

**SÚMULAS VINCULANTES, DEMOCRACIA E DIÁLOGOS
INSTITUCIONAIS**

GUILHERME LOHMANN TOGNI

**Passo Fundo
2016**

UNIVERSIDADE DO DE PASSO FUNDO -UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

SÚMULAS VINCULANTES, DEMOCRACIA E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

GUILHERME LOHMANN TOGNI

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Direito – UPF, como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ilton Norberto Robl Filho

Passo Fundo - RS, fevereiro de 2016

AGRADECIMENTOS

"O que eu tenho em termos de família vale mais do que o mundo inteiro". Com a frase que por muitos anos visualizei diariamente em um bilhete escrito pelo meu avô Germano Domingos Togni, quero agradecer a Clari, Luis e Renata, pelo amor incondicional e pela paciência infindável. Estendo o agradecimento aos demais integrantes das famílias Lohmann e Togni, em especial à Prof^a Dr^a Ana Cecília Togni, ou apenas minha tia Chica, certamente a minha maior referência no mundo acadêmico e uma de minhas maiores incentivadoras.

Agradeço a meus professores. Claro que nesse grupo incluo os professores do PPGDireito, pela generosidade e pelo acolhimento sempre que solicitados. Mas em especial, quero lembrar dos professores que estiveram comigo na Pré-Escola, no Ensino Fundamental e no Ensino Médio, quando até mesmo uma carreira profissional era incerteza um objetivo distante, e mais distante ainda era a conclusão de um curso de Pós-Graduação.

Agradeço aos meus colegas de curso, pela amizade e pela troca de ideais experiências que em muito enriqueceu a minha trajetória no curso. Aos meus colegas de trabalho pela compreensão e incentivo e aos meus amigos por entenderem as minhas eventuais ausências.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade.

Passo Fundo - RS, 22 de fevereiro de 2016

Guilherme Lohmann Togni
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPGDireito/UPF)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIAgR	Agravo Regimental em Agravo de Instrumento
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto-Lei nº 5.452/43
CPC-73	Código de Processo Civil - Lei nº5869/73
CPP	Código de Processo Penal - Decreto-Lei nº3689/41
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MS	Mandado de Segurança
NCPD	Novo Código de Processo Civil - Lei nº13.105/2015
PSV	Proposta de Súmula Vinculante
RE	Recurso Extraordinário
REAgR	Agravo Regimental em Recurso Extraordinário
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
SV	Súmula Vinculante
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	p.12
1 ESTADO DE DIREITO E PENSAMENTO JURÍDICO: PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS	p.17
1.1 ESTADO LIBERAL E POSITIVISMO: RELAÇÕES E CONTRADIÇÕES.....	p.17
1.2 ESTADO CONSTITUCIONAL E EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO	p.23
1.3POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO: IMPACTOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	p.40
2 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL	p.47
2.1 APROXIMAÇÃO CONCEITUAL ENTRE AS FAMÍLIAS DE DIREITO	p.47
2.2 PRECEDENTES, EFEITO VINCULANTE E NOVO CPC	p.54
2.3 SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO POSITIVO	p.63
3 SÚMULAS VINCULANTES E DEMOCRACIA	p.70
3.1 SÚMULA VINCULANTE, CRÍTICAS E ARGUMENTOS FAVORÁVEIS	p.70
3..2 UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL: A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	p.75
3.3. SÚMULA VINCULANTE E DEMOCRACIA: ESTUDOS DE CASO	p.80
3.3.1 Súmula Vinculante nº5	p.81
3.3.2 Súmula Vinculante nº41	p.84
3.3.3 Súmula Vinculante nº11	p.86
3.4.SÚMULA VINCULANTE E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS.....	p.89

CONCLUSÕES

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. Busca-se analisar a tensão, ao menos aparente, que existe entre a possibilidade de o STF editar, após reiteradas decisões envolvendo matéria constitucional, súmulas com efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública de todas as esferas da Federação, e os princípios do Estado Democrático de Direito, em especial a separação de poderes e a legalidade. O pano de fundo da discussão é o advento do Estado Constitucional de Direito, que recoloca a Constituição como centro do ordenamento jurídico, busca resgatar o caráter material da lei, além de deslocar parcela da discussão de matérias de natureza política para o âmbito do Poder Judiciário. Nesta senda, discute-se a tensão entre expansão do Judiciário e Democracia, sendo necessária digressão acerca dos conceitos de ativismo judicial e judicialização da política. Aborda-se o tema do efeito vinculante das decisões judiciais, mormente no momento em que se está às vésperas da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil que traz como novidade a expressa estruturação de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Considerando que o sistema jurídico brasileiro tradicionalmente se filia à família da *civil law*, e que a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios é característica dos sistemas da *common law*, estuda-se a aproximação conceitual entre as duas famílias. São analisados os requisitos constitucionais da Súmula Vinculante, também abordando o instituto a partir da doutrina dos precedentes, a fim de esclarecer semelhanças e diferenças entre ambos. Por fim, são catalogados os argumentos favoráveis e contrários à Súmula Vinculante, com ênfase naqueles que procuram tratar da questão a partir de questionamentos sobre a legitimidade democrática e a compatibilidade com o princípio da separação de poderes. Nesse sentido, constatou-se que os argumentos que costumeiramente são suscitados, os quais advogam, ao fim, pela supremacia do Parlamento ou do Judiciário, oferecem respostas incompletas para uma leitura constitucionalmente adequada do instituto. Nesse sentido, apresenta-se a teoria dos diálogos institucionais, no modo em que desenvolvida como no direito canadense, como uma alternativa para a melhor compreensão e aplicação da Súmula Vinculante no direito brasileiro. A Dissertação é encerrada com a apresentação de casos práticos de Súmulas Vinculantes editadas pelo STF, nos quais se analisa a observância aos requisitos constitucionais e de que

forma a teoria dos diálogos institucionais pode contribuir para o aprimoramento da prática jurídica.

Palavras-chave: Precedentes, Súmula Vinculante, Democracia, Diálogos Institucionais.

RESUMEN

Esta disertación se inserta en la línea de investigación de la jurisdicción constitucional y la democracia. Pretende analizar el conflicto, al menos aparente, que existe entre la capacidad del STF editar decisiones después reiterados de asuntos constitucionales, precedentes con efecto vinculante para el resto de los órganos judiciales y la administración pública de todos los ámbitos de la Federación, y los principios del Estado democrático de derecho, en especial la separación de poderes y la legalidad. La discusión de los antecedentes es el advenimiento del Estado Constitucional de Derecho, que sustituye a la Constitución como el centro del sistema legal, los intentos de revivir el carácter material de la ley, y mover parte de la discusión de asuntos políticos de la Magistratura. En este orden de ideas, se discute la tensión entre la expansión del poder judicial y la democracia, que requiere digresión sobre los conceptos de activismo judicial y la legalización de la política. Se aborda el tema del efecto vinculante de las decisiones judiciales, sobre todo cuando está en la víspera en vigor del nuevo Código de Processo Civil, que es la estructuración innovadora expresa de un sistema de precedentes judiciales de unión. Considerando que el sistema legal brasileño tradicionalmente se une a la familia de derecho civil, y que la adopción de un sistema de precedente vinculante es característico de los sistemas de *common law*, estudia el enfoque conceptual entre las dos familias. los requisitos constitucionales de precedente vinculante que se aborden, al Instituto de la doctrina de los precedentes son analizados con el fin de aclarar las similitudes y diferencias entre ellos. Por último, se catalogan los argumentos a favor y en contra de la precedente vinculante, con énfasis en aquellos que tratan de abordar la cuestión de preguntas acerca de la legitimidad democrática y la compatibilidad con el principio de separación de poderes. En este sentido, se ha descubierto que los argumentos que se plantean habitualmente, que abogan, para poner fin a la supremacía del Parlamento y el poder judicial, proporcionan respuestas incompletas a una lectura constitucionalmente propio del instituto. En este sentido, se presenta la teoría de diálogo institucional, en la forma en que se desarrolló en el derecho de Canadá, como una alternativa a la mejor comprensión y aplicación de precedente vinculante en la legislación brasileña. La tesis se cierra con la presentación de casos de estudio de los precedentes vinculantes emitidas por el

Tribunal Supremo, en el que se analiza el cumplimiento de los requisitos constitucionales y cómo la teoría de los diálogos institucionales puede contribuir a la mejora de la práctica jurídica.

Palabras clave: precedente, precedente vinculante, democracia, diálogo institucional.

INTRODUÇÃO

O tema da efetividade da justiça brasileira tem sido objeto de ampla reflexão teórica em nosso país, motivada principalmente pelos crescentes questionamentos à crônica demora na prestação jurisdicional, bem como em razão dos elevados custos da máquina judicial.

Nesse contexto, diversas alterações foram introduzidas pela Emenda Constitucional nº45/2004, pretendendo-se por meio da qual a reforma do Poder Judiciário. A referida Emenda Constitucional, alçou a razoável duração do processo ao patamar de direito fundamental, e como seu corolário, foram adotadas diversas medidas voltadas a assegurar a brevidade e a celeridade dos processos judiciais e administrativos.

Dentre as inúmeras modificações a respeito de temas constitucionais a respeito da estrutura e funcionamento do Poder Judiciário, a Emenda Constitucional nº45/2004 inseriu na Constituição da República o artigo 103-A, que institui no ordenamento constitucional brasileiro o instituto da Súmula Vinculante.

De acordo com o artigo 103-A da CRF/1988:

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.

Desde sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto tem sido objeto de polêmica, dividindo a doutrina em correntes antagônicas. Autores que se posicionam contrariamente à Súmula Vinculante costumam elencar como argumentos a suposta incompatibilidade com o princípio da separação de poderes, o estancamento da evolução da jurisprudência, a restrição à liberdade de decidir, a violação ao dispositivo constitucional que exige a fundamentação das decisões, e aos princípios do contraditório, da ampla defesa e democrático. Em contrapartida, a corrente doutrinária favorável além de contrapor os argumentos lançados pela corrente adversa, sustenta que se trata de mecanismo apto a conferir celeridade, racionalidade e previsibilidade ao conjunto das decisões judiciais.

Entretanto, a Súmula Vinculante não se resume a técnica de aceleração

processual, na medida em que sua instituição repercute em questões que constituem o cerne do Estado Democrático de Direito, como o papel atribuído à jurisdição, sobretudo à jurisdição constitucional, e, em especial, ao princípio democrático e separação de poderes, em um contexto no qual é notória a expansão da atuação do Poder Judiciário, sobretudo no que se refere a matérias de natureza política.

Assim, o objetivo científico da pesquisa é analisar a instituição da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro, questionando-se, em especial, de que modo o instituto deve dialogar com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Propõe-se enfrentar o problema a partir da constatação da expansão do Poder Judiciário que se observa no estado da arte contemporâneo, na qual se atribui papel de maior relevância à decisão judicial no quadro de fontes do direito.

A finalidade da pesquisa, nesta senda, será analisar o instituto da Súmula Vinculante a partir da nova dogmática jurídica em construção no Estado Constitucional de Direito e no estágio pós-positivista do desenvolvimento do direito. Certo é que a adoção do paradigma do Estado Constitucional de Direito, compreendida a partir de marcos histórico, filosófico e teórico, demanda transformações no sistema de fontes do direito e na atividade jurisdicional. Com efeito, o que se pretende discutir é de que forma as Súmulas Vinculantes atendem a estas transformações e se as Súmulas que vem sendo aprovadas a elas estão atentas.

A análise parte das transformações da dogmática jurídica ocorridas ao longo do Século XX, em razão da qual se exige uma releitura da teoria das fontes do direito, a pesquisa irá tratar da adequação do instituto das Súmulas Vinculantes ao papel a ser desempenhado pela jurisprudência no Estado Democrático de Direito, mormente em atenção ao princípio democrático

O trabalho tem como proposta refletir sobre a construção de uma nova dogmática jurídica no Estado Democrático de Direito, bem como sobre os marcos teóricos, históricos e filosóficos que a originaram e, a partir daí compreender a função atribuída à jurisprudência nos modelos positivista e pós-positivista. Avaliar-se-á a necessidade de uma releitura da teoria das fontes a partir dos princípios do Estado Democrático de Direito, efetuando-se questionamentos acerca da aceitação

da decisão judicial como fonte no modelo em construção. Será abordada a evolução histórica das famílias de Direito da *common law* e *civil law*, a fim de questionar se na atualidade tal distinção ainda deve ter lugar

Fixadas tais premissas, o estudo passará a tratar a respeito do instituto da Súmula Vinculante, analisando-se criticamente os argumentos favoráveis e contrários à adoção do instituto da Súmula Vinculante e, a partir de Súmulas Vinculantes já editadas, verificar a observância prática dos preceitos que autorizam sua edição, bem como a compatibilidade com a dogmática jurídica estabelecida a partir dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) a Súmula Vinculante pode cumprir papel função de atribuir previsibilidade ao conjunto de decisões acerca da matéria constitucional, proporcionando segurança jurídica em um ambiente no qual se adota um modelo jurídico formado por regras e princípios, no qual há deslocamento de parcela do poder político ao Poder Judiciário.

b) a Súmula Vinculante representa, violação ao princípio democrático e ao princípio da separação de poderes, na medida em que confere ao Poder Judiciário a prerrogativa de emitir normas de caráter geral e abstrato, ainda que não tenha legitimidade democrática para tanto.

c) a Súmula Vinculante representa óbice à possibilidade de um agir emancipatório da dogmática jurídica, na medida em que obstaria a evolução da jurisprudência e influiria na liberdade de decisão do julgador.

A hipótese com a qual se irá trabalhar é a de que a Súmula Vinculante pode conviver com os postulados do Estado Democrático de Direito, buscando-se responder de que forma é possível ter uma visão adequada do instituto.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Inicia-se, no Capítulo 1, com a discussão a respeito da construção do Estado de Direito, a partir da perspectiva liberal, para que se investiguem a natureza e os limites da atividade judicante. Posteriormente, estudam-se os pressupostos e formação do Estado Constitucional de Direito, a fim de que se identifiquem as razões pelas quais se observa a expansão da atuação do Poder Judiciário, em especial no

que se refere à atuação em matérias de natureza política, chegando-se à discussão acerca do problema da última palavra em matéria constitucional. Também será enfrentada a questão relativa aos paradigmas do positivismo e do pós-positivismo jurídicos, na relação com os modelos do Estado Liberal e do Estado Constitucional.

O Capítulo 2 trata do instituto da Súmula Vinculante, a partir da perspectiva da valorização da jurisprudência enquanto Fonte do Direito no Estado Democrático de Direito. É realizada análise comparada entre os conceitos das famílias de direito da *Common Law* e da *Civil Law*, em especial sobre a importância que cada uma delas costuma atribuir à jurisprudência enquanto Fonte do Direito. Aborda-se a noção de precedente judicial, para em seguida tratar da atribuição de efeito vinculante à jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, desde os antecedentes históricos, até a inserção do instituto da Súmula Vinculante na Constituição da República, passando pela análise de mecanismos correlatos no Novo Código de Processo Civil. Realiza-se abordagem analítica acerca da Súmula Vinculante, e são catalogados os principais argumentos favoráveis e contrários acerca do instituto.

No Capítulo 3, os argumentos os argumentos favoráveis e contrários à adoção do instituto são analisados, e a partir de Súmulas Vinculantes já editadas, verificar a observância prática dos preceitos que autorizam sua edição, bem como a compatibilidade com a dogmática jurídica estabelecida a partir dos princípios do Estado Democrático de Direito. Será apresentada a teoria dos diálogos institucionais, debatendo-se a viabilidade de considerá-la como alternativa teórica para superar a aparente tensão entre expansão do Poder Judiciário, concretamente, no caso do estudo, por meio da edição de Súmulas Vinculantes e democracia, em especial à luz do ideal da separação de poderes.

A presente Dissertação se encerra com as Conclusões, nas quais são apresentados aspectos destacados da criatividade e da originalidade na investigação e/ou no relato, e das fundamentadas contribuições que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao Tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o instituto da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro, e, em geral, acerca da concessão de efeito vinculante à jurisprudência a partir do princípio democrático.

O método utilizado é hipotético-dedutivo, a partir da elaboração das hipóteses acima descritas.

Igualmente, lança-se mão do método dos estudos empíricos, na medida em que serão abordados casos práticos nos quais foram editadas Súmulas Vinculantes, para que se possa discutir de que modo o instituto vem sendo utilizado no Brasil, de que modo deveria ser utilizado, e ainda como se compatibiliza com nova dogmática jurídica em construção no Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 1

ESTADO DE DIREITO E PENSAMENTO JURÍDICO: PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS

1.1 ESTADO LIBERAL E POSITIVISMO: RELAÇÕES E CONTRADIÇÕES

A tipologia do Estado de Direito ou Estado sob o regime de direito ou *Reechstaatt* surge no século XIX como sucessor do *Machstaat*, o Estado Absoluto que caracterizou o século XVII e o *Polizeistaat*, Estado de Polícia ou Despotismo ilustrado que predominou no Século XVIII (Zagrebelski 2011, p.21-4) Para o autor, a ideia de *Reechstaatt*, em um sentido liberal, caracteriza-se pela concepção da lei como ato deliberado de um Parlamento e se concretiza com a supremacia da lei sobre a administração, a subordinação à lei, e apenas à lei, dos direitos dos cidadãos, com exclusão de que poderes autônomos à administração possam incidir sobre eles; e a presença de juízes independentes com a função de aplicar a lei às controvérsias surgidas entre os cidadãos e entre estes e a administração.

