

APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES DE *CIVIL LAW* E DE *COMMON LAW* E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL

CRITICAL APPROACH BETWEEN CIVIL LAW AND COMMON LAW AND THE NEED FOR RESPECTING PRECEDENTS IN BRAZIL

Luiz Guilherme Marinoni*

RESUMO: O trabalho objetiva demonstrar, mediante um método histórico-crítico, a aproximação entre as jurisdições do *civil law* e do *common law*, e, em tal dimensão, a necessidade de se render respeito aos precedentes no direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: *Common law*. *Stare decisis*. Precedente. Controle da constitucionalidade.

ABSTRACT: This article's objective is to demonstrate, by means of an historical-critical method, the approximation between civil and common law jurisdictions and, in this dimension, the necessity of respecting precedents in brazilian law.

KEYWORDS: *Common law*. *Stare decisis*. Precedent. Judicial review.

* Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutorado na "Università degli Studi di Milano". Visiting Scholar na Columbia University School of Law.

1. INTRODUÇÃO

O *civil law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos sistemas.

O *civil law* carrega, a partir das bandeiras da Revolução Francesa, dogmas que ainda servem para negar conceitos e institutos que, muito embora não aderentes à sua teoria e tradição, mostram-se indispensáveis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei.

Não obstante as transformações que se operaram no *civil law* – inclusive nas concepções de direito e de jurisdição, marcadamente em virtude do impacto do constitucionalismo – e as especificidades do sistema brasileiro – que se submete ao controle difuso da constitucionalidade da lei –, há notória resistência, para não se dizer indiferença, a institutos do *common law* de grande importância ao aperfeiçoamento do nosso direito, como é o caso do respeito aos precedentes.

Este trabalho pretende demonstrar, mediante um método histórico-crítico, a aproximação entre as jurisdições do *civil law* e do *common law*, e, em tal dimensão, a necessidade de se render respeito aos precedentes no direito brasileiro. Num sistema que, ao expurgar os dogmas, depara-se com a realidade inafastável de que a lei é interpretada de diversos modos, não há outra alternativa para se preservar a igualdade perante a lei e a segurança jurídica.

2. O *COMMON LAW*: AS TEORIAS DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA DA JURISDIÇÃO

No *common law*, discutiu-se intensamente sobre o significado da decisão judicial, ou, mais propriamente, sobre o significado da função jurisdicional. Desejava-se esclarecer se a decisão judicial criava o direito ou somente o declarava e, bem por isso, intuiu-se que se estava discutindo uma teoria da jurisdição.¹

Inicialmente, sustentou-se, na Inglaterra, a tese de que o juiz apenas declarava o direito. Um dos seus principais defensores foi Blackstone.² Em seu entendimento existiria a *lex non scripta* – o direito não escrito ou o *common law* – e a lei escrita – o direito escrito ou o *statute law*. O *common law* propriamente dito espelharia os costumes gerais, embora a *lex non scripta* ainda englobasse os costumes particulares

¹ WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of *stare decisis*, in Precedent in Law. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 73 e ss.

² BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England* (fac-símile da 1a. edição, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979, v. 1, p. 69.

de algumas partes do reino, assim como os costumes observados apenas em algumas cortes e jurisdições.³

A suposição de que o *common law* consiste nos costumes gerais faz sentir a teoria declaratória em outra perspectiva, isto é, a própria teoria declaratória sob disfarce.⁴ Se o *common law* está nos costumes gerais observados entre os “Englishmen”, o juiz não cria o *common law*, mas sim o declara. Nessa linha, dizia Blackstone que as decisões das Cortes constituíam a demonstração do que o *common law* é.⁵

Não obstante, a natureza declaratória também era frisada quando a decisão se baseava em anterior precedente judicial. Se os precedentes se destinam a desenvolver o *common law*, decisões iguais sobre um ponto de direito também significariam *common law*. Para a teoria declaratória, o juiz estava limitado a declarar o direito fixado nos precedentes. A sua autoridade não lhe dava poder para criar um novo direito, porém apenas para manter e declarar um direito já conhecido.⁶

Bentham e Austin condenaram de maneira impiedosa a teoria declaratória. Bentham comparou-a a um método adotado para o treinamento de cachorros, ao passo que Austin acusou-a de ficção de criança.⁷ De acordo com Austin, os juízes teriam a ficção infantil de que o *common law* não é produzida por eles, mas constitui algo miraculoso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade, e que vem meramente declarado de tempo em tempo. O *common law*, para a teoria positivista, existia por ser estabelecida por juízes que possuíam *law-making authority*. O direito seria produto da vontade dos juízes e, assim, não seria meramente descoberto, mas sim criado.⁸

Para se melhor compreender a disputa entre as duas teorias, é necessário voltar a atenção para a questão da autoridade da decisão judicial. O problema consiste em saber se o juiz tinha autoridade para criar ou apenas para declarar o direito. Qualquer que seja a justificativa teórica para se concluir que o juiz possui autoridade para criar o direito, é necessário conhecer a realidade em que o Estado inglês se formou ao admitir

³ Cf. CROSS, Rupert e HARRIS, J. W., *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 168.

⁴ “The idea that the *common law* consists of general customs is the declaratory theory in another guise” (CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 168).

⁵ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England* (fac-símile da 1.^a edição, de 1765), cit., v. 1, p. 86.

⁶ “Thus while case-law at the beginning of the nineteenth century formed a smaller part of Scots than of English law, it was explained in the same terms in both countries. The *common law* is the custom of the country of which judicial decisions are declarations which may or may not be accurate. They are authoritative in so far as they declare it, but no further” (MacCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966, p. 203).

⁷ MacCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966, p. 204.

⁸ “The *common law*, said the positivists, existed (if it existed at all) because it was laid down by judges who possessed law-making authority. Law was the product of judicial will. It was not discovered but created” (WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of adjudication and the status of stare decisis*, in *Precedent in Law*, cit., p. 74).

a *law-making authority*. Neste trabalho, não importa saber se a decisão declara ou cria o direito, mas sim saber o motivo pelo qual o *common law* admitiu, ao inverso do *civil law*, que o juiz pode criar o direito.

De outra parte, a natureza declaratória ou constitutiva da decisão judicial poderia ter relevância para a questão do respeito obrigatório aos precedentes ou, em outras palavras, para o *stare decisis*. Afirmou-se que se o precedente representa apenas a evidência do direito, nenhum juiz poderia ser absolutamente obrigado a segui-lo, assim como o precedente jamais seria revogado, pois o juiz sempre teria o poder de declarar em contrário ao precedente ou mesmo ao seu *overruling* (revogação).⁹ Nessa linha, o *stare decisis* ou o respeito obrigatório aos precedentes exigiria, como antecedente lógico, a criação judicial do direito.

Esta relação entre a natureza constitutiva da decisão judicial e o *stare decisis* conduziu a três mitos: i) o *common law* não existe sem o *stare decisis*; ii) o juiz do *common law*, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa da do seu colega do *civil law*; e o iii) o *stare decisis* é incompatível com o *civil law*.

Contudo, a verdade é que a criação judicial do direito não constitui um pressuposto para o *stare decisis*. O respeito ao passado é peculiar à teoria declaratória, com a diferença de que o precedente, ao invés de constituir, declara o direito costumeiro ou representa o próprio desenvolvimento dos costumes gerais, ou seja, o *common law*. De modo que, ainda que se admitisse a função judicial meramente declaratória, nada poderia indicar que o juiz estivesse menos disposto a respeitar o passado, assim como, mesmo que se aceitasse a criação judicial do direito, nada poderia assegurar que o juiz estaria obrigado a respeitar os precedentes. Esclareça-se que tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva foram obrigadas a admitir a revogação do precedente cujo conteúdo não pudesse ser reprisado sem gerar injustiça no caso concreto.

MacCormick, no trabalho sugestivamente intitulado de “*Can stare decisis be abolished?*”¹⁰ – após afirmar que Bentham e Austin demonstraram o “*nonsense of the declaratory theory of precedent*” e que as suas doutrinas passaram a fazer parte da “*intellectual bag-and-baggage of the law*” -, faz uma interessante construção¹¹. Como os juízes estavam mergulhados nesta cultura jurídica, e assim estavam cientes do colapso da teoria declaratória, MacCormick pondera que os juízes não mais poderiam se esconder atrás da teoria declaratória caso desejassem revogar os precedentes. Afirmo MacCormick que, para se seguir a Austin, o juiz teria que legislar abertamente. Como a doutrina de Austin sustenta que o juiz cria o direito, a sua aceitação exigiria que os juízes também admitissem que realmente podiam legislar, inclusive ao revogar os precedentes.

⁹ CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 30.

¹⁰ MacCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966, p. 197 e ss.

¹¹ MacCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966, p. 204.

Contudo, como relata MacCormick, o convite de Austin não foi aceito¹². É que os juízes se sentiam confortáveis ao declarar e não queriam assumir a responsabilidade de criar o direito e de revogar os precedentes. Assim, é realmente possível dizer que os juízes tiveram boas razões para se manter presos à teoria declaratória, permitindo-lhe uma longa sobrevida, especialmente por se livrarem do peso de decisões retroativas que poderiam ser ditas antidemocráticas.¹³

Note-se que a argumentação de MacCormick e a própria doutrina de Austin não sustentaram apenas a impropriedade da natureza declaratória da decisão judicial, tendo também sublinhado que o juiz, ao revogar o precedente, sempre estaria criando o direito. Para Austin, a teoria declaratória entraria em contradição com a revogação do precedente, uma vez que, se a primeira Corte cometeu um erro, o juiz que se encontra com o caso nas mãos terá que legislar ou fazer algo bem diferente do que declarar o direito contido no precedente.¹⁴

Reafirme-se que não interessa, aqui, saber qual das teorias estava certa. Os próprios partidários da teoria de que o juiz cria o direito, ao considerarem a revogação do precedente, anunciaram que, nesta hipótese, ocorreria um *remaking*. Não importa se o juiz reconstrói o direito ou declara o equívoco da primeira declaração quando uma ou outra explicação serve para justificar a revogação do precedente. De qualquer forma, ao justificarem a revogação do precedente, ambas as teorias estavam cientes do dever judicial de respeito aos precedentes.¹⁵

O que muito releva, diante da argumentação de MacCormick, é que os próprios juízes chegaram à conclusão de que a ruptura com os precedentes significaria legislar,

¹² “Once these theories had become part of the intellectual bag-and-baggage of the law, it was clear that judges could no longer hide behind the declaratory theory if they wished to dissent from previous authorities. If they were to legislate they must legislate openly. But Austin’s invitation was not accepted. Whether or not in consequence of Bentham’s revilement of their legislation, the judges came to accept that to deviate from previous decisions was to legislate; and that they would not do” (MacCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966, p. 205).

¹³ WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of *stare decisis*, in *Precedent in Law*, cit., p. 76.

¹⁴ Neil Duxbury, ao tratar do mencionado texto de MacCormick, e, assim, também do impacto da doutrina de Austin sobre a prática dos juízes, escreve: “If judges have a duty to find and declare the law themselves, they can only be bound to follow the ruling of another court where that ruling is itself a correct declaration of the law. If the earlier court made a mistake, judges deciding the case in hand must declare the law by doing something other than following the precedent” (DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 39).

¹⁵ De acordo com os adeptos da teoria declaratória, os precedentes devem ser seguidos, exceto quando são ‘flatly absurd or unjust’. Neste caso, os juízes futuros não elaboram um direito novo. No dizer de Blackstone, quando a sentença anterior é manifestamente absurda ou injusta, o juiz não declara que aí existe “bad law”, mas sim que a sentença “was not law”, isto é, “that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined” (BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England* (fac-símile da 1.ª edição, de 1765), cit., v. 1, p. 70).

e, por isso, mantiveram-se presos aos precedentes, *dando uma bela demonstração concreta, porque perceptível na história dos precedentes, de que a aceitação da natureza declaratória da decisão judicial não é incompatível com o stare decisis*.

Deixe-se bem claro, contudo, que não se está sustentando que a base do *stare decisis*, na Inglaterra, apenas poderia estar na teoria declaratória, ou que esta teoria justifica de maneira perfeita e adequada o *stare decisis*. Na verdade, nem a teoria declaratória, nem a constitutiva ou positivista, são capazes de coerentemente justificar o *stare decisis* em seu estado absoluto ou em sua conformação pura.¹⁶

Para minar a teoria declaratória, seria possível dizer que o juiz é obrigado a respeitar o direito e não a declaração judicial do que é o direito. Em outras palavras, se o precedente não é direito, mas sim a declaração de um juiz acerca do direito, não haveria como impor aos demais juízes o respeito ao precedente. Isso se tornaria mais fácil ao se supor que o juiz pode criar o direito¹⁷. Na Inglaterra, o juiz só tem capacidade para criar o direito quando não há, acima dele, qualquer Corte que possa tratar da matéria que lhe foi submetida. Assim, a noção de que o juiz pode criar o direito apenas justificaria o chamado efeito vertical do *stare decisis*, uma vez que o precedente apenas obrigaria os juízes e Cortes inferiores. Ou seja, a teoria constitutiva, na dimensão da discussão em que foi inserida diante do *stare decisis* inglês, não seria capaz de obrigar a própria Corte que firmou o precedente ou o próprio juiz que o proferiu. Quer dizer que a ideia de juiz dotado de *law-making authority* não seria capaz de justificar o *stare decisis* exatamente no local em que ele é mais importante. Ora, não é preciso dizer que, antes de se exigir o respeito dos demais, é necessário respeitar-se.

Se o precedente pode ser revogado, é evidente que o respeito aos precedentes depende da força das suas razões. Portanto, não é porque a decisão é chamada de declaração judicial e não de direito que ela perderá autoridade e deixará de merecer respeito. De outra parte, se o respeito aos precedentes depende de estes serem concebidos como direito, nada impediria que uma decisão judicial, vista então como direito, afirmasse que os próprios juízes da Corte Superior estão, a partir de determinado instante, submetidos aos seus próprios precedentes, ou que o Legislativo editasse lei dizendo que as Cortes devem respeitar os seus precedentes e os das Cortes superiores. Em relação ao funcionamento e à eficiência do *stare decisis*, a diferença seria apenas formal. Num caso a obrigatoriedade adviria de um precedente; no outro, a obrigatoriedade decorreria da lei.

