de Charles Cole, eles podem ser conceituados como:

A regra legal usada por uma corte de apelação dentro dos limites de jurisdição nos quais o caso foi decidido, aplicada aos fatos relevantes que criaram a questão a ser decidida pela corte. *Stare decisis* é o instituto que demanda que as cortes subordinadas à corte de apelação que estabeleceu o precedente sigam-no e não “perturbe o ponto estabelecido. (COLE, 2008, p. 14, tradução livre)¹³⁵.

Nos Estados Unidos, a sistemática dos precedentes é vista como decorrência da própria estrutura do Judiciário (artigo III, da Constituição daquele país), haurida da tradição inglesa. São entendidos, inclusive, como decorrência do próprio princípio da igualdade, no sentido de que seria impensável que as pessoas recebessem a mesma proteção das leis se não obtivessem a mesma decisão judicial para casos semelhantes levados à apreciação do Poder Judiciário. Os precedentes podem ser *binding authority precedents* ou *persuasive authority precedents*. No primeiro caso, eles devem obrigatoriamente ser seguidos pelos magistrados na solução dos casos que lhe são postos a julgamento. No segundo, eles servem como meros conselhos ou orientações a serem seguidas, despidos de qualquer força vinculante¹³⁶. E quais são, exatamente, os precedentes de observância obrigatória?

Para respondermos esta questão, algumas considerações devem ser feitas no tocante ao Poder Judiciário daquele País. Por serem uma federação, os Estados

¹³⁵ No original: “*The legal rule used by an appellate court in the forum in which the case has been decided, applied to the relevant facts which create the issue before the court for decision. Stare decisis is the policy which requires that the courts subordinate to the appellate court establishing the precedent follow that precedent and not ‘disturb a settled point’*” (COLE, 2008, p. 14).

¹³⁶ Esclarece Roland Sèroussi (2001, p. 110): “Os *binding precedents*, cuja autoridade é total, implicam: o respeito de um tribunal às suas próprias decisões; o respeito às decisões das jurisdições superiores pelos tribunais inferiores da mesma alçada; o respeito pelos juízos do Estado, em matéria de direito federal, às decisões judiciais que emanam das jurisdições federais. Os *persuasive precedents* só têm autoridade reduzida, secundária, situando-se mais no plano da moral: um tribunal pode não seguir uma decisão tomada por um juízo que lhe é inferior; um tribunal de um Estado tem o direito de não seguir a decisão tomada por um tribunal de categoria equivalente que pertence a um outro Estado”.

Unidos possuem cortes estaduais e cortes federais. Todos os cinquenta estados, dada à grande autonomia, contam com uma organização toda própria para o Judiciário. Entretanto, é comum a existência de várias cortes de primeira instância (*trial courts*) e uma Suprema Corte Estadual (*State Supreme Court*), muito embora alguns estados possuam algumas cortes de jurisdição intermediária, as quais comumente recebem o nome de *Courts of Appeals*.

Por outro lado, as cortes federais julgam casos referentes a matérias que o próprio artigo III da Constituição dos Estados Unidos estatuiu como de *interesse federal*. O rol é taxativo, muito embora a Suprema Corte dos EUA tenha conferido interpretação bem extensiva às suas disposição, baseada na *cláusula de comércio* (*commerce clause*)¹³⁷, que admite regulamentação federal das práticas comerciais entre os estados-membros. Com base nesta cláusula, tem se admitido que o governo central edite várias leis que, de alguma forma, possam afetar o comércio entre os estados.

As cortes federais também podem ouvir os chamados *casos de diversidade* (*diversity cases*), com base no artigo III, seção 2, cláusula 1, da Constituição dos Estados Unidos. Trata-se de casos que não apresentam um interesse federal direto e imediato, mas são julgados por cortes federais por envolverem partes de localidades (estados ou nações) diversas, desde que o valor em voga seja de no mínimo U\$ 75,000.00. A intenção da regra está em impedir que estados favoreçam seus próprios cidadãos, em detrimento de residentes de outro estado ou nação (*home cooking*). Nestas hipóteses, as cortes federais irão aplicar leis estaduais, devendo seguir, obrigatoriamente, os precedentes das cortes estaduais sobre o tema. É que desde o julgamento pela Suprema Corte dos EUA do caso *Erie Railroad Co v. Tompkins*, no ano de 1938, não existem mais precedentes federais obrigatórios quando a matéria é de direito estadual. Então, as cortes federais, ao julgarem *diversity cases*, não terão precedentes sobre a matéria.

¹³⁷ A cláusula de comércio, mencionada no artigo 1, seção 8, cláusula 3 da Constituição dos Estados Unidos é conceituada pela Suprema Corte no julgamento do caso *Gonzáles v. Raich* (2005), nos seguintes termos: “A Cláusula de Comércio emergiu como uma resposta dos idealizadores da Constituição ao problema central que encadeou seu próprio surgimento: a falta de qualquer poder federal de comércio nos Artigos da Confederação. Pela primeira vez em nossa história, a Cláusula veio para impedir o tipo de legislação estadual discriminatória outrora permitida. Então, em resposta ao rápido desenvolvimento industrial e à crescente economia nacional interdependente, o Congresso se imiscuiu em uma nova era de regulamentação federal sob o poder de comércio, começando com a entrada em vigor do *Interstate Commerce Act* em 1887 e o *Sherman Antitrust Act* em 1890.”

No tocante à organização das cortes federais, nos Estados Unidos existem treze circuitos, os quais correspondem às regiões federais no Brasil. Cada qual possui cortes distritais (*district courts*) em primeira instância e uma Corte de Apelação (*US Court of Appeals*). No topo do sistema existe a Suprema Corte dos Estados Unidos, composta por nove membros (*Justices*) e um presidente (*Chief Justice*). O artigo III da Constituição dos EUA confere competência originária e recursal à Suprema Corte, sendo esta última totalmente discricionária, podendo-se decidir por não ouvir certos casos, entendendo-se ausente um interesse público relevante.

Pois bem, naquele país, as Cortes Supremas de cada Estado e as Cortes Federais de Apelação têm a aptidão de gerarem *binding precedents* dentro dos respectivos limites de competência¹³⁸, ou seja, dentro dos limites territoriais do respectivo Estado ou dentro dos limites da “região” federal (*federal circuits*, na linguagem do sistema norte-americano).

No mais, em se tratando da Suprema Corte dos EUA, esta tem jurisdição nacional e, portanto, a aptidão de produzir *binding precedents* para todas as cortes do país.

Diz-se, em todos os casos, *aptidão*, pois somente haverá observância obrigatória se a decisão for tomada pela *maioria* da corte também no tocante às razões fundamentais da decisão. Assim, a tomada de decisões pela *maioria* ocorre nos EUA diferentemente da forma como é feita no Brasil. Aqui, para que haja uma decisão tomada pela maioria, basta coincidência quanto ao dispositivo. Assim, se um julgador chegar à mesma conclusão (dispositivo) a que chegou outro, haverá, de todo o modo, *maioria*, independentemente se divergiram, ou não, quanto à fundamentação. Nos EUA, a coincidência deve se dar, também, quanto às razões fundamentais da decisão. Bem por isso, um voto proferido naquele país é dividido em várias partes (Parte I, II, III etc.) para que outro julgador possa concordar com a Parte I, por exemplo, e, mesmo que discorde das razões expostas na Parte II, por hipótese, mas chegue à mesma conclusão, as razões expostas na Parte I podem ser contadas para somar à maioria.

Não se deve olvidar, entretanto, que há duas partes distintas, em uma mesma fundamentação: as razões fundamentais e as razões periféricas. As razões

¹³⁸ Com a ressalva dos julgamentos dos *diversity cases* por cortes federais, como já explicamos acima.

fundamentais são aquelas extraídas a partir dos fatos relevantes existentes no processo, que irão formar o princípio ou regra de lei a ser obrigatoriamente aplicada a casos análogos (*analogous cases*) ou idênticos (*directly on point cases*) – *holdings* (*ratio decidendi*, no direito inglês). De resto, existem as razões periféricas, de que se valeram os julgadores para a argumentação jurídica de seus votos, chamadas *dicta* (*obiter dictum*)¹³⁹.

Porém, é de se observar que nem sempre um caso levado à apreciação do Judiciário terá um *binding precedent* para “agasalhá-lo”. Várias vezes, principalmente se forem consideradas as mudanças sociais e as multifacetadas situações surgidas, demandas inéditas são deflagradas. Trata-se dos chamados *cases of first impression* (casos de primeira impressão). Nestas hipóteses, o juiz estará livre para formar sua convicção, interpretando as leis emanadas do Legislativo e se valendo dos outros precedentes, meramente *persuasive*, cujas questões decididas possam ser aproveitadas, de alguma forma, para o julgamento do caso inédito. No mais, faz-se importante esclarecer que o precedente “não está lapidado em rocha” (COLE, 2008, p. 24). Ele pode ser alterado pela mudança de leis ou pela alteração de entendimento da própria corte ou de corte superior (Suprema Corte). Diz-se, pois, que a decisão foi *overruled*¹⁴⁰.