A ideia de Estado de Direito assumia assim, um significado que compreendia a representação eletiva, os direitos dos cidadãos e a separação dos poderes, e, em especial, a proteção dos cidadãos perante os arbítrios do Estado.

De acordo com Robl (2013, p. 45), o termo específico Estado de Direito surge na Alemanha no século XIX. Nessa perspectiva, o Estado é o instrumental jurídico para assegurar o exercício da liberdade com responsabilidade pelos cidadãos. A liberdade e a dignidade dos cidadãos são fatores de limitação do poder do Estado. São pontuados como contribuições do direito público alemão para o tema: 1) a importância do formalismo jurídico para a construção da previsibilidade do direito e da limitação do Estado, 2) a necessidade de o Estado intervir para concretizar a liberdade e a igualdade social, 3) a necessidade de controle da administração pública pelo judiciário, iv) a relevância da sociedade civil na influência e na contenção do Estado e 4) a importância da auto-limitação estatal.

Para alcançar um quadro teórico coerente e unitário, Zolo (2006, p.30-31) cataloga quatro experiências merecem relevância teórica: 1) a experiência do

Reichsstaat alemão; 2) a do *rule of law* inglês; 3) a variante do *rule of law* norte-americano; 4) o *État de droit* francês. O autor sustenta que os elementos teóricos que emergem dessas quatro experiências podem ser organicamente recompostos em um modelo geral, pelo que seria possível atribuir uma consistente identidade teórica à noção de Estado de Direito, entendido como um Estado moderno no qual ao ordenamento jurídico é atribuída a tarefa de garantir os direitos individuais, refreando a natural tendência do poder político a expandir-se e operar de maneira arbitrária.

Para o autor, é possível identificar duas fórmulas, em razão da observância de tradições políticas e jurídicas distintas, a saber, a do *rule of law* inglês e do Estado de Direito Continental europeu. A expressão Estado de Direito teve origem na cultura liberal alemã da segunda metade do século XIX, e em seguida difundiu-se no continente, influenciada pelo direito público da Itália unitária e da Terceira República Francesa. A segunda ostenta raízes na história político-constitucional da Grã-Bretanha, desde a conquista normanda e imprimiu marca na estrutura constitucional dos Estados Unidos da América e de outros países que sofreram a influência das instituições britânicas.

Os ideais da Revolução Francesa são igualmente relevantes para a o formatação do Estado de Direito, Com efeito, a ideia de Estado de Direito foi formulada a partir dos ideais de limitação ao poder do Estado Absoluto

De acordo com Hespanha (2012, p.383-387, quando a ideia de Constituição é transposta para o Continente pelas escolas jusracionalistas, os direitos deixam de ser entendidos como tendo esta natureza histórica e converteram-se em direitos naturais, inerentes a qualquer homem, e com uma origem anterior a qualquer poder constituído. Por isso, a verdadeira Constituição residiria na combinação dos direitos individuais e na proibição de qualquer intromissão dos poderes constituídos no seu livre jogo, ainda que esta proviesse de um órgão representativo. Daí que a ideia liberal de um Estado reduzido ao mínimo, limitado às funções necessárias para garantir direitos naturais, pré-existentes, dos indivíduos, se tenha tornado muito evidente e popular nos constitucionalismos europeu e norte-americano; limitando decisivamente a outra ideia central das revoluções dos finais do século XVIII, a ideia da soberania do povo.

O senso comum teórico dos juristas costuma referir que o Estado de Direito, em sua concepção liberal é marcado pela supremacia do Parlamento, e pela eleição do princípio da legalidade como critério identificador do direito. Ensina Marinoni (2014b, p.48-50), nesse sentido, que os parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade, que por sua vez tem estreita ligação com o princípio da liberdade, no sentido de proteger o cidadão contra quaisquer atuações restritivas por parte do Estado. Diante de tais premissas, tem-se que o modelo de Estado desenvolvido no período iniciado a partir da Revolução Francesa atribuía supremacia ao Parlamento, que, como responsável pela produção da lei, como expressão da vontade geral, não poderia sofrer limitação. Buscava-se, assim, assegurar a liberdade e a igualdade, submetendo-se o próprio legislador às leis que edita, o que é possível enquanto a lei dispõe de certas propriedades sintetizadas na expressão lei geral e abstrata (Marinoni, 2014b, p.50). De acordo com Zagrebelski (2011, p.29), a generalidade é a essência da lei no Estado de Direito, pelo que a norma legislativa opera frente a todos os sujeitos de direito sem distinção, o que está conectado a outros postulados fundamentais da tipologia em questão, como a moderação do poder, a separação de poderes e igualdade perante a lei. O referido autor define generalidade como "generalidade no tempo", que consiste em prescrições destinadas a valer indefinidamente e formuladas mediante pressupostos de fato abstratos.

O estabelecimento do Estado Moderno conduziu ao que Bobbio (2006, p.27-8) denomina processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado. Diante disso, as regras que não aquelas submetidas a um reconhecimento pelo Estado, por meio do órgão legislativo, passam a ser descartadas na aplicação do direito. Com isso, a lei toma prevalência enquanto fonte do direito

Nesta senda, como observa Marinoni (2014b, p.50), o princípio da legalidade acabou por constituir um critério de identificação do direito, que estaria na norma jurídica cuja validade dependia apenas do Parlamento. Pressupõe-se, assim, um sistema jurídico fechado, coerente e pleno e de caracterização meramente formal. Para Barboza (2014, p.80), tratava-se de uma concepção meramente positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal. Essa caracterização formal da concepção

positivista tinha como objetivo a certeza jurídica e a previsibilidade (Marinoni, 2014b, p.51).

Para Zagrebelski (2011, p.24-25), o Estado de Direito na perspectiva liberal era um Estado Legislativo que se afirmava por meio do princípio da legalidade, que expressa a ideia da lei como ato normativo supremo e irresistível a que não é oponível nenhum direito mais forte, qualquer seja sua fonte ou fundamento. O Estado de Direito e a o princípio da legalidade supunham a redução do direito à lei e a exclusão ou submissão à lei, das demais fontes do direito. Assim, em todas as manifestações do Estado de Direito, a lei se configurava como expressão da centralização do poder político, com independência dos modos em que se tenha determinado historicamente e do órgão em que se tenha realizado. Essa força da lei se vinculava a um poder legislativo capaz de decisão soberana em nome de uma função organizadora geral.

Sem desconsiderar que o liberalismo político e o Estado de direito são importantes conquistas históricas nas sociedades democráticas contemporâneas, Robl Filho (2011, p.10185-10195) assevera, que, em muitos momentos, tais noções apenas foram instrumentos retóricos que, na prática, ajudam na manutenção de uma realidade opressiva e mascaram contextos históricos relevantes.

Assim, o liberalismo no século XIX como senso comum teórico dos juristas observa-se na negação real: 1) da defesa da variedade de formas de vida e moralidade, 2) na violação constante da liberdade e da igualdade para uma grande quantidade de pessoas e grupos, 3) no mito de uma pequena intervenção do Estado na sociedade e na economia e 4) na leitura do século XIX como período absolutamente hegemônico do liberalismo.

Quanto ao primeiro tópico, sustenta o autor que a padronização social promoveu uma intensa violação da liberdade pessoal e da pluralidade de moralidades individuais e sociais aceitas. No que tange ao segundo, aponta restrição da autonomia pessoal foi substancialmente restringida, no que se refere ao âmbito pessoal da intimidade e da vida privada, o que também refletiu na ausência de concretização plena da igualdade, tanto formal (inexistência de tratamento discriminação negativa para um conjunto de pessoas) quanto material (existência de um mínimo de bens, prestações e serviços que possibilitam certa igualdade

fundamental à concretização da dignidade da pessoa humana). Por seu turno, no que se refere ao mito da pequena intervenção estatal na economia e na sociedade, a filosofia liberal, sustenta a existência natural do mercado, que seria responsável pela efetivação de trocas justas e aumento da riqueza das nações. O Estado e o direito deveriam reconhecer estas verdades auto-evidentes. Desse modo, o Estado necessita defender, por meio de um projeto constitucional, a separação dos poderes e os direitos individuais. De outro lado, as leis gerais precisam garantir os mecanismos naturais do mercado. Entretanto, o autor sustenta que o mercado é um conceito econômico e filosófico que, para de fato gerar resultados práticos, requeria uma profunda intervenção do Estado sobre as instituições sociais existentes.

Nesse sentido, Hespanha (2012, p.385-6) que na primeira fase da Revolução Francesa, com a concentração de todos os poderes numa Assembleia Nacional, reavivou-se a necessidade de se evitar este novo despotismo, reinsistindo-se tanto na prevalência dos direitos originários sobre a vontade dos eleitos do povo (governo “liberal”), como na necessidade de dividir e equilibrar os poderes de Estado (governo “moderado”). Os direitos individuais, próprios da natureza do homem, ou no estado natural ou já no estado político (direitos do *homem* e do *cidadão*, 1789), são declarados solenemente logo no ano da Revolução e incluídos, mais tarde, no preâmbulo da Constituição de 1793. Apesar de uma primeira tendência para fazer prevalecer o princípio democrático (soberania ilimitada do povo, Constituição de 1791), a separação e equilíbrio dos poderes vai sendo experimentada nas constituições seguintes

Um modo de garantir a debilidade do Estado e de assegurar o respeito pelos direitos pelos titulares do governo foi a introdução do princípio de que, tal como em outros conflitos de direito, os choques entre os órgãos de governo do Estado e os particulares deviam ser resolvidos pelos tribunais, como órgãos especializados na resolução de diferenças entre titulares de direitos. É isto que está na origem da *judicial review* (verificação judicial da legalidade/constitucionalidade) de todos os atos dos poderes do Estado, para verificar da sua compatibilidade com o modelo constitucional de repartição e equilíbrio de poderes. Nisto consiste o governo limitado, cuja primeira manifestação é a constituição dos Estados Unidos da América.

Com esta primazia dos tribunais na definição do que era direito, voltava a entregar-se a juristas a última palavra sobre o direito constituído.

Esta desconfiança em relação ao Estado, que caracteriza o liberalismo de todos os matizes entende que a sociedade era a origem e melhor garante de todos os direitos e que não necessita da mediação estatal. O direito mais autêntico seria o que nascia da natural afirmação dos direitos de cada um e das transações que espontaneamente se geram entre esses direitos no livre curso da atividade social. Porque, finalmente, se ficciona que a sociedade é essencialmente igual e justa, mesmo quando nela uns têm mais poder do que os outros, uma vez que a liberdade formal constituiria um mínimo suficiente para que cada qual pudesse fazer valer os seus direitos, mesmo contra outros materialmente mais poderosos, modelo de sociedade pressupunha indivíduos calculando as suas condutas segundo regras racionais (*rational choice model*).

Esse modelo liberal correspondia ao trato social e político da classe média proprietária. Todavia, a extensão deste modelo de conduta racional a outros domínios da vida e a outros estratos sociais pressupunha um trabalho de racionalização das condutas humanas, de que a educação, a filantropia, a decência, os bons costumes e as boas maneiras se ocuparam. Pelo que o “governo mínimo” no plano do governo do Estado tivesse de ser compensado por um governo forte no plano das instituições sociais – a sociedade “liberal” é fortemente regulada por normas que não são de direito, mas de ética, de educação, de cultura, de bons costumes. No caso de insensibilidade da sociedade civil para a adoção de modelos racionais de o Estado deveria estimular a sociedade, no sentido da criação desses padrões mesmo em outros domínios da vida, como a educação, a saúde, a segurança social. Porém, ao mesmo tempo em que se desenvolve este modelo liberal de pensar a sociedade, as necessidades de regulamentação, já sentidas desde a segunda metade do século XIX, remavam justamente no sentido contrário ao de um governo mínimo, rigidamente limitado pelos direitos adquiridos e apenas dedicado em promover a harmonia entre estes. Ao Estado, cada vez são pedidas mais tarefas de fomento, de educação, sanitárias, de cadastro e de registro, de proteção social, de regulamentação do trabalho, o que requer mais administração pública, mais recursos fiscais, mais funcionários, mais regulamentos, mais invasão

da vida quotidiana, o que revela a contradição existente na concepção do Estado de Direito na perspectiva liberal.

1.2 ESTADO CONSTITUCIONAL E EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO¹

Häberle (2007, p.6) conceitua Estado Constitucional de Direito como sendo o modelo em que o poder público é juridicamente constituído e limitado por meio de princípios constitucionais materiais e formais, que consistem na eleição de Direitos Fundamentais, de compromissos do Estado Social de Direito, e no estabelecimento de Divisão de Poderes, com respeito à independência de Tribunais. Para o autor, o poder social é também limitado por meio da política de Direitos Fundamentais e da separação social de poderes.

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa Continental foi o constitucionalismo pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.

São estabelecidas premissas que em certa medida demonstram, sem abandonar por completo o modelo do Estado liberal, acabam por demonstrar a sua insuficiência: a tomada de consciência de que o direito não pode ser pensado como um sistema formado apenas por regras e a necessidade de resgate do caráter material da lei, mormente pelo reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, como afirma Barboza (2014, p.80-81) busca-se um novo modelo para o Estado de Direito, que não abandona os aspectos formais, mas acrescenta princípios substantivos que devem ser respeitados por todas as atividades estatais. Com isso, os direitos fundamentais são dotados de supremacia forma e material, o que altera o pilar central do Estado.

A transformação paradigmática que se verifica passa pela constatação de Dworkin (2011, p.35-38) que ao realizar aguda crítica ao modelo positivista sustenta a ideia de que o direito não pode ser restrito ao conjunto de regras jurídicas, porquanto existem padrões que têm caráter obrigatório e devem ser considerados

¹ Para uma análise dos dilemas sobre a busca de efetividade das normas constitucionais, cf. MARRAFON; ROBL FILHO, 2014, p. 278-297.

pelo sistema jurídico. Para o referido autor, quando os juristas raciocinam sobre direitos e obrigações jurídicas, em especial em casos difíceis (*hard cases*), recorrem a padrões que não funcionam como regras aos quais se refere genericamente como princípios (em que pese em alguns momentos faça distinções entre princípios e políticas), existindo diferença na natureza da orientação que oferecem: enquanto as regras são aplicadas de modo tudo-ou-nada, enquanto os princípios não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, apresentando, por outro lado, dimensão de peso, de modo que, quando se inter cruzam, aquele que vai resolver o caso deve levar em conta a força relativa de cada um.

Desse modo de conceber o direito, a partir da tomada de consciência de que nem todos os casos podem ser solucionados a partir de padrões que se enquadrem no conceito de regras, surge a exigência de que se considere um sistema constitucional formado por regras e princípios. De acordo com Canotilho (1999, p.165-176), o sistema constitucional necessita de regras, a exemplo das que estabelecem a maioria penal e a capacidade eleitoral; mas também necessita de princípios, como os da liberdade, igualdade, dignidade, ou seja, exigências de otimização que sejam abertas a concordâncias, ponderações e conflitos e que por sua referência a valores ou relevância axiológica, têm função normogênica e sistemática: servem de fundamento de regras jurídicas e possuem efeito irradiativo que lhes permite ligar objetivamente o sistema.

O novo momento de supremacia da Constituição está ligado a um modo encontrado pelos países europeus para responder aos acontecimentos da 2ª Guerra Mundial, mas também foi a alternativa encontrada por países, a exemplo do Brasil, quando da instauração do ambiente de redemocratização após períodos de regimes autoritários. Em ambos os casos, como refere Marinoni (2014b, p.52) vivenciaram-se experiências em que a maioria poderia criar leis egoístas e discriminatórias.

Veja-se: uma vez que o princípio da legalidade era visto como critério identificador do direito, e este se confundia com a norma, por sua vez teria sua validade condicionada apenas ao critério formal de edição pelo órgão estatal competente, o Parlamento, aberto estava o flanco para os abusos ocorridos nos períodos de Guerra e de regimes autoritários.

Necessário se vez, assim, o resgate do caráter material da lei. Como refere Marinoni (2014b, p.52), foi necessário encontrar instrumentos capazes de tutelar valores de justiça negados pelo produto do legislador, correspondentes aos direitos humanos, positivados nas Constituições democráticas sob a forma de direitos fundamentais. O princípio da legalidade é reformulado, substituindo-se a estrita legalidade formal pela legalidade material.

Desta forma, a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais é forma de realização da democracia, pela inserção da substância e dos valores acima citados, mas também de sua limitação. Isso porque a lei, e assim, a vontade da maioria, que no paradigma superado não encontrava qualquer forma de limitação, passa a estar submetida aos ditames da Constituição. Com isso, afirma a autora que ocorreu uma mudança nos papéis do Estado, especialmente, mediante a limitação das maiorias e do Legislativo, pela previsão da possibilidade do *judicial review*.

A atividade dos poderes estatais, em especial a tarefa da legislação agora passa a estar submetida não apenas às regras legais, mas aos princípios e regras constitucionais, que servirão como critério para aferição da parametricidade material das leis.