¹⁶ “The result is that whichever theory [declaratory or positivist] of their function is adopted by judges it is incompatible with *stare decisis*” (WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of *stare decisis*, in Precedent in Law, cit., p. 87).

¹⁷ “When a judge is recognized, however, as able to *make* law, the notion of vertical *stare decisis* – of a court being bound by decisions of courts above it in the hierarchy – is perfectly rational” (WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of *stare decisis*, in Precedent in Law, cit., p. 81).

Note-se, ademais, que o *stare decisis* somente se solidificou na Inglaterra ao final do século XIX, muito tempo depois do aparecimento das doutrinas de Bentham e de Austin.¹⁸ *London Tramways v. London County Council*, decidido em 1898, constitui o cume de uma evolução em direção à vinculação da *House of Lords* às suas próprias decisões, pois o conceito de *rules of precedent* e a ideia de vinculação (*binding*) foram consolidados no período entre 1862 e 1900. Na realidade, quando, em *London Tramways v. London County Council*, foi clara e objetivamente colocada a questão relativa à possibilidade de a *House* considerar argumentos para contrariar as suas decisões, não houve hesitação em se decidir que isto não poderia ocorrer.¹⁹ Ou seja, a vinculação horizontal, na *House of Lords*, é devedora de um precedente com feição de *rule of precedent* (de regra concernente à eficácia dos precedentes) e não de direito substancial.

Conclua-se, assim, neste tópico, que tanto a teoria declaratória quando a teoria constitutiva se adaptam a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes.

3. COMMON LAW E STARE DECISIS

Também não há como se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rules of precedent*.

Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ela funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*.²⁰

¹⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 114 e ss.

¹⁹ “When, in 1898, in *London Tramways Co. v. London County Council*, the issue was squarely put whether the House could hear argument asking it to reconsider a previous decision, it had no hesitation in ruling that it could not” (EVANS, Jim. *Precedent in the nineteenth century*, in *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 77).

²⁰ “To a historian at least any identification between the *common law* system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the *common law* in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The *common law* had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the *ratio decidendi*, and functioned well enough” (SIMPSON, A. W. B. *The common law and legal theory*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 77).

O realce da distinção entre *stare decisis* e *common law*, não obstante necessário para afastar uma vulgar confusão, centra-se na preocupação deste trabalho em sustentar que o sistema de precedentes pode constituir parte do sistema brasileiro. Com efeito, o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*. Observe-se que embora o *common law* contemporâneo tenha configuração bem distinta e mais ampla do *common law* da antiguidade e o *stare decisis* seja algo que faz parte da modernidade, não há como identificar o *common law* dos dias de hoje com o *stare decisis*. Assim, não é apenas pela circunstância de o *common law* ter iniciado a sua existência muito antes de se falar em *stare decisis* que há distinção entre ambos.

Contudo, embora seja certo que o *stare decisis* não é necessário para a existência do sistema de direito material nem para o funcionamento do sistema de distribuição de justiça, alguém poderia dizer que ele é indispensável no *common law* sob o argumento de que aí as decisões judiciais estabelecem o direito não edificado pelo Legislativo.

4. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO EM VIRTUDE DA OMISSÃO DO LEGISLATIVO?

Não há como negar a importância que o *stare decisis* teve para o desenvolvimento do *common law*, nem como esquecer que os precedentes – ao lado da lei e dos costumes – constituem fonte de direito neste sistema.

O magistrado inglês teve fundamental importância na consolidação do *common law* – daí se falar em *judge make law*. Não obstante, o poder do juiz era o de afirmar o *common law*, a qual se sobrepunha ao Legislativo, que, por isso, deveria atuar de modo a complementá-la.

O Legislativo não se opôs ao Judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir²¹. Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo.

²¹ “Al mismo tiempo, la institución del Parlamento durante mucho tiempo se caracterizo por su función preferentemente judicial y declarativa de derecho: los actos de producción del Derecho por parte del Rey (em forma de Statutes o Acts) solían obedecer a peticiones del Parlamento. Pero esta estructura se irá disolviendo poco a poco a medida que el Parlamento va a ir reclamando al monarca la capacidad de producir Derecho y que los tribunales vayan absorbiendo cada vez más funciones jurisdiccionales. De esta manera, a finales del siglo XVI la función legislativa del Parlamento se consideraba ya independiente de su capacidad de administrar justicia”. (ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo e ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidad, Siglos XVI y XVII*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 770).

No direito inglês não houve necessidade de elaborar o dogma da aplicação estrita da lei ou de imaginar que o juiz poderia atuar mediante a mera descrição dos termos da lei²². O *common law* não necessitou negar a natureza das coisas ou criar uma vedação que somente pode ser compreendida como uma destas regras que advém das utopias de uma revolução. O juiz inglês não só interpretava a lei, como extraía direitos e deveres, a partir do *common law*. Mas, é importante frisar, estava submetido à *common law*; sempre atuava à luz e a partir de um direito.

De qualquer modo, se, no direito inglês primitivo, havia baixa produção de leis, isso não ocorre no *common law* contemporâneo. A suposição de que, nos Estados Unidos, a produção legislativa do direito é baixa, o que impõe a sua criação pelos juízes, não só é falsa, como produz enganos em termos de direito comparado. É provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser aplicada e interpretada pelos juízes²³.

Note-se, portanto, que, ainda que se possa admitir que o *common law*, na sua origem inglesa, era complementado pelo Legislativo, ou que a atuação do Legislativo era aí pouco intensa, a existência de lei não se opõe ao *common law*, ou, mais importante ainda e bem mais fácil de ser visualizado, a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes..

No *common law*, a autoridade da lei é superior à das decisões judiciais e não o contrário. De modo que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios inúteis para distinguir os sistemas de *common law* e *civil law*.

5. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO COMO CONSEQUÊNCIA DO STARE DECISIS?

Quando se diz que o juiz do *common law* cria o direito, não se está pensando que a sua decisão tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo Legislativo, isto é, da lei. A decisão não se equipara à lei pelo fato de ter força obrigatória para os demais juízes.

Porém, seria possível argumentar que a decisão, por ter força obrigatória, constitui direito. O *common law* considera o precedente como fonte de direito. Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há, evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo. Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia direito preexistente, o direito costumeiro.

²² “The important distinction between the *civil law* and the *common law* judicial processes does not lie in what courts in fact do, but in what the dominant folklore tells them they do” (MERRYMAN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 47).

²³ MERRYMAN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 27 e ss.

A circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito a partir da sua própria vontade. Nesta perspectiva, a força obrigatória do precedente, ou a admissão do precedente como fonte de direito, não significa que o Judiciário tem poder para criar o direito.

6. VERDADEIRO SIGNIFICADO DA *LAW-MAKING AUTHORITY*

O que permite dizer que o juiz do *common law* cria o direito é a comparação do seu papel com a do juiz da tradição do *civil law*, cuja função se limitava à mecânica aplicação da lei. No *civil law*, quando se dizia que ao juiz cabia apenas expressar as palavras ditada pelo legislador, o direito era concebido unicamente como lei. A tarefa do Judiciário se resumia à aplicação das normas gerais.

O juiz inglês não apenas teve espaço para densificar o *common law*, como também oportunidade de, a partir dele, controlar a legitimidade dos atos estatais. Neste sentido, Coke – cujo papel foi muito importante, ainda que em nível doutrinário, para a contenção do arbítrio do rei –, decidiu no célebre caso *Bonham*, por volta de 1610, que as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, e, quando isto não acontecer, são elas nulas e destituídas de eficácia. Disse Coke, nesta ocasião, que “foi dito em nossos livros que, em muitos casos, o *common law* controlará leis do parlamento e, algumas vezes, decidirá que são elas absolutamente destituídas de eficácia; de modo que, quando uma lei do parlamento é contrária ao direito e à razão comum, com eles incompatível ou impossível de ser executada, o *common law* a controlará e decidirá pela sua nulidade”²⁴.

Esclareça-se que, apesar da decisão de Coke estar vinculada à teoria declaratória da jurisdição, e não à teoria que afirma a *law-making authority* – a teoria constitutiva –, a sua lembrança é pertinente para demonstrar que o juiz do *common law* realizava espécie de controle dos atos do parlamento. Vê-se, na referida decisão de Coke, o primeiro germe do controle da constitucionalidade das leis; e, assim, é possível daí também extrair a noção de que o poder judicial, no *common law* primitivo, era exercido mediante uma lógica semelhante a que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais²⁵.

²⁴ “...And it appears in our books, that in many cases, the common law will controul acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void...”. Ver Rainer Grote, *Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. Disponível em <www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>. Acessado em 15/04/2009, p. 2.

²⁵ Ver ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo e ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, cit., p. 774.

A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição.²⁶ No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes²⁷. Note-se que o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes.

Com efeito, se alguém perguntar a qualquer teórico do *common law* a respeito da natureza da função do juiz que não aplica a lei por reputá-la inconstitucional, que interpreta a lei conforme a Constituição ou que supre a omissão de uma regra processual que deveria ter sido estabelecida em virtude de um direito fundamental de natureza processual, certamente se surpreenderá. Tal atividade obviamente não significa declaração de direito e, assim, na perspectiva das doutrinas produzidas no *common law*, certamente revela uma atividade criadora, verdadeira criação judicial do direito.

Quando alguns países da Europa constitucional adotaram “tribunais constitucionais” – como Áustria, Alemanha, Itália e Espanha –, objetivou-se reafirmar o princípio da separação de poderes, deixando-se claro que o controle de constitucionalidade não seria feito pelos juízes ordinários, mas sim por um corpo formado por membros especialmente selecionados. Aliás, chegou-se a acusar de equivocada a denominação “tribunais”, conferida a tais órgãos, bem como inapropriado chamar de juízes os membros destas cortes. Por detrás disso estava a ideia de que o controle da constitucionalidade

²⁶ Deixei-se claro que o sistema de controle difuso da constitucionalidade é típico dos Estados Unidos e está presente em diversas antigas colônias inglesas, como Canadá, Índia e Austrália. Na Inglaterra, paradoxalmente, em virtude da “supremacy of the Parliament”, inadmitiu-se o controle judicial da legislação. Ver CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 46 e ss.

²⁷ Chiovenda chegou a dizer que, como a jurisdição significa a atuação da lei, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 55). Essa passagem da doutrina chiovendiana é bastante expressiva no sentido de que o verdadeiro poder estatal estava na lei, e de que a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador. Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Ver Eugenio Bulygin, *Los jueces crean derecho?*, texto apresentado ao XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoria e filosofia do direito, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Unam, p. 8. Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, Parte I, item 2.5.

da lei não era uma atividade jurisdicional, ou melhor, que declarar a inconstitucionalidade da lei seria uma forma de criar o direito²⁸.

Porém, a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do Legislativo, ancorada na ideologia da Revolução Francesa e no dogma da estrita separação dos poderes, não sobreviveu aos fatos históricos, à conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países do *civil law* e, sobretudo, ao advento do constitucionalismo. Anote-se que Merryman, um dos maiores comparatistas estadunidenses, ao admitir que o constitucionalismo fez surgir uma nova fonte de direito no *civil law*, adverte que, ao se admitir que o juiz pode decidir que uma lei é inválida por estar em conflito com a Constituição, quebra-se o dogma da separação estrita entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, e, desta forma, abre-se oportunidade para se dizer que o juiz do *civil law* também cria o direito.²⁹

Nos dias que correm, a diferença entre o juiz do *common law* e o juiz do *civil law* não está na elasticidade das suas elaborações ou interpretações, mas sim na importância que eles assumem em cada um dos sistemas, e, por consequência, no respeito que lhes é devotado. E não é equivocado dizer que um dos principais responsáveis pelo traço forte da figura do juiz do *common law* é justamente o sistema de precedentes.

7. DA “SUPREMACY OF THE ENGLISH PARLIAMENT” AO “JUDICIAL REVIEW” ESTADUNIDENSE

Nos itens anteriores, comparou-se o juiz do *civil law* marcado pelo constitucionalismo com o juiz americano – que possui o poder para controlar a constitucionalidade da lei –, e, de forma tímida e cautelosa, ao juiz inglês, que, nas palavras de Coke, podia controlar a lei a partir do *common law*. Cabe evidenciar, agora, que o controle dos atos do Legislativo tem histórias e feições distintas na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Nesse contexto importa rememorar a disputa entre as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição. A teoria declaratória não apenas tentou demonstrar que a função do juiz é a de revelar o direito, mas igualmente teve o propósito de permitir ao Judiciário declarar ou afirmar o *common law* contra o soberano e contra o parlamento, tencionando viabilizar, dessa forma, espécie de controle judicial dos atos estatais.

²⁸ MERRYMAN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 37-38.

²⁹ “This dogmatic conception of what law is, like many other implications of the dogmas of the revolutionary period, has been eroded by time and events. Perhaps the most spectacular innovation has been the strong movement toward constitutionalism, with its emphasis on the functional rigidity, and hence the superiority as a source of law, of written constitutions. Such constitutions, by eliminating the power of the legislature to amend by ordinary legislative action, impair the legislature’s monopoly on lawmaking. They insert a new element into the hierarchy of sources of law, which now must read ‘constitution, legislation, regulations, and custom’. In addition, if a court can decide that a statute is void because it is in conflict with the constitution, the dogma of sharp separation of legislative power from judicial power is impaired” (MERRYMAN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 25).

A doutrina de Coke afirmou que o *common law*³⁰ se sobrepunha ao soberano e ao Legislativo³¹. De modo que a teoria de que o juiz apenas declarava o direito também teve uma importante função legitimadora ao admitir o controle dos atos do parlamento e do monarca.

Com a Revolução Gloriosa, de 1688, é instituída a doutrina da “*supremacy of the parliament*”. A doutrina da supremacia do Legislativo serviu para o Reino inglês controlar os atos das suas colônias e, depois, teve o efeito de fazer surgir, nos Estados Unidos, princípio que, numa visão estrita de *civil law*, poderia ser visto como seu oposto, isto é, o da “*supremacy of the judiciary*”.