Cumpre-nos observar ainda que, em regra geral, o juiz de primeiro grau não tem autoridade para declarar *overruled* (superado) um precedente estabelecido por Corte Superior. Entretanto, em situações excepcionais, encontram-se decisões que deixam de aplicar determinado precedente, por entenderem que o mesmo está

¹³⁹ Nesse sentido, escreve Charles Cole: “O juiz ou advogado desejoso de obter o precedente correto deve conhecer os fatos relevantes que a corte usou para a decisão e o princípio de lei aplicado aos fatos relevantes. O precedente de um caso é, assim, simplesmente o princípio ou a regra de lei aplicados aos fatos relevantes para a decisão em cotejo com a questão ou as questões jurídicas apresentadas à corte para decisão. Todas as outras declarações que não são necessárias para a decisão no caso são consideradas *dicta*” (COLE, 2008, p. 20). (tradução livre. No original: “The judge or lawyer attempting to ascertain the precedent from a prior case must know the relevant facts which the court used for purposes of decision in the prior case and the principle of law which the court applied to the relevant facts. The precedent of a case is, therefore, simply the principle of law or rule of law that was applied to the relevant facts for decision on the basis of the legal issue or issues actually presented to that court for decision. All statements of the court which are not necessary for the decision in that case are *dicta*” (COLE, 2008, p. 20).

¹⁴⁰ Mais uma vez Charles Cole (2008, p. 24) destaca: “Quem faz as leis (o órgão legislativo do governo) pode alterar a lei básica relacionada ao precedente, a passagem do tempo e evolução cultural pode deixar o precedente obsoleto, ou a maioria da Corte pode alterar sua filosofia de tal forma a ‘revogar’ o precedente anterior e estabelecer um novo”. (tradução livre. No original: “The law-maker (the legislative branch of government) may change the basic law relating to the precedent, the passage of time and evolving culture may render the precedent obsolete, or the majority of the Court may change its judicial philosophy in such a manner to overrule prior precedent and establish new precedent”.

flagrantemente obsoleto em virtude da nova realidade social. Obviamente, todavia, conforme adverte Cole (2008, p. 22), a parte prejudicada tem a oportunidade de recorrer e submeter à corte superior a apreciação da matéria, podendo ela revogar o precedente ou reformar a decisão judicial, preservando-o.

Eis, em linhas gerais, o sistema de precedentes dos EUA, o qual, em virtude da tradicional abertura legislativa daquele sistema, como importante fator de segurança jurídica do País, afina-se, assim, com os ideais de um Estado Democrático de Direito.

3.4 A Necessidade de Efeito Vinculante Externo às Decisões Judiciais Brasileiras

Conforme já expusemos neste trabalho, em razão do *neoconstitucionalismo*, o sistema jurídico brasileiro encontra-se aberto ao influxo de valores consagrados, explícita ou implicitamente, pelo texto constitucional. Também de acordo com o que observamos, trata-se de fenômeno altamente salutar, pois permeia o Direito de elementos éticos e morais, aproximando-o da Justiça. Entretanto, uma das críticas lançadas é a insegurança jurídica gerada por todo esse quadro.

No Brasil, o número de processos é aviltante¹⁴¹. É notória, ainda, a deficiência estrutural do Judiciário brasileiro, com seu quadro reduzido de servidores e magistrados, os quais, em sua grande maioria, bravamente exercem suas funções, em busca da prestação de uma tutela jurisdicional de qualidade, sob as atribuições *correcionais* do próprio Tribunal a que se vinculam e do Conselho Nacional de Justiça.

Entretanto, visando à maior segurança e celeridade, o que propomos neste trabalho é a adoção pelo Brasil de um sistema de precedentes vinculantes, em virtude da necessidade de se conferir eficácia vinculante externa às decisões judiciais.

¹⁴¹ Somente no Estado de São Paulo, para se ter uma ideia do Estado mais populoso da Nação, são mais de 18.000.000 de processos, o que corresponde a quase 50% do resto do País. No ano de 2008, os juízes do Estado de São Paulo receberam 6.153.649 novas ações, realizaram 1.443.310 audiências e proferiram 3.880.614 sentenças (2.102 cada), o que equivale a 5,75 sentenças por dia corrido ou 9 por dia útil. (dados obtidos no periódico *Tribuna da Magistratura* – informativo da Associação Paulista dos Magistrados – Ano XVIII, n. 180, jun. 2009).

Passemos à conceituação dos precedentes para, em seguida, tecermos considerações às bases filosóficas e jurídicas para a atribuição de efeito vinculante externo às decisões dos Tribunais.

3.4.1 Que são precedentes?

De forma um tanto simplista, podemos conceituar precedentes como as orientações judiciais originárias já proferidas sobre certo tema e que podem ser utilizadas para a solução de outros casos, que versem sobre o mesmo assunto ou assunto parecido¹⁴². Assim, decisões utilizadas como parâmetro para outros casos semelhantes são *precedentes judiciais*.

Observamos, nesse sentido, que nem toda decisão será um precedente. Então, se ela apenas se referir a outras decisões, sem trazer qualquer novidade, não será, obviamente, um precedente. Desse modo, temos que o elemento *novidade* é ínsito à noção de precedente judicial.

Há quem classifique os precedentes em *monoprocessuais* e *pluriprocessuais* (TARANTO, 2010, p. 211-213). No primeiro caso, para sua criação, basta a solução de um único processo, como uma decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal, no bojo de ação direta de inconstitucionalidade, que, pela primeira vez, declara a inconstitucionalidade de determinada lei. No segundo caso, o precedente será formado com base em uma série de decisões similares, a partir das quais será extraída a regra de orientação judicial. É o que ocorre com as súmulas¹⁴³.

¹⁴² Caio Márcio Gutterres Taranto (2010, p. 6) salienta: “Os precedentes, em uma visão funcional, consubstanciam o instrumento mediante o qual o magistrado atribui racionalidade a uma certa decisão quanto à matéria de direito. Logo, o precedente, apenas, existe no contexto de uma decisão que expõe o conhecimento pré-constituído ao qual ele (o precedente) atua como veículo ou em manifestações outras aptas a provocar, de forma direta ou indireta, a decisão do Poder Judiciário em dado sentido, como em uma contestação, ou em um parecer do Ministério Público ou em uma contrarrazão”.

¹⁴³ Caio Márcio Gutterres Taranto (2010, p. 212) diferencia: “Torna-se, por conseguinte, relevante a classificação dos precedentes em monoprocessuais, ou seja, oriundos de um único processo, como uma decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, e em pluriprocessuais, assim entendidos os decorrentes de mais de um processo, como uma súmula, mesmo que editada de ofício. Por exemplo, o Verbete n. 704 da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (decisão de 24 de setembro de 2003) dispõe que ‘não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados’. Esse precedente expõe orientação oriunda de diversos processos, com ênfase para os *Habeas Corpus* n. 75.841 (1ª Turma, julgamento de 14 de outubro de 1997) e 74.573 (2ª Turma, decisão de 10 de março de 1998)”.

Importante ressaltar que os precedentes podem ser de natureza vinculante, isto é, obrigatória, ou não. Conforme vimos no item 3, supra, no primeiro caso os precedentes devem ser seguidos pelos magistrados na solução de outros casos que versem sobre a mesma matéria. Na segunda hipótese, trata-se de meros conselhos, orientações, despidos de qualquer efeito vinculante.

Ao contrário do que ocorre nos EUA, no Brasil, a regra é a existência de precedentes não vinculantes. As exceções são poucas. As mais emblemáticas, no entanto, são aquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no bojo de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo¹⁴⁴ e, recentemente, as *súmulas vinculantes*¹⁴⁵, inseridas pela Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004. Na grande maioria dos casos, entretanto, não há essa vinculação, podendo os juízes interpretar livremente as leis, ainda que exista posição consolidada em sentido contrário advinda de órgãos jurisdicionais superiores.

3.4.2 Base filosófica à adoção de precedentes vinculantes no Brasil: o pragmatismo

O pragmatismo, filosofia originária dos Estados Unidos¹⁴⁶, caracteriza-se pelo seu aspecto aberto e antidogmático, marcado pela ênfase nos efeitos e resultados, como condicionantes da aceitação de uma ideia. Não existe a noção exata de certo e de errado, e a verdade é sempre relativa, a partir do que se necessita para o momento. Se o resultado almejado foi alcançado, a experiência é verdadeira.

¹⁴⁴ Determina o parágrafo 2º do artigo 102, da Constituição: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas, federal, estadual e municipal.”