Fioravanti (2012, p.106-7) entende haver uma mudança na noção de direito no curso do século XX. Nessa visão, torna-se possível partir do direito em sentido objetivo contestar a lei do Estado e especialmente a sua manifestação por meio do parlamento. Portanto, o direito contra a lei sua forma mais profunda e enraizada uma lei do Estado, que qualquer um nesta perspectiva começava a considerar como um reflexo frágil e fragmentado do direito em si, frequentemente por causa do seu invólucro parlamentar, demasiadamente marcado pelo peso dominante de interesses fracionários. Nesta linha, prevalecem avaliações do parlamento como lugar em que se realiza o perigoso domínio dos interesses fracionários.

(...) o primado do direito positivo sobre o direito posto pelo legislador pode assumir um significado decisamente polêmico, que no momento se traduz em uma simples decisão do juiz *contra legem*, mas que não exclui desta linha ulteriores desenvolvimentos em uma direção ainda mais radicalmente antilegislativa. (...) O que antes era um problema de relação entre fontes, entre direito do legislador e direito da jurisprudência, assume então um significado bem mais amplo, de ordem constitucional: existe um "direito" que contém uma determinada ordem em sentido objetivo; existe, assim, uma

“constituição” em sentido material; e existe uma constituição que vige em sentido formal, mas que permite ao legislador emanar normas que não garantem mais qualquer ordem ou certeza. Nesta situação, impõe-se a necessidade de uma ditadura comissária, com o escopo de realizar o “direito”, mesmo mediante a suspensão da constituição formalmente vigente. A ditadura pode se concluir com a reconstituição da constituição vigente – mesmo enquanto ditadura comissária –, mas nada pode impedir que ela se mova em sentido soberano, com a criação de uma nova constituição, pela manifesta inação da constituição existente para conter e exprimir aquele “direito” de cuja realização permanece a exigência primária.

Assim, para o autor, foi necessário retomar a ideia de “fundamento”, porém de modo compatível com a configuração abrangente das democracias do século XX, as quais não podiam contentar-se com uma limitação procedimental, pois aspiravam nas respectivas constituições a reconhecer determinados princípios e valores, sobre os quais basear a sua identidade histórica e também a indicar referências fundamentais para o futuro.

Outro aspecto que se destaca no paradigma do Estado Constitucional de Direito é o reconhecimento da Constituição como norma fundamental do ordenamento jurídico, que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares, a fim de assegurar a realização dos direitos fundamentais. De acordo com Streck (2013b, p.113-115), “o caráter inovador do constitucionalismo contemporâneo tem influído em aspectos implícitos da constitucionalização do direito, podendo ser destacados três aspectos: um material, um estrutural e um político.

Para o referido autor, o aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste na recepção de certas exigências da moral crítica na forma de direitos fundamentais, tendo assim o direito adquirido forte carga axiológica. A materialidade da Constituição assume fundamental importância e tem apontado para um reforço entre os juristas de um conceito não positivista de direito, no qual o sistema jurídico está vinculado à moral de forma conceitual. Já o aspecto estrutural está relacionado à estrutura das normas constitucionais. O aspecto funcional se expressa através do tipo de argumentação que estas fomentam. Assumindo relevância os princípios constitucionais incidindo sobre o ordenamento e sobre a aplicação do ordenamento. Há um efeito de irradiação provocado pelos princípios, o que pode ser observado nos tribunais constitucionais europeus e no desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, na medida em que toda a

interpretação se submete aos princípios.

Zagrebelski (2011, p. 9-20) escrevendo no âmbito do direito constitucional europeu, apresenta como características gerais do direito constitucional atual, a transformação da soberania, a soberania da Constituição, a ductibilidade constitucional, a aspiração à convivência entre princípios e a caracterização de uma dogmática fluída.

Acerca da soberania da Constituição, propõe uma visão aberta da Constituição. Para ele, a assunção do pluralismo é uma proposta de soluções e coexistências possíveis, ou seja, um compromisso de possibilidades, e não um projeto rigidamente ordenado, que permite a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a direção política, condições para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática. O autor compreende a Constituição como um centro para o qual todos os demais poderes devem convergir.

Para caracterizar a ductibilidade constitucional, Zagrebelski (2011, p.14-15) assevera que a necessária coexistência de valores e princípios sobre a qual uma Constituição deve basear-se para não renunciar aos desígnios de unidade e integração e não se fazer incompatível como seu substrato pluralista, exige que cada um deles se assuma com caráter não absoluto, com exceção do metavalor que se expressa pelo imperativo do pluralismo dos valores, o qual é exigência constitucional de toda a sociedade pluralista. Correlacionada a tal característica, está a aspiração a que convivam os princípios, para que não apenas prevaleça um valor ou apenas um só princípio, mas sim a salvaguarda de vários simultaneamente, pelo que é tarefa da jurisprudência a tentativa de realizar positivamente a concordância prática entre eles. Assim, o autor propõe a adoção de uma dogmática constitucional fluída, capaz de conter elementos do direito constitucional contemporâneo, mesmo que heterogêneos, agrupando-lhes em uma construção que necessariamente não é rígida, na qual os conceitos mantêm sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos.

No mesmo sentido, Schier (1999, p. 37-38) propõe a reconstrução da dogmática jurídica a partir das categorias epistemológicas da dialética da participação, prospectividade, provisoriedade e construtividade do saber, visando reviver a sua dignidade normativa. A proposta apresentada pelo autor é traduzida na

ideia de filtragem constitucional, categoria pensada a partir da proeminência normativa da Constituição, projetada para uma concepção desta enquanto sistema aberto de princípios e regras, que permite pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica. A proeminência normativa da Constituição significa, de um lado, que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz da axiologia constitucional, atribuindo os sentidos que permitam a máxima realização dos valores nela contidos, o que também permite a aplicação direta das normas constitucionais exequíveis por si (dimensão positiva); de outro lado, impõe a nulificação de toda a normatividade infraconstitucional em desacordo com as normas constitucionais, quando não for possível a realização de interpretação conforme. (Schier, 1999, p.104-106).

A ideia de filtragem constitucional traz em si a ideia de realização da normatividade e imperatividade do direito por meio da perspectiva dos valores constitucionais, com a restauração da dignidade normativa do Direito Constitucional e do direito infraconstitucional. Afirma a capacidade do direito intervir e transformar a realidade social, de modo que a Constituição representa o que é, juridicamente, uma sociedade, mas também o que ela pretende ser jurídica, social, econômica e politicamente. Assim, o Direito deixa de ser apenas espaço de dominação, mas também pode ser espaço de emancipação. O discurso a ser utilizado passa a ser fundado na prospectividade do saber, uma vez que a Constituição possui valores que se pretendem realizar, cuja efetivação importará em certa transformação na sociedade. Para tanto, Schier (1999, p.88-90) apresenta como pressupostos da filtragem constitucional as noções de: (a) normatividade ou imperatividade da Constituição, com o que ela é vislumbrada enquanto norma suprema da ordem jurídica, fundamento de legitimidade de todas regras que integram o sistema jurídico, ocupando assim papel de ordenação material e formal; (b) sistema de constitucional, propondo a substituição dos conceitos de Constituição formal e material, que seriam faces de um mesmo fenômeno. O autor pontua que uma das características do sistema constitucional é a abertura, porquanto os seus elementos organizam-se e unificam-se a partir de princípios, que cimentam as regras do ordenamento, atribuindo-lhe certa lógica, mas têm por característica a grau maior de abstração, o que conferirá a capacidade de evolução e modificabilidade ao sistema. A partir

dessas características, o autor afirma que o Direito pode ser visto como um sistema dinâmico, em constante evolução e construção, que dialoga com as realidades social, econômica e jurídica, o que capacita a sua atualização mediante certa aprendizagem dos dados jurídicos com os históricos. Fatalmente, impõem-se a necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de interpretação, aplicação e decisão jurídicas.

Nesse sentido, sedimentado o caráter normativo das normas constitucionais, o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores, e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Esse fenômeno tem sido designado como constitucionalização do direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito (Barroso, 2011, p.108-109)

De acordo com Brandão (2012, p.68-87), em que pese a existência de diferentes culturas jurídicas e diferentes momentos e cenários em que ocorreram os processos de reconstitucionalização, fatores que dificultam a elaboração de teorias explicativas da expansão do Poder Judiciário, costuma-se fazer referência a teses conceitualistas e funcionalistas. O autor elenca dentre as primeiras aquelas que vinculam a expansão do Poder das Constituições nacionais e dos tratados internacionais a partir da Segunda Guerra Mundial, e, sobretudo, do surgimento de uma cultura de direitos. Nessa perspectiva, a democracia não seria concebida como sinônimo de regra da maioria, mas como democracia constitucional que pressupõe o respeito ao direito das minorias, de modo que os juízes, insulados do processo majoritário, seriam os guardiões, por Excelência, da Constituição. Já as teorias funcionalistas afirmam que a judicialização decorre de uma questão estrutural do sistema jurídico, como, por exemplo, a existência dos múltiplos pontos de veto, em um sistema político descentralizado. Assim, o federalismo e mecanismos mais rígidos de separação de poderes, fomentam a expansão do Judiciário, tendo em vista que este departamento estatal terá que agir como terceiro imparcial na

resolução de conflitos entre os demais Poderes ou entre os Estados-membros e a União.

Como se afirmou, o advento do Estado Constitucional de Direito na contemporaneidade provocou a necessidade de reformulação de alguns dos postulados centrais que caracterizaram o Estado de Direito, e, por consequência, alterações na própria concepção do Direito, e nas atividades de interpretação e decisão jurídicas.

A evolução do conceito de Estado que se verifica desde o Estado Legal até o Estado Constitucional resulta em na determinação de tarefas completamente distintas acometidas ao intérprete e aplicador do direito nos diferentes modelos estatais.

Nesta senda, ao tempo do modelo de Estado Legal, identificado por seu turno com a concepção liberal e a supremacia do Parlamento, a tarefa de interpretação e de aplicação do Direito identificava-se com a exclusiva determinação da vontade do legislador. Em tal momento histórico, o principal problema do Estado era o de seus limites, reivindicando-se assim, uma posição estatal absenteísta.

Como ensina Marinoni (2014a, p.23-32) o Estado Liberal erigiu o princípio da legalidade como fundamento para sua imposição, a fim de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu. Mas foi apenas a forma encontrada de substituir o absolutismo monárquico do regime deposto, a fim de vedar à administração e os juízes de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. O modelo jurídico do Estado Liberal/Legal, nesta senda, reduzia a tarefa do intérprete à mera identificação da vontade do legislador.

Ele, ainda tinha ligação estreita com o princípio da liberdade, que fundamentalmente visava garantir a proteção dos cidadãos contra os abusos do poder estatal. Com efeito, a jurisdição, durante a vigência do Estado Legal encontrava-se comprometida com os valores de liberdade professados por esse modelo. Marinoni (2014a, p.31) refere que à jurisdição era acometida função dirigida a tutelar direitos subjetivos violados. Logo, a tarefa jurisdicional se encerrava com a viabilização da reparação de dano, uma vez que não se admitia a que o juiz pudesse atuar antes de uma ação humana ter violado o ordenamento jurídico.

Com efeito, ante a correspondência entre as atividades de interpretação e

aplicação do direito à vontade do legislador, o Estado Legal encerrava ideia de unificadora e simplificadora da atividade do jurista.

Callejón (1997, p.22) ensina que tal pretensão unitária e simplificadora da atividade do intérprete e aplicador do direito foi substituída com o advento do Estado Constitucional de Direito, identificado com o Estado Social, ante o reconhecimento do pluralismo e da complexidade que lhe são próprias.

O desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito tem lugar a partir do término da Segunda Guerra Mundial, e, como ensina Barroso (2011, p266), tem por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis, ao contrário do que ocorria no Estado Legal, não mais depende do critério único de identificação – a forma de produção, pelo Parlamento – mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais.

Assim, para o referido doutrinador, a ciência do Direito assume papel crítico e indutivo da atuação dos poderes públicos e a jurisprudência desempenha novas tarefas, as quais incluem a competência para invalidar atos legislativos e interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.

Exige-se, assim, um Estado intervencionista, ao qual são acometidas tarefas antes destinadas à iniciativa privada. A Constituição, nessa etapa, cumpre função reguladora do Estado Social, mais precisamente na relação entre mercado e Estado, a qual se manifesta claramente no seio do ordenamento jurídico. Inerente ao Estado Constitucional, como refere Zagrebelski (2011 p.14), está seu substrato pluralista, o qual resulta em uma heterogeneidade interna ao sistema jurídico, que o impede que se considere o ordenamento jurídico como algo pré-estabelecido. Com efeito, a Constituição deve reconstituir à unidade essa pluralidade, e permite reconstruir o ordenamento jurídico.

No Estado Constitucional de Direito, como refere Marinoni (2014a, p.40-41), a ideia de lei genérica e abstrata, oriunda de um Parlamento que, à época, era lugar de uniformidade, acaba por ser superada. O Direito, assim, não mais possui origem apenas no Estado, na medida em que ele próprio deixa locais abertos à regulação específica por outros atores sociais. Assim, a lei é fruto do pluralismo das forças sociais. Tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de

justiça.

O que se verifica, assim, é uma alteração na própria concepção de Direito, que, como ensina Barroso (2011, p.270-271), a partir da segunda metade do século XX, “deixou de caber integralmente no positivismo jurídico”. Segundo o autor, surge com força a doutrina pós-positivista, como uma terceira via entre o jusnaturalismo e positivismo, inspirada na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Ela vai além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto e efetua leitura moral das normas jurídicas, sem, no entanto, recorrer a categorias metafísicas.

De acordo com essa leitura, não se está diante um modelo jurídico estritamente baseado na superioridade da lei. O que se observa é a adoção de um modelo de direito composto por regras e princípios, que para sua observância, foram colocados em uma posição superior, razão pela qual foram inseridos nas Constituições. Assim, a lei cede a sua supremacia à Constituição, o que acaba por representar o avanço do Direito Constitucional na atualidade.

Importante salientar, todavia, que esta visão não é unânime. Abboud e Oliveira (2015, p.211) sustentam que a teoria neconstitucionalista não representa a melhor opção teórica para descrever o movimento constitucional que se observa, em um primeiro momento, na Europa continental pós-bélica espalhando-se posteriormente para a América Latina. Por um lado, os neconstitucionalistas erram no diagnóstico de que o principal problema do direito no período imediatamente anterior a 1945 dizia respeito ao formalismo derivado de uma concepção jurídica baseada em um legicentrismo que apartou os problemas jurídicos das questões ligadas à justificação filosófica do direito, da ética e da justiça. Dão como resposta a isso, a emergência de um modelo teórico antiformalista, mais propenso ao desenvolvimento de problemas morais no seio das questões jurídicas, especialmente quando estamos diante de uma questão que envolva concretização de direitos fundamentais

Para além da tradicional dicotomia entre teses conceitualistas e funcionalistas, ou seja, da compreensão de que a expansão do Poder Judiciário se dá em razão da positivação de direitos fundamentais ou por conta de questões estruturais do sistema jurídico, Barroso (2012, p.68-69), refere que têm surgido

novas teorias, a partir do paradoxo existente em razão da dependência do Judiciário dos demais poderes para o cumprimento das suas decisões. A expansão do Poder Judiciário, assim, somente seria possível com a aceitação dos demais Poderes, surgindo então o questionamento sobre o interesse destes em tolerar tal fenômeno, que implicaria em redução de seu poder político.

Conforme Brandão (2012. p.70-87), nessa esteira, o fator fundamental para a expansão do Judiciário é a incerteza política futura, havendo a tendência de que em sistemas em que houver um partido dominante, a tendência é o privilégio à flexibilidade constitucional e a restrição do *judicial review*, ao passo que em sistemas em que houver disputa entre grupos e difusão de poder, a tendência é a maior rigidez constitucional e ampliação do *judicial review*.

O autor refere, todavia, as teorias que se prestam a explicar a expansão do Poder Judiciário não são exclusivas, mas, em verdade, iluminam os elementos que fomentam a expansão do Poder Judiciário, de modo que um determinado sistema pode apresentar elementos inerentes a cada uma delas. Nesta senda, o autor entende que os fatores para a judicialização da política, na esfera política, a democracia e o pluralismo político, o federalismo e a separação de poderes e a ineficiência e perda de confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias e a forte esperança no Judiciário. As condições institucionais são o estabelecimento de catálogo de direitos, o qual facilita o surgimento de uma cultura política de direitos fundamentais, sobretudo em países em que houver o garantia de sua superioridade em relação à lei, por força do controle de constitucionalidade.

Diante de todo exposto, o que se tem como de mais relevante para o presente estudo é que o direito com o qual lidam os juristas na atualidade do Estado Constitucional de Direito é profundamente distinto daquele com o qual laboravam os juristas ao tempo do Estado Legal. A reformulação do princípio da legalidade, agora submetido à Constituição, a afirmação da força normativa dos princípios e a ascensão do reconhecimento dos direitos fundamentais, alteraram profundamente a concepção de direito nos dias atuais. Com efeito, como afirma Schier (1999, p.37-38), a atividade do intérprete e aplicador do direito adquire caráter prospectivo e emancipatório, na medida em que se dá a partir de uma Constituição que constitui o centro de um sistema aberto de regras e princípios que dialoga com a realidade

política, econômica e social. A decisão jurídica, em especial a decisão judicial acaba por se tornar a manifestação por meio da qual essa complexidade irá ser considerada e aplicada aos casos concretos.