As colônias inglesas, regidas por Cartas, foram proibidas de editar atos contrários ao direito inglês. A supremacia do parlamento inglês impunha-se, mediante as Cartas³², de forma a não permitir a aplicação judicial de leis coloniais contrastantes.

Com o controle da legislação da colônia, surgem as sementes do *judicial review*. Quer isto dizer que, no momento em que o princípio da supremacia do parlamento é transportado para a colônia, surge o controle judicial dos seus atos, e, dessa forma, o broto do princípio da supremacia do Judiciário.

De modo que o princípio inglês da supremacia do parlamento, ao invés de obstaculizar, na realidade colaborou para a solidificação do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. Com a independência das Colônias americanas, em 1776, as Cartas foram substituídas pelas novas Constituições, e, como

³⁰ De acordo com Coke, os direitos “have been by the wisdom of the most excellent men, in many successions of ages, by long and continual experience, (the trial of light and truth), fine and refined” (COKE, Edward. Seventh Reports, Calvin’s Case. London: Thomas and Fraser, 1826, IV. 6). Cf. POSTEMA, Gerald J. Some roots of our notion of precedent, in *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 17-18.

³¹ “Al defender el *common law* frente al Derecho régio, Coke está defendiendo también los derechos de los ingleses, ya que estos derechos están asentados, enraizados en la tradición y en las viejas leyes de Inglaterra. Em el planteamiento de Coke, la defensa del *common law* está muy vinculada a la defensa de una determinada posición de los jueces en el sistema constitucional. En efecto, si para Bacon, teórico defensor de las posiciones de Jacobo I, del que fue Lord Canciller, los jueces son los leones sobre los que se asienta el trono del rey y por lo tanto son los ejecutores de sus decisiones, para Coke los jueces también son leones, pero en este caso son los encargados de defender los derechos de los ingleses frente a las intromisiones ilegítimas del Poder real. Em un ambiente político en el cual el ejercicio del Poder por parte del monarca es absoluto, la limitación de ese Poder – tarea insoslayable de los jueces – supone un requisito de la garantía de las libertades de los individuos” (ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo e ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidad, Siglos XVI y XVII*, cit., p 773-774).

³² Tais Cartas podem ser consideradas as primeiras Constituições das colônias, seja porque eram vinculantes para a legislação colonial, seja porque regulavam as suas estruturas jurídicas fundamentais. Tais Constituições frequentemente estabeleciam a possibilidade de as colônias aprovarem as suas próprias leis, porém sob a condição de serem “razoáveis” e “não contrárias às leis do Reino inglês”, e, assim, não destoantes da vontade suprema do parlamento. Exatamente em virtude da ideia de supremacia da lei – em uníssono com a doutrina da “*supremacy of the english parliament*” que, em diversos casos – alguns tornados célebres -, o Privy Council do Rei decidiu que as leis deveriam ser aplicadas pelos juízes da colônia apenas se não estivessem em contradição com as leis do Reino. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 42.

anteriormente os juízes já tinham a consciência e a prática de decretar a nulidade das leis que violassem as Cartas e a legislação do Reino inglês, tornou-se praticamente “natural” controlar as leis que contrariassem as Constituições dos estados que acabavam de adquirir independência³³.

Cappelletti, em seu célebre “Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato”, conclui que a doutrina de Coke e, mais especificamente, a submissão do parlamento à *common law*, desapareceram com a Revolução de 1688 e com a instituição do princípio da “*supremacy of the parliament*”, o que não é correto, particularmente para o efeito que Cappelletti tenta extrair desta “transformação” – que, bem vistas as coisas, não ocorreu. Eis o que diz Cappelletti: “Tal doutrina [a de Coke] foi abandonada na Inglaterra com a Revolução de 1688, quando então foi proclamada a doutrina contrária – ainda hoje respeitada naquele país –, da supremacia do parlamento. Porém, da doutrina de Coke restaram os frutos, ao menos nos Estados Unidos, e estou referindo-me, como é óbvio, aos frutos que hoje são chamados de judicial review e supremacy of the judiciary”³⁴.

É certo que a doutrina de Coke, no seu particular significado de doutrina que dava ao juiz apenas o poder de declarar o *common law*, foi superada na Inglaterra pela teoria constitutiva – desenvolvidas sobretudo por Bentham e Austin³⁵. Contudo, com o devido respeito ao mestre italiano, a Revolução de 1688 não fez desaparecer a noção de que o parlamento e a lei são submetidos à *common law*. Também não é adequado sustentar que o juiz, a partir desse momento, passou a estar submetido ao Legislativo, nem muito menos que o direito das colônias passaram a dever respeito unicamente à produção do parlamento.

O parlamento, com a Revolução de 1688, venceu longa luta contra o absolutismo do rei. Diante da preocupação em conter os arbítrios do monarca, os juízes sempre estiveram ao lado do parlamento, chegando a com ele se misturar. Assim, a Revolução de 1688 não teve qualquer necessidade de afirmar a prevalência da lei – como produto do parlamento – sobre os juízes, mas apenas a força do parlamento diante do poder real. Além disso, a chamada Revolução Gloriosa, de 1688, não objetivou destruir o direito antigo, mas, ao contrário, pautou-se pela afirmação do *common law* contra o rei.

Assim, toda e qualquer norma elaborada pelo parlamento estaria inserida dentro do *common law*, na busca de afirmação dos direitos e liberdades do povo inglês contra

³³ CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 41 e ss.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 40.

³⁵ MacCORMICK, Neil. Can *stare decisis* be abolished?, *Judicial Review*, 1966, p. 204.

o rei³⁶. A Revolução de 1688, bem por isso, não teve a pretensão de elevar a lei a uma posição suprema ou a intenção de dotar o parlamento de um poder absoluto mediante a produção do direito.

Mais do que à lei, foi necessário dar destaque ao *common law* – ou ao direito da história e das tradições do povo inglês – para conter o poder real. Assim, a ideia de “*supremacy of the English parliament*” não significou, simplesmente, a submissão do poder real à norma produzida pelo parlamento, mas a submissão do rei ao direito inglês, na sua inteireza. Este direito submetia o monarca, contendo os seus excessos, mas também determinava o conteúdo da produção legislativa, que, sem qualquer dúvida, não podia ser desconforme à *common law*³⁷.

De qualquer forma, ao contrário do que sugere Cappelletti, é certo que o princípio da “*supremacy of the English parliament*” não teve a menor intenção de submeter o juiz ao parlamento ou mesmo o objetivo de impedir o juiz de afirmar o *common law* – se fosse o caso contra a própria lei. O princípio da “*supremacy of the English parliament*” teve a intenção de passar a noção de supremacia do direito sobre o monarca e não o propósito de significar onipotência da lei ou absolutismo do parlamento.

Ademais, a legislação das colônias não era verdadeiramente submetida à lei inglesa, mas sim vinculada ao direito inglês. O controle da legitimidade das leis coloniais se dava a partir do *common law*, até porque o parlamento, como já dito, estava submetido a um metadireito ou a uma metalinguagem (o *common law*), e não simplesmente escrevendo as primeiras linhas de um direito novo, como aconteceu com o parlamento que se instalou com a Revolução Francesa.

Portanto, o controle da legitimidade dos atos da colônia, a partir do direito inglês, e o controle da constitucionalidade das leis, com base na Constituição americana, não significou uma troca de princípios ou a substituição do princípio da supremacia do parlamento pelo princípio da supremacia do Judiciário.

Tal troca ou substituição pode ser vista apenas se o raciocínio for pautado pelo significado que a supremacia do parlamento assumiu no *civil law*, por decorrência da Revolução Francesa. O princípio da supremacia do parlamento, na Inglaterra, esteve muito longe da ideia de supremacia da lei sobre o juiz, tendo significado, na verdade, supremacia do direito sobre o monarca e sobre as próprias leis, inclusive as das colônias. Nessa perspectiva, quando se controlava a legitimidade da lei colonial a partir do direito inglês, afirmava-se o *common law* e não a lei, nos moldes do *civil law*. E o juiz, nessa dimensão, já se sobrepunha ao elaborador da lei destoante. De modo que o controle de

³⁶ ZAGREBELSKI, Gustavo. *Il diritto mitte*, Torino, Einaudi, 1992, p. 35.

³⁷ ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo e ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, cit., p. 786 e ss.

constitucionalidade estadunidense, nesta linha, significou muito mais uma continuidade do que uma ruptura com o modelo inglês³⁸.

Fora isso, cabe esclarecer que, se é certo que o poder do juiz do *civil law* submetido à Constituição é próximo ao do juiz estadunidense, criar a norma do caso concreto a partir da Constituição também é algo bastante a similar a criar a norma jurídica a partir do *common law* ou mesmo a declarar o direito do *common law*, como ocorria no primitivo direito inglês. Daí porque se dizer que a noção de criação do direito, típica do *common law*, opõe-se à aplicação estrita da lei, própria à tradição do *civil law*.

8. UM ESCLARECIMENTO: OS DIFERENTES SIGNIFICADOS DE “SUPREMACIA DO PARLAMENTO” NA INGLATERRA E NA FRANÇA

A “*supremacy of the English parliament*” tem significado completamente distinto ao da supremacia do Legislativo e ao do princípio da legalidade, tais como vistos pela Revolução Francesa.

A afirmação do parlamento, sublinhada pela Revolução inglesa de 1688, não teve o propósito de marcar o início de um novo direito. O seu caráter foi conservador. Afirmou-se que a Revolução não foi dotada de verdadeiro “espírito revolucionário”, não desejou desconsiderar o passado e destruir o direito já existente, mas, ao contrário, confirmá-lo e fazê-lo valer contra um rei que não o respeitava³⁹.

Portanto, ao invés de pretender instituir um novo direito mediante a afirmação da superioridade – na verdade absolutismo – do parlamento, nos moldes da Revolução Francesa, a Revolução inglesa instituiu uma ordem em que os poderes do monarca estivessem limitados pelos direitos e liberdades do povo inglês.

Note-se que a noção de *rule of law and not of men* não significou apenas o *topos* aristotélico do governo das leis em substituição ao governo dos homens, mas sobretudo a luta histórico-concreta que o parlamento inglês travou e ganhou contra o absolutismo.⁴⁰

O ordenamento da Revolução inglesa caracterizou-se pela submissão do poder do monarca, em seu exercício e atuação, a determinadas condições, assim como pela existência de critérios reguladores da relação entre o parlamento e o rei. Neste ordenamento tem destaque o célebre *Bill of Rights*, editado no primeiro ano da Revolução, em 1689, ao qual Guilherme de Orange foi obrigado a se submeter para ascender ao

³⁸ Sobre as origens do judicial review, ver CORWIN, Edward S. *The doctrine of judicial review*, Princeton University Press, 1914; William. E. Nelson, *Marbury v. Madison, The origins and legacy of judicial review*, University Press of Kansas, 2000.

³⁹ ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo e ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, cit., p. 787.

⁴⁰ ZAGREBELSKI, Gustavo. *Il diritto mitte*, cit., p. 36 e ss.

trono, mediante uma espécie de acordo entre o rei e o parlamento, visto como representante do povo. Frise-se que o *Bill of Rights*, embora tenha, entre seus princípios fundamentais, a proteção da pessoa e da propriedade e determinadas garantias processuais e dimensões da liberdade política, é, antes de tudo, marcado pela submissão do rei à lei⁴¹.

Embora a Revolução inglesa tenha vencido o absolutismo, com ela o parlamento não assumiu o poder absoluto, como aconteceu na Revolução Francesa. Como anota Zagrebelski, na tradição da Europa continental a luta contra o absolutismo significou a pretensão de substituir o rei por outro poder absoluto, a Assembléia Soberana, ao passo que, na Inglaterra, a batalha contra o absolutismo consistiu em opor, às pretensões do rei, os privilégios e liberdades tradicionais dos ingleses, representados e defendidos pelo parlamento⁴². Assim, enquanto na França o parlamento revestiu-se do absolutismo por meio da produção da lei, na Inglaterra a lei representou, além de critério de contenção do arbítrio real, um elemento que se inseriu no tradicional e antigo regime do *common law*.

Como a lei era imprescindível para a realização dos escopos da Revolução Francesa, e os juízes não mereciam a sua confiança, a supremacia do parlamento aí foi vista como sujeição do juiz à lei, proibido que foi, inclusive, de interpretá-la para não distorcê-la e, assim, frustrar os objetivos do novo regime. Ao contrário, tendo-se em vista que, na Inglaterra, a lei não objetivava expressar um direito novo, mas representava mero elemento introduzido em um direito ancestral – que, antes de merecer repulsa, era ancorado na história e nas tradições do povo inglês –, e ainda que o juiz era visto como “amigo” do poder que se instalara – uma vez que sempre lutara, misturado ao legislador, contra o absolutismo do rei –, não houve qualquer intenção ou necessidade de submeter o juiz inglês à lei.

Além de a lei jamais ter anulado o poder do juiz, os próprios princípios da Revolução inglesa davam-lhe condição para controlar os atos Legislativos a partir do *common law*, já que o parlamento, embora supremo diante do monarca, era submetido à *common law*⁴³. Mas, na França – como ficará ainda mais claro a seguir –, a supremacia

⁴¹ ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo e Francisco Javier ROIG, Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, cit., p. 787-788.

⁴² ZAGREBELSKI, Gustavo. *Il diritto mitte*, cit., p. 37.

⁴³ “On the basis of the constitutional settlement of 1688 legislative power was vested not an autocratic ruler but in an elected body which meant that the law-making process remained subject to the control of the different groups and interests represented in Parliament. Moreover, statutory enactments played a minor part in the general development of the law which proceeded mainly on the basis of court decisions interpreting the common law. In any case, the statutes adopted by Parliament had to be enforced by the courts which, although acknowledging their duty to defer to the will of the legislature, would construe the statutory rules in accordance with the rights and

do parlamento objetivou amarrar o juiz ao texto da lei, transformando-o em alguém destituído de poder criativo e de *imperium*.