¹⁴⁵ Rege o artigo 103-A, *caput*, da Lei Maior: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante provocação 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.”

¹⁴⁶ Destacam-se, neste contexto, Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey e Richard Rorty. Para muitos, o pragmatismo não é uma filosofia, propriamente dita, pois não diz respeito ao mundo e ao conceito que temos dele. Trata-se apenas de um método pelo qual o significado dos conceitos é verificado pelos fatos, pela experiência.

Nessa perspectiva, para o pragmatismo, a ênfase estaria nos êxitos, nas vitórias, nos resultados, nas conquistas, observando-se, a partir destes, o caminho percorrido para que algo de útil possa ser apreendido para, quem sabe, chegar-se à vitória mais facilmente da próxima vez.

Constatamos que o mundo, hoje, caminha para o pragmatismo. Conforme expusemos no Capítulo 2, vivemos em uma era pós-moderna, cuja velocidade, ao lado da liquidez, é uma de suas características marcantes. Assim, valorizam-se os instantâneos, os *fast-foods*, os aprendizados práticos, as religiões de resultados, os industrializados em detrimento dos manufaturados. É o mundo virtual, sem fronteiras, da sociedade da informação. Devido à complexidade da vida, o tempo tornou-se mais escasso e não temos tempo para teorias: queremos o produto ou serviço mais eficaz, o que se traduz por ser aquele oferecido ou prestado com a maior eficiência, em menor tempo possível.

Na seara do Direito, adquire relevo a questão da *eficácia* das normas jurídicas¹⁴⁷. Seus contornos, suas formas, seu *iter*, tudo isto é periférico se a norma, efetivamente, alcançou os resultados pretendidos¹⁴⁸.

De forma específica, no tocante à matéria defendida neste trabalho, a adoção de um sistema de precedentes vinculantes atenderia aos anseios pragmáticos do mundo pós-moderno. Ora, as decisões judiciais se tornariam menos complexas com uma maior padronização dos entendimentos judiciais sobre os casos postos a julgamento: em casos que envolvessem aplicações de princípios, o magistrado não teria que, isoladamente, proceder a juízo de ponderação e analisar as possíveis colisões, simplesmente ignorando os precedentes já realizados por outros órgãos judiciais, de forma atomizada.

¹⁴⁷ Matéria também já abordada no capítulo anterior, para o qual remetemos o leitor.

¹⁴⁸ Cândido Rangel Dinamarco, referindo-se que atualmente o processo civil é sobretudo um *processo de resultados*, confirmando o caráter pragmático conferido ao Direito, escreve: “[...] todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. *Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber* (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social. O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida – e a exagerada valorização da *ação* não é capaz de explicar essa vocação institucional do sistema processual nem de conduzir à efetividade das vantagens que dele esperam. Daí a moderna preferência pelas considerações em torno da *tutela jurisdicional*, que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que no processo se realizam e, portanto, indica em que medida o processo será útil a quem tiver razão” (DINAMARCO, 2009, p. 111).

Ademais, pouco adiantaria que o magistrado, embasando-se no princípio da persuasão racional decidisse um caso em flagrante afronta ao entendimento consolidado o Tribunal a que se vincula ou Tribunais Superiores, se a maior chance de ser mantida sua decisão é se o sucumbente perde o prazo para recurso!¹⁴⁹

Em face das ideias expostas acima, temos que a atribuição, como regra, de efeitos vinculantes externos aos precedentes judiciais viria ao encontro do pragmatismo, reclame da sociedade contemporânea.

3.4.3 Bases jurídicas

A conveniência de se atribuir efeito vinculante externo às decisões judiciais, adotando-se, assim, um sistema de precedentes vinculantes no Brasil assenta-se em dois princípios constitucionais: o princípio da segurança jurídica e o princípio da isonomia. No primeiro, porque se afigura razoável que os cidadãos tenham o mínimo de segurança no atinente ao teor da resposta que obterão do Poder Judiciário, reduzindo-se os riscos. No segundo, porque se repudia a ideia de o Estado dispensar tratamento desigual a pessoas que se encontrem em situações idênticas ou muito parecidas.

3.4.3.1 Princípio da segurança jurídica

A sociedade atual possui como um de seus reveses mais característicos o *risco*. Apesar de ele já acompanhar a sociedade, em maior ou menor escala, desde quando houve o mais rudimentar agrupamento humano, sua marca nos dias de hoje é a imprevisibilidade do porvir, do amanhã que, como num piscar de olhos, já passa

¹⁴⁹ Conforme Caio Márcio Gutterres Taranto (2010, p. 133): “As demandas multitudinárias representam decorrência da consolidação das orientações por parte do Poder Judiciário. Quanto insegura, injusta e até surreal seria a prestação da atividade jurisdicional em uma demanda, como as relativas às correções do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, caso cada juiz adotasse um diverso e próprio entendimento para os respectivos titulares, que se encontram na mesma situação jurídica, e que, assim, merecem e provocam a mesma resposta jurisdicional”.

a ser hoje¹⁵⁰. Assim, de forma contraditória, o ser humano reconhece a segurança como uma necessidade vital e passa a buscá-la sob as mais variadas formas, desde lugares considerados mais seguros para os quais se muda, até o cultivo da saúde para se prevenir doenças; tudo em busca da redução dos riscos e medos, almejando-se segurança.

No Direito, todo o processo deflagra uma *crise de certeza*, pois o interessado desconhece o teor da decisão judicial que será proferida ao final. Por várias vezes, a decisão é de desconhecimento geral, até mesmo do magistrado que a prolatará, pois, ao receber uma petição inicial, o juiz desconhecerá o teor da sua própria sentença, até que realize a instrução probatória.

Já vimos, ao longo deste trabalho, que os princípios, cujo atributo normativo é uma das características do neoconstitucionalismo, apesar de serem imbuídos de alta carga valorativa, apresentam conteúdo por demais aberto, o que dá margem a interpretações mais díspares possíveis. Observamos, por outro lado, que ainda que haja regras para se subsumirem a uma situação posta, o juiz pode deixar de aplicá-las, por reputá-las inconstitucionais, em razão do controle difuso de constitucionalidade que lhe é lícito exercer. Mesmo na aplicação da regra de lei, a insegurança não será de forma alguma diminuída, porque, mesmo as regras, valem-se de termos abertos, como as cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados¹⁵¹.

Assim, em razão desses fatores, próprios da perspectiva neoconstitucionalista, somados pela ampla liberdade ínsita aos julgadores de, como regra, não seguirem orientações consolidadas pelos Tribunais, a insegurança jurídica é enorme e, principalmente no âmago do direito privado, é quase impossível prevermos, com certa margem de segurança, a decisão a ser prolatada.

¹⁵⁰ Samuel Miranda Arruda (2006, p. 104) sustenta: “Estamos aqui, pois, reconduzidos ao domínio do risco, que a sociedade contemporânea tem como sua característica marcante. Sendo certo que este não é nem de longe um conceito novo, pois no passado convivia-se com o risco sob variadas manifestações, atualmente os desafios com que a humanidade se depara – legado desta tão conturbada era pós-moderna – põem-nos perante riscos imprevisíveis, impossíveis de serem assegurados e de conseqüências difusas e inimagináveis. De tal forma é a preponderância desta categoria, que se propôs o designativo sociedade de risco para designar a sociedade em que vivemos”.

¹⁵¹ Matéria já tratada quando nos referimos à característica da constitucionalização do Direito (Capítulo 2).

Nesse contexto, consideramos conveniente a adoção de um sistema de precedentes vinculantes em nosso Direito, garantindo-se, assim, um mínimo de previsibilidade às decisões¹⁵².

3.4.3.2 Princípio da isonomia

Um dos princípios mais basilares do Estado de Direito, o princípio da isonomia determina, já no *caput* do artigo 5º, da Constituição, que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção. O texto reconhece que distinções existem (sexo, cor, raça, origem), mas, *perante a lei*, elas não podem justificar, de forma alguma, um tratamento estatal diferenciado¹⁵³.

Porém, sabemos que certas leis promovem tratamentos desiguais. Como exemplos, a dispensa do serviço militar obrigatório às mulheres e eclesiásticos (parágrafo 2º do artigo 143, da Constituição), os diferentes períodos para licença-maternidade e licença-paternidade (artigos 391 e 392, da Consolidação das Leis do Trabalho), a competência do foro da residência da mulher para as ações de separação e divórcio (inciso I do artigo 100, do Código de Processo Civil), entre tantos outros.

Podemos dizer que todas essas disposições são inconstitucionais, por lesão ao princípio da isonomia? Certamente que não.