Nesse particular, ensina Barroso (2011, p.284-287) que, no plano teórico, três grandes transformações alteraram o conhecimento relativo à aplicação do direito constitucional na atualidade: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação.

A respeito da expansão da jurisdição constitucional Barboza (2014, p. 78-105) identifica a ocorrência, de forma paralela, de dois movimentos paralelos que contribuem para o fenômeno no momento histórico em questão: a supremacia da Constituição e a transferência de parcela do poder político aos auspícios do Poder Judiciário.

A supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais aparece como uma forma de realização da democracia que ao mesmo tempo passa a ser limitada pelo constitucionalismo, ocorrendo uma mudança nos papéis do Estado, especialmente nos países da *civil law*, mediante a limitação das maiorias e do Legislativo, pela previsão do *judicial review* a ser realizado pelo Poder Judiciário ou por um Tribunal Constitucional independente. Os direitos fundamentais recebem *status* constitucional, fazendo com que a atividade legislativa majoritária do Parlamento passe a ser fiscalizada por um órgão que vai realizar o controle de constitucionalidade.

Deste modo, o Judiciário assume papel importante na proteção, realização e especialmente na interpretação dos direitos humanos e fundamentais nessa nova era, fenômeno que a autora nomeia de Revolução dos Direitos Humanos.

Há um movimento paralelo a este, ou dele decorrente, de transferência de parte do poder político do Parlamento para os tribunais, fenômeno conhecido como judicialização da política, que passa a apreciar questões morais e políticas cujo consenso não foi possível na esfera parlamentar, ampliando ainda mais a extensão do *judicial review*.

Como consequência da modificação da concepção de direito, necessária

também se torna uma transformação da ideia de jurisdição, atribuindo-se ao julgador, como se afirmou, a prerrogativa de controlar a compatibilidade entre os atos legislativos e as normas constitucionais, bem como de interpretá-los de modo criativo, à luz da Constituição e dos princípios de justiça. Tal transformou permitiu o desenvolvimento de novas abordagens interpretativas ao Direito, bem como exigiu o desenvolvimento de novas técnicas decisórias, as quais permitem a leitura de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional à luz da Constituição, considerada enquanto sistema aberto de regras e princípios.

Para Schier (1999, p.109-136), algumas dessas abordagens são: a utilização de um método concretista da interpretação constitucional, que compreende em conjunto o componente fático e componente semântico da interpretação, de modo que, a partir da análise da realidade é que se complementa o comando normativo, sendo que ambas as esferas (fática e semântica) devem ser consideradas de modo igual no processo hermenêutico; a consideração da potencial inconstitucionalidade da lei injusta, na medida em que presentes no sistema princípios que são expressão da justiça, e exigem assim, que o juízo da (in) constitucionalidade tenha caráter formal e material; interpretação conforme a Constituição, método segundo o qual, diante de múltiplas interpretações possíveis de um preceito infraconstitucional, deve-se optar por aquela que atribua maior eficácia aos valores constitucionais, afastando interpretações inconstitucionais.

Pelo exposto, podem ser elencados como causas que transformam e ampliam a atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito: o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força normativa; o reconhecimento de direitos fundamentais e de sua supremacia material, que conforma o poder político, reformulação do princípio da legalidade, de modo a exigir atenção a seu substrato material.

Tais premissas demandam, de um lado, que a Constituição deva ser aplicada diretamente aos casos concretos, e de outro, que todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deva ser lido à luz das disposições constitucionais; a construção de um sistema jurídico cujos padrões normativos não se esgotam nas regras, incluindo também princípios, que dispõem de força normativa, mas também o condão de orientar a interpretação das demais disposições integrantes do sistema

jurídico.

Em que pese os inegáveis avanços na proteção dos direitos humanos decorrentes papel atribuído à jurisprudência no Estado Constitucional de Direito, a atuação do Poder Judiciário, tem sido objeto de críticas, em especialmente que (a) o Judiciário avançaria indevidamente no tratamento de questões de natureza política, sem, no entanto, deter legitimidade democrática para tanto. Nesse ponto, haveria um desprezo à figura da lei; (b) como os direitos fundamentais têm por característica a abstração e só terão significação no caso concreto, o Judiciário acaba por proferir decisões sobre questões ligadas à moralidade política da comunidade, acarretando em um sem número de decisões conflitantes e, conseqüentemente, insegurança jurídica.

Quanto ao aspecto da crítica à atuação política do Judiciário, que desembocaria em supremacia perante os demais poderes, a crítica mais contundente advém de Waldron, que sustenta (2006, p. 1406) a inadequação às sociedades democráticas cujo principal problema reside na discordância entre seus membros sobre direitos, de um modelo de definição de tais direitos a partir do *judicial review*.

Para alcançar tal conclusão, Waldron (2006, p.1360), pressupõe 1) a existência de instituições democráticas em razoável ordem de funcionamento, o que incluindo um Parlamento eleito com base universal sufrágio; 2) um conjunto de instituições judiciais, novamente em razoável ordem de funcionamento, que configura uma base não-representativa, para ouvir ações individuais, resolver disputas, e defender o Estado de Direito; 3) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade à idéia de indivíduo e direitos de minorais; e 4) persistência, substancial e de boa-fé de desacordo sobre direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a idéia de direitos. Atendidas tais premissas, entende o autor que consignar a necessidade de que as discordâncias sejam remetidas para análise final pelo Poder Judiciário é argumento fraco e que não convence. Em tal hipótese, não seria necessário que decisões sobre direitos que já foram objeto de apreciação pelo Parlamento passassem por nova análise pelo Poder Judiciário. Ainda, permitir que decisões judiciais superem/ignorem

decisões parlamentares representa o não preenchimento de um requisito de legitimidade política.

Em oposição, em obra na qual realiza contundente defesa da atuação do Tribunal Constitucional como detentor da última palavra em matéria constitucional, e em especial das decisões do Tribunal Constitucional Português em atenção à crise econômica atravessada por Portugal no decorrer dos últimos anos, Novais (2014, p.78-152) sintetiza qual a crítica que costuma ser feita à atuação política da Corte Constitucional da seguinte forma:

Com várias origens e com linhas argumentativas diversas, as críticas convergem, todas elas, na conclusão de que, na sua jurisprudência dos anos da crise, o Tribunal Constitucional estaria a arrogar-se ilegitimamente um poder de decisão que não lhe cabe, na medida em que estaria a invadir a área de reserva política do legislador, do Governo, ou no mínimo estaria a fazer um uso disfuncional das suas competências constitucionais de fiscalização.

Em síntese, o Tribunal Constitucional estaria a invalidar opções reservadas ao Governo, mas estaria também a fazê-lo sem que a Constituição lhe forneça critério jurídico objetivo para tanto. O Tribunal acabaria a decidir questões políticas com pretensão fundamento em princípios jurídicos sem conteúdo preciso e manipuláveis simplesmente ao sabor das opções político-ideológicas de quem julga. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional estaria a impor aos agentes políticos e à sociedade um dirigismo constitucional anacrônico e disfuncional.

Levando em conta que a Constituição é o ponto convergente entre o Direito e Política, Novais (2014, p.82-83) assevera que a fiscalização da constitucionalidade das leis obriga o órgão estatal a decidir sobre assuntos de natureza política, de modo que a adoção de um modelo de jurisdição constitucional abre necessariamente um espaço de contato entre o domínio do direito e da política.

A judicialização da política é também decorrente do status constitucional atribuído aos direitos fundamentais. Como se afirmou anteriormente, a positivação de direitos fundamentais representa a inserção de determinados valores democráticos. Por tal razão, a atuação do Judiciário na realização do controle da parametricidade material da legislação ordinária na sua relação com os princípios e regras constitucionais, atividade de conteúdo político, conforme se afirmou acima, é condição de possibilidade do Estado Constitucional de Direito, na medida em que garante a efetiva observância dos direitos fundamentais.

A questão aqui é que não devem ser confundidos os conceitos de

judicialização da política, que como se procurou demonstrar é uma decorrência da adoção do modelo de Estado Constitucional de Direito, com a de ativismo judicial, que, em nossa visão corresponde ao avanço indevido do Judiciário em questões políticas quando não reunidas condições necessárias para a realização do exame de compatibilidade das leis para com a Constituição.

Nesta senda, ensina Barroso (2012, p.23-32) que judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

No Brasil, aponta o autor, as causas da judicialização foram a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

A redemocratização do país fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira, por conta da expansão de atribuições do Ministério Público, da Defensoria Pública, e pela retomada da cidadania, em razão da qual os cidadãos passaram a

A constitucionalização do país trouxe para a Constituição matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Assim, na medida em que uma questão é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

Por fim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo ao combinar aspectos de dois sistemas diversos: o americano (que se vale da fórmula de controle incidental e difuso, por meio do qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei caso a considere inconstitucional) e o europeu (via por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal, com amplo direito de propositura amplo, nos termos do art. 103 da Constituição).

Por seu turno, o ativismo é definido por Barroso (2012, p. 23-32):

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A segunda crítica refere-se à insegurança jurídica acarretada pela nova concepção de direito e de jurisdição decorrentes da adoção do modelo de Estado Constitucional de Direito. Conforme Barboza (2014, p. 235-236) sistemas da família *civil law*, tradicionalmente a segurança jurídica era assegurada pela ideia de completude do sistema, que se buscava assegurar por meio da codificação. Com o deslocamento do pilar central do sistema jurídico para as Constituições para assegurar a observância dos direitos fundamentais, essa ideia acaba sendo dissipada. O Judiciário passa a decidir com base em um sistema jurídico composto por diferentes padrões normativos, regras e princípios, e, ademais, sem uma preocupação mais rígida com a coerência das decisões.

Outra crítica presente refere-se à eficiência quantitativa, que tem como consequências mais visíveis a demora na prestação jurisdicional e a correspondente crise de legitimidade que daí decorre.

Entendemos que as críticas são pertinentes nesses pontos. Por tal razão, o desafio atual em matéria de jurisdição constitucional, fixadas as premissas de que a Constituição é centro do sistema jurídico, que suas regras e princípios vinculam e limitam a atividade do Parlamento e de que as decisões judiciais no Estado Constitucional de Direito, por isso mesmo devem transitar pela política, consiste na identificação de instrumentos capazes de garantir um tanto de coerência e integridade ao conjunto da jurisprudência, bem como assegurar resposta às demandas em tempo razoável, e com respeito ao regime democrático.

1.3 POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO: IMPACTOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO²

Tradicionalmente, costuma-se referir que a concepção de direito própria do Estado de Direito era o positivismo jurídico. Importante salientar, que tal expressão, todavia, não encerra um conceito unívoco.

De acordo com Bobbio (2006, p.15-21) a expressão deriva da locução direito positivo, que por sua vez se contrapõe à ideia de direito natural, de modo que a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada por tal dicotomia. O autor elenca seis características distintivas do direito positivo e do direito natural, a saber: o direito natural é universal, ao passo que o direito positivo é particular, válido apenas para alguns lugares; o direito natural é imutável no tempo, ao passo que o direito positivo muda; diferem quanto à fonte, que no direito natural é a natureza, ao passo que no direito positivo é posto pelo povo; são conhecidos por modos diversos, pois o direito natural é conhecido por meio da razão, enquanto o direito positivo se conhece por meio de declaração de vontade alheia; os dois direitos têm objetos distintos, porquanto regulam comportamentos distintos. Com efeito, os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem qualificação apenas porque foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo; o último critério distintivo é o da valoração das ações: o direito natural estabelece aquilo que é bom, enquanto o direito positivo estabelece o que é útil.

As características fundamentais do positivismo jurídico, para Bobbio (2006, p.131-133), são resumidas a sete problemas: o modo de abordar o direito, considerando-o como um fato, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva, do que deriva uma teoria da validade do direito, teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem à sua estrutura formal, prescindindo do seu conteúdo; a definição do direito: o juspositivismo define o direito em função do elemento de coação, de onde

² Sobre a reflexão acerca do constitucionalismo contemporâneo, cf. ABOUD; OLIVEIRA, 2015, p. 196-214.

deriva a teoria da coatividade do direito, segundo a qual, o direito vige em uma determinada sociedade e suas normas são feitas por meio da força; o problema das fontes do direito, por meio do qual se afirma a teoria da legislação como fonte preeminente do direito, colocando o problema das outras fontes do direito, que não desaparecem completamente; o problema da teoria da norma, que é considerada como um comando, formulando a teoria imperativista do direito; o problema da teoria do ordenamento jurídico, que considera a estrutura do conjunto de normas vigentes em uma sociedade, sustentando-se assim a coerência e a completude do ordenamento jurídico. Pela característica da coerência exclui-se que em um mesmo ordenamento possam coexistir simultaneamente duas normas antinômicas; com o requisito da completude, o positivismo jurídico afirma que das normas explícitas ou implicitamente contidas no ordenamento jurídico, o juiz pode sempre extrair uma *regula decidendi* para decidir qualquer caso, excluindo assim o conceito de lacunas do direito; o problema da interpretação, sustentando a teoria da interpretação mecanicista, que faz prevalecer o elemento declarativo ao elemento criativo na atividade do jurista; o sétimo ponto diz respeito à teoria da obediência, que é sintetizada na teoria da absoluta obediência da lei enquanto tal.

Para Dworkin (2011, p.27-8), as posições centrais e organizadoras do positivismo jurídico são poucas e podem ser formulados da seguinte maneira: (a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público, as quais podem ser identificadas por meio de testes de pedigree, que não têm a ver com o conteúdo, mas como maneira pela qual elas foram formuladas; (b) o conjunto dessas regras é coextensivo com "o direito", de modo que se ao caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma dessas regras, então o caso não pode ser decidido mediante a aplicação do direito, mas por uma autoridade pública, exercendo seu discernimento pessoal, o que significa ir além do direito na busca por outro tipo de padrão que oriente na confecção de nova regra ou complementação da regra existente.; (c) dizer que alguém tem obrigação jurídica significa que o caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer algo.

Assevera Zagrebelski (2011, p.33), que a ideia que expressa o positivismo

jurídico enquanto ciência da legislação positiva pressupõe uma situação histórico-concreta: a concentração da produção jurídica em uma instância constitucional, a legislativa. O seu significado supõe a redução de tudo o que pertence ao mundo do direito reduzindo a atividade do jurista como um mero serviço à lei, o que resulta em uma ciência do direito que, por si, não poderia reivindicar nenhum valor autônomo.

É nessa perspectiva que Bobbio (2006, p.135-136) caracteriza o positivismo como abordagem avalorativa, Isso porque, ele nasce da tentativa de transformar o estudo do Direito numa ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais, que por sua vez são caracterizadas pela avaloratividade, ou seja, na distinção entre juízos de fato (que representam tomada de conhecimento da realidade) e juízos de valor (tomada de posição frente à realidade), com a exclusão desta última categoria do âmbito científico, pretendendo-se assim a formatação de um conhecimento objetivo.

De acordo com Barroso (2009, p. 229-230), A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Sendo assim, de acordo com visão positivista, não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.

Para o autor, as características essenciais do positivismo jurídico são a aproximação quase plena entre Direito e norma; a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas e o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo, inserindo-se aqui também o dogma da subsunção.

Emerge, assim, o paradigma do pós-positivismo, que, sem abandonar por completo os fundamentos do positivismo jurídico, mas se propõe a reformulá-los. De acordo com Barroso (2009, p.229-30), a pretensão do positivismo jurídico de transpor os métodos das ciências naturais para o Direito jamais foi totalmente satisfatória. Ocorre a tomada de consciência de que o Direito não pode adotar uma postura apenas descritiva, na medida em que lhe cabe prescrever um dever-ser e atuar na realidade, havendo portanto intensa relação entre o sujeito do

conhecimento e o objeto de estudo. Por esse motivo, torna-se insuscetível na prática o ideal da neutralidade e da objetividade.

O pós-positivismo, assim é um conceito ainda inacabado, representante da sublimação, e não completa superação, dos paradigmas do jusnaturalismo e do juspositivismo. Nas palavras de Barroso (2009, p.241):

O pós-positivismo identifica um conjunto das ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetivista do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para outro.

O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem pensamentos opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Oposto, mas por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação ou sublimação dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. O positivismo, por sua vez, em busca de objetividade científica, equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. A sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito, inicialmente sob a forma de ensaio de retorno ao Direito Natural, depois na roupagem mais sofisticada do pós-positivismo.

De acordo com Hespanha (2012, p.529-535), muitas das críticas que têm

sido feitas ao positivismo, mormente nos últimos cinquenta anos, estão vinculadas à costumeira associação que se faz à conversão da vontade arbitrária de Estados autoritários. Todavia, de acordo com o autor, o legalismo não foi, na Época Contemporânea, um atributo característico das políticas autoritárias do direito, mas prevaleceu na fase inicial da Revolução Francesa, havia se manifestado da Constituição Federal, de 1778, dos Estados Unidos da América, na Inglaterra, país considerado, desde o início da Época Contemporânea, como um modelo de liberdades e de democracia; onde se e prolongou até hoje o princípio da soberania do parlamento, como também a tradição jurídica é marcada pelo positivismo legalista. De outra banda, posições antilegalistas têm constituído um sinal característico da política do direito de Estados autoritários, para os quais a lei pode ser um embaraço para o arbítrio do poder. E, por isso, os líderes desses Estados frequentemente apelaram para normas ou valores supralegais para ultrapassarem os limites rigorosos da lei.