9. O JUIZ COMO “*BOUCHE DE LA LOI*”

Antes da Revolução Francesa, os membros do Judiciário francês constituíam uma classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade, como mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nessa época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais⁴⁴.

Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o *status quo* e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para “julgar”.

A preocupação em desenvolver um novo direito⁴⁵ e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu⁴⁶, aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário⁴⁷. Tornou-se imprescindível limitar a

liberties protected by the established principles of the common law unless Parliament explicitly stated that it wished to derogate from those liberties” GROTE, Rainer. Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments. Disponível em <www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>. Acessado em 15/04/2009, p. 3.

⁴⁴ Lembre-se que Montesquieu, ao elaborar a tese de que não poderia haver liberdade caso o “poder de julgar” não estivesse separado dos poderes Legislativo e Executivo, partiu da sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juízes da sua época. Montesquieu nasceu Charles-Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *Président à mortier* no *Parlement* de Bordeaux, como o nome “Montesquieu”. O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades da sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes (Ver CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 269).

⁴⁵ Na Revolução Inglesa de 1688 não houve desejo de “apagar” o direito antigo, mas apenas intenção de confirmar e fazer o direito já existente contra um rei que não o respeitava. Ver ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo e ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, cit., p. 787.

⁴⁶ *De l'esprit des lois*, publicada pela primeira vez em 1748.

⁴⁷ Montesquieu, ao escrever sobre a separação dos poderes, disse o seguinte: “Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (SECONDAT, Charles-Louis de (Barão de Montesquieu). *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157).

atividade do Judiciário, subordinando-o de forma rígida ao parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo.

De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar” deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”.⁴⁸ Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*).⁴⁹

Assim, conferiu-se o poder de criar o direito apenas ao Legislativo. A prestação judicial deveria se restringir à mera declaração da lei, deixando-se ao executivo a tarefa de executar as decisões judiciais⁵⁰.

Para que se pudesse limitar o poder do juiz à declaração da lei, a legislação deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflitivas. Os Códigos deveriam ser claros, coerentes e completos⁵¹. O medo do arbítrio judicial, derivado da

⁴⁸ Para Montesquieu, o julgamento não poderia ser “mais do que um texto exato da lei”; o juiz deveria ser apenas a *bouche de la loi*, ou seja, um juiz passivo e sem qualquer poder criativo ou de *imperium* (MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, cit., p. 158. Ver, também, TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. (assolutismo e codificazione del diritto). Bologna: Il Mulino, 1976, p. 280).

⁴⁹ Afirmando Montesquieu: “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, *mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei*, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, cit., p. 160; ver TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 192).

⁵⁰ Para explicar como funciona uma Constituição na qual o poder controla o poder, Montesquieu deve indicar os poderes; deve estabelecer quais e quantos são os poderes que, em uma Constituição voltada a garantir a liberdade do cidadão, são predispostos de modo a propiciar um mútuo controle. Neste momento, ele enuncia uma tese extremamente importante na história das doutrinas jurídicas; os poderes não são diversos nos diferentes Estados, mas são sempre e somente três. São eles: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil. O poder “executivo das coisas que dependem do direito civil” também é chamado de “poder de julgar”; é neste momento, aliás, que a expressão “poder de julgar”, ou “poder judiciário”, incorpora-se ao vocabulário jurídico-político. O “poder de julgar” é exercido através de uma atividade puramente intelectual, e não produtiva de “direitos novos”. *Esta atividade não é apenas limitada pela legislação, mas também pela atividade executiva que, objetivando a segurança pública, abarca igualmente a atividade de execução material das decisões que constituem o conteúdo do “poder de julgar”*. (Cf. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*, cit., p. 287-291).

⁵¹ “O paradigma liberal do direito expressou, até as primeiras décadas do século XX, um consenso de fundo muito difundido entre os especialistas em direito, preparando, assim, um contexto de máximas de interpretação *não questionadas* para a aplicação do direito. Essa circunstância explica por que muitos pensavam que o direito podia ser aplicado a seu tempo, sem o recurso a princípios necessitados de interpretação ou a ‘conceitos-chave’ duvidosos” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 313). “com base em tais premissas, a ciência do direito podia afirmar que as disposições legislativas nada mais eram do que partículas constitutivas de um edifício jurídico coerente e que, portanto, o intérprete podia retirar delas, indutivamente

experiência do ancien régime, não apenas exigia a separação entre o poder de criar o direito e o poder de julgar, como também orientava a arquitetura legislativa desejada. Além disto, o racionalismo exacerbado, típico da época, fazia acreditar que a tarefa judicial poderia ser a de apenas identificar a norma aplicável para a solução do litígio.

Porém, a codificação, por si só, não pode explicar a distinção entre o *common law* e o *civil law*. Não se pense que o *civil law* é caracterizada pelos Códigos e pela tentativa de completude da legislação, enquanto o *common law* tem uma característica exatamente contrária. O *common law* também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No *common law*, os Códigos não tem a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código⁵².

É preciso atentar, sobretudo, para a diferença entre a história do poder judicial no *common law* e a história do direito continental europeu, em particular dos fundamentos do direito francês pós-revolucionário. Na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e em botar freios no abuso do governo, como ainda desempenharam papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. Na Inglaterra, a unificação do poder se deu de forma razoavelmente rápida, com a eliminação da

ou mediante uma operação intelectual, as estruturas que o sustentavam, isto é, os seus princípios. Esse é o fundamento da interpretação sistemática e da analogia, dos métodos de interpretação que, na presença de uma lacuna – isto é, da falta de uma disposição expressa para resolver uma controvérsia jurídica –, permitiam individualizar a norma precisa em coerência com o sistema. Portanto, a sistematicidade acompanhava a plenitude do direito” (ZAGREBELSKI, Gustavo. *Il diritto mitte*, cit., p. 43). “Na idade liberal – a idade que se encerra em 1914 entre os esplendores da grande guerra –, o sistema normativo gravita completamente em torno ao Código Civil. O Código Civil de 1865 contém os princípios gerais, *que orientam a regulação das particulares instituições ou matérias, e que, em última instância, servem para colmatar as lacunas do ordenamento*” (IRTI, Natalino. *Leyes especiales (del mono-sistema al poli-sistema)*, *La edad de la descodificación*, Barcelona: Bosch, 1992, p. 93).

⁵² “If, however, one thinks of codification not as a form but as the expression of an ideology, and if one tries to understand that ideology and why it achieves expression in code form, then one can see how it makes sense to talk about codes in comparative law. It is true that California has a number of what are called codes, as do some other states in United States, and that the Uniform Commercial Code has been adopted in most American jurisdictions. However, although these look like the codes in *civil law* countries, the underlying ideology – the conception of what a code is and of the functions it should perform in the legal process – is not the same. There is an entirely different ideology of codification at work in the *civil law* world” (MERRYMAN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 27-28).

jurisdição feudal e de outras jurisdições paralelas. E os juizes colaboraram para esta unificação, afirmando o direito de ancestral tradição na nação, sem qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado⁵³.

A Revolução Francesa, no entanto, procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante o esquecimento não só do direito francês mais antigo como também da negação da autoridade do *ius commune*. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional. Tal direito, ao contrário do inglês, tinha que ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no desenvolvimento do direito e do poder governamental. Não havia como confiar nos juizes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder. Note-se, assim, que o direito francês, além de rejeitar o direito comum do *civil law* e de procurar instituir um direito nacional novo, teve a necessidade de legitimá-lo mediante a subordinação do poder do juiz ao poder do Parlamento. O direito contaria com um grave e insuportável déficit democrático caso fosse interpretado pelos magistrados. Ou melhor, havia bom motivo para não dar aos juizes o poder de interpretar as normas traçadas pelos representantes do povo.

As histórias do poder no *common law* e no *civil law* foram as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juizes destes sistemas jurídicos. Porém, é necessário sinalizar para a circunstância de que a dessemelhança entre as funções dos juizes do *common law* e do *civil law* restaram, em boa medida, no papel e na intenção dos inspiradores do Estado legislativo francês. A Revolução Francesa, como toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei.

10. O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DA LEI NO *CIVIL LAW*

Como dito, a Revolução Francesa pretendeu proibir o juiz de interpretar a lei. Imaginava-se que, com uma legislação clara e completa, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei, e, desta maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar o alcance da lei e sem nunca se deparar com a sua ausência ou mesmo com

⁵³ “In the United States and England, on the contrary, there was a different kind of judicial tradition, one in which judges had often been a progressive force on the side of the individual against the abuse of power by the ruler, and had played an important part in the centralization of governmental power and the destruction of feudalism. The fear of judicial lawmaking and of judicial interference in administration did not exist. On the contrary, the power of the judges to shape the development of the *common law* was a familiar and welcome institution. It was accepted that the courts had the powers of *mandamus* (to compel officials to perform their legal duty) and *quo warranto* (to question the legality of an act performed by a public official). The judiciary was not a target of the American Revolution in the way that it was in France” (MERRYMAN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio, *The civil law tradition*, cit., p. 17).

conflito entre as normas. Na excepcionalidade de conflito, obscuridade ou falta de lei, o juiz obrigatoriamente deveria apresentar a questão ao Legislativo para a realização da “interpretação autorizada”.

A Lei Revolucionária de agosto de 1790 não só afirmou que “os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” (Título II, art. 10), mas também que os tribunais “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art. 12).⁵⁴

Afirmou-se que o juiz, ao não poder identificar a norma aplicável à solução do caso, deveria recorrer ao Legislativo. Supunha-se, é claro, que estas situações seriam raras, e que – depois de um tempo de consulta ao Legislativo – tenderiam a desaparecer. De qualquer forma, pouca coisa pode expressar de forma tão marcante a pretensão da Revolução em limitar o poder judicial.

Algo similar anteriormente aconteceu no direito prussiano. O célebre Código prussiano, elaborado por Federico o Grande, continha mais de dezessete mil artigos, revelando o intento de regular todas as situações fáticas, por mais específicas que fossem. Do mesmo que o Código Napoleão – que tinha 2.281 artigos –, o objetivo de Federico foi o de fazer um direito à prova de juízes⁵⁵. Federico não se deu por contente com os dezessete mil artigos do seu Código, tendo também proibido os juízes de interpretá-los, e, do mesmo modo que a Lei Revolucionária Francesa de 1790, criou uma comissão legislativa a quem os juízes tinham o dever de recorrer em casos de dúvida sobre a aplicação de uma norma. O juiz que caísse na tentação de interpretar o Código incidiria na “grande ira” de Federico e sofreria severo castigo⁵⁶.

Ainda mais interessante, para o nosso propósito, é a história da Corte de Cassação francesa. Este tribunal também foi instituído em 1790, com o nítido objetivo de limitar o poder judicial mediante a cassação das decisões que destoassem do direito criado pelo parlamento⁵⁷. É possível dizer que a *Cassation* foi instituída como uma válvula de escape

⁵⁴ “Os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” (Título II, art. 10); “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art. 12); “as funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus cargos, os juízes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções (Título II, art. 12). (Lei Revolucionária de agosto de 1790) (Ver CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 272).

⁵⁵ MERRYMAN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 39..

⁵⁶ MERRYMAN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 39..

⁵⁷ Ver CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione civile*, I, *Storia e legislazione*, Torino, 1920, p. 426 e ss; Michele Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 29 e ss.

contra a aplicação incorreta da lei e a não apresentação do caso à interpretação autorizada do Legislativo. Porém, talvez já se vislumbrasse a dificuldade prática em se exigir dos juízes a exposição das suas dúvidas ao Legislativo, bem como o trabalho excessivo e praticamente inviável que seria submetido aos legisladores caso todas as dificuldades interpretativas lhes fossem anunciadas⁵⁸.

Embora chamado de Corte, esse órgão não fazia parte do Poder Judiciário, constituindo instrumento destinado a proteger a supremacia da lei. Esta primeira natureza (não jurisdicional) da Cassação era compatível com a sua função de apenas cassar ou anular as decisões judiciais que dessem à lei sentido indesejado. Sem obrigar o juiz a requerer a devida interpretação, impedia-se que as decisões que não se limitassem a aplicar a lei tivessem efeitos. Ao invés de se utilizar o instrumento da “consulta interpretativa autorizada”, preferia-se algo mais factível, isto é, cassar a interpretação equivocada.

Frise-se que a Corte de Cassação foi instituída unicamente para cassar a interpretação incorreta; não para estabelecer a interpretação correta ou para decidir em substituição à decisão prolatada pelo juiz ordinário. Lembre-se que a Cassação sequer era considerada um órgão jurisdicional e, por isto mesmo, não podia decidir. De modo que a Cassação não se sobrepunha ao órgão judicial ordinário por ter o poder de proferir a última decisão, mas sim por ter o poder para afirmar como a lei não deveria ser interpretada.

O tempo fez sentir que o momento para afirmar como a lei *não* deveria ser interpretada também seria oportuno para afirmar como a lei deveria ser interpretada. Ou seja, a história mostra que a Cassação, de órgão destinado a simplesmente anular a interpretação errada, passou a órgão de definição da interpretação correta. Tal evolução igualmente obrigou à mutação da feição do órgão estatal, que assumiu a natureza jurisdicional, de órgão incumbido de participar do processo de produção de decisões judiciais.

Mas a Corte de Cassação não apenas adquiriu o semblante de órgão jurisdicional, como passou a constituir o tribunal de cúpula do sistema, sobrepondo-se aos tribunais ordinários. A sua função se tornou a de ditar e assegurar a interpretação correta da lei, evitando que os tribunais inferiores consolidassem interpretações equivocadas.

Assim, a Corte de Cassação chega a um estágio em que não há mais controle não jurisdicional das interpretações judiciais. Há, agora, preocupação em fixar, mediante o próprio Judiciário, a unidade do direito, ou, mais precisamente para aquela época, a uniformidade da interpretação da lei no país e nos vários tribunais inferiores. Basicamente, isto se tornou possível por dois motivos. Adquiriu-se consciência de que a leitura do texto da norma implica um ato de compreensão, que, assim, abre oportunidade para várias definições e, portanto, interpretações. Ademais, tornou-se inquestionável que o ato de compreender a lei era de incumbência do Judiciário e não do Legislativo. De modo que passou a importar, em verdade, apenas se seria conveniente admitir que o

⁵⁸ MERRYMAN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 39 e ss.