Entendemos, assim, que o tratamento desigual a situações desiguais só se legitima quando, diante do caso, adota-se um *critério* que não seja arbitrário,

¹⁵² Caio Márcio Gutterres Taranto (2010, p. 130) explicita: “O desenvolvimento dos precedentes judiciais e dos instrumentos de aplicação gravitam, sobretudo, em torno do anseio do jurisdicionado pelo valor segurança e justiça na busca de estabilização do direito vivo, que se complementa com a constitucional harmonia entre os Poderes”.

¹⁵³ Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza existir lesão ao princípio da isonomia quando: “I – A norma singulariza atual e definitivamente a um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada. II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como fator diferencial. III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita” (MELLO, 2006, p. 47-48).

preconceituoso ou irrazoável, sempre visando a uma finalidade amparada pelo Direito¹⁵⁴.

Tradicionalmente, entende-se que o princípio da igualdade impõe o dever de que as leis não discriminem situações de forma irrazoável e, além disso, que a administração pública não gerencie a *res publica* em benefício de alguns e detrimento de muitos. Assim, concepção sempre aceita foi a de que se trata de princípio de observância obrigatória aos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao Poder Judiciário, por sua vez, velar pela estrita observância do princípio pelos demais.

Ocorre que, por concepção relativamente recente, tem-se entendido que se trata de princípio que se impõe, inclusive, nas decisões judiciais, demandando, ao lado da segurança, que exista um mínimo de padronização nos entendimentos dos Tribunais¹⁵⁵.

É dever do Estado, por meio de todos os seus órgãos, tratar do mesmo modo casos idênticos ou muito semelhantes. Em última análise, ao decidir um caso, o juiz não fala em seu próprio nome, mas sim em nome do Estado (Estado-juiz), ao qual não é lícito proceder a qualquer *discriminação*. Pessoas com anseios idênticos ou muito semelhantes devem receber a mesma resposta do Estado-juiz¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 38) explicita: “[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada”.

¹⁵⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 126) escreve: “Mesmo consideradas todas as virtudes e encantos que se possam entrever na jurisdição singular e em seu corolário – a persuasão racional do juiz ante cada caso concreto –, a coexistência de julgados discrepantes acerca de casos análogos não é socialmente sustentável (embora possa ser juridicamente explicável), tomando-se o pressuposto de que o Direito só se justifica enquanto instrumento para realização concreta da norma (que por definição é igualitária) conseqüente promoção da justiça social. É preciso não perder de vista que, ao contrário da Filosofia, que se contenta em investigar e expor as primeiras causas e os últimos fins, já o Direito é essencialmente prático, cabendo-lhe fornecer soluções satisfatórias aos casos submetidos ao Judiciário”.

¹⁵⁶ Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 48) arremata: “Trata-se de grosseiro mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individual e egoística por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos os que o rodeiam e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça e, mais do que isto, que este sistema serve ao povo”.

3.4.4 Implicações de um sistema de precedentes vinculantes: a norma julgada

No Brasil, conforme já mencionamos, a regra é a ausência de vinculação dos precedentes, podendo cada juiz realizar uma interpretação livre das leis, totalmente descompromissada com as orientações predominantes dos Tribunais.

Entretanto, como já expusemos, sob a ótica do neoconstitucionalismo, em virtude da fluidez dos princípios e da abertura característica das novas regras, o Poder Judiciário, no exercer de sua nobre função e sob os mais elevados propósitos de Justiça, pode oferecer respostas mais díspares possíveis acerca de idêntico tema. Relevante para a sociedade e para o próprio Estado seria conceder o atributo da vinculação a certos precedentes, os quais, assim como as leis, passariam a ser de observância obrigatória.

Existe um entendimento de matiz constitucionalista¹⁵⁷ (e não *neoconstitucionalista*), de índole europeia continental, de que as leis editadas pelo Parlamento seriam o único veículo das normas, cabendo ao Poder Judiciário, simplesmente, *dizer* qual lei que se aplica ao caso concreto, declarando o direito da parte mediante mera subsunção do fato à lei, pois *a regra era clara*. Com a decisão passada em julgado (*res judicata*), o sucumbente estava inexoravelmente vinculado à determinação judicial, que nada criava, não podendo se imiscuir na função do legislador. Por isso, a existência de precedentes de efeitos vinculativos seria uma inutilidade, à medida que eles somente repetiam o que já estava expresso na lei, a qual, por si só, já era vinculante.

No entanto, sob a perspectiva neoconstitucionalista, é inegável o papel criador do Direito pelo Poder Judiciário¹⁵⁸. Suas decisões, invariavelmente, criam normas, o que, aliás, é próprio da abertura existente no sistema. Assim, inevitável a conclusão que as normas não são mais extraídas apenas das leis. Elas o são, também, extraídas das decisões judiciais, enaltecendo-se a função criadora do

¹⁵⁷ Principalmente a partir da Constituição republicana de 1891, porque, antes dela, havia, por influência do Direito português, a possibilidade de aplicação dos chamados *assentos* da Casa de Suplicação, cuja finalidade era dirimir dúvidas de interpretação advindas dos julgamentos. “Caso os magistrados da Casa de Suplicação não chegassem a uma dada conclusão, a matéria posta em dúvida seria encaminhada ao Rei, que, por sua vez, a sanaria mediante lei, decreto ou alvará” (TARANTO, 2010, p. 25).

¹⁵⁸ Matéria tratada no capítulo anterior, para o qual remetemos o leitor.

direito pela via dos precedentes. Trata-se das chamadas *normas judicadas*, diferentes das *normas legisladas*, duas realidades em nosso sistema¹⁵⁹.

Ora, ao Poder Judiciário, por meio de seu órgão máximo, foi conferida a competência precípua de guardar a Constituição, nos termos do *caput* do artigo 102, da Lei Maior. Assim, salutar é mesmo que as leis passem sob seu crivo, para que possam sofrer as *transformações constitucionais* necessárias e, após serem *jurisdicionalizadas*, assumam a roupagem de precedentes e, assim, possam ser aplicadas de maneira mais escorreita sobre os feixes dos fatos que elas pretendem regular.

Desse modo, em prol da segurança jurídica e da estabilidade das relações, os efeitos de certas decisões judiciais deveriam ir mais além do que se concebe atualmente, ou seja, seus efeitos deveriam extravasar a órbita das esferas jurídicas dos litigantes para, assumindo seu caráter de norma¹⁶⁰, vincularem (vinculação externa) outros casos, idênticos ou muito semelhantes ao decidido.

A assunção da natureza normativa por certas decisões judiciais ensejaria, nessa perspectiva, uma releitura do instituto da *coisa julgada material*¹⁶¹, o qual, tradicionalmente, se presta a atribuir imutabilidade à norma individual criada para reger um único caso. Essa releitura implicaria na adoção da teoria do *stare decisis*, já conceituado como “[...] o instituto que demanda que as cortes subordinadas à

¹⁵⁹ Caio Márcio Gutierrez Taranto (2010, p. 98), mais uma vez, explicita: “Nesse sentido, Rodolfo Camargo Mancuso leciona que, apesar do parâmetro no ordenamento jurídico brasileiro ainda remanescer a norma escrita, o fato é que cada vez mais se destaca a importância da jurisprudência, no sentido de norma judicada, ou seja, aquela que já teve o seu momento judiciário, e cuja exegese, a partir de então, credencia-se para servir de precedentes a casos análogos [...]. Assim, a Jurisdição Constitucional rompe com a clássica concepção formal de legalidade, associada à atividade parlamentar de edição de normas legisladas”.

¹⁶⁰ Conforme salienta Tércio Sampaio Ferraz Junior (2008, p. 94): “A nota de generalidade é um preconceito derivado da concepção de direito do século XIX, que identificou a norma jurídica com a lei. Ora, a lei contém *um* tipo de norma. É preciso reconhecer, porém, que é norma também a sentença do tribunal. O preconceito explica-se pelos tempos dos privilégios, típicos das ordens jurídicas do Antigo Regime, anterior à Revolução Francesa. Supunha-se que a sentença deveria ser uma simples derivação lógica da norma geral, donde seu caráter normativo ser apenas derivado e não autônomo. Com isso se limitava o arbítrio judicial, não comum na sociedade pré-revolucionária”.

¹⁶¹ Fredie Didier (2007, p. 65) destaca: “Diz-se que a decisão judicial é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente *norma individual*, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Para a formulação dessa norma individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais”.

corde de apelação que estabeleceu o precedente sigam-no e não ‘perturbe’ o ponto estabelecido” (COLE, 2008, p. 14).

Ao contrário do que se pode pensar, as normas judicadas não ocupariam o lugar sempre destinado às normas legisladas, suplantando-as. Pelo contrário, cada qual teria seu papel bem definido. Como sempre se conceituou na doutrina pátria, as leis são “[...] comandos genéricos e universais” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 90). Elas continuariam sendo, disciplinando as condutas com base em disposições axiológicas e abertas, em conformidade com panorama neoconstitucionalista. Por outro lado, as normas judicadas teriam aspirações mais concretas, e isto seria mesmo de sua índole, posto que extraídas a partir de julgamentos de casos concretos.