Nesse sentido, Hespanha elenca em que aspectos podem ser criticados nos argumentos antilegalistas (2012, p.529-535):

Em primeiro lugar, temos de constatar que a democracia política – normalmente na forma de democracia representativa – é a forma política largamente dominante no mundo cultural que constitui a nossa referência. E, por isso, todos os argumentos que se tiravam do caráter autoritário, arbitrário, ditatorial da lei (aquilo a que ironicamente já se chamou de *reductio ad Hitlerum*) constituem sobrevivências de um momento histórico que não existe mais.

Em segundo lugar, de acordo com o antilegalismo, a recusa do nome de direito às “leis injustas” teria a vantagem de lhes negar o caráter jurídico e, logo, cogente ou obrigatório. Ora, se estudarmos a história da resistência aos regimes totalitários dos anos 30 e 40 do século XX, constataremos duas coisas. A primeira delas é que a esmagadora maioria dos juristas – mesmo em países de brilhante tradição jurídica – raramente usou este argumento para justificar o direito (ou mesmo dever) de resistência às leis aberrantes; pelo contrário, elas foram invariavelmente aplicadas com o assentimento ou colaboração do corpo dos juristas e dos juizes. Mas, mais do que isso, a existência potencial deste argumento a favor de um “combate jurídico às ditaduras” não raramente constituiu uma diversão de formas mais eficazes de se lhes opor, desde as formas abertamente políticas (a começar pela crítica política da lei, que não lhe nega o valor de lei, mas a critica nos seus fundamentos políticos, morais ou religiosos) às formas de resistência ou de revolta, legal ou ilegal, passiva ou ativa, pacífica ou armada.

Hoje, em contrapartida, o contexto político é outro. E, sobretudo, outros são os riscos que ameaçam o princípio do direito democrático.

O primeiro risco é o de que alguém se substitua ao povo na tarefa de criar direito.

Isto pode acontecer de várias formas, algumas das quais bastante antigas na tradição jurídica ocidental. Com uma delas já nos defrontámos, neste

livro: pressupondo (i) que existe um direito “natural”, ou “racional”, ou “certo” – ou seja, que existem respostas independentes da cultura, dos interesses ou das opiniões, para a pergunta “isto é ou não justo?”–, e (ii) que os juristas, pelo seu saber ou pelo seu treino, são capazes de descobrir essas respostas, a tentação é grande para substituir ao direito de raiz (incluindo os do direito) a uma análise custos-benefícios, seriam tão incontornáveis que contra eles não poderia valer a soberania popular ou o princípio da decisão democrática do direito. Todavia, a observação das sociedades históricas, ou mesmo das atuais, mostra que a economia já prosseguiu de muitas formas o combate à escassez, a produção de bens, a otimização social das vantagens, a distribuição do produto, a ponderação dos custos e dos benefícios, a distribuição de uns e outros ou pelos particulares ou pela comunidade; de tal modo que alegadas leis naturais ou inevitabilidades, neste domínio, não são empiricamente comprováveis, podendo, pelo contrário, constatar-se a existência de postulados culturais e políticos subjacentes a todas as análises económicas. Sendo estes postulados produto de convicções ou de escolhas contingentes (civilizacionais, comunitárias ou apenas de certos grupos), não têm força bastante para se imporem às decisões comunitárias sobre o direito.

Uma outra manifestação de naturalização da cultura é algum do discurso que se faz em torno dos direitos naturais – ou “direitos fundamentais”, consoante se adote uma formulação mais “americana” ou uma mais “europeia”. O princípio do direito democrático não tem outro fundamento senão o de garantir os direitos mais eminentes dos membros da comunidade, a começar pelo direito de estabelecerem um direito como norma de vida comum, do qual decorrem, para todos, direitos e deveres. Naturalmente que este direito de estabelecer uma norma de vida comum – uma ordem ou forma da República – só se justifica enquanto vise, em última análise, o respeito dos direitos dos cidadãos. Mas, como a vida comum é impossível se os direitos pessoais, mesmo os mais eminentes, forem intangíveis, não pode haver direitos “incomensuráveis”, ou seja, não pode haver direitos que escapem, no seu exercício, a um confronto, a uma ponderação, com os direitos dos outros (individuais ou de grupos) ou com os direitos da própria comunidade, como garante do conjunto dos direitos de todos.

Por isso, a defesa – hoje comum entre as mais radicais correntes ideológicas liberais – do princípio de uma prevalência absoluta dos direitos individuais” sobre o direito (como ordem compatibilizadora, ou ponderadora, ou reguladora) pode ser considerada uma ameaça grave ao princípio do direito democrático. Por um lado, sem uma positivação (ou incorporação objetiva, um reconhecimento seguro) desses direitos numa ordem jurídica, o que se instaura é o arbítrio quanto à sua identificação, quanto ao estabelecimento do seu âmbito e quanto ao seu peso relativo perante outros direitos. E, com isto, corre-se o risco de que cada um ou cada juiz defina, recorte e valore o catálogo de direitos segundo as suas convicções pessoais, impondo-as a todos como o princípio ou fundamento do direito. Por outro lado, mesmo os direitos mais fundamentais não são absolutos¹⁰³⁹, pois têm de se medir com os direitos dos outros ou, se se quiser, com os deveres criados pela convivência no seio da República. O problema não é, em suma, o de “tomar os direitos a sério” (R. Dworkin) ou não, pois todos quererão levar a sério os direitos seriamente estabelecidos e ponderados. O problema é, antes, por um lado, o de saber quem define séria e objetivamente esses direitos, sobretudo num mundo cultural e ideologicamente plural como o de hoje; e, em segundo lugar, se se podem levar a sério os direitos de uns sem igualmente se levarem a sérios os direitos dos outros, isto é, *sem se levar a sério a séria tarefa da sua ponderação*.

O terceiro risco que se coloca à democraticidade do direito é o da submissão do direito querido e positivado por uma comunidade a um direito real

ou alegadamente querido por uma comunidade mais globalizada. Embora a constituição de espaços jurídicos mais vastos, correspondentes a espaços de interação humana também mais vastos, apareça como uma característica dos nossos dias, há sempre que verificar se a participação nesses espaços de direito mais globalizado foi realmente querida pela comunidade mais restrita, se em relação a essa integração houve um momento constituinte em que a comunidade decidiu, segundo as normas da sua Constituição, pelo menos aceitar como seu o direito instituído a um nível superior, de acordo com regras também predefinidas e aceites. Caso contrário, poderemos estar a submeter o direito constituído democraticamente a formas não democraticamente legitimadas de estabelecer direito.

Deve-se destacar, todavia, que pode ser considerado reducionismo identificar necessariamente Estado Liberal com positivismo jurídico e Estado Constitucional com pós-positivismo.

Nesse sentido, Torrano (2015, p.277), critica a menção que se costuma a fazer ao pós-positivismo no Brasil, apontando que, mesmo sob a égide do Constitucionalismo, o positivismo jurídico é o modelo mais adequado às exigências da democracia, que pressupõe uma estrutura normativa comum, que seja capaz de resolver, a partir da lógica da maioria os conflitos sociais e políticos. Nesse sentido o autor sintetiza suas críticas (2015, p.225):

Em terras brasileiras, a menção ao pós-positivismo em julgados geralmente é realizada com o objetivo específico de fugir ao texto legal quando o seu conteúdo não agrada as convicções pessoais do magistrado. O termo, portanto, pelo fato mesmo de tornar a validade jurídica um conceito moralmente variável, tem objetivo privilegiado de afagar o desejo de libertar-se do texto, o que permite aos juízes fazerem o que eles querem". A supervalorização dos princípios; a desídia quanto à distinção entre valoração epistêmica e valoração moral; a confusão entre a descrição e valoração; a insistência em ignorar que magistrados, em regra, não estão preparados para realizar juízos morais sofisticados, tomando-os *a priori* como filosoficamente confiáveis; a ausência de critérios seguros relativamente à validade jurídica; o uso arbitrário de filósofos como teorias em si mesmas extremamente obscuras na tentativa de formular uma nova teoria das fontes; a afirmação banalizada de que o positivismo jurídico, devidamente superado, não passa de uma curiosidade histórica, enfim, todo o instrumental teórico do "pós-positivismo" constitui o perfeito exemplo de como capitalizar os magistrados com poderes argumentativos supremos, ruindo o próprio objetivo moral do direito de assentar conflitos morais e políticos em contextos arbitrários, complexos e contenciosos.

Por tais razões, importa ressaltar que o advento do Estado Constitucional não representa a superação do positivismo jurídico. Ainda, que constatar a expansão do Poder Judiciário não significa afirmar a sua supremacia perante os demais

Poderes do Estado, nem mesmo diminuir a relevância da lei no quadro das fontes do direito.

CAPÍTULO 2

EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

2.1. TENDÊNCIA DE APROXIMAÇÃO CONCEITUAL ENTRE AS FAMÍLIAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

Por vias diversas, como afirma Wambier (2012, p.20), tanto o sistema da *common law* quanto o sistema da *civil law* vêm ao longo da história visando criar previsibilidade. Em nossa opinião, a principal diferença existente entre os dois sistemas diz respeito à concepção da regra de direito. De acordo com David (1986, p.324), na essência, o direito da *common law*, tradicionalmente é um tido como essencialmente jurisprudencial e as regras são fundamentalmente as que se encontram na *ratio decidendi* das decisões dos Tribunais Superiores. Já nos sistemas família da *civil law*, tradicionalmente, à lei foi conferida a primazia enquanto fonte do direito.

Nesta senda, Marinoni (2010, p.221-233) refere que as razões de decidir ou fundamentos da decisão importam, na *common law*, porque a decisão não diz respeito apenas às partes. A decisão vista como precedente interessa ao juízes, a quem cumpre dar coerência à aplicação do direito, e aos jurisdicionados, que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades.

Assim, para o autor, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais de decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra.

A *ratio decidendi*, no *common law*, é elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório, ou seja, quando relacionada aos requisitos da sentença, é algo mais, constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir desses requisitos.

Ainda que, conforme o mesmo autor, não haja sinal de acordo na

common law a respeito da definição de *ratio decidendi*, parece-nos adequada a noção trazida por Streck (2013b, p.359), que, ao partir da ideia de que a aplicação da lei determinado conjunto de fatos é sempre baseada em um princípio legal, afirma que a *ratio decidendi* é a parte essencial desse princípio legal, que embasa a tomada de decisão.

A *ratio decidendi*, como ensina David (1986, p.324), é encontrada quando no processo decisório, o juiz faz a distinção entre as declarações que são e que não são estritamente necessárias ao juízo da causa.

Nesse sentido, Schauer (2009, p.52-53) afirma que:

É difícil compreender, portanto, de que forma a relevância pode se originar da mera descrição de fatos, ainda que de fatos materiais. Se uma regra externa a esses fatos determina a relevância, então é essa regra, e não o caso precedente, que está desempenhando a tarefa. E se a determinação de materialidade não vem de uma regra externa ao caso, então é como se a ideia de vinculação por precedente fosse ilusória, porque não existe nada que impeça o tribunal atual de sair apontando semelhanças sempre que quiser chegar a um resultado consistente com o obtido em um caso anterior, e sair apontando diferenças sempre que quiser chegar ao resultado oposto. E, como duas situações de fato quaisquer sempre serão semelhantes uma à outra em alguns aspectos e diferentes em outros, responder que é o direito que determina a relevância é na verdade não dar resposta alguma. Contudo, antes de nos desesperarmos por completo e chegarmos à conclusão de que, na verdade, precedentes não limitam de forma alguma as decisões, é preciso lembrar que, na esmagadora maioria dos casos, o tribunal precedente não apenas nos dá os fatos e o resultado, ou conclusão, mas também nos diz por que chegou àquela conclusão específica. Em outras palavras, a questão não é tanto fazer a extração da *ratio decidendi* de um caso, como de simplesmente ler o que o tribunal disse que seria a *ratio decidendi* naquele caso

Assim, a chamada *legal rule* inglesa coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual foi admitida. Todavia, conforme adverte Streck (2013b, p 358), na atualidade, em razão da maior sistematização das fontes do direito e pelo fato de que grande parte do direito é encontrado nas *law reports*. Com efeito, o direito jurisprudencial e o direito legislado, situam-se em semelhante plano enquanto fontes de direito.

O conceito de *obiter dictum* é atrelado ao de *ratio decidendi*. A distinção entre ambos se deve à valorização dos fundamentos da decisão, peculiar na *common law*. Como nesse sistema importa verificar a porção do julgado que tem efeito obrigatório ou vinculante, há motivo para se investigar a fundamentação, separando-se o que dá significado à decisão daquilo que não lhe é essencial. Assim, para identificar a *ratio*

decidendi e a *obiter dictum*, indaga-se sobre a necessidade ou não de seu enfrentamento para chegar à decisão. De acordo com Schauer (2009, p. 54-57) a *obiter dictum* é algo extra, não estritamente necessário para atingir, justificar ou explicar o resultado do caso, usualmente observações do tribunal sobre questões que não foram de fato colocadas pelo caso, ou conclusões sobre pontos que são desnecessários para o resultado efetivamente atingido pelo tribunal, ou explicações abrangentes acerca de toda uma área do direito, ou simplesmente adendos em larga medida irrelevantes.

Ensina Duxbury (2008, p.113-4) *que distinguishing* é o que fazem os juízes quando realizam a distinção entre um caso e outro. Com efeito, conforme afirma Schauer (2009, p.54-57) a existência de um precedente vinculante obriga o tribunal inferior a segui-lo *ou* a distingui-lo do caso atual. Desse modo, boa parte da argumentação jurídica envolve a tentativa de um dos lados de afirmar que um dado caso de um tribunal superior determina a decisão no caso atual, enquanto o outro lado insiste que os dois casos são suficientemente diferentes para que o resultado no caso precedente não precise ser também o resultado no caso atual. *Distinguishing* entre casos é o modo de demonstração das diferenças fáticas entre o primeiro caso e o caso atual, a fim de mostrar que a *ratio* do precedente invocado não se aplica à situação que se tem em mãos. Quando determinada corte faz a distinção entre dois casos, não está repelindo a *ratio* do precedente, mas indicando as diferenças que fazem com que o caso atual não se enquadre ao seu campo de aplicação.

Overruling é um método pelo qual os juízes deixam de seguir o precedente. De acordo com Duxbury (2008, p. 116), quando utilizado *overruling*, o julgador reconhece que o substrato fático do caso é semelhante àquele que originou o precedente, mas declina de aplicá-lo, declarando que uma nova regra deve ser aplicada em substituição. Ou seja, conforme afirma Schauer (2009, p.), pelo método do *overruling*, os tribunais enfrentando suas decisões passadas têm a capacidade de ocasionalmente anulá-las.

Desse modo, na Inglaterra, historicamente, conforme David (1986, p.341), a função da jurisprudência não foi apenas a de aplicar as regras de direito, mas também a de destacar as regras do direito, adquirindo assim autoridade maior do

que a que dispõe no direito continental europeu. Para o mesmo autor, como decorrência lógica de um sistema de direito baseado fundamentalmente na jurisprudência, surge a obrigação de respeito aos precedentes judiciais (*stare decisis*), regra que se estabelece no direito inglês a partir da primeira metade do Século XIX, com o incremento da demanda por certeza e segurança.

Nota-se, nesse sentido, que ao magistrado é conferida certa margem de discricionariedade na decisão, mas que, todavia, esta deverá ser justificada a partir das circunstâncias do caso concreto. Outro dado interessante a ser considerado, conforme lembra Streck (2005, p.83-129) é que as decisões são proferidas para a solução de casos concretos, portanto, não pensadas de imediato para que possam servir de precedentes no futuro.

Os sistemas da família da *civil law*, historicamente, também buscaram assegurar a sistematização do direito e a busca por previsibilidade e segurança. De acordo com Wambier (2012, p.24-5), são dois os momentos históricos significativos que acabam por demonstrar a existência de tais preocupações. O primeiro destes momentos é o reestudo dos textos romanos ocorrido em Bolonha no Século XI, para torná-los o quanto possível, um todo coerente. O segundo, o da Revolução Francesa, da era da codificação, em que ocorreu a transferência do poder do monarca para o povo e a consagração da supremacia do Parlamento, enquanto seu representante. Cultivava-se, assim, a ideia de que a lei escrita seria capaz de abarcar todas as situações possíveis e a tarefa de aplicação conferida aos juízes deveria ser a subsunção lógica dos fatos à lei. Com isso, nos sistemas de tradição romano-germânica, na lição de Barboza, a codificação buscou assegurar a completude do direito e a segurança jurídica, limitando-se o papel do Poder Judiciário.

Assim, nos sistemas da *civil law*, como se afirmou anteriormente, em que, por conceito, a fonte primordial do direito é encontrada na lei, a jurisprudência estaria a ela limitada. Como referem Streck e Abboud (2013, p.35), a importância da jurisprudência é aferida levando-se em conta sua relação com a lei. Assim, em tese, as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas em um texto legal, expressão da democracia. Com efeito, o papel da jurisprudência deveria ficar caudatário ao direito, entendido como conceito interpretativo, naquilo que é emanado das instituições

jurídico-políticas e as questões a ele relativas encontram respostas nas leis, princípios constitucionais, regulamentos, e nos precedentes em matéria constitucional, não na vontade do aplicador.