Judiciário exprimisse, em um mesmo instante histórico, várias interpretações para a mesma lei. O ponto tem relevância insuspeita, particularmente em face do sistema brasileiro.

Não obstante, cabe sublinhar, desde logo, que se a função do Superior do Tribunal de Justiça é zelar pela integridade do direito infraconstitucional, a sua feição não é muito diferente daquela que a Cassação francesa assumiu com o passar do tempo. Também no sistema brasileiro há preocupação em saber como o Judiciário deve se exprimir diante da inafastabilidade de diversas interpretações, sendo a solução para o problema a imposição da interpretação do Superior Tribunal de Justiça sobre os tribunais ordinários.

De qualquer forma, é imprescindível e importante notar que a Corte de Cassação, hoje tribunal jurisdicional voltado a assegurar a uniformidade da interpretação da lei, tem origem em um órgão não jurisdicional, instituído para evitar que a vontade dos juízes se sobrepusesse à vontade dos habitantes do parlamento. De órgão voltado a garantir a supremacia da lei para órgão destinado a afirmar e a zelar por uma única interpretação da lei, eis a verdadeira mutação pela qual a Cassação passou.

Porém, é surpreendente que a cultura jurídica do *civil law* não tenha se dado conta de que tal mutação não poderia permitir a manutenção dos dogmas, que deitam raízes na Revolução Francesa, de que a lei constitui a segurança de que o cidadão precisa para viver em liberdade e em igualdade e de que o juiz apenas atua a vontade da lei.

11. A CERTEZA JURÍDICA COMO GARANTIA DA SEGURANÇA

Para a Revolução Francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis.

Assim, manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica. O próprio Montesquieu fez coro pela segurança jurídica fundada na estrita aplicação da lei quando disse que, se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.⁵⁹ Essa passagem da doutrina de Montesquieu, segundo adverte Giovanni Tarello, evidencia uma ideologia que sugere que a liberdade política, entendida como segurança psicológica do indivíduo, realiza-se por meio da certeza do direito.⁶⁰

A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria lei. O ponto tem enorme relevância. Note-se que o *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como

⁵⁹ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, cit., p. 158; ver Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 194.

⁶⁰ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 294.

ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais.

Isso significa, portanto, que, nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei, naturalmente aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam que ser buscadas em outro lugar. E que lugar foi este? Ora, exatamente nos precedentes, ou, mais precisamente, no *stare decisis*.

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se.

Contudo, a questão pode ser definitivamente desnudada apenas a partir da descoberta do motivo pelo qual a doutrina do *civil law*, mesmo após ter admitido a obviedade de que o juiz interpreta a lei, e, mais do que isso, que os juízes frequentemente divergem e proferem inúmeras decisões diferentes ao aplicarem o texto da lei, continuou aceitando que a lei seria suficiente para garantir a segurança e a previsibilidade.

Trata-se de algo curioso. Embora a praxe tenha constatado que nada adianta a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes, a única preocupação da doutrina tem sido a de demonstrar que, apesar de ter se tornado evidente que o juiz presta a tutela jurisdicional indo muito além da mera aplicação da lei, isto não significa negação do princípio da separação dos poderes. Ou melhor, a doutrina não tomou consciência de que, diante da variedade das decisões e das interpretações da lei, seria necessária uma elaboração dogmática capaz de garantir a segurança, a previsibilidade e a igualdade. Há que se dizer, sem qualquer pudor, que a doutrina do *civil law* cometeu pecado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante e preferindo preservar o dogma ao invés de denunciar a realidade e a funesta consequência dela derivada.

Em resumo: não há como ignorar, tanto no *common law* como no *civil law*, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por consequência, variadas decisões judiciais. Porém, o *common law*, certamente com a colaboração de um ambiente político e cultural propício, rapidamente intuiu que o juiz não poderia ser visto como mero revelador do direito costumeiro, chegando a atribuir-lhe a função de criador do direito, enquanto o *civil law* permanece presa à ideia de que o juiz simplesmente atua a vontade do direito. De modo que o *common law* pôde facilmente enxergar que a certeza jurídica apenas poderia ser obtida mediante o *stare decisis*, ao passo que o *civil law*, por ainda estar encobrindo a realidade, nos livros fala e ouve sobre a certeza jurídica na aplicação da lei, mas, em outra dimensão, sente-se atordoada diante da desconfiança da população, além de envolta num emaranhado de regras que, de forma não sistemática, tentam dar alguma segurança e previsibilidade ao jurisdicionado.

12. O INDIVIDUALISMO DO JUIZ DO *CIVIL LAW*

Embora as decisões, no sistema do *civil law*, variem constantemente de sinal, trocando de sentido ao sabor do vento, isto deve ser visto como uma patologia ou como um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa tradição jurídica.

Supôs-se que os juizes não devem qualquer respeito às decisões passadas, chegando-se a alegar que qualquer tentativa de vincular o juiz ao passado interferiria sobre o seu livre convencimento e sobre a sua liberdade de julgar.

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 individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos 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 isso, que este sistema não serve a ele, porém ao povo.

Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isso, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isto, o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional.

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em um “nada”, ou, pior, em obstáculo que tem que ser contornado mediante a interposição de recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo. De outra parte, é certo que o juiz deixa de respeitar a si mesmo e ao jurisdicionado quando nega as suas próprias decisões. Trata-se de algo pouco mais do que contraditório, beirando, em termos unicamente lógicos, o inconcebível.

Como é evidente, diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com o tribunal superior ou em conformidade com decisão que anteriormente proferiu. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que o *common law* conhece por *distinguished*, isto é, a diferenciação do caso que está para julgamento. Do mesmo modo, o juiz pode deixar

de decidir de acordo com decisão que já prolatou, ainda que diante de caso similar, quando tem justificativa para tanto e desde que procedendo à devida fundamentação do motivo pelo qual está alterando a sua primitiva decisão.

Como se vê, o juiz não perde a liberdade de julgar por estar submetido ao que já decidiu ou às decisões dos tribunais superiores. Ele pode, com a devida justificativa, alterar a sua anterior decisão, ou, demonstrando a diversidade do caso que lhe foi submetido, não aplicar a decisão do tribunal superior. A proibição só atinge a possibilidade de decisão, ainda que fundamentada, diversa a do tribunal superior. Mas isto por uma questão puramente lógica, ancorada na própria estrutura do sistema de produção de decisões.

Frise-se que não há poder que não tenha responsabilidade pelas suas decisões. Porém, é pouco plausível que alguém possa justificar a sua responsabilidade quando decide casos iguais de forma desigual. “*Treat like cases alike*” é o princípio que, visto em seu significado originário⁶¹, sempre esteve na base do *common law*, consistindo uma das principais razões da sua coerência, assim como da confiança e do respeito nos juízes. Tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do Poder.

13. O IMPACTO DO CONSTITUCIONALISMO NO *CIVIL LAW*

A noção de norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento, típica do direito da Revolução Francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos.⁶² Entre outras coisas, vivenciou-se a experiência de que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios de justiça.

Assim, tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua conformação aos princípios de justiça. Esta “substância” e

⁶¹ Não se está considerando, portanto, outras questões já postas em torno do princípio, como a de que a uniformidade ditada pelo princípio eliminaria a capacidade de os tribunais responderem às necessidades da diversidade e do pluralismo. “To be sure, I am not suggesting that these reasons for forgoing uniformity are necessarily present in each and every case. Far from it. But often one or both of them are, and this should count against the assumption that the value of predictability of judicial decisions ought to prevail. Thus, treating like cases alike is not necessarily desirable or even warranted” (MARMOR, Andrei. Should like cases be treated alike? *Legal Theory*, 2005, p. 35). O que pretende, no texto, é evidenciar a necessidade de se tratar casos similares da mesma maneira, e não tornar irrevogáveis os entendimentos firmados nos precedentes. Ver, ainda, BENDITT, Theodore M. The rule of precedent, in *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 92 e ss; MacCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are, in *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 160.

⁶² Como diz Natalino Irti, “as leis especiais agora estão no centro da experiência jurídica contemporânea. As definições, enunciadas pela doutrina do século XIX e das primeiras décadas do nosso, tornaram-se insuficientes. É necessário revisar as teorias das fontes e redefinir a *relação entre Constituição, Código Civil e leis especiais*” (IRTI, Natalino. Leyes especiales (del mono-sistema al poli-sistema). *La edad de la descodificación*, cit., p. 93). Ver C. D. Classen, Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt, *JZ*, 2003, p. 693; G. Hermes, Grundrechtschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? *NJW*, 1990, p. 1764.

estes “princípios” foram infiltrados nas Constituições, que perderam os seus resquícios de flexibilidade para se tornarem “rígidas”, no sentido de não passíveis de modificação pela legislação ordinária. A Constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia, passando a se subordinar à Constituição.⁶³

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.⁶⁴

O próprio princípio da legalidade passa a ter outro significado, deixando de ter um conteúdo apenas formal para adquirir conteúdo substancial. O princípio da legalidade passa a se ligar ao conteúdo da lei, ou melhor, à conformação da lei com os direitos fundamentais.

A mutação do princípio da legalidade fez com que Ferrajoli aludisse a uma segunda revolução, contraposta a que foi criada com a aparição do antigo princípio da legalidade, o qual provocou, com a afirmação da onipotência do legislador, uma alteração de paradigma em relação ao direito anterior ao do Estado Legislativo. Esta segunda revolução também implicou em quebra de paradigma, substituindo o princípio da legalidade formal pelo princípio da legalidade substancial.⁶⁵

Numa primeira visão alguém poderia negar qualquer ruptura de paradigma, preferindo enxergar mera reafirmação da supremacia da lei, argumentando que a subordinação do Estado à lei teria sido levada à última consequência, consistente na subordinação da própria legislação à Constituição, que seria a “lei maior”. Porém, esta leitura constitui um reducionismo injustificável do significado da subordinação da lei à Constituição ou uma incompreensão das tensões que conduziram à transformação da própria noção de direito. Na verdade, a subordinação da lei à Constituição não pode ser compreendida como mera “continuação” dos princípios do Estado legislativo, pois significa uma “transformação” que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição⁶⁶.

⁶³ Ver PERLINGIERI, Pietro *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991; Rolf Stürner, Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozessrecht, *NJW*, 1979, p. 2336; Peter Häberle, Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat, *Recht und Staat – Festschrift für K. Küchenhoff*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972.

⁶⁴ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático, in *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 34; U. Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, *DÖV*, 1971, p. 505.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 53.

⁶⁶ ZAGREBELSKI, Gustavo. *Il diritto mitte*, cit., p. 46.

Não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas sim na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa continental não resistiram à necessidade do controle da constitucionalidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do Legislativo.

Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*.⁶⁷ O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do Legislativo. Lembre-se que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere sentido à lei, distinto do que lhe deu o Legislativo. A feição judicial da imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais⁶⁸. Ora,

⁶⁷ Realmente não importa alardear que o juiz cria o direito. O que importa é evidenciar que o juiz do Estado constitucional exerce papel diverso do juiz caracterizado pela tradição do *civil law*. Tomando-se em conta as teorias clássicas da jurisdição – atuação da vontade da lei (Chiovenda) e criação da norma individual (Carnelutti) –, não há dúvida de que o juiz somente pode proferir a sentença com base em norma criada pelo legislador. Embora, em princípio, a ausência de norma geral sequer pudesse ser cogitada em face de tais teorias, é possível indagar o que poderia ser feito pelo juiz destas teorias diante de ausência de lei. Ora, nesta situação não restaria ao juiz outra alternativa senão criar o direito. Atualmente, entretanto, com a transformação do conceito de direito e com a nova dimensão da função jurisdicional, o que realmente interessa saber é como o juiz constrói a norma jurídica do caso concreto quando a norma geral não existe ou não está de acordo com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais. A construção dessa norma jurídica não significa criação de norma individual – até porque esta, por lógica, deve se fundar na norma geral – para regular o caso concreto ou criação de norma geral. A norma jurídica cristalizada mediante a conformação da lei à Constituição pode ser dita uma norma jurídica criada para o caso concreto, mas está longe de ser uma simples norma individual voltada a concretizar a norma geral ou mesmo de representar a instituição de um direito destituído de base no direito já existente. (Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, 3. ed., cit., p. 104 e ss).

⁶⁸ Se há normas que violam os princípios de justiça e os direitos fundamentais, existem também omissões, ou ausência de normas, que agridem esses mesmos princípios e direitos. Por isto não há razão para entender possível o controle da constitucionalidade da lei e julgar inviável o controle da constitucionalidade da falta de lei. Ora, se o juiz deve controlar a atividade legislativa, analisando a sua adequação à Constituição, é pouco mais do que evidente que a sua tarefa não deve se ater apenas à lei que viola um direito fundamental, mas também à ausência de lei que não permite a efetivação de um direito desse porte. As omissões que invalidam direitos fundamentais evidentemente não podem ser vistas como simples opções do legislador, pois ou a Constituição tem força normativa ou força para impedir que o legislador desrespeite os direitos fundamentais, e assim confere ao juiz o poder de controlar a lei e as omissões do legislador, ou a Constituição constituirá apenas proclamação retórica e demagógica. Deixe-se claro, aliás, que a única dúvida que pode pairar sobre a possibilidade de o juiz controlar a inconstitucionalidade da omissão

isto apenas pode significar, aos olhos dos princípios e da tradição do *civil law*, uma afirmação do poder judicial com força de direito, nos moldes do que se concebeu no *common law*.

Considerando-se o *common law*, torna-se fácil constatar a conclusão de que o juiz, na falta de direito preexistente, realiza atividade criativa. Na verdade, esta é uma questão que o positivismo de Hart põe a toda evidência:

Haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido anteriormente⁶⁹.