Este quadro teria, ainda, o condão de obstar outro mal: a diminuição do número de leis editadas pelo Legislativo. Isto porque, como é cediço, também para se tentar corrigir discrepâncias interpretativas, editam-se as mais variadas leis, visando ao esclarecimento e ao espancamento de dúvidas quanto a um assunto, com o objetivo de deixá-lo cada vez mais claro, levando essas leis a perderem suas características mais marcantes de abstração e generalidade. Se houvesse um sistema de precedentes vinculantes evitar-se-ia essa “avalanche” legislativa, tão conhecida pelos brasileiros, passando a lei a cumprir o papel que lhe é próprio, de modo a estabelecer condutas genéricas e abstratas, deixando para o intérprete e agente integrador do fato ao direito (juiz) a função de conferir coerência ao sistema.

Uma última observação. A adoção de um sistema de precedentes vinculantes teria um caráter prático, poupando tempo dos magistrados já assoberbados de tanto serviço, culminando com a prestação de uma tutela jurisdicional mais célere e, conseqüentemente, provavelmente mais efetiva.

É que, em virtude das normas-princípio em nosso ordenamento, não raramente o magistrado exerce nos casos um trabalho complexo de ponderação desses princípios colidentes em um caso. Aludido trabalho não se atém no âmago do intelecto do magistrado, mas, em virtude do dever constitucional de motivação (inciso IX do artigo 93, da Constituição), todo o seu exercício interpretativo deve constar da fundamentação de suas decisões, afigurando-se em garantia às partes, em especial e ao povo, em geral, a explicitação do *iter hermenêutico* percorrido pelo juiz.

Por outro lado, se a ponderação para caso idêntico já tiver sido realizada pelo Tribunal e dela tiver sido extraída uma regra, o magistrado apenas deverá aplicá-la,

como se de juízo de subsunção se tratasse, não tendo de se socorrer à complexidade hermenêutica de um sistema aberto. Por óbvio, se entender que aquele precedente não se aplica, quer seja porque não se adéqua ao caso (*distinguishing*), quer seja porque se tornou obsoleto (*overruled*), poderá deixá-lo de aplicar, devendo fundamentar sua decisão. Entretanto, nos outros casos, aparentemente maioria, o exercício será de simples aplicação da regra obtida a partir da ponderação feita pelo Tribunal do qual o precedente vinculante se originou.

Quando pensamos em ponderação, tendemos a imaginar aquela exercida de forma concreta, diante de um caso sob análise. Entretanto, conforme sustenta Ana Paula de Barcellos, existe a possibilidade de ela ser exercida de forma *preventiva* ou *abstrata* (BARCELLOS, 2005, p. 146). Ela ocorre preventivamente, em plano teórico ou abstrato, pelos acadêmicos auxiliando o juiz para a solução de casos que seriam considerados difíceis (“*hard cases*”), mas que se tornam fáceis, pois se colocaria à disposição do julgador um *banco de dados* de soluções pré-prontas¹⁶².

Nada impediria, a nosso ver, entretanto, que essa ponderação preventiva fosse também realizada pelos Tribunais e a regra delas obtida fosse utilizada, a partir de então, pelo magistrado para a solução de casos idênticos ou muito semelhantes. Assim, a ponderação seria mesmo exercida diante de um caso concreto, mas também de forma preventiva, passando a reger as soluções a ela vinculadas.

O papel exercido pelos teóricos do Direito é relevantíssimo para que apontar os nortes interpretativos do sistema, oxigenando a *práxis* forense. Entretanto, não descuidamos que na prática é que as necessidades da vida são sentidas, em virtude do julgamento de *casos reais*¹⁶³, razão pela qual o magistrado, sujeito cuja atividade

¹⁶² A autora mencionada escreve: “[...] muitos conflitos normativos de natureza constitucional podem ser antecipados com o auxílio de situações hipotéticas: livre iniciativa *versus* proteção do consumidor e proteção do meio ambiente; liberdade de informação de imprensa *versus* intimidade, honra e vida privada, dentre muitos outros. Da mesma forma, a observação e a contínua experiência com a interpretação e a aplicação desses dispositivos produz uma espécie de banco de dados formado por situações típicas e elementos de fato relevantes, em função dos quais é possível, mesmo em tese, isto é, independentemente de um caso concreto específico, proceder a um raciocínio de natureza ponderativa para propor parâmetros [...]. Uma vez que as circunstâncias fáticas imaginadas pela doutrina se reproduzam no caso real, ou se repitam hipóteses já verificadas anteriormente, o juiz terá à sua disposição modelos de solução pré-prontos. Na verdade, os subsídios oferecidos ao aplicador pela ponderação em abstrato acabam por transformar muitos conflitos normativos, que seriam casos difíceis, em fáceis, simplesmente porque já há um modelo de solução que lhes é aplicável” (BARCELLOS, 2005, p. 149-151).

¹⁶³ Francesco Ferrara (2005, p. 80) adverte: “A prática, posta em face de hipóteses reais das necessidades da vida, sente primeiro a solução jurídica, ao passo que a doutrina, trabalhando com as hipóteses teóricas, não tem esta percepção pronta da realidade. É à jurisprudência, portanto,

é enfrentar as agruras humanas em forma de processos, tende a adquirir sensibilidade ímpar diante de aflições que lhe são diariamente postas a julgamento, desenvolvendo o que Francesco Ferrara já denominou de aplicação *instintiva* do direito¹⁶⁴.

3.4.5 Quais precedentes seriam vinculantes?

Quando analisamos o sistema de precedentes dos Estados Unidos vimos que as decisões oriundas dos Tribunais Superiores, federais ou estaduais, vinculam as decisões dos demais magistrados a eles vinculados. Por outro lado, as decisões da Suprema Corte seriam sempre vinculantes.

Por também se tratar de uma federação, no Brasil poderia ser seguida a mesma orientação, com poucas diferenças: Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais seriam de observância obrigatória pelos juízes a eles vinculados e meros “conselhos” para os demais (como o são as decisões brasileiras na sistemática atual). O mesmo poderia ser estendido a Turmas Recursais (da Lei n. 9.099/95) e à Justiça Militar. Por outro giro, as súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça seriam nacionalmente obrigatórias, referindo-se, respectivamente, a questões constitucionais e de matérias federais.

Ademais, naquele país é fundamental a diferença entre as razões advindas dos fatos relevantes do processo (*holdings*), das demais razões periféricas (*dicta*), pois somente as primeiras comporão a regra (*rationale*) a ser obrigatoriamente aplicada em casos idênticos ou muito semelhantes.

que a teoria deve ir colher a expressão das necessidades sociais que se fazem sentir e batem à porta dos tribunais. Além disso, a variedade inexaurível das questões práticas frequentemente revela problemas novos ou novos lados de problemas jurídicos e abre novos campos de estudo à dogmática” (FERRARA, 2005, p. 80).

¹⁶⁴ Ao comentar a atividade do magistrado, Francesco Ferrara (2005, p. 78) escreve: “Esta atividade exige aptidões ou disposições de que nem todos os juristas são dotados. Pois não basta conhecer, ainda que profundamente, o direito para o saber traduzir em realidade, e há teóricos distintos que não são capazes desta elasticidade mental que os torne mestres no manejo dos princípios na arte de decidir. Existe ainda uma capacidade espiritual, um sentimento próprio, e assim se explica como, ao lado da *técnica na aplicação*, há também uma aplicação *instintiva* do direito, por via da qual, sem mais, o prático *sente* a decisão justa e a segue”.

No Brasil, a distinção entre razões relevantes e razões periféricas não possui relevância para se determinar a regra extraída das decisões, pois apenas o dispositivo das decisões transita em julgado¹⁶⁵. Entretanto, reconhecemos que a importância dessa distinção, apesar de crescente, assume tímida importância, em certos casos pontuais do sistema¹⁶⁶, sem o condão, entretanto, de alterar regra consolidada no Direito pátrio de se conferir perpetuidade apenas ao dispositivo das decisões.

Por outro lado, pouco significaria dizer que os *dispositivos* das decisões, apenas eles, produziram efeitos vinculantes externos, formando o sistema de precedentes obrigatórios, porque, na praxe forense, esses dispositivos são deveras lacônicos: por si só, não dizem coisa alguma, devendo o leitor – para a compreensão do que ele próprio dispõe – necessariamente voltar-se à fundamentação da decisão.