Desde meados do século XX, como refere Teodoro Junior (2010, p.15), diversos sistemas jurídicos apresentam uma tendência de junção das duas tradições, de modo que na tradição continental europeia, da *civil law*, abre-se espaço para o direito jurisprudencial, enquanto em sistemas da *common law* incorporam-se regras legisladas.

No que é particular aos sistemas da *civil law*, como afirma Marinoni (2010, p.40-1), principalmente em razão do impacto do constitucionalismo, aos juízes foi atribuído poder que se assemelha ao do juiz da *common law*, na medida em que a supremacia da lei é substituída pela supremacia da Constituição, e aos julgadores é conferida a prerrogativa do controle de constitucionalidade. O autor, ainda, de forma ousada refere que o juiz brasileiro, inclusive possui maior poder criativo do que o juiz inglês, na medida em que não presta o adequado respeito aos precedentes.

Outro ponto de relevo a exigir papel ativo do Judiciário brasileiro, em especial do Supremo Tribunal Federal se deve ao fato de que o Brasil não está alheio ao movimento de uma nova concepção do direito, conforme identificado por Barboza (2014, p.140), e teve início na Europa no decorrer do Século XX, como resposta aos flagrantes desrespeitos aos direitos humanos praticados por ocasião das duas grandes guerras mundiais e visa limitar o poder das maiorias representadas no Parlamento. Nesse sentido, mesmo na América Latina, passou-se a reconhecer a supremacia das Constituições e dos direitos humanos nela positivados. Com isso, percebe-se a preocupação em colocar os direitos humanos como supremos, a fim de resgatar os valores éticos esquecidos nos períodos de guerra. Esses direitos, dotados de conteúdo moral, passam a ser parâmetro material comum à jurisdição, contribuindo para a expansão do controle de constitucionalidade e, por consequência da atividade do Poder Judiciário ou dos Tribunais Constitucionais, e, no, caso brasileiro, do Supremo Tribunal Federal na interpretação dos direitos humanos e fundamentais.

Como se afirmou anteriormente, outros fatores contribuem para a expansão da atividade do Poder Judiciário, pelo que a compreensão do fenômeno. De

qualquer sorte, a expansão do Poder Judiciário acaba por colocar em paulatino desuso a tradicional divisão existente entre as duas principais famílias de direito ocidentais, da *common law* e *civil law*. Nesse particular, refere Barboza (2014, p.85):

Esse novo paradigma constitucional estabelecido no pós-guerra vai derrubar os limites até então existentes entre: constituições escritas e não escritas, entre constituições baseadas no *common law* e *civil law*; entre constituições para estados unitários e constituições para estados federais; entre sistemas jurídicos domésticos e internacionais. Esta afirmativa se justifica na medida em que os direitos humanos, quer estejam previstos no plano nacional em constituições escritas, quer estejam previstos em documentos internacionais de direitos humanos, internalizados por Estado com ou sem Constituição escrita, passam a limitar os Executivos e Legislativos nacionais, eis que passam a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e atos do Parlamento.

De acordo com Barreiros (2015, p.186), o contraste entre as tradições da *civil law* tem por objeto o seu aspecto formal, relacionado aos enfoques, à metodologia, às fontes do direito, à estrutura e procedimento, diferenças que, todavia, vem sendo progressivamente mitigadas.

Nesse sentido direito brasileiro não se vê afastado desse contexto debate acerca da aproximação, entre as diferentes famílias de direito em uma mesma ordem jurídica.

É corrente na doutrina que a alteração paradigmática decorrente do advento do Estado Constitucional de Direito, anteriormente abordada, altera os papéis da interpretação jurídica e da jurisdição. O que se pretende modestamente contribuir com o presente estudo é que a mudança observada também é decorrente de alterações no sistema de fontes do direito, na medida em que não mais é possível constatar a correspondência plena entre o direito e a lei.

De acordo com Barroso (2011, p.107-109), no atual momento, sedimentada está o caráter normativo das normas constitucionais. Além disso, o que se deve ter presente é que a supremacia da Constituição acontece não apenas no âmbito formal, o que já existia anteriormente. No atual modelo, assim, além da aplicação imediata das normas constitucionais, a Constituição, compreendida como uma ordem objetiva de valores, e como um sistema aberto de princípios e regra atua como fonte do direito no sentido de influenciar a leitura que se faz de toda a legislação infraconstitucional.

Conforme Marrafon e Robl Filho (2014), não é mais adequado trabalhar

na lógica da teoria das fontes estruturada a partir de uma pirâmide hierárquica e estática, mas sim analisar o direito como um sistema em que a Constituição encontra-se no seu centro, relacionando-se com as diversas fontes do direito. Com acerto, asseveram os autores que a ideia de Constituição enquanto sistema aberto de princípios e regras com efeitos irradiantes em toda a ordem normativa se mostra promissora, pois do ponto de vista da segurança jurídica, o sistema constitucional não abdica da hierarquia legislativa.

Aqui, no entanto, necessárias algumas advertências. Afirmar que a supremacia da lei foi mitigada não significa abandonar as conquistas da modernidade, tampouco que a lei deve ser diminuída enquanto fonte do direito. Nesse sentido, vale-se da lição de Marrafon e Robl Filho (2014):

A legalidade necessita ser revalorizada e a centralidade da Constituição não produz necessariamente a diminuição da Lei enquanto fonte. Na estrutura do Estado de Direito, a lei é essencial para limitar os poderes políticos e econômicos, modelando também a forma como os direitos são promovidos. É ela que permite o controle imediato da ação dos agentes estatais ante a vontade soberana do povo, seja por meio da jurisdição administrativa, seja por meio da jurisdição propriamente judicial. Contudo, para que essa revalorização não recaia em retrocesso positivista ou mesmo se transforme em crença ingênua na democracia representativa, é preciso reconstruir as bases fundamentais das instituições e do processo político legislativo a partir de uma forte perspectiva democrático-participativa, com atenção aos direitos fundamentais como parâmetros de controle substanciais do conteúdo da legislação. Algo mais próximo do constitucionalismo garantista e distante do legalismo rasteiro das primeiras escolas juspositivistas.

O papel atribuído à jurisprudência, enquanto fonte do direito é realçado no Estado Constitucional de Direito. Inicialmente, porque se entende, na esteira do afirma Barboza (2014, p.128), que a revolução dos direitos humanos acaba por aproximar conceitualmente os sistemas da família da *common law* e da *civil law*, na estrutura e proteção dos direitos humanos, de modo que o que se verifica é que ao magistrado da *civil law* papel ativo e criativo na formação da regra de direito. Ainda, porque o que se verifica é que o atual sistema de fontes, o qual pressupõe a Constituição, revela-se mais rico e abrangente. Nesse sentido, assevera Ferrer (2012, p. 65-82):

A estrutura cartesiana clássica com base na hierarquia das normas não resistem a dinâmica dessa nova ordem pós-moderna. As regras

materialmente válidos e de fato obrigatórias, serão despojadas dos requisitos formais a que estamos acostumados. Sua coercibilidade não vêm apoiado pelo império e monopólio e da força do Estado, mas a ser imposta sobre eles pela impossibilidade de sair do sistema planetário, até o final da autarquia. Por exemplo, uma declaração da OMC sobre as condições de comercialização de um produto não pode estar contida nas estruturas clássicas de antigos regulamentos, mas tem uma força poderosa para obrigar os Estados e indivíduos. Além disso, a produção normativa de limites temporais e espaciais esféricas direito a que estamos acostumados estão desfocadas. O reconhecimento dos direitos coletivos ainda não existem, como as gerações futuras, definitivamente altera a projeção temporal e até mesmo a opinião de Direito; e quanto ao território, combinações e transformações são infinitas, longe da "área de jurisdição" tradicional e segura estado.

Isso transforma profundamente, tornando-a mais rica, mas também fontes sistema mais inseguro conhecidos

Cabe, nesse contexto, ao Poder Judiciário, na atividade judicante, conferir certa ordem, buscar conferir integridade e coerência ao sistema jurídico.

O desenvolvimento de mecanismos de elevação da jurisprudência na escala de fontes de direito acaba, nesta senda, ser consequência da expansão do Poder Judiciário.

Nesse sentido, para além do debate teórico acerca da consolidação de um sistema de precedentes obrigatórios, ao sistema processual brasileiro têm sido acrescentados instrumentos que, pretensamente buscam aporte teórico na tradição da *common law*, todos eles conferindo maior protagonismo à decisão judicial na determinação do direito. Dentre tais instrumentos, destacam-se a possibilidade de prolação sentença de improcedência antes da citação, nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, a repercussão geral no Recurso Extraordinário, prevista no artigo 102, §2º da Constituição da República, a súmula impeditiva de recursos, do artigo 518, §1º do Código de Processo Civil, o Procedimento dos Recursos Repetitivos previsto no artigo 543-C do CPC-73 e, no que interessa ao presente estudo, a Súmula Vinculante.

2.2. PRECEDENTES, EFEITO VINCULANTE E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De acordo com Duxbury (2008, p.1), um precedente é um evento passado que serve como guia para uma decisão no presente.

Para Marinoni (2010, p.214-234) o significado de precedente é atingido a partir da consideração dos seus conteúdos e das porções que identificam o que o tribunal realmente pensa acerca de dada questão jurídica, e, além disso, da diferenciação em relação aos conceitos de decisão e súmula. Ainda, é vital saber utilizar o precedente, identificando-o como algo que, ao mesmo tempo, orienta as pessoas e obriga os juízes, mas também não imobiliza as relações sociais ou impede a jurisdição de produzir um direito consentâneo com a realidade. Finalmente, como nenhum precedente tem pretensão de ser eternamente válido, deve-se ter em conta os critérios que, sem violar a confiança justificada, permitam sua revogação. Tendo em vista que o precedente obrigatório objetiva realizar o direito e tutelar a segurança jurídica, é indispensável tratar da possibilidade de antecipação da revogação e da modulação dos efeitos da decisão revogatória, de modo a se evitar a aplicação injusta de precedente desgastado e proteger aquele que acreditou na decisão judicial.

Sustenta o autor que os conceitos de precedente e decisão judicial não se confundem, só havendo sentido falar em precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. Todo o precedente é uma decisão, mas nem toda a decisão é precedente. O precedente constitui decisão acerca de matéria de direito, e não de fato. Ainda, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar determinada norma, mas é preciso que a decisão enfrente os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto.

Assim, um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo. Em resumo, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delineia, deixando-a cristalina.

A afirmação de um precedente, nesse sentido, tem estreita ligação com as razões de decidir, na medida em que, como se afirmou, é necessária a elaboração de tese jurídica que estabelece o critério para a decisão.

Já para Schauer (2009, p.41) o princípio fundamental da tomada de

decisão de acordo com precedente é o de que tribunais devem seguir decisões passadas – isto é, dar as mesmas respostas às mesmas questões jurídicas que tribunais deram no passado, de modo que questões envolvendo a força e as consequências do precedente sempre envolverão o efeito, sobre os problemas colocados no caso atual, diante do tribunal atual, de uma decisão tomada pelo tribunal precedente no caso precedente.

De acordo com o autor, compreender a ideia de precedente requer que se diferencie aprender o passado de seguir o passado apenas pelo fato de ser passado. Aprender com o passado não significa raciocinar com base em precedentes. Quando se aprende com o passado, a decisão de fazer a mesma coisa que outro tribunal fez em uma ocasião anterior não se baseia na atribuição de *status* de precedente ao caso passado, diferentemente de quando os tribunais estão limitados por precedentes, ocasião em que têm a obrigação de seguir um precedente não porque concordam com essa decisão, mas inclusive quando acham que ela foi um erro. É a fonte do precedente que lhe dá a sua força, e não a solidez do seu raciocínio, ou a convicção de que o resultado indicado pelo precedente estava certo.

Para listar os argumentos que justificam o dever de seguir um precedente, Schauer (2009, p.36-41) diferencia precedente vertical de precedente horizontal. No primeiro, diz com a obrigação dos tribunais inferiores de seguir decisões previamente tomadas por tribunais superiores no âmbito de sua competência jurisdicional. No segundo, a obrigação se dá entre um dado tribunal hoje e o mesmo tribunal no passado, ou seja, diz respeito ao dever de um tribunal respeitar as suas próprias decisões.

Assim, no precedente vertical, a vinculação é uma versão, dentro do sistema jurídico, da autoridade hierárquica existente na maioria das instituições governamentais e não-governamentais.

No precedente horizontal, os argumentos centrais dizem respeito à estabilidade. Nesse sentido, afirma Schauer (2009, p.43) que:

(..)m argumento a seu favor foi reconhecido pelo Ministro Brandeis em sua famosa observação de que “na maioria dos casos é mais importante que [a questão] seja resolvida [*settled*] do que que ela seja resolvida corretamente.” Na vida, e em especial no direito, é importante que as coisas

estejam resolvidas para que outros possam se pautar por essas decisões e guiar seu comportamento de acordo com elas. Da perspectiva daqueles que se sujeitam aos limites do direito, os ganhos obtidos com aperfeiçoamentos marginais nas regras jurídicas raramente são suficientes para compensar as perdas causadas por não se poder contar nem com um sistema de regras jurídicas imperfeitas e precedentes imperfeitos. da perspectiva do tribunal vinculado, *stare decisis* traz consigo as vantagens da eficiência cognitiva e decisória, na medida em que o estreitamento do escopo da discussão aumenta nossa capacidade de argumentar de maneira precisa, tratar algumas coisas simplesmente como resolvidas facilita a vida do tribunal, da mesma forma em que facilita a vida de quem precisa planejar sua vida e suas atividades em torno das decisões tomadas por tribunais. A regra do *stare decisis* promove uma série de valores que estão de alguma forma relacionados à ideia de estabilidade.

Streck (2013a, p.1426) adverte que, precedente não se confunde com a súmula na medida em que o efeito vinculante está prescrito em um texto normativo e a instituição do efeito vinculante tem como finalidade “barrar” novas discussões sobre a matéria (e não atender à solução de uma demanda entre as partes). Nesse ponto, adverte Castanheira Neves (2014, p.12) que o precedente obrigatório é concreta decisão jurisprudencial que se vincula ao caso concreto, que se toma ou se impõe como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica.

Especificamente no que diz respeito às Sumulas e Vinculantes, que serão objeto de análise mais acurada em momento posterior, Abboud (2008, p.219-229) refere que as principais diferenças entre elas e os precedentes obrigatórios, são o modo como ingressam no ordenamento jurídico, o modo de aplicação, a dimensão, a teleologia e o âmbito de vinculação. A súmula vinculante ingressa no ordenamento jurídico mediante o procedimento previsto no artigo 103-A da Constituição da República, ao passo que a força do precedente reside na tradição e não decorre de regras escritas ou na Constituição. Quanto ao modo de aplicação, o precedente constitui-se num critério jurídico que serve como problematização e fundamentação para casos análogos, cuja solução necessita de ponderação casuística, que não está previamente determinada, ao passo que para as súmulas vinculantes o teor do verbete sumular tem status de entidade geral e abstrata que estabelece disposição de natureza legislativa para os casos concretos por ela abrangidos, cuja aplicação se dá mediante a utilização de método subsuntivo. O alcance da súmula vinculante pode ser evidenciado do texto do verbete sumular, enquanto os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, de modo que a devem ser

identificados no caso decidido, e, assim, para que se conclua qual a regra jurídica que foi formulada, toda a fundamentação utilizada precisa ser considerada. Quanto à teleologia, a doutrina dos precedentes surgiu como ferramenta para defender a independência judicial e limitar os poderes do rei, e, num segundo momento, a sua essência passou a ser assegurar previsibilidade das decisões judiciais. De maneira contrária, os institutos inspiradores da súmula vinculante, os assentos portugueses e instruções normativas dos Tribunais Socialistas da antiga URSS são característicos de Estados autoritários, nos quais os poderes não possuem autonomia ou distinção de funções, pelo que a principal meta seria assegurar a existência de um instrumento de controle do poder executivo sobre o poder judiciário. Assim, segundo o autor, os precedentes renovam o sistema, ao passo que a segunda o engessa. Por fim, a regra de vinculação por precedentes não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pela súmula vinculante, que permite a cassação de qualquer decisão que lhe for contrária, na medida em que aquele é ponto de partida para a discussão de novos casos, e não os soluciona de maneira lógico-subsumtiva como pretende esta.

Como adiante se irá verificar, no direito brasileiro, não é novidade a discussão acerca da oportunidade de implantação de precedentes obrigatórios na ordem jurídica. Todavia, certo é que o tema foi pauta na reforma do Poder Judiciário, levada a efeito pela EC 45/2004, e, foi um dos nortes da discussão durante a elaboração do NCPJ.

Conforme Cambi e Fogaça (2015, p.336-340) a universalização e a democratização do acesso à justiça, a partir da CRFB/1988, a opção pela alternativa de um sistema de precedentes no Brasil se deve à explosão da litigiosidade, reprimida no período anterior à redemocratização, e tem por objetivo assegurar maior racionalidade e efetividade ao sistema processual, e ampliar os níveis de confiança e segurança jurídicas.