No entanto, percebe-se que há, no *civil law*, preocupação em negar ou obscurecer – ou talvez tornar irrelevante – o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz. Há completo descaso pelo significado da nova função judicial. Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser um mero servo do Legislativo. Há apenas cuidado em demonstrar que o princípio da separação dos poderes mantém-se intacto, como se importante fossem apenas os princípios e não a

no caso concreto diz respeito aos casos em que a norma constitucional atribui ao legislador um dever de legislar. Esses casos, em que o constituinte, de caso pensado, abre uma lacuna não ofensiva do plano de ordenação constitucional, dando ao legislador a tarefa de colmatá-la, são completamente diferentes daqueles em que a ausência de lei não é decorrente da não observância de dever de legislar imposto por norma constitucional, mas ainda assim impede a efetivação de um direito fundamental. Ou seja, a omissão constitucional não se resume apenas à hipótese em que a norma constitucional outorga ao legislador o dever de legislar, mas também aos casos em que o dever de legislar decorre da própria necessidade de proteção de um direito fundamental, ou melhor, aos casos em que a omissão do legislador nega o próprio direito fundamental. De modo que, para esses casos, não se pode sequer cogitar sobre os instrumentos técnico-processuais instituídos para a correção da omissão do dever constitucional de legislar, como o mandado de injunção (art. 102, I, g, CF). Veja-se que um direito fundamental pode depender de uma regra que lhe dê proteção. Nessa hipótese, configurando-se a omissão legislativa, há verdadeira omissão de proteção, devida pelo legislador. Essa omissão pode ser reconhecida judicialmente, quando o juiz deverá determinar a supressão da omissão para dar proteção ao direito fundamental. O problema que pode existir, nessa ocasião, relaciona-se com a “forma” mediante a qual o juiz determinará a proteção. Se o direito fundamental não pode ficar sem proteção, o direito que restou intocado pela omissão legal certamente só deverá suportar a medida que, dando proteção ao direito, o sujeito à menor restrição possível. Por outro lado, a supressão da omissão da regra processual é ainda mais fácil de ser assimilada. Considerando-se a natureza instrumental da regra processual, percebe-se sem dificuldade quando a sua ausência ou insuficiência impede a efetiva tutela do direito material. Como o discurso processual, relativo à aplicação da regra de processo, recai sobre o discurso que evidencia as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto, basta concluir se o legislador processual deixou de editar regra imprescindível à tutela do direito material. Em caso positivo, a técnica a ser utilizada, que obviamente deve ser adequada e idônea à proteção à necessidade de direito material evidenciada na motivação, também deve ser a que causa a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, 3. ed., cit. Parte I, item 5.3.

⁶⁹ HART, Herbert. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 135.

transformação da realidade. Como é óbvio, não se quer dizer que o princípio da separação dos poderes não mais tem significado ou importância. Deseja-se tão-somente demonstrar que, quando se tenta acomodar a realidade na fôrma das regras, corre-se o risco de ver surgir algo que mais parece com uma imagem refletida a partir de um espelho de circo. O vezo de acomodar a realidade às regras e aos princípios faz com que a realidade seja distorcida e até mesmo negada. São as regras e os princípios que devem adquirir outra conformação, adaptando-se às novas realidades, e não o contrário.

A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.

14. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI NO BRASIL

Sabe-se que, no sistema brasileiro, o controle de constitucionalidade pode se dar mediante ação direta, dirigida ao Supremo Tribunal Federal, ou no curso de qualquer ação voltada à solução de um caso conflitivo concreto.⁷⁰ O controle da constitucionalidade também pode ser feito através das técnicas da “interpretação conforme a Constituição” e da “declaração parcial de nulidade (ou de inconstitucionalidade) sem redução de texto” (art. 28, parágrafo único, Lei n.º 9.868/99), seja mediante ação direta, seja incidentalmente.

Quando o processo, respeitante a caso conflitivo concreto, chega ao Supremo Tribunal Federal em razão de recurso extraordinário, o controle da constitucionalidade continua sendo incidental ao julgamento da causa. Porém, a tese de que a decisão proferida em razão de recurso extraordinário atinge unicamente os litigantes tem sido mitigada na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Recentemente, surgiu no Supremo orientação que nega expressamente a equivalência entre controle incidental e eficácia da decisão restrita às partes do processo. Esta tese sustenta que mesmo decisões tomadas em sede de recurso extraordinário – ou seja, em controle incidental –, quando objeto de manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, gozam de efeito vinculante em relação aos órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário.⁷¹

⁷⁰ Ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007; MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES, Inocêncio e BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008; BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

⁷¹ STF, RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003, p. 65. Em sede doutrinária, ver Gilmar Ferreira Mendes, O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional, *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, abr.-jun. 2004, p. 164.

O fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no *civil law*. Ao contrário do que ocorre em grande parte do direito continental europeu, em que o controle da constitucionalidade não é deferido à “magistratura ordinária”, todo e qualquer juiz brasileiro tem o poder-dever de realizar o controle da constitucionalidade nos casos concretos.

Isto confere ao sistema judicial brasileiro uma grande particularidade, na medida em que o juiz de 1º grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme a Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei por meio das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais. Trata-se de um poder de ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do *civil law*.

Embora o controle da constitucionalidade, ainda que deferido apenas aos Tribunais Constitucionais, negue o império do Legislativo, a autoridade dos juízes no sistema de controle difuso é mais intensa. Nesse sistema o “juiz ordinário” tem poder para controlar a constitucionalidade da lei, enquanto no outro não. Como não poderia deixar de ser, há, por detrás desta diferença, um significado. No sistema de controle concentrado, negando-se poder ao juiz ordinário, ainda está presente a doutrina da supremacia da lei ou da estrita separação dos poderes e, mais visivelmente, a presunção da validade das leis sobre toda a magistratura, com exceção do Tribunal Constitucional.⁷²

Quando o controle da constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente, já que não está em jogo apenas a unificação da interpretação do direito infraconstitucional, mas também a própria afirmação judicial do significado da Constituição.

Nesta dimensão importa lembrar que o sistema judicial brasileiro está mais perto do americano do que do de controle reservado unicamente ao Tribunal Constitucional. O sistema judicial americano certamente teria tido grande dificuldade para se desenvolver se o seu juiz ordinário estivesse autorizado a divergir da sua Suprema Corte. Na verdade, há absoluta falta de lógica em se dar ao juiz ordinário a possibilidade de negar o significado atribuído à Constituição, quando se sabe que os Supremos Tribunais têm, como principal missão, a definição da interpretação da Constituição. E tal ausência de lógica é ainda mais visível num país de sistema misto de controle da constitucionalidade, como o Brasil, em que se dá ao Supremo Tribunal não só a função de dar a última palavra sobre a questão constitucional no processo concreto, mas igualmente a função de realizar o controle abstrato da constitucionalidade da lei.

⁷² CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 66 e ss.

15. A ADOÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE E A IMPRESCINDIBILIDADE DO STARE DECISIS

O *judicial review*, antes de afirmar, ao menos explicitamente, o poder de o Judiciário controlar a atividade do Legislativo, fundou-se na supremacia da Constituição sobre as leis, na ideia de que a lei que nega a Constituição é nula, e, mais enfaticamente, na constatação de que o Judiciário é o interprete final da Constituição e, assim, por lhe caber pronunciar o sentido da lei, também é dele o poder de dizer se a lei é contrária à Constituição⁷³.

A partir da premissa de que o juiz, para decidir os casos conflitivos, deve analisar a relação da lei com a Constituição, entendeu-se que o juiz americano poderia realizar, incidentalmente, o controle da constitucionalidade das leis. De modo que o poder de afirmação de constitucionalidade e de inconstitucionalidade da lei, nos Estados Unidos, sempre esteve nas mãos do juiz do caso concreto.

É certo que a doutrina americana demorou para individualizar os precedentes constitucionais – isto é, os precedentes que tratam de questões constitucionais – diante dos precedentes de *common law* e de interpretação legal⁷⁴. É provável que isto tenha ocorrido em virtude de a jurisdição constitucional representar algo absolutamente novo para os juristas das origens do sistema judicial americano. Havia experiência com os precedentes de *common law*, mas não com os precedentes constitucionais. A doutrina precisou de tempo, quase um século, para desenvolver uma teoria capaz de esclarecer as relações entre as diferentes espécies de precedentes⁷⁵.

Não obstante, o *stare decisis* também se impôs diante dos precedentes constitucionais⁷⁶. Aliás, não haveria sentido que, em um sistema fundado no direito à

⁷³ “The concept of judicial review really rests upon three separate bases: (1) that the Constitution binds all parts of the federal government, (2) that it is enforceable by the Courts in actions before it, and (3) that the judiciary is charged with interpreting the Constitution in a unique manner so that its rulings are binding on all departments of the government *Marbury* seeks to establish the first two of these principles and only implies the existence of the third. The first two principles are, in fact, both historically and logically easier to prove than the third” (NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. *Principles of Constitutional Law*. St. Paul: Thomson West, 2008, p. 8).

⁷⁴ Ver GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

⁷⁵ “It is plausible that the reticence about the propriety of analogizing constitutional adjudication to the *common law* in the late 18th and early 19th century might be attributable to the fact that constitutional adjudication was novel to the Framers. Prior to the drafting and ratification of the Constitution, American had little, if any, meaningful experience with constitutional adjudication. The Framers and Ratifiers had firsthand experience with *common law* precedents, but not with constitutional ones; they had no precedent for handling constitutional precedents. Consequently, American lawyers and jurists may have needed time – almost a century – to develop a coherent doctrine to clarify the relationships among the different kinds of precedents in the legal system” (GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*, cit., p. 48-49).

⁷⁶ No caso *Cooper v. Aaron*, em 1958, decidiu-se que “a interpretação da décima quarta emenda anunciada por esta Corte no caso *Brown* é *the supreme law of the land* e o art. VI da Constituição faz com que esta decisão

igualdade das decisões, na segurança jurídica e na previsibilidade das decisões judiciais⁷⁷, os precedentes constitucionais não fossem respeitados⁷⁸.

É intuitivo que, num sistema que ignora o precedente obrigatório, não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei. Como bem adverte Cappelletti, a introdução no *civil law* do método americano de controle de constitucionalidade conduziria à consequência de que uma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes e tribunais que a entendessem inconstitucional, mas, no mesmo instante e época, ser aplicada por outros juízes e tribunais que a julgassem constitucional. Ademais – diz o professor italiano –, nada impediria que o juiz que aplicasse determinada lei não a considerasse no dia seguinte ou vice-versa, ou, ainda, que se formassem verdadeiras facções jurisprudenciais nos diferentes graus de jurisdição, simplesmente por uma visão distinta dos órgãos jurisdicionais inferiores, em geral compostos de juízes mais jovens e, assim, mais propensos a ver uma lei como inconstitucional, exatamente como aconteceu na Itália no período entre 1948 e 1956. Demonstra Cappelletti que, desta situação, poderia advir uma grave situação de incerteza jurídica e de conflito entre órgãos do Judiciário.⁷⁹

Além destas obviedades – que parecem se tornar dignas de nota apenas quando afirmadas por um jurista do porte de Cappelletti –, não há como esquecer da falta de racionalidade em obrigar alguém a propor uma ação para se livrar dos efeitos de uma lei que em inúmeras vezes já foi afirmada inconstitucional pelo Judiciário. Note-se que o sistema que admite decisões contrastantes estimula a litigiosidade e incentiva a propositura de ações, pouco importando se o interesse da parte é a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei. Ou seja, a ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição.

Este momento, porém, não se presta ao destaque das várias razões que apontam para a contradição entre o controle difuso da constitucionalidade e a ausência de precedentes

tenha efeito vinculante (*binding effect*) sobre os Estados” (“It follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the Brown case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States” – *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18, 1958). Aí se fez presente a ideia de decisão obrigatória e vinculante, *binding* para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e para Administração Pública, que passou a ser conhecida como *stare decisis* em sentido vertical.

⁷⁷ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*, Cambridge. Harvard: University Press, 1988, p. 42 e ss.

⁷⁸ Nos Estados Unidos é inadmissível que um órgão jurisdicional inferior desobedeça àquilo que a Suprema Corte já afirmou ser o direito. Como recentemente afirmou o *Justice Kennedy*, ao decidir o caso *Lawrence v. Texas*, “[a] doutrina do *stare decisis* é essencial para o respeito para com os julgamentos da Corte e para a estabilidade do direito” (The doctrine of *stare decisis* is essential to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law. – *Lawrence v. Texas*, 559 U.S. 558, 577, 2003).

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 62 e ss.

constitucionais de cunho obrigatório. É aqui suficiente sublinhar a autoridade de Cappelletti para demonstrar que o modelo estadunidense não se adapta à *civil law*, ou, mais precisamente, ao sistema que nega a importância de respeito aos precedentes.

Que dizer, então, do sistema brasileiro, em que se misturam os controles concentrado e difuso da constitucionalidade? Nos países que não adotam o *stare decisis*, a saída racional para o controle da constitucionalidade apenas pode estar no controle concentrado, adotando-se o modelo de decisão única com eficácia *erga omnes*. O controle difuso, destituído de decisões com eficácia vinculante, não é adequado.

Porém, preferindo-se apostar no controle difuso – diante da sua superioridade diante do controle concentrado, particularmente em relação ao Brasil –, torna-se inevitável adotar um sistema de precedentes constitucionais de natureza obrigatória⁸⁰. O sistema de súmulas vinculantes, instituído pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, constituiu sinal claro neste sentido, embora normas como a do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil – instituída pela Lei n.º 9.756/1998 – já apontassem para a necessidade de vinculação dos tribunais inferiores. Esta Emenda Constitucional incluiu no texto constitucional o art. 103-A, que estabelece a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmula com caráter obrigatório e vinculante para todo o Poder Judiciário e, ainda, para a Administração Pública direta e indireta, em todas as suas esferas. Nos termos desta nova norma constitucional, “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Na verdade, o sistema de súmulas, como *única e indispensável* forma para a vinculação dos juízes, é contraditório com o fundamento que, embora não explícito, justifica o respeito obrigatório aos precedentes constitucionais. O que justifica o respeito aos precedentes é a igualdade, a segurança jurídica e a previsibilidade.