Consideremos, ainda, que no Brasil há uma tradição na edição de súmulas¹⁶⁷, simples verbetes que expressam a posição de um Tribunal acerca de dada matéria, que sintetizam, de forma concreta e pretensamente simples, a regra básica de julgamento. Desse modo, em respeito ao costume judiciário brasileiro, defendemos a ideia de que o sistema de precedentes obrigatórios no Brasil seja formado a partir da atribuição de efeitos vinculantes às súmulas de todos os Tribunais, tendo o dever de respeitá-las o magistrado a eles vinculado. Nesse sentido, todas as súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça seriam

¹⁶⁵ Nos termos do artigo 469, do Código de Processo Civil: “Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”

¹⁶⁶ Por exemplo, a *teoria da transcendência dos motivos determinantes*, encampada em alguns casos pelo Supremo Tribunal Federal, aponta para a atribuição de efeito vinculante às razões fundamentais do julgado. Nesse sentido, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.345, o Ministro Celso de Mello ressaltou: “[...] essa visão do fenômeno da transcendência – que esta Corte admitiu na decisão proferida na Reclamação n. 1.987/DF, relator Ministro Maurício Corrêa – reflete a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do julgado declaratório de inconstitucionalidade emanado do Supremo Tribunal Federal.” Na legislação ainda há outros casos expressos de relevância a essa diferença. Como exemplos, a questão da análise das razões relevantes para a determinação do requisito da *repercussão geral* (artigos 543-A e 543-B, ambos do Código de Processo Civil) e a regra que impede a terceiro que interveio no processo na qualidade de assistente (simples) discutir, em outro processo, a *justiça da decisão*, ou seja, os fundamentos de fato e de direito da sentença (artigo 55, do Código de Processo Civil).

¹⁶⁷ As primeiras súmulas foram editadas pelo Supremo Tribunal Federal aos 13 de dezembro de 1963.

vinculantes a todos os juízes e Tribunais brasileiros. No mais, qualquer outro Tribunal editaria súmulas vinculantes aos juízes a ele pertencentes, assim também o fazendo as Turmas Recursais, dentro do âmbito de cada competência.

O magistrado estaria obrigado a seguir o entendimento sumulado. Poderia, também, deixar de segui-lo, desde que o fizesse fundamentadamente, notadamente quando entender que a súmula apontada pela parte não é adequada, porque a demanda é diversa, ou porque, devido às transformações sociais, ela caiu no ostracismo, ainda que o Tribunal que a editou não a tenha expressamente revogado. Pode ele decidir, com base em outra súmula vinculante, ainda que não invocada pelas partes¹⁶⁸ ou, à sua ausência, por normas legisladas, regras ou princípios.

Uma observação, entretanto, impõe-se. Para se diferenciarem das normas legisladas, as normas judicadas devem ter o extremo cuidado de não se valerem de expressões de conteúdo aberto, de modo a evitar, na medida do possível, mais de uma interpretação razoável.

Tomemos como exemplo a Súmula Vinculante n. 11, do Supremo Tribunal Federal, a qual possui a seguinte redação: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de **fundado receio** de fuga ou de **perigo** à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado” (grifo nosso).

Ora, as expressões *fundado receio* e *perigo* encerram conteúdo demasiadamente amplo, aberto. Isto é próprio das leis. As leis são ordens gerais e abstratas. Por seu turno, as súmulas devem ser ordens gerais e, na medida do possível, concretas. O enunciado da Súmula n. 11 seria oportuno, então, para um artigo de lei; nunca uma súmula. Para que esta seja tecnicamente editada pelos Tribunais, sua redação deve ser clara o suficiente para que se compreenda, na melhor medida possível, quais os casos idênticos ou muito semelhantes que a ela devam se subsumir. Por exemplo, observemos as Súmulas Vinculantes de números 05 e 12. A primeira estabelece que “[...] a falta de defesa técnica no processo administrativo

¹⁶⁸ A causa de pedir, elemento causal da ação, subdivide-se em fática ou jurídica. Quanto à causa de pedir jurídica, ele é considerada *aberta*, o que significa dizer que o juiz não se vincula aos argumentos jurídicos trazidos pelas partes, sendo-lhe permitido decidir com base em outra fundamentação jurídica. Trata-se de aplicação dos princípios tradicionais do *iura novit curia* (o juiz conhece o direito) e *narra mihi factum dabo tibi ius* (narre-me os fatos, dar-te-ei o direito).

disciplinar não ofende a Constituição”. A segunda, por seu turno, rege que “[...] a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”. Ora, estas súmulas nada têm de cláusulas abertas. A subsunção é facilmente verificável e sua abrangência não gera maiores dificuldades. Desse modo, seria conferida maior segurança jurídica ao sistema se os tribunais se valessem dessa técnica de concretude às súmulas, para que se demonstrasse aos jurisdicionados, de forma clarividente, qual o entendimento do Poder Judiciário acerca de um determinado tema.

3.4.6 Objeções à adoção de um sistema de precedentes vinculantes

Autorizadas vozes apresentam críticas severas à adoção de um sistema de precedentes vinculantes. As principais são duas: (a) lesão ao princípio da separação dos poderes, porque o Judiciário se arvoraria em atividade típica do Legislativo e (b) lesão ao princípio da persuasão racional, passando o juiz a ser mero repetidor das decisões dos Tribunais.

Com o devido respeito de que são merecedoras as opiniões em contrário, ousamos discordar dessas objeções.

O importante princípio da separação dos Poderes, veiculado pelo artigo 2º, da Constituição, constitui cláusula pétrea, nos termos do inciso III, do parágrafo 4º, do artigo 60, da Lei Maior. Por eles, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem conviver de forma independente e harmônica. A divisão implica cada um deles detenha uma função típica: legislar, administrar e julgar, respectivamente. Entretanto, não significa, por óbvio, que eles não possam exercer funções atípicas.

Nesse sentido, o Legislativo exerce função jurisdicional quando julga o Presidente da República ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal por crimes de responsabilidade (incisos I e II do artigo 52, da Constituição). Exerce também função administrativa quando organiza seus serviços internos (inciso IV, artigo 51 e inciso XIII do artigo 52, ambos da Constituição).

O Poder Executivo também exerce funções atípicas, quando produz normas gerais e abstratas em razão de seu poder regulamentar (inciso IV do artigo 84, da Constituição) ou quando edita medidas provisórias (artigo 62, da Constituição) e, de

certa forma, também exerce a função de julgar, quando impõe penalidades administrativas a servidores (artigo 37, da Constituição).

O Poder Judiciário, por fim, exerce, de forma atípica, a função de legislar, quando da elaboração dos regimentos internos dos Tribunais (alínea *a* do inciso I do artigo 96, da Constituição) e a função de administrar, quando organiza seus serviços (alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I e alínea *a* do inciso II, ambos do artigo 96, da Constituição).

Assim, por obra do poder constituinte originário, os três Poderes são dotados de funções atípicas, o que significa que não há uma rigorosa separação entre as funções; pelo contrário, elas se interpenetram, como reflexo da pretendida harmonia entre eles. Atualmente, inclusive, as fronteiras que os separam carecem de uma releitura, à luz das necessidades sentidas do povo, em consonância com os ditames constitucionais¹⁶⁹.

Nada impede, entretanto, que o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica de julgar, dela veicule comandos de observância obrigatória, como o são as súmulas vinculantes. Como já expusemos acima, elas não se confundiriam com as leis, pois estas assumiriam o papel de comandos de maior abstração, passando aquelas a ocupar os *vácuos* propositadamente deixados pelos princípios e abertura das regras legisladas, indicando, com a maior concretude possível, qual a melhor solução de julgamento de um caso concreto.

Ademais, como já dissemos, nos dias de hoje, inegável torna-se que um juiz exerça um papel verdadeiramente criativo ao decidir um caso, criando, literalmente, com base no catálogo de valores consagrados, explícita ou implicitamente pela Constituição, a norma jurídica do caso concreto. Sentimos, inseridos na perspectiva neoconstitucionalista, que dificilmente voltará o tempo no qual o juiz era considerado mero *exegeta boca-da-lei*. Assim, hoje, em virtude da inexistência de um sistema de precedentes obrigatórios, cada juiz se torna um legislador em potencial. A conclusão

¹⁶⁹ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 156) destacam: “[...] o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Nesse contexto de ‘modernização’, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se dentro da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas *com força de lei* – bem assim para a legislação *judicial*, fruto da inevitável criatividade de juizes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças *aditivas* proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade”.

a que chegamos é que a atribuição de efeitos vinculantes a todas as súmulas seria, ao contrário de afronta, medida mais consentânea ao princípio da separação dos Poderes, pois haveria que se cogitar de um mínimo de padronização e observância a orientações consolidadas pelos Tribunais.

Outra crítica lançada ao tema proposto é que um sistema de precedentes obrigatórios retiraria da jurisprudência seu caráter científico e do operador jurídico a capacidade de pensar o Direito de forma crítica¹⁷⁰, tornando-se o juiz mero *porta-voz* das decisões dos tribunais. Argumenta-se que os magistrados devem ser livres para julgarem de acordo com sua convicção, mediante a análise das peculiaridades dos casos em concreto¹⁷¹.