O antes referido aumento do relevo ao papel da jurisprudência ganhou forma por alterações constitucionais e legislativas voltadas à estabilização do direito, como, por exemplo, a instituição, pela EC 03/93, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e com ela o efeito vinculante das decisões proferidas pelo

STF³, o qual foi posteriormente estendido à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), por força do artigo 28, parágrafo único da Lei nº9.868/99⁴, e, posteriormente, a Súmula Vinculante. No plano infraconstitucional, o sistema processual foi sendo atualizado por meio de diversas técnicas processuais assimiladas pelo CPC-73, como o recurso especial repetitivo, o julgamento monocrático de recursos, a repercussão geral para a admissão de recurso extraordinário, a sentença liminar de improcedência e a dispensa da reserva de plenário. (Cambi e Fogaça, 2015, P.336-340).

A tendência acima constatada é consagrada com a edição do Novo Código de Processo Civil. De acordo com Didier (2015, p.383-397), um dos pilares do NCPC é a estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais. Nesse sentido, ao buscar instituir de um sistema de precedentes judiciais no Brasil, o NCPC inova ao apresentar tratamento específico à matéria, em seu Livro III, Título I, Capítulo I.

O referido Capítulo tem início com o artigo 926, o qual, de acordo com Didier (2015, P.383-397), estabelece aos Tribunais, deveres institucionais relacionados ao sistema de precedentes:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Didier (2015, P.383-397), afirma que tais deveres gerais no âmbito da elaboração e manutenção de um sistema de precedentes, persuasivos e obrigatórios são (a) o dever de uniformizar a jurisprudência; (b) o dever de manter a jurisprudência estável; (c) dever de integridade; (d) dever de coerência.

³ Nesse sentido, passou a dispor o artigo 102, § 2.º da CRFB/88 As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

⁴ "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Quanto ao dever de uniformização da jurisprudência, pressupõe-se que o tribunal não possa ser omissivo diante da divergência interna entre os órgãos fracionários sobre a mesma questão jurídica. Nesse sentido, o artigo 926, §1º e §2º desdobram o dever de uniformização, ao estabelecerem a necessidade de formação de repositórios de jurisprudência, que terão a fórmula de súmulas da jurisprudência dominantes, editados pelos tribunais na forma de seus regimentos internos, em processos que atentem para as circunstâncias fáticas mediante as quais foi prevista a sua criação.

Adverte-se, todavia, como se afirmou anteriormente, que não se confundem os conceitos de precedentes e súmulas, o que leva Cambi e Fogaça (2015, P.336-340) a criticarem a opção legislativa pela determinação da criação de súmulas para a operação da teoria dos precedentes obrigatórios. O objetivo legislativo de vincular a edição da Súmula aos precedentes que lhe deram origem, de acordo com Didier (2015, P.383-397), é esclarecer que o correto exercício do dever de editar enunciados sumulares pressupõe a fidelidade do tribunal à base fática a partir da qual a jurisprudência restou consolidada, neutralizando o problema da criação de forma abstrata dos enunciados sumulares.

O dever de manter a jurisprudência estável vem expresso no artigo 927, §4º, do NCPC, que estabelece que:

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Nesse sentido, DIDDIER (2015, P.383-397) refere que as mudanças de posicionamento devem ser justificadas de modo adequado e específico, bem como deve ter a eficácia modulada, em atenção à segurança jurídica. Em razão do dever de estabilidade, o autor fala na consagração do princípio de inércia argumentativa, em razão do qual é estabelecida forte carga argumentativa para aquele que pretender afastar o precedente em caso semelhante ao que lhe deu origem, bem como uma fundamentação qualificada que justifique o *overruling* ou *distinguishing*. Por outro lado, exige-se carga argumentativa mais fraca para aquele que pretende a aplicação do precedente a caso semelhante, sem que isso, no entanto, justifique que

se abra mão da identificação dos fundamentos determinantes e da efetiva semelhança fática entre ambos os casos.

O artigo 926 do NCPC, ainda, inova na ordem jurídica brasileira ao inserir os deveres de coerência e integridade.

Os termos coerência e integridade são bastante difundidos na doutrina, sendo, porém, novidade no contexto normativo, razão pela qual é necessário atribuir-lhes sentido normativo.

Diddier (2015, P.383-397) afirma que a coerência entre duas normas pode ser visualizada na dimensão formal, que se liga à ideia de não contradição e coerência substancial, ínsita à ideia de conexão positiva de sentido, sendo que o dever de coerência aludido pelo NCPC deve ser concretizado em ambas as dimensões. A exigência de coerência produz efeitos também em dimensões externas e internas. Sob a perspectiva externa, os Tribunais devem coerência às suas próprias decisões e às decisões anteriores na linha evolutiva da jurisprudência. A dimensão interna do dever de coerência relaciona-se à elaboração do precedente, ou seja, ao dever de fundamentação, no sentido de se exigir a congruência da decisão. O autor aponta alguns critérios para a constatação da coerência do precedente judicial e da jurisprudência, a saber: a) a conformidade com o repertório conceitual da Teoria Geral do Direito e da Dogmática Jurídica; b) a recondução a uma mesma norma superior; c) a conformidade com a regra que impõe requisitos para a congruência interna da decisão.

Quanto à integridade, Dworkin (2014, p.214-269) afirma que a integridade é composta por dois princípios na política: um princípio legislativo que exige dos legisladores que tentem tornar o conjunto das leis moralmente coerente, e um princípio judicial, que demanda que a lei seja vista como coerente. Para o autor, a integridade é a chave para a melhor interpretação do modo como os juízes decidem os casos difíceis, ou seja, deve ser vista como ideal interpretativo para que os juízes tentem encontrar em algum conjunto coerente de princípios sobre direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação sobre a estrutura política e jurídica da sua comunidade.

Diddier (2015, P.383-397) afirma que o dever de integridade relaciona-se com a ideia de unidade do direito, e impede o voluntarismo judicial. Com efeito, a

observância ao dever de integridade exige do julgador posturas como a decisão em conformidade com o Direito, em respeito à CRFB, enquanto fundamento normativo das demais normas jurídicas, e, ainda, compreender o Direito como sistema de normas, a fim de concretizar o postulado da unidade do ordenamento jurídico.

O artigo 927 do NCPC⁵ apresenta um rol escalonado de precedentes judiciais, e estabelece verdadeira vinculação aos magistrados, na medida em que dispõe que os "juízes e tribunais observarão", de modo que os julgadores têm o dever de respeitar o comando legal que advém do referido artigo. Nesse sentido, de acordo com Zanetti Jr (2015, p.410), a mudança de paradigma que advém da inserção do referido artigo está no abandono do caráter persuasivo da jurisprudência anterior, para assumir papel normativo dos precedentes atuais, a fim de reduzir a discricionariedade judicial e o ativismo subjetivista e decisionista.

Conforme Cambi e Fogaça (2015, P.336-340), o fortalecimento dos precedentes judiciais visa atingir a preservação dos valores constitucionais da segurança jurídica e da isonomia entre os jurisdicionados, pois promove estabilidade ao ordenamento jurídico, afasta a ocorrência da jurisprudência lotérica e evita a ocorrência de julgamentos contraditórios, em prejuízo dos jurisdicionados.

A promoção da segurança jurídica, indispensável à proteção da igualdade substancial e da dignidade humana, é uma das razões principais que justificam a elaboração de um Novo Código de Processo Civil no Brasil. Para o cidadão, encontrar segurança jurídica significa ter o direito à tranquilidade e à estabilidade na relação jurídica, quais não podem ser modificadas sem critérios minimamente calculáveis, a ponto de a imprevisibilidade deixar inseguro e instável quanto ao presente, passado e futuro. Tal postulado deve ser concebido junto da proteção da confiança, como princípio constitutivo do Estado Democrático de Direito. Já a dignidade humana não estará devidamente protegida e respeitada quando a ordem jurídica possuir grau de estabilidade insuficiente para o cidadão depositar confiança

⁵ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

nas instituições estatais e sociais, bem como não tiver estabilidade para elaborar projetos de vida e manter relações jurídicas com terceiros e o Estado.

2.3. O INSTITUTO DA SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO

Para a superação da crise de eficiência quantitativa vigente no Poder Judiciário do Brasil, que tem como consequências mais visíveis a demora na prestação jurisdicional e a correspondente crise de legitimidade que daí decorre, além do debate teórico acerca da consolidação de um sistema de precedentes obrigatórios, ao sistema processual brasileiro têm sido acrescidos instrumentos que, pretensamente buscam aporte teórico na tradição da *common law*, todos eles conferindo maior protagonismo à decisão judicial na determinação do direito. Dentre tais instrumentos, destacam-se a possibilidade de prolação sentença de improcedência antes da citação, nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, a repercussão geral no Recurso Extraordinário, a súmula impeditiva de recursos, do artigo 518,§1º do Código de Processo Civil, e, no que interessa ao presente estudo, a Súmula Vinculante.

A tendência acima verificada se aprofunda ainda mais no Novo Código de Processo Civil, como se pode constatar, a título exemplificativo, pela ampliação do rol de hipóteses de improcedência liminar do pedido a teor do disposto do artigo 332 do NCPC⁶ e pela possibilidade de julgamento por meio de decisão monocrática de recursos interpostos contra decisões que contrariem entendimentos consolidados de Tribunais Superiores por Súmulas ou decisões proferidas em julgamentos de incidentes de demandas repetitivas, conforme artigo 932, incisos IV e V⁷.

⁶ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

⁷ Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

A existência de institutos que tenham por característica tornar impositivos a outros poderes e órgãos de Estado os fundamentos e interpretações subjacentes às decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional é anterior à instituição do instituto da Súmula Vinculante. São diversos os exemplos de dispositivos que previam o efeito vinculante no direito positivo brasileiro.

Melo (2007) afirma que o começo da Uniformização da Jurisprudência no direito positivo brasileiro remonta à vigência do Código de Processo Civil de 1939, que em seu art. 861 do Código de Processo Civil de 1939 permitiu que qualquer dos membros, câmara ou turma julgadora de tribunal pudesse promover o pronunciamento prévio das câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecesse que sobre ela ocorria, ou poderia ocorrer, divergência de interpretação entre câmaras ou turmas. Posteriormente, em 1943, o *caput* do art. 902 da CLT atribuiu ao TST estabelecer prejudgados, na forma de seu Regimento Interno, os quais consistiam no pronunciamento prévio da Câmara de Justiça do Trabalho sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, a requerimento da Procuradoria da Justiça do Trabalho, caso reconhecesse a ocorrência, ao menos potencial, de divergência de interpretação entre os conselhos regionais do trabalho (correspondentes aos tribunais regionais). Uma vez estabelecido o prejudgado, os tribunais regionais do trabalho, as juntas de conciliação e julgamento e os juízes de direito investidos de jurisdição da Justiça do Trabalho ficavam obrigados a respeitá-lo. Posteriormente, o dispositivo legal que estabelecia o prejudgado foi considerado não recepcionado pela ordem da Constituição de 1946, porquanto contrário ao princípio da separação de poderes, a qual afastava a possibilidade de delegação de poderes, exceto em casos expressos no próprio texto constitucional, o que não era o caso.

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Já a Súmula da jurisprudência dominante do STF, por sua vez, foi introduzida pela introduzida pela Emenda Regimental de 26 de agosto de 1963, mas ao contrário da Súmula Vinculante, visava apenas orientar e servir de método de trabalho aos juristas, simplificando o julgamento das questões mais freqüentes. A inserção do instituto acarretou efeitos processuais relevantes, como os poderes de negar-se provimento ao agravo destinado à subida de recurso extraordinário, não se conhecer de recurso extraordinário, não se conhecer de embargos de divergência e rejeitar os infringentes, sempre que o pedido do recorrente contrariasse a jurisprudência compreendida na súmula. A decisão podia ser proferida por um só ministro, monocraticamente, com agravo regimental garantido à parte que se sentisse prejudicada.

Conforme Streck (2013a, p. 1424), o CPC-73 consolida a prática de uniformização da jurisprudência. Melo (2007) afirma que os artigos 476 a 479 do CPC-73, que institucionalizaram o incidente de uniformização de jurisprudência, por meio do qual o tribunal pronuncia-se previamente sobre a interpretação do direito para desfazer divergência entre seus órgãos fracionários, diante da verificação de que, na decisão recorrida, tenha sido atribuída a dispositivo legal interpretação diversa da que lhe haja sido dada por outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

A raiz da expressão "vinculante" no direito brasileiro está na representação do Procurador-Geral da República destinada à interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, inserida pela EC nº 7, de 13 de abril de 1977, em relação à qual o STF introduziu, em seu Regimento Interno, as normas dos artigos 179 a 187, estabelecendo que a interpretação fixada teria força vinculante para todos os efeitos.

Nesta senda, afirma Leal (2006, p.130-141) que são diversos os institutos anteriores à Súmula Vinculante no Direito Brasileiro que tratavam da questão da uniformização da jurisprudência, dentre os quais destacam disposto no artigo 59, §2º da Constituição de 1891, o qual impunha ao Poder Judiciário Federal o dever de observar a jurisprudência dos tribunais estaduais, quando aplicável a legislação estadual, e vice-versa, a competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para a interpretação autêntica de leis em tese, atribuída pela Emenda Constitucional nº7 de

1977, e as decisões proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade, instituto inserido na atual Constituição pela Emenda Constitucional nº3, de 1993, que visa elidir a insegurança ou Estado de incerteza sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal. A Emenda Constitucional nº45/2004, por sua vez, estendeu expressamente o efeito vinculante às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

De acordo com Streck (2013a, p. 1424), nas últimas décadas, como solução para a “crise de funcionalidade”, do Poder Judiciário, decorrente do grande número de processos, da conseqüente demora na solução dos litígios e dos elevados custos, ganhou força nas comunidades política e a ideia da vinculação (constitucional) das demais instâncias judiciais e da Administração Pública às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores. A ideia foi objeto de diversos projetos de lei, até ser incluída no projeto globalmente denominado de “Reforma do Poder Judiciário” e ingressar na Constituição da República por meio da Emenda Constitucional 45/2004.

A Emenda Constitucional nº45/2004, com efeito, não foi pioneira em instituir a previsão de efeito vinculante na jurisdição constitucional brasileira, mas sim, promoveu alterações no seu regime jurídico.

Além da alteração acima referida, no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, a Emenda Constitucional nº45/2004 inseriu no texto da Constituição o artigo 103-A⁸, que atribui também efeito vinculante às súmulas aprovadas por 2/3 dos votos do Supremo Tribunal Federal incidente sobre matéria

⁸ Art. 103-A. 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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

constitucional objeto de reiteradas decisões do Tribunal.

De acordo com Martins (2009, p. 313), os objetivos da instituição da Súmula Vinculante no direito brasileiro são o desafogo e a sobrecarga do Judiciário, em especial no controle da proliferação de feitos repetitivos, bem como o alcance da segurança jurídica, possibilitando assim uma resposta judiciária isonômica, a ser proferida em tempo razoável. Quanto a este último aspecto, rememora-se que a mesma Emenda Constitucional nº45 introduziu no rol de direitos fundamentais, a razoável duração do processo.

Como se afirmou o instituto da Súmula Vinculante está previsto na Constituição da República, no artigo 103-A. é regulamentado pela Lei nº 11.417/06, e pelas Resoluções 381/08 e 388/08, ambas do Supremo Tribunal Federal.

Os requisitos formais para a edição de Súmula Vinculante são a aprovação por maioria qualificada de 2/3 dos votos do Supremo Tribunal Federal; a preexistência de decisões reiteradas do STF sobre matéria; o objetivo de superação de controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e eficácia de normas determinadas, capaz de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos.

Acerca da necessidade de reiteradas decisões, afirma Streck (2013a, p. 1429) que a expressão deve ser interpretada a partir da materialidade da Constituição, na medida em que o fundamento da Reforma do Judiciário e, portanto, da alteração da Constituição, está assentado na melhoria do acesso à justiça e não de sua obstaculização. Portanto, a reiteração que exigida é a de que, em diversas ocasiões, o Supremo Tribunal venha decidindo uma matéria com maioria e, em determinado momento, por provocação ou de ofício, resolva editar a súmula, tendo em vista que, se não há sentido unívoco na definição, também não é qualquer conjunto de processos com decisões em determinado sentido que caracterizará a reiteração.

Na esteira do artigo 103-A, caput e §2º, a aprovação, a revisão, ou cancelamento de súmulas podem ser procedidas de ofício pelo próprio STF ou ainda serem provocadas pelos mesmos legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade. O rol de legitimados, todavia, poderá ser estendido a outros atores, na medida em que o texto constitucional autoriza ao legislador a ampliá-lo..

Nesse sentido, é possível constatar que o artigo 3º da Lei nº11.417/06⁹, confere legitimidade ao Defensor Público-Geral da União e aos Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares, além de prever a possibilidade de propositura de edição, revisão ou cancelamento de Súmula Vinculante pelo Município, de modo incidental a processo no qual figurar como parte. Nessa última hipótese, todavia, não haverá a suspensão do processo.

O artigo 3º, §2º da Lei nº11.417/2006 estabelece a possibilidade de manifestação de terceiros no julgamento da proposta de súmula vinculante. A decisão sobre a admissão da manifestação de terceiro é irrecorrível. A participação é regulamentada pela Resolução 388/2008 do STF. Deve ocorrer no prazo de 5 (cinco) dias da publicação do edital de convocação na imprensa oficial.