De modo que, em princípio, uma simples decisão tomada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, não importa a qualidade da maioria obtida, não pode deixar de vincular o próprio Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais e juízes. Não há razão lógica para se exigir decisões reiteradas, a menos que se parta da premissa de que o Supremo

⁸⁰ Segundo Cappelletti, o *stare decisis* acaba conferindo à decisão de inconstitucionalidade da lei, ainda que indiretamente, eficácia *erga omnes*. Fala-se, neste sentido, numa verdadeira transformação da decisão que seria simples cognitivo incidental de inconstitucionalidade com eficácia restrita ao caso concreto em pronunciamento dotado de eficácia *erga omnes* (CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 64). Embora a afirmação de Cappelletti deva ser vista com reservas, pois há diferença entre eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante, é ela digna de nota por significar a necessidade de vincular os juízes às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso.

Tribunal Federal não se importa com a força de cada uma das suas decisões e supõe não ter responsabilidade perante os casos futuros⁸¹. Tal premissa, ainda que pudesse ser válida dentro de um sistema puro de *civil law*, é incompatível com um sistema estruturado sob o controle difuso da constitucionalidade, que, necessariamente, deve contar com uma Corte superior capaz de fazer prevalecer as suas decisões, sobre si e os demais juízes, para dar segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados.

Ademais, decisão tomada por maioria do pleno do Supremo Tribunal Federal, ainda que não de 2/3, seguramente constitui decisão que não pode deixar de se impor ao próprio Supremo Tribunal Federal e aos demais juízes. A circunstância de uma Suprema Corte poder revogar os seus próprios precedentes, como costumeiramente acontece nos Estados Unidos, nada tem a ver com o fato de o precedente ser oriundo de caso que se repetiu ou não ou de a decisão ter sido tomada por maioria simples ou por maioria de 2/3. O que pode justificar a revogação de um precedente, por exemplo, é a mutação da realidade social que a Corte considerou ao decidir⁸².

A compreensão da necessidade de cada uma das decisões do Supremo Tribunal Federal vincular ao próprio tribunal e aos demais juízes advém da premência de se dar sentido à função da mais alta Corte brasileira diante do sistema de controle de constitucionalidade. Não há racionalidade em supor que apenas algumas das suas decisões, tomadas no controle difuso, merecem ser respeitadas pelo próprio tribunal e pelos demais juízes, como se o jurisdicionado não devesse confiar nas decisões do Supremo Tribunal Federal antes de serem sumuladas. Ora, isso seria o mesmo que supor que a segurança jurídica e a previsibilidade dependeriam das súmulas e, por consequência, que o próprio Poder Judiciário, diante do sistema ao qual é submetido, não teria capacidade de responder aos seus deveres e aos direitos fundamentais do cidadão perante a justiça.

Perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concentrado e difuso, não havendo qualquer razão para discriminar os efeitos das decisões tomadas no recurso extraordinário em face das decisões tomadas no controle concentrado⁸³. Nessa

⁸¹ “An argument from precedent seems at first to look backward. The traditional perspective on precedent, both inside and outside of law, has therefore focused on the use of yesterday’s precedents in today’s decisions. But in equally if not more important way, an argument from precedent looks forward as well, asking us to view today’s decision as a precedent for tomorrow’s decisionmakers. Today is not only yesterday’s tomorrow; it is also tomorrow’s yesterday. A system of precedent therefore involves the special responsibility accompanying the power to commit the future before we get there” (SCHAUER, Frederick. Precedent, *Stanford Law Review*, 1987, p. 572). “As I have remarked elsewhere, the requirement of formal justice has a forward-looking as well as a backward-looking application” (MacCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are, in *Precedent in Law*, cit., p. 161). Ver Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, 1987, p. 75 e ss.

⁸² Ver GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*, cit., p. 17 e ss.

⁸³ O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, no exercício de jurisdição constitucional, é fenômeno contemporâneo ao enriquecimento do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade, com o

perspectiva, escreve o Ministro Gilmar Mendes que “a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental”⁸⁴.

Em acórdão paradigmático, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu a 1.º Turma do Supremo Tribunal Federal que a decisão plenária, “declaratória da inconstitucionalidade de norma, posto que incidente,... elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar as decisões de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário”⁸⁵.

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, evidenciando a tendência de enxergar eficácia vinculante nas decisões tomadas em recurso extraordinário, só foi transformado em direito positivo com a Lei n.º 9.756/1998, que inseriu parágrafo único ao art. 481 do Código de Processo Civil. A respeito, advertiu o Ministro Gilmar Mendes, novamente em sede doutrinária, estar-se diante de uma “evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto”⁸⁶.

Há irreversível processo de objetivação do controle concreto da constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Na Reclamação n.º 2.986, afirmou-se que “o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional.”⁸⁷ No Recurso Extraordinário n.º 376.852/SC, decidiu-se que

notório ganho de importância do controle concentrado e abstrato. O efeito vinculante foi consagrado pela EC n.º 3/1993, que introduziu a Ação Declaratória de Constitucionalidade. É nítida a inspiração no modelo tedesco. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu no sentido de também conferir efeito vinculante às decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Completou-se o sistema do controle pela via da ação com a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Todas estas ações, bem como suas liminares, são dotadas de efeito vinculante. Ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998; MENDES, Gilmar Ferreira. “O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas”, *Jus Navigandi*, disponível na internet: www.jus.uol.com.br.

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. “O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um Caso Clássico de Mutação Constitucional”, *Revista de Informação Legislativa*, n.º 162, abr./jun. 2004, p. 164.

⁸⁵ STF, RE n. 191.898/RS, 1a. Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 22.08.1997, p. 38.781.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. “O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um Caso Clássico de Mutação Constitucional”, *Revista de Informação Legislativa*, n.º 162, abr./jun. 2004, p. 157.

⁸⁷ STF, Informativo n.º 379, 7-11/03/2005.

esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo” (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, *Sub Judice* 20/21, 2001, p. 33 (49). Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano⁸⁸.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal afirma textualmente que a atribuição de efeito vinculante à decisão tomada em controle difuso é dominante, há muito, também no direito americano⁸⁹. É preciso sublinhar que o direito estadunidense acolheu esta ideia em virtude de adotar o sistema de controle difuso da constitucionalidade, enquanto o sistema alemão, embora tenha chegado a resultado prático semelhante⁹⁰, assim se posicionou por dar ao juiz ordinário que se depara com lei que reputa inconstitucional o poder-dever de submeter a questão ao Tribunal Constitucional, cuja decisão tem eficácia vinculante.

De modo que a eficácia vinculante própria ao direito alemão não se destina a impedir o juiz de decidir de forma contrária, mas simplesmente libera o juiz de valorar a questão ou de remetê-la ao Tribunal Constitucional. Quer dizer que, no Brasil, onde se adota o sistema difuso de controle da constitucionalidade, é necessário impedir o juiz de decidir de modo contrário ao tribunal, uma vez que a isto, em princípio, o juiz não apenas está autorizado, como tem o poder-dever de fazê-lo.⁹¹

⁸⁸ STF, RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003, p. 65.

⁸⁹ STF, RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003, p. 65.

⁹⁰ Afirmando-a no § 31,1, da Lei Orgânica do *BVerfG*: “As decisões do Tribunal Federal Constitucional vinculam os órgãos constitucionais federais e estaduais, bem como todos os Tribunais e autoridades administrativas. “Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden”.

⁹¹ “No sistema concentrado, a sentença que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional, quando sustentada apenas na lei assim declarada pelo Tribunal Constitucional, faz surgir uma coisa julgada inconstitucional. Mas o mesmo evidentemente não ocorre no Brasil, em que o juiz de primeiro grau tem o dever de tratar da questão constitucional. No sistema em que todo e qualquer juiz tem o dever-poder de controlar a inconstitucionalidade da lei, nulificar a sentença transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal significa retirar do juiz ordinário o próprio poder de realizar o controle difuso da constitucionalidade. A tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada é completamente incompatível com o sistema difuso de controle da constitucionalidade. (...) Note-se que isto equivaleria à nulificação do juízo de constitucionalidade e não apenas à nulificação da lei declarada inconstitucional. Impedir que a lei declarada inconstitucional produza efeitos é muito diferente do que negar efeitos a um juízo de constitucionalidade, legitimado pela própria Constituição” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Cosa julgada inconstitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 21, 22 e 32).

Não obstante, o fato de o juiz ordinário ter o poder-dever de controlar a constitucionalidade, obviamente não significa que ele não deve respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal. Este respeito decorre logicamente da adoção do sistema de controle difuso e da atribuição ao Supremo Tribunal Federal do dever de dar a última e definitiva palavra acerca da constitucionalidade da lei federal. Quando se tem claro que a decisão é um mero produto do sistema judicial, torna-se pouco mais do que absurdo admitir a possibilidade de o juiz ordinário contrariar as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Registre-se que a eficácia vinculante, derivada das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso, funda-se unicamente na força peculiar destas decisões, oriunda do local privilegiado em que o Supremo está localizado no sistema brasileiro de distribuição de justiça. Portanto, a eficácia vinculante das decisões do Supremo nada tem a ver com comunicação ao Senado, certamente ilógica e desnecessária para tal fim. Ora, no controle difuso a lei declarada inconstitucional continua a existir, ainda que em estado latente. De modo que a comunicação é feita apenas para permitir ao Senado, em concordando com o Supremo Tribunal Federal, suspender a execução do ato normativo. A não concordância do Senado não interfere sobre a eficácia vinculante da decisão do Supremo. Trata-se de situações que estão em planos distintos. Lembre-se que, nos Estados Unidos, existem casos – certamente excepcionais – em que a Suprema Corte ressuscita a lei que estava apenas “*on the books*”, ou que, mais precisamente, era vista como “*dead law*”, exatamente por já ter sido declarada inconstitucional.

De qualquer forma, há de se responder a pergunta – que não poderia deixar de ser feita – a respeito da compatibilidade entre a súmula vinculante e a decisão com eficácia vinculante. Ou melhor, é preciso esclarecer a razão para se ter um procedimento específico para a criação da súmula vinculante diante da eficácia, de igual teor, das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso.

O procedimento para criação da súmula esconde não apenas uma questão não percebida pela doutrina brasileira, mas, antes de tudo, uma temática nunca estudada pela doutrina de *civil law*. Com efeito, a doutrina do *civil law* sempre se preocupou com a interpretação da lei, porém nunca dedicou atenção à compreensão e à interpretação dos precedentes.

Ora, ao se pensar em decisão com eficácia vinculante, surge naturalmente a curiosidade de se saber o quê, diante do precedente, realmente vincula, assim como quem tem autoridade para identificar a porção do precedente hábil a produzir o efeito vinculante. Isso se torna fundamental quando o precedente não é claro ou há dificuldade em identificar a tese que efetivamente foi proclamada pelo tribunal para a solução da questão constitucional.

Veja-se um exemplo. Ao julgar os Recursos Extraordinários ns. 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, no dia 08 de novembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei n.º 9.718/98, que instituiu nova base de cálculo para a incidência de PIS (Programa de Integração Social) e Cofins

(Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social)⁹². As razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/98 são cristalinas, facilmente identificáveis no voto do Ministro Marco Aurélio, relator dos recursos extraordinários: i) o legislador criou uma fonte de custeio da seguridade à margem do disposto no artigo 195 da Constituição Federal; ii) a Emenda Constitucional n.º 20 não poderia repriminar (fenômeno de constitucionalidade posterior) a norma infraconstitucional, porque a constitucionalidade da norma infraconstitucional mede-se a partir do texto constitucional vigente à época. São essas as razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a decidir, não havendo qualquer dificuldade em identificá-las. Tais razões, que constituem a *ratio decidendi*, os motivos determinantes ou o núcleo essencial da decisão, irradiam-se para além das controvérsias individuais e vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Não obstante, a *ratio decidendi* nem sempre é imediata e facilmente extraível de um precedente, e, em outras situações, pode exigir a consideração de várias decisões para poder ser precisada. Nestas hipóteses é imprescindível uma decisão que, sobrepondo-se às decisões já tomadas a respeito do caso, individualize a *ratio decidendi*, até então obscura e indecifrável.

Foi para estas situações que o Constituinte derivado estabeleceu, no art. 103-A da Constituição Federal, o procedimento para a criação de súmula com efeito vinculante. Quando a *ratio decidendi* ressaí de forma cristalina da decisão, a súmula é absolutamente desnecessária. Mas, quando existem decisões de natureza complexa e obscura, deve-se editar súmula para restar precisada a *ratio decidendi*⁹³.

16. O JUIZ DIANTE DOS CONCEITOS INDETERMINADOS E DAS REGRAS ABERTAS

Considerando-se o juiz da tradição do *civil law*, isto é, o juiz desejado pela Revolução Francesa, torna-se inevitável afastá-lo do juiz que decide com base em conceitos indeterminados e em regras abertas. Não há dúvida de que o juiz que deve decidir pronunciando as palavras da lei – como queria Montesquieu – não pode se confundir com aquele que pode dar significado a conceito indeterminado ou concretizar regra aberta, adotando a solução que lhe parecer oportuna e adequada ao caso concreto.

Como advertem Merryman e Perez-Perdomo, não se exige muita imaginação para perceber que, cláusulas como a da boa-fé, dão ao juiz grande porção de poder

⁹² STF, RE 390.840/MG, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 08.11.2005, maioria; disponível, na íntegra, no site www.stf.gov.br.

⁹³ Sobre o conceito de *ratio decidendi*, ver MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent, in *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, London, Dartmouth, 1997, p. 503 e ss; Julius Stone, *Precedent and law*, Sydney, Butterworths, 1985, p. 123 e ss.

equitativo indefinido, deixando-lhe quase que sem responsabilidade diante da formulação legislativa⁹⁴.

É interessante verificar, nesta dimensão, o que se passa no processo civil contemporâneo. Na época do Estado liberal clássico, vigorava no processo civil o princípio da tipicidade das formas processuais. Tratava-se, nas palavras de Giuseppe Chiovenda, de uma garantia de liberdade das partes contra a possibilidade de arbítrio do juiz.⁹⁵ Medindo-se o poder de atuação do juiz pela lei, eram garantidas as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser exercida. Deste modo, garantia-se ao litigante que o juiz não ultrapassaria os limites das formas processuais, inclusive dos meios executivos tipificados na lei. De maneira que havia nítida relação entre a lei, a liberdade e a contenção do poder judicial.