Temos que, de forma alguma, a existência de súmulas vinculantes significará na supressão da liberdade de *pensar o Direito*, conferida a todos os magistrados. Conforme já expusemos, o julgador deverá realizar *juízo crítico* sobre essas orientações, podendo deixar de aplicá-las se entender que elas não se adéquam ao caso, em virtude de suas peculiaridades, ou se, em virtude das transformações sociais, elas se tornaram obsoletas, ainda que, assim, não tenha reconhecido o Tribunal que as editou. Em todos os casos, deverá fazê-lo fundamentadamente.

Em certo aspecto, as súmulas vinculantes se parecem com certas leis legisladas que não veiculam princípios, nem regras de conteúdo aberto. E ninguém cogita que essas *leis fechadas* impliquem em supressão à liberdade do magistrado de pensar o Direito. O juiz, como faz nos dias atuais, poderá livremente analisar as provas, as regras de Direito. Porém, se *entender aplicável, deverá* seguir a orientação vinculante do Tribunal ao qual pertence.

¹⁷⁰ José Joaquim Gomes Canotilho escreve: “Jurisprudência precedentalista é aquela que recorre sistematicamente a remissões e reenvios para sentenças anteriores onde foram discutidas as mesmas questões ou questões semelhantes. Este tipo de jurisprudência merece sérias reticências à doutrina [...] Ter-se-ia instalado um *positivismo jurisprudencial jurisdicional* ancorado num precedentalismo metódico judicialmente fechado. Mas de que precedentalismo se trata? De reenvio para *leading cases* que se transformaram em casos de arte jurisprudencial? Não! De ‘assentos’ ou de uniformizações de jurisprudência, tendencialmente inevitáveis e desejáveis? Não! O que se passa é um pragmatismo dos casos baseados noutros ‘casos’. A remissão de ‘sentenças para sentenças’, o ‘reenvio de acórdãos para acórdãos’ poderá ser um meio de ‘descarga’ da inflação processual, mas pode transformar-se também na morte da própria jurisprudência. Se o teoreticismo jurisprudencial corre o risco de uma *scientia sem prudentia*, o positivismo precedentalista coloca-nos perante os perigos de uma *prudentia sem scientia*” (Tribunal constitucional, jurisprudências e políticas públicas apud CAMBI, 2009, p. 155).

¹⁷¹ Conforme José Renato Nalini (2000, p. 44): “O livre convencimento possibilita a cada juiz interpretar à sua feição intelectual o preceito da Carta Magna. Não está adstrito a orientação sumular ou a posições dominantes. Daí a riqueza do trabalho mental do juiz, formulador de alternativas que corporificam a extração de conteúdos não escancarados na norma, porém nela abrangidos quando se faz inserir no literal o foco da calibragem constitucional”.

Ao contrário do que possa parecer, a adoção de súmulas vinculantes pelo magistrado de primeiro grau implica em prestígio deste, pois, seguindo a orientação dominante da Corte, dificilmente sua sentença será reformada, afinando-se, afinaria também com uma prestação jurisdicional mais célere e menos *burocratizada*, com a possibilidade, inclusive, de o magistrado rejeitar o recurso na origem, se em flagrante afronta à súmula vinculante do Tribunal que embasou o julgamento¹⁷². Com o passar do tempo, a prática também assentaria na comarca o pensamento de que não adianta recorrer, pois dificilmente a sentença será reformada, prestigiando-se, assim, as decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição.

3.4.7 Tendência à adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil

Apesar de ainda não vigorar no Brasil, pensamos que a atribuição de efeitos vinculantes externos às decisões dos Tribunais, com a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios impõe-se a partir da perspectiva neoconstitucionalista.

Até o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, os únicos efeitos vinculantes oriundos de decisões judiciais eram aqueles procedentes do controle concentrado de constitucionalidade. Nos dias atuais, a regra ainda é a de independência do magistrado frente às orientações consolidadas pelos Tribunais. Identificamos, contudo, certas leis pontuais recentemente editadas que apontam para o fato de nosso País estar a caminho da adoção desse sistema vinculante. Passemos, pois, a tecer breves considerações às principais alterações.

A primeira delas advém, justamente, da própria Emenda Constitucional n. 45, conhecida como “Reforma do Judiciário”, a qual trouxe importantes modificações no Texto Constitucional. Várias foram as alterações, entre as quais se destacam: determinação expressa da “razoável duração do processo”; equivalência às emendas constitucionais dos tratados que versem sobre direitos humanos, desde que obedeçam ao mesmo trâmite dessas emendas; modificação dos critérios de ingresso nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público, exigindo-se do bacharel três anos de atividade jurídica; critérios mais concretos para a aferição da promoção por

¹⁷² Obviamente, deverá haver lei nesse sentido, mas, como veremos a seguir, identificamos uma tendência no Direito Brasileiro à uniformização de julgados.

merecimento; determinação de que a atividade jurisdicional seja ininterrupta, vedando-se férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau; proibição de que os juízes exerçam a advocacia perante o juízo ou tribunal que se afastaram, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo, quer seja por exoneração ou aposentadoria (regra da “quarentena”); criação do Conselho Nacional de Justiça; ampliação da competência da Justiça do Trabalho; criação da súmula vinculante.

No tocante às súmulas vinculantes, as quais, sob nossa compreensão, referem-se à alteração mais significativa nessa tendência de adoção de um sistema de precedentes obrigatórios, o artigo 103-A, da Constituição, estabelece seus requisitos de forma e de fundo. Elas deverão ser aprovadas por maioria qualificada de 2/3 dos votos do Supremo Tribunal Federal (08 Ministros), havendo de incidirem sobre matéria constitucional que tenha sido objeto de decisões reiteradas pelo tribunal. Exige o texto constitucional, ainda, que, para a validade da súmula, ela seja publicada na imprensa oficial. Procura-se assegurar o conhecimento do entendimento sumulado, assim como ocorre com as leis.

Determina o parágrafo 1º do artigo 103-A que

[...] a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação, e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Estão abrangidas, assim, as questões atuais sobre interpretação das normas constitucionais ou o cotejo destas com normas infraconstitucionais.

Exigem-se, ainda, reiteradas decisões sobre matéria constitucional, ou seja, que a matéria seja objeto de outras discussões na Suprema Corte, impedindo-se que a súmula retire todo o seu fundamento de uma única decisão, mesmo que oriunda do Pleno.

O parágrafo 2º do artigo 103-A, da Constituição, regulamentado pela Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe que a aprovação, a revisão ou o cancelamento da súmula podem ser provocados por aqueles que têm legitimidade para o oferecimento de ação direta de inconstitucionalidade, cujo rol encontra-se no artigo 103, da Lei Maior.

Finalmente, o parágrafo 3º do mesmo artigo dispõe sobre o cabimento de reclamação direta ao Supremo Tribunal Federal contra ato, judicial ou administrativo,

que tenha contrariado o teor da súmula. A consequência será a nulidade do ato administrativo ou cassação da decisão judicial e a determinação que outra seja proferida, sem se chocar contra o entendimento sumulado, que traça os próprios limites objetivos da súmula, não se desconhecendo a necessidade de se proceder às eventuais distinções (*distinguishing*) na aplicação.

Assim, inegável a intenção de uniformização das decisões judiciais no tocante às matérias que o Supremo Tribunal Federal entende por bem sumular de forma vinculante.

A segunda questão refere-se à mutação constitucional sofrida pelo inciso X do artigo 52, da Constituição. Como já destacamos neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal, além de exercer controle concentrado de constitucionalidade, pode exercê-lo, ainda, pela via difusa, possibilidade também existente para qualquer Juízo ou Tribunal. Neste caso, não há propriamente *declaração* de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas apenas *reconhecimento* dessa incompatibilidade com o texto da Lei Maior, no *corpo* da decisão, haja vista não se tratar do *objeto* do processo, mas de questão periférica, que condicionará a decisão da controvérsia.

Quando o Supremo Tribunal Federal exerce controle difuso em sua decisão, sob interpretação literal do inciso X do artigo 52, da Constituição, ela não terá efeitos *erga omnes*, o que significa dizer que valerá apenas para as partes, não vinculando as decisões de outros magistrados.

Entretanto, recentemente, parcela da doutrina, escorada em decisões inovadoras do Pretório Excelso, tem sustentado ter mencionado dispositivo sofrido. Assim, tem-se firmado entendimento que a exigência de resolução do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” não serve, propriamente, para a atribuição de efeitos vinculantes *erga omnes*, mas apenas para conferir *publicidade* às suspensões de lei já determinadas pela Suprema Corte, uma vez que a esta cabe a última palavra em matéria constitucional.