A eficácia da súmula vinculante é imediata, todavia, de acordo com o artigo 4º da Lei nº11.417/2006, o STF poderá, invocando razões de segurança jurídica ou interesse público, mediante decisão de 2/3 de seus membros, poderá restringir ou postergar os efeitos da súmula aprovada.

O artigo 5º da Lei nº11.417/2006 dispõe que em caso de modificação ou revogação da lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso. Streck (2013a, p.1429) A possibilidade de revisão

⁹ “Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII – partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo”.

ou cancelamento de súmula vinculante é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do direito estar em constante transformação. Nesse sentido, tal possibilidade faz-se imprescindível para que as súmulas vinculantes possam ser adequadas a essas necessidades, também de índole prática

O art. 7º da Lei 11.417/2006 estabelece que, da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. Ressalte-se que, no caso de omissão ou ato da administração pública, é imprescindível esgotamento das vias administrativas para que seja admitida a reclamação, conforme o disposto no art. 7º, § 1º, da Lei 11.417/2006.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, na reclamação, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso (art. 7º, § 2º, da Lei 11.417/2006).

A respeito da disciplina constitucional da matéria, cumpre ressaltar ainda o disposto no artigo 103-A, §3º que estabelece o cabimento de reclamação constitucional, instrumento apto a preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do STF, para fins de impugnação do ato administrativo ou decisão que contrariar a súmula vinculante aplicável ou a aplicá-la indevidamente. Em caso de procedência, o Tribunal determina a anulação do ato administrativo ou cassação da decisão judicial, determinando que outra seja proferida, com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. A reclamação constitucional, igualmente não é novidade introduzida pela Emenda Constitucional nº45/2004. O que há de novo no regime constitucional da reclamação pelo descumprimento de Súmula Vinculante é o cabimento contra atos administrativos.

CAPÍTULO 3

SÚMULAS VINCULANTES E DEMOCRACIA

3.1 CRÍTICAS E ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INSTITUIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE

A Súmula Vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de assegurar valores como celeridade, isonomia e segurança jurídica, bem como para aliviar a carga de processos levados ao conhecimento do Poder Judiciário. Porém sua recepção na doutrina não se deu de forma unânime e segue a suscitar debates acerca de sua eficácia e compatibilidade com o modelo constitucional brasileiro.

Por outro lado, de acordo com Abboud (2008, p.224), a Súmula Vinculante, tal como prevista no ordenamento jurídico brasileiro tem como um dos instrumentos mais próximos no direito comparado os assentos do direito português, razão pela qual se torna necessário o exame de tal instituto para a exata compreensão do objeto da pesquisa.

Na atualidade, o instituto dos assentos foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, por força dos Acórdãos nº743/96. De qualquer sorte Castanheira Neves (2014, p.1-22) sustenta que, muito embora fosse possível identificar outros institutos pretéritos e contemporâneos, em Portugal e em outros países, a exemplo das fações e os assentos das Relações, os assentos das Casas de Suplicação, os *arrêts de réglaments* dos antigos Parlamentos Franceses e as diretivas dos Supremos Tribunais das Repúblicas Socialistas Soviéticas, os assentos apresentavam caráter de originalidade.

A originalidade dos assentos adviria, segundo o autor, ao conferir a um órgão judicial a possibilidade de prescrever critérios jurídicos universalmente vinculantes mediante o enunciado de normas gerais e abstratas que se abstraem e se destacam dos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, com o propósito de estatuírem para o futuro e se imporem em ordem a uma aplicação futura.

O objetivo do instituto dos assentos era uniformizar a jurisprudência, e com isso conseguir uma unitária estabilidade do sistema jurídico, a fim de assegurar

segurança jurídica e certeza na aplicação do direito. (Castanheira Neves, 2014, p. 21-2).

De acordo com Wolkert, (2014, p. 278-81 e 333), a alteração do texto constitucional em razão da promulgação da EC nº45/2004, levou a doutrina nacional a tomar posição acerca da compatibilidade do instituto da Súmula Vinculante com a ordem constitucional vigente

Nesse sentido, refere o autor que a doutrina nacional se divide entre os autores que se manifestam de forma favorável à adoção do instituto, outra contrária, e uma terceira que entende que a edição de Súmula Vinculante é desnecessária para a atribuição de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Com relação a essa terceira hipótese, ao comparar as tradicionais Súmulas editadas pelo STF, de caráter persuasivo, com as Súmulas Vinculantes, Marinoni (2010, p.486) afirma que:

Comparando-se as súmulas das tradição do Supremo Tribunal Federal com a súmula vinculante criada pela EC 45/2004, não há como ver distinção ontológica entre elas. Não há distinção, em essência, entre súmula e "súmula vinculante". De outra parte, ainda que se possa dizer, em razão de o qualificativo "vinculante" estar atrelado apenas à súmula agora dita vinculante, que as demais súmulas do Supremo Tribunal Federal não são vinculantes, esta observação deve ser inserida no atual contexto do sistema.

Ora, diante da função do Supremo Tribunal Federal, é impossível entender que as suas decisões, proferidas em sede de controle difuso, possam não ter eficácia vinculante ou obrigatória. Isso pelo motivo de que não há como ter unidade do direito, por meio da Constituição, quando as decisões da Suprema Corte possam ser desrespeitadas pelos demais tribunais

Nesse sentido, nota-se que o argumento central diz respeito à atribuição de efeito vinculante às demais decisões proferidas pelo STF, de modo que, como o que se propõe a enfrentar no presente trabalho é a tensão existente entre Súmulas Vinculantes e democracia, enfrentam-se a seguir os argumentos trazidos pelas duas primeiras correntes acima referidas.

Assim, a corrente favorável à Súmula Vinculante, em suma, sustenta que não há qualquer contradição com a cláusula de separação de poderes; não representa óbice à evolução da jurisprudência ou restrição à liberdade de decisão do julgador; respeita o princípio da motivação das decisões judiciais; tem sido implementado com sucesso em outros países; proporciona segurança jurídica e

isonomia; descongestiona o Poder Judiciário e diminui a litigiosidade no seio social; é instrumento para atingimento da razoável duração do processo.

Para Dinamarco (2009, p.340-1), a ausência de contrariedade ao princípio da separação de poderes advém do fato de que, quando o STF edita Súmula Vinculante, não institui preceitos novos, equiparando-se ao legislador, mas sim, partindo de lei já existente e confrontando-a com a CRFB, decide se é válida ou não ou de que modo ela deve ser interpretada.

No mesmo sentido, Neves (2010) sustenta inexistir conflito entre Súmula Vinculante e separação de poderes, na medida em que não se confundem a atividade judicial de criação de súmulas com a atividade legislativa de formulação de normas. Para aqueles que vêm agressão à separação de poderes, não resta dúvida de que a atividade do juiz, adotando-se a súmula vinculante, é a de legislar. Nesse caso estariam os Tribunais ditando uma interpretação autêntica, com validade geral e abstrata, de acolhimento obrigatório em todo o país pelos juízes e pelos poderes públicos. Ocorre que, muito embora a Súmula Vinculante traga como consequência direta de sua aplicação uma nova modalidade de posicionamento dos Tribunais a respeito da aplicação de determinada norma jurídica com caráter genérico e obrigatório, não é correto afirmar que os Ministros dos Tribunais Superiores, ao promulgar essas súmulas, estariam funcionando como verdadeiros juízes legisladores, pois não lhes será dado o poder de inaugurar a ordem jurídica, criando direitos e deveres.

No que se refere ao alegado estancamento da evolução da jurisprudência, Timm (2013 p.8) afirma que o fato de se ter um mecanismo coativo de garantir o cumprimento de precedentes judiciais de cortes superiores não engessa necessariamente o sistema jurídico, tanto é que, no direito inglês, que como se afirmou anteriormente é tradicionalmente jurisprudencial, não teriam ocorrido alterações desde o século XIII. Assim, os mecanismos de distinção e superação dos precedentes, são os instrumentos disponíveis para a flexibilização da aplicação do precedente judicial.

Para o mesmo autor, o aporte teórico do direito inglês demonstra que a hierarquia entre os tribunais não retira a capacidade decisória dos juízes inferiores, na medida em que casos distintos poderão ser tratados diferentemente, por meio de

um método analítico e argumentativo. No mesmo sentido, afirma Calmon de Passos (2002, p.13)

Assim sendo, inaceitável se negue a liberdade reconhecida ao juiz para interpretar a norma de caráter geral que lhe cumpre aplicar ao caso concreto, quando se cuida de interpretação de súmula vinculante. Donde ser admissível sua inaplicabilidade ao caso concreto, desde que justificada a posição do magistrado, tal como ocorre quando se cuida da hermenêutica de um dispositivo legal. Tudo será problema de clareza e de pertinência da fundamentação oferecida. Essa paridade entre a lei (norma geral) e a súmula vinculante (norma interpretativa de caráter geral) é indispensável e se me afigura, como dito antes, uma decorrência do sistema.

De acordo com Oliveira, (2012, pp. 714-5) as Súmulas Vinculantes desempenham relevante papel para a racionalização do direito e servem de mecanismo para bloquear que determinada matéria já pacificada seja novamente objeto de recurso ao Supremo Tribunal Federal. O constituinte derivado objetivou resguardar a homogeneidade das interpretações, ante a compreensão de que a disparidade de entendimentos sobre um mesmo texto é incompatível com regras constitucionais básicas, como a de não permitir atentados contra a ordem constitucional.

A corrente diametralmente oposta, segundo Wolkart (2014, p. p279-80), posiciona-se contrariamente à adoção das Súmulas Vinculantes, e elenca como principais argumentos a incompatibilidade com o princípio da separação dos poderes; o estancamento da evolução da jurisprudência e, por consequência, do direito; restrição da liberdade de decidir; indevida substituição da fundamentação pela mera referência à Súmula; violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa; fracasso da medida em outras democracias e violação ao princípio democrático.

Sobre a crítica que se faz a respeito da potencial violação ao princípio da separação de poderes, Almeida Melo (2007), refere que:

Fora estes aspectos conceituais, a súmula vinculante é criticada por atribuir legislação a quem não é eleito pelo povo para legislar. Em verdade, toda atividade de execução, seja governamental, seja judiciária, implica interpretação da lei. A diferença da legislação e da aplicação está no caráter predominantemente inovador da primeira. Porém, basta que o texto necessite de interpretação para se ter nesta algo de novo. A diferença, portanto, não é ontológica, mas de grau de inovação. A súmula vinculante faz-se diferente das demais espécies de jurisdição por resultar de decisões

reiteradas do órgão máximo do Judiciário, o STF, e somente deste. Sua concreção é distinta pelo fato de não implicar elemento de prova fática, mas simplesmente matéria de direito. Sua oponibilidade é contra todos os jurisdicionados por se tratar de verificação abstrata que prescinde de elementos de ordem pessoal ou específica.

À crítica da ofensa do preceito magno da separação de poderes responde-se que toda separação é entendida conforme sua descrição no texto constitucional. Desde que a própria Constituição admita o instituto não é possível questionar além da legitimidade da emenda constitucional que adotou o novo modelo, por não ser este proveniente do poder constituinte, ou seja, do texto original da Constituição.

Imagina-se também a possibilidade de mutação constitucional, ou seja, modificação da Constituição, fora do devido processo nela previsto. Entretanto, o escopo não é este, o de emendar a Constituição, quando se interpreta a norma constitucional. O trabalho do STF estará adstrito a dar o máximo de eficácia possível ao texto constitucional sem inová-lo substancialmente.

Nesse sentido, Rocha (p.56-57) escrevendo ainda sobre o Projeto de Reforma do Poder Judiciário refere que, no que concerne à criação do Direito, o sistema constitucional estabeleceu o direito de participação ativa e direta do cidadão, seja por meio de iniciativa popular de leis seja por meio de plebiscito ou referendo. Essa previsão estaria sendo radicalmente alterada com a introdução da Súmula Vinculante, pela qual se impõe uma norma jurídica judicial ao lado dos demais modelos legislativos previstos na Constituição. O exercício da representação popular direta, ou pelo representante eleito e que tem o compromisso político-partidário e social, estaria sendo restringido, pois o cidadão não terá como participar, direta ou indiretamente, da elaboração da norma contida na súmula. Seria assim retirado do cidadão direito fundamental, de participação direta, até pela iniciativa popular, no processo de sua elaboração da norma.

Já Lins e Silva (1996, p.113) afirma que a independência recíproca dos Poderes pressupõe que cada um deles exerça uma função exclusiva, sendo a função precípua e exclusiva do Poder Legislativo a de ditar as leis, entendidas como expressão da vontade geral do povo. A súmula com efeito vinculante absoluto para os juízes de primeira instância significa a introdução de um sucedâneo da lei em nosso sistema jurídico, produzindo a superposição ou conflito de atribuições entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Em artigo sobre o efeito vinculante das súmulas, Streck (2009, p.83-129) expõe as consequências hermenêuticas da vinculação sumular. Ao partir do óbvio, por vezes esquecido, de que se está a tratar de textos jurídicos, e, portanto, passam

pelo processo de interpretação, afirma, para além das críticas à compreensão que se costumam ter os juristas do processo interpretativo, sem a atenção ao “*linguistic turn*”, que no caso particular das súmulas, o problema se agrava, na medida em que estas têm a função de representar uma espécie de concepção universalizante do direito, como se fosse possível alcançar essências, desconsiderando a particularidade dos casos concretos. A Súmula Vinculante, neste contexto, representaria a reificação linguística, que aprisiona os fatos e impede o acontecer das singularidades. Nesse ponto, provocaria a estagnação da evolução da jurisprudência.

Outro aspecto de crítica apontado pelo autor refere-se justamente ao ataque, em nosso ver com razão, ao argumento da efetividade. Isso porque tal questão se resolve não com uma solução de funcionalidade do sistema, mas sim a partir de uma mudança estrutural nas instituições encarregadas da aplicação da justiça, além da superação do paradigma da filosofia da consciência.

Outro aspecto que costuma ser criticado na adoção do instituto da Súmula Vinculante é o empobrecimento das instâncias ordinárias do Poder Judiciário e a violação à independência do julgador¹⁰.

3.2 UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL: A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Como se afirmou, a doutrina apresenta argumentos exatamente opostos no que se refere ao problema da compatibilidade entre Súmulas Vinculantes e democracia. De um lado, há quem, como Dinamarco (2009, p. 340-341), sustente que as Súmulas Vinculantes não representam qualquer violação ao princípio democrático, na medida em que o STF quando a edita não está fazendo outra coisa que não aplicando o direito vigente. Por outro lado, há o argumento, como sustenta Lins e Silva (1996, p.113) de que por meio da edição de Súmula Vinculante, o Judiciário, pelo STF, indevidamente avança sobre o terreno precípuo do Poder

¹⁰ Nesse sentido, o Manifesto Sobre a Súmula Vinculante, do Núcleo de Estudos Críticos do Direito, disponível em http://www.ajd.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=14, Acesso em 18 de fevereiro de 2016.

Legislativo.

Parece-nos, todavia, que as correntes doutrinárias que hoje posicionam-se acerca do tema da Súmula Vinculante, fornecem respostas incompletas à adequação do instituto. Foram referidas anteriormente as causas de expansão do Poder Judiciário no Estado Constitucional, pelo que não nos parece adequado sustentar a incompatibilidade da Súmula Vinculante com o sistema vigente a partir de uma visão idealizada da ideia de separação de poderes. Por outro lado, considerando igualmente o que se afirmou sobre a natureza da matéria sobre a qual se demanda a atuação do Poder Judiciário na atualidade, não parece razoável afirmar que a Súmula Vinculante é resultado de mera aplicação de textos legais.

Nesta senda, uma possível alternativa teórica para solucionar a tensão, ao menos aparente, que existe entre Súmula Vinculante e Democracia, pode estar na teoria dos diálogos institucionais.

A ideia de diálogos institucionais surge, de acordo com Hübner Mendes (2011, p.239), não como uma teoria antagônica às teorias de última palavra, que advogam a supremacia do Parlamento ou do Judiciário. De acordo com o autor, há entre ambas relação de interdependência, porquanto se afastadas correm o risco de apresentar resposta incompleta e parcial ao problema da relação entre direito e política. Com base nos conceitos de última palavra provisória e rodadas procedimentais, a teoria admite que dentro da estrutura institucional, haja a decisão final, que, posteriormente possa ser revista mediante sequências legislativas e, retornem à discussão, de modo que a continuidade põe a existência da revisão judicial sob nova luz.

De acordo com o autor (2011, p.107-163), a noção de diálogo denota uma relação horizontal e não de hierarquia. A questão que se coloca é se as instituições podem dialogar entre si? No capítulo, são abordadas as teorias que aceitam tal hipótese, na relação específica entre parlamentos representativos e cortes constitucionais, por meio da apresentação de uma nova forma de olhar a revisão judicial e o processo legislativo, vítimas de desconfiança por parte das teorias da última palavra.

As teorias do diálogo procuram amenizar a preocupação com a dificuldade contramajoritária, propondo-se como uma terceira via. São dois os

denominadores comuns das teorias do diálogo: a recusa da visão juriscêntrica e do monopólio judicial na interpretação da Constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes e a rejeição da existência de uma última palavra, ou pelo menos de que a corte a detenha por meio da revisão judicial

São duas as categorias gerais das teorias do diálogo: a primeira propõe uma teoria da decisão judicial que leve em conta a