Porém, o passar do tempo mostrou a necessidade de munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las. Esta necessidade levou o legislador não só a criar uma série de institutos dependentes do preenchimento de conceitos indeterminados – como a tutela antecipatória fundada em “abuso de direito de defesa” (art. 273, II, CPC) –, admitindo o seu uso na generalidade dos casos, mas também a fixar normas processuais abertas, como o do art. 461 do Código de Processo Civil, que permite a construção do modelo processual adequado à natureza da tutela específica almejada.

Essas regras se fundam na compreensão da ideia de que a lei não pode vincular as técnicas processuais às necessidades de direito material nem desenhar tantos procedimentos quantas forem as situações substanciais carentes de tutela. Além disso, o legislador não pode antever todas as necessidades de direito material, uma vez que estas não apenas se transformam diariamente, como assumem contornos variados conforme os casos concretos. Diante disso, chegou-se naturalmente à necessidade de

⁹⁴ “It is true that the legislature has acted and that its action is expressed as a substantive rule of law, but the terms are so broad (‘good faith’, which is not defined in the code, has an almost unlimited area of potential application) that the judge is hardly constrained by the legislative formulation. What that statute means depends on what judges do with it in concrete cases. What they do with it in concrete cases becomes the law in fact, although not in theory” (MERRYMANN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 53).

⁹⁵ As formas do processo sempre foram vistas como “*garantia das liberdades*”. Tal relação foi posta às claras por Vittorio Denti ao advertir que a antiga concepção burocrática da função jurisdicional, marcada pela excessiva racionalização do exercício dos poderes do juiz, foi a responsável pela ideia de criar um modelo único de procedimento. Nessa ocasião, Denti lembrou que Chiovenda, em uma de suas mais famosas conferências, não apenas sublinhou a necessidade das formas como garantia contra a possibilidade de arbítrio do juiz, como ainda deixou clara “a estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais” (Cf. DENTI, Vittorio. *Il processo di cognizione nella storia delle riforme. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 808, 1993; ver CHIOVENDA, Giuseppe. *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901).

normas destinadas a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, a partir de conceito jurídico indeterminado, quando a técnica processual, já definida na lei, pode ser utilizada, assim como o poder de individualizar, a partir das circunstâncias do caso, o instrumento processual adequado à tutela do direito material.

Nesses casos, a concretização da norma deve tomar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas a sua instituição se funda no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O legislador atua porque é ciente de que a jurisdição não pode dar conta das variadas situações concretas sem a outorga de maior poder e mobilidade, ficando o autor incumbido da identificação das necessidades concretas para modelar a ação processual e o juiz investido do poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação da sua decisão, preencher os conceitos jurídicos indeterminados ou individualizar a técnica processual capaz de lhe permitir a efetiva tutela do direito material.

É interessante notar que, nestas hipóteses, o próprio legislador reconhece a sua impotência para regular todas as situações concretas e, além disto, o seu dever de permitir a realização de um direito fundamental, no caso o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF).

De qualquer forma, o que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei. Por isso mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas a aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.

17. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A UNIFORMIDADE DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO FEDERAL

No Brasil, a principal função do Superior Tribunal de Justiça é definir a interpretação do direito federal, evitando que cada estado da federação trate da lei federal a seu gosto.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha missão bastante nítida, a sua prática é incapaz de permitir a realização da função que lhe foi atribuída pela Constituição Federal.

Isso ocorre não apenas porque os precedentes do Superior Tribunal de Justiça não têm força vinculante sobre os Tribunais Federais e Estaduais. Na verdade, os

precedentes deste tribunal superior sequer têm força persuasiva sobre os tribunais que lhe são inferiores.

Um precedente apenas tem efeito persuasivo quando gera constrangimento ou algum tipo de dever ao órgão jurisdicional. Não obstante, a prática demonstra que os tribunais federais e estaduais não apenas se sentem autorizados a desconsiderar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça como, ainda, não justificam as razões pelas quais deixam de aplicá-los. Muitas decisões do juiz de 1º grau de jurisdição e do tribunal deixam de tomar em consideração os próprios precedentes invocados pelos advogados, o que, além de significar ausência de respeito ao tribunal a quem a Constituição atribuiu o dever de definir a interpretação da lei federal, representa, no mínimo, violação do dever constitucional de fundamentação. A circunstância de os juízes e tribunais não demonstrarem as razões para a não aplicação dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça elimina a possibilidade de se ver neles qualquer efeito.

O art. 105, III, da Constituição Federal, é claro no sentido de que compete ao Superior Tribunal de Justiça rever as decisões que contrariarem tratado ou lei federal ou negarem-lhes vigência, julgarem válido ato de governo local contestado em face de lei federal e, ainda, derem a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. A suposição de que os juízes e tribunais podem decidir sem considerar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça não se coaduna com tal norma constitucional. Se ao Superior Tribunal de Justiça cabe uniformizar a interpretação da lei federal e, se for o caso, cassar a interpretação destoante, as suas decisões devem, no mínimo, ser consideradas pelos tribunais regionais e estaduais. Isso quer dizer que, hoje, as decisões dos tribunais regionais e estaduais que não consideram os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, carecem de fundamentação.

Raciocínio contrário faria surgir um sistema que, ao admitir – sem qualquer justificativa. – decisões diferentes para depois impor a sua cassação, não apenas volta-se contra si mesmo – impedindo a eliminação dos conflitos de modo rápido e sem muito custo –, como também viola o direito fundamental à duração razoável do processo.

Na verdade, poder-se-ia ir além, uma vez que é tranquilamente possível, em termos lógicos e jurídicos, sustentar que as decisões do Superior Tribunal de Justiça devem ter efeito vinculante sobre os juízes e tribunais inferiores. Neste momento, isso não é possível em termos concretos e práticos em razão de a importância das decisões não ser assimilada pela cultura jurídica brasileira. Ora, se inexistente cultura de respeito aos precedentes, ou melhor, se as próprias Turmas do Superior Tribunal de Justiça não se vinculam às suas decisões, elimina-se, de forma natural, a autoridade ou a força obrigatória dos seus precedentes em relação aos tribunais inferiores.

Não obstante, o instituto do recurso especial repetitivo – que, embora recém-introduzido no Código de Processo Civil (art. 543-C), já faz parte da prática do Superior Tribunal de Justiça – é prova bastante de que se começa a trilhar caminho rumo ao precedente com força obrigatória⁹⁶.

18. CONCLUSÃO

Este trabalho objetivou demonstrar, por meio de um método histórico-crítico, a aproximação entre as jurisdições do *civil law* – especialmente a brasileira – e do *common law*, e, tão-somente a partir daí, a imprescindibilidade do respeito aos precedentes no sistema brasileiro. Não houve intenção em aprofundar os fundamentos – que são vários – para justificar o respeito às decisões judiciais. Nem, muito menos, interesse em tratar de aspectos técnicos relativos à metodologia do emprego dos precedentes.

Ainda que os precedentes tenham sido fundamentais para o desenvolvimento do *common law*, o *stare decisis* tem sustentação especialmente na igualdade, na segurança e na previsibilidade. O *stare decisis* não se confunde com o *common law*, tendo surgido no curso do seu desenvolvimento para dar segurança às relações jurídicas.

É equivocado imaginar que o *stare decisis* existe porque o juiz do *common law* cria o direito. Na verdade, supõe-se que o juiz do *common law* cria o direito porque nunca foi submetido à mítica ideia de que não poderia interpretar a lei e, fundamentalmente, porque sempre teve um grande espaço para decidir à distância da estrita aplicação da lei.

Os precedentes que interpretam leis ou os precedentes da Suprema Corte americana evidenciam, por si, a razão de ser do *stare decisis*. Lembre-se que, considerando o valor segurança, a doutrina americana demonstra grande preocupação com o overruling e com a validade do *stare decisis* diante do controle difuso da constitucionalidade.⁹⁷

Aliás, voltando-se ao argumento de que o *stare decisis* só existe em decorrência da inação do Legislativo, basta constatar que não há déficit de legislação nos Estados Unidos, sendo descabida a suposição de que o precedente tem força obrigatória por falta de atuação do legislador.

⁹⁶ Notícia publicada no site do STJ (www.stj.gov.br), em 13 de abril de 2009: “Quando um recurso especial foi identificado como repetitivo pelo relator ministro Aldir Passarinho Junior, todos os demais processos idênticos foram suspensos não só no STJ, como nos Tribunais de Justiça (TJ) e nos Tribunais Regionais Federais (TRF). A providência está prevista na lei. No dia 10 de setembro, cerca de um mês após o início da vigência da lei, a Segunda Seção definiu: a empresa telefônica pode cobrar pelo fornecimento de certidões sobre dados constantes de livros societários. Esses documentos são necessários para futuro ingresso de ação judicial. Também ficou estabelecido que o interessado deve requerer formalmente os documentos à empresa por via administrativa. A decisão da Segunda Seção atinge 212 recursos que tiveram a tramitação suspensa no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul até o julgamento do STJ. É desse estado a maior parte dos recursos que chega ao Superior Tribunal sobre o tema”.

⁹⁷ GERHARDT, Michael J., *The power of precedent*, cit.

De outra parte, a tradição do *civil law*, ancorada nas razões da Revolução Francesa, foi completamente descaracterizada com o passar do tempo. O juiz, inicialmente proibido de interpretar a lei, passou a paulatinamente interpretá-la, logo caindo em desuso as comissões legislativas, instituídas para resolver as dúvidas de interpretação, e, logo após, a primeira feição da Cassação, delineada como órgão de natureza não jurisdicional para cassar as interpretações judiciais incorretas.

A evolução do *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um objetivo revolucionário, e que, portanto, nasceu com a marca da utopia. Como dogma, esta noção manteve-se viva ainda que a evolução do *civil law* a descaracterizasse. Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*. De modo que o *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes. Na verdade, a doutrina esquece de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias de hoje, outra figura.

Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a da realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos juízes de ambos os sistemas, apenas o *common law* devota respeito aos precedentes.

A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria à *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que a tradição do *civil law* insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança jurídica seria garantida mediante a certeza jurídica advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto que, no *civil law*, foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões.

Quando se “descobriu” que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os “casos iguais”, curiosamente não se abandonou a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de

forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou.

A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar a segurança jurídica no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isto, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).

Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a esta situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. Aliás, nas salas do *civil law* sempre se viu escrito sobre a cabeça dos juízes que a lei é igual para todos. Trata-se não só de lembrança que não basta, mas que acaba por constituir piada de mau gosto àquele que, perante uma das Turmas do tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta a proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático, in *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 34; U. Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, *DÖV*, 1971, p. 505.
- ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo e ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*. Madrid: Dykinson, 2003.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England* (fac-símile da 1.^a ed., de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979, v. 1, p. 69.
- CALAMANDREI, Piero. La Cassazione civile, I, *Storia e legislazione*, Torino, 1920, p. 426 e ss; Michele Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 29 e ss.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 46 e ss.
- CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20.
- COKE, Edward. Seventh Reports, Calvin's Case. London: Thomas and Fraser, 1826, IV. 6). Cf. POSTEMA, Gerald J. Some roots of our notion of precedent, in *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 17-18.
- CORWIN, Edward S. *The doctrine of judicial review*, Princeton University Press, 1914; William. E. Nelson, *Marbury v. Madison, The origins and legacy of judicial review*, University Press of Kansas, 2000.

- CROSS, Rupert e HARRIS, J. W., *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 168.
- DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 808, 1993; ver CHIOVENDA, Giuseppe. *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901).
- DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*, Cambridge. Harvard: University Press, 1988, p. 42 e ss.
- EVANS, Jim. Precedent in the nineteenth century, in *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 58.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 53.
- GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.
- GROTE, Rainer. *Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. Disponível em <www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html> . Acessado em 15/04/2009
- HART, Herbert. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 135.
- MacCORMICK, Neil. Can *stare decisis* be abolished?, *Judicial Review*, 1966.
- MacCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are, in *Precedent in Law*, cit., p. 161). Ver Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, 1987, p. 75 e ss.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 21, 22 e 32).
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, Parte I, item 2.5.
- MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent, in *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, London, Dartmouth, 1997, p. 503 e ss; Julius Stone, *Precedent and law*, Sydney, Butterworths, 1985, p. 123 e ss.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um Caso Clássico de Mutação Constitucional”, *Revista de Informação Legislativa*, n.º 162, abr/jun. 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998; MENDES, Gilmar Ferreira. “O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas”, *Jus Navigandi*, disponível na internet: www.jus.uol.com.br.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007; MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES, Inocêncio e BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008; BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- MERRYMAN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, cit., p. 158. Ver, também, TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. (assolutismo e codificação del diritto). Bologna: Il Mulino, 1976, p. 280).

NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. *Principles of Constitutional Law*. St. Paul: Thomson West, 2008, p. 8).

PERLINGIERI, Pietro *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991; Rolf Stürner, Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozessrecht, *NJW*, 1979, p. 2336; Peter Häberle, Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat, *Recht und Staat* – Festschrift für K. Küchenhoff, Berlin, Duncker & Humblot, 1972.

SECONDAT, Charles-Louis de (Barão de Montesquieu). *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157).

SIMPSON, A. W. B. The *common law* and legal theory, in *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 77.

STF, Informativo n.º 379, 7-11/03/2005.

STF, RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003.

STF, RE 390.840/MG, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 08.11.2005, maioria; disponível, na íntegra, no site www.stf.gov.br.

STF, RE n. 191.898/RS, 1a. Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 22.08.1997, p. 38.781.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificação del diritto)*, cit., p. 287-291).

The doctrine of *stare decisis* is essential to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law. – *Lawrence v. Texas*, 559 U.S. 558, 577, 2003).

WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of *stare decisis*, in *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 73 e ss.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *Il diritto mitte*, Torino, Einaudi, 1992, p. 35.

Recebido em abril de 2009

Aprovado em maio de 2009