Desse modo, pela mutação sofrida, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do exercício de controle difuso de constitucionalidade passam a ter efeitos vinculantes, independentemente de qualquer decisão política do Senado Federal, o que evidencia a preocupação com a uniformização das decisões judiciais quanto à matéria.

A terceira questão relevante refere-se à denominada “improcedência *prima facie*”. Nos termos do artigo 285-A, do Código de Processo Civil, com redação determinada pela Lei n. 11.277, de 07.02.2006, o pedido poderá ser julgado improcedente de plano, sem a citação do requerido, desde que: (a) a matéria seja unicamente de direito; (b) no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

Ora, apesar de o dispositivo legal ser expresso quanto à exigência de que outros casos idênticos sejam julgados pelo (mesmo) *Juízo*, sob nossa ótica, nada impede que o magistrado se apoie em decisões de improcedência proferidas por outro Juízo ou Tribunal, principalmente se se tratar de órgão judiciário a que esteja vinculado, visando, com isso, à uniformização dos entendimentos do Poder Judiciário sobre um mesmo tema.

A questão seguinte é relativa à dispensa de reexame necessário quando a decisão estiver conforme orientação jurisprudencial dominante de Tribunal Superior (parágrafo 3º do artigo 475, do Código de Processo Civil). Nas sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, a regra é o reexame necessário da matéria pelo Tribunal competente. Uma de suas exceções, entretanto, trazida pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001, é que não haverá essa remessa obrigatória da matéria se a decisão de origem estiver fundada em: (a) jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal; (b) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou dos Tribunais Superiores das Justiças Trabalhista, Eleitoral e Militar.

Revela-se, assim, a importância conferida às orientações dominantes de Tribunais Superiores, sendo despicienda a remessa de questão se já existe em instância superior posição pacífica a seu respeito, principalmente pela interpretação elastecida do dispositivo em tela realizada pela jurisprudência¹⁷³.

As súmulas impeditivas de recurso também se afinam com o assunto em pauta. Conforme o parágrafo 1º do artigo 518, do Código de Processo Civil), ao receber um recurso de apelação, o magistrado *a quo* deverá realizar *juízo de admissibilidade* (também chamado *juízo de prelibação*). Desse modo, permite

¹⁷³ A esse respeito, conferir: “Não se pode dar interpretação rígida à norma do art. 475, par. 3º, do CPC, a ponto de exigir, para a sua aplicação, que haja súmula ou jurisprudência sobre cada um dos pontos enfrentados na sentença, sejam eles principais ou acessórios, importantes ou secundários. Se assim fosse, o dispositivo seria letra morta. A jurisprudência ou a súmula do tribunal superior que, invocada na sentença, dispensa o reexame necessário, há de ser entendida como aquela que diga respeito aos aspectos principais da lide, às questões centrais decididas, e não aos seus aspectos secundários e acessórios” (STJ-RP 122/244; Resp 572.890).

verificar se o recurso preenche os requisitos de admissibilidade necessários para a remessa ao Tribunal competente: cabimento, tempestividade e adequação. No entanto, outro requisito foi acrescido pela Lei n. 11.726, de 07.02.2006. O juiz deixará de receber o recurso quando a sentença recorrida estiver em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em prestígio às decisões desses Tribunais, evitando-se, assim, o movimento inútil da máquina judiciária.

Outro assunto relevante refere-se às decisões monocráticas do relator com base em orientações jurisprudenciais (artigo 557, do Código de Processo Civil). Nos termos do dispositivo processual, ao receber um recurso, o relator, além de examinar novamente os requisitos tradicionais de admissibilidade recursal, deve se desincumbir de outra missão: analisar a pretensão sob o enfoque de orientações jurisprudenciais, deixando de conhecer o recurso em alguns casos ou, desde logo, dar provimento a ele.

No primeiro caso, se o recurso estiver em confronto manifesto com súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ao qual pertence o relator, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, ser-lhe-á negado seguimento. Por outro lado, se a *decisão recorrida* estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, o relator poderá, *monocraticamente*, dar provimento ao recurso.

Evidencia-se, assim, a preocupação com a preservação da autoridade dos julgados, à medida que seus efeitos ultrapassarão os respectivos processos e condicionarão decisões posteriores.

CONCLUSÃO

Procuramos identificar a necessidade da adoção, pelo Brasil, de um sistema de precedentes obrigatórios, como remédio à insegurança jurídica gerada pela perspectiva neoconstitucionalista. Em virtude da *práxis* de edição de súmulas, propomos, então, que seja atribuído efeito vinculante a toda e qualquer súmula editada pelos Tribunais, sendo, portanto, de observância obrigatória pelos magistrados, os quais apenas poderiam deixar de aplicá-la se o fizessem fundamentadamente, mormente nas hipóteses de inadequação ao caso sob julgamento, ou total inviabilidade, devido às transformações sociais.

Por óbvio, para a instauração desse sistema, necessitaria de emenda à Constituição e respectiva alteração nos códigos de processo, para estabelecê-lo de acordo com a realidade brasileira, além de formas de publicidade das decisões vinculantes. Nos EUA, por exemplo, os profissionais do Direito têm acesso aos precedentes por periódicos ou por meios eletrônicos, como a *Westlaw* e a *Lexis*. Mas, de toda forma, não podemos mais conceber que as normas apenas tenham de ser extraídas das leis. Em verdade, nada obsta que elas também sejam extraídas das decisões judiciais. Estas, em nossa tradição, têm sido conhecidas como a *norma do caso concreto*. Contudo, em prol da segurança jurídica e da estabilidade das relações, suas disposições devem ir mais além: seus efeitos devem ser estendidos para os casos idênticos ou semelhantes. Com isso, evitam-se as patentes disparidades de entendimento do Judiciário sobre o mesmo assunto e a “avalanche” legislativa, prática que, infelizmente, instalou-se neste País.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Gisele Cittadino. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ATTIÈ JR., Alfredo. *A reconstrução do direito: existência, liberdade, diversidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309-345.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 05 set. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. Campinas: Millenium, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

CAGGIANO, Monica Herman. A emergência do poder judiciário como contraponto ao bloco monocolor legislativo/executivo. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 99-123.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 295-309.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coords.). *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

CHACON, Vamireh. *Estado e povo no Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio/Câmara dos Deputados, 1977.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. 2. ed. Nova Iorque: Aspen, 2005.

COLE, Charles D. *Comparative Constitutional Law: Brazil and the United States*. Lake Mary: Vandepias Publishing, 2008.

COLE, Charles D.; JENKALA, Adrian A. *Comparative Constitutional Law: England and the United States*. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008.

CRISTIANI, Claudio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 349-364.

CUNHA, Maria Inês M. S. Alves da. O direito do trabalho na sociedade da informação: a dignidade da pessoa humana. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 104, p. 71-77, 2009.

DANTAS, Daniel. Introdução à teoria dos princípios constitucionais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-14.

DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo*. Salvador: Podivm, 2007. v. I.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada*. Salvador: Podivm, 2007. v. II.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2008.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Law in America: a short history*. New York: A Modern Library, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. IV.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A pós-modernidade do direito constitucional: da gestação em Weimar à queda do muro de Berlim e subsequente colapso das torres gêmeas. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 633-655.

HARPER, Timothy. *The U.S. Constitution: a plain-English guide to the document that defines the American way of life*. New York: Alpha, 2008.

HART, Herbert L. A. *O conceito do Direito*. Tradução de Antônio Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milão: Giuffrè, 1999.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LÉRY, Jean de. O selvagem danado pelo pecado. In: CALDEIRA, Jorge (Org.). *Brasil: a história contada por quem viu*. Rio de Janeiro: Mameluco, 2008. p. 34-37.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. I.

LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil Law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 380, p. 45-50, jun. 2009.

_____. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTESQUIEU, Charles. Barão de Montesquieu. In: MORRIS, Clarence (Coord.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 156-181.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Por que filosofia?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 398-444.
- NOWAK, Jhon E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. Saint Paul: Thomson West, 2004.
- PASCAL, Georges. *Compreender Kant*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. A concentração do controle jurisdicional de constitucionalidade: súmula vinculante 10. In: REZEK, Francisco; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, t. 1.
- RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofia do Direito. In: _____. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moçada. 6. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1979, p. 414-418.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Teoria tridimensional do direito*. Situação atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROSEN, Jeffrey. *The supreme court: the personalities and rivalries that defined America*. New York: Times Books / Henry Holt and Company, 2007.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. São Paulo: Graal, 1989.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____ (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Efeitos da sentença que julga os embargos à execução*. São Paulo: MP, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Forense, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIRILIO, Paul. *A arte do motor*. Tradução de Paulo Roberto Pires. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito civil law e common law. *Revista Jurídica NotaDez.*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2009.

ZYWICKI, Todd J. The rise and fall of efficiency in the Common Law: a supply-side analysis. *Northwestern L. Rev.*, n. 97, p. 1551, 2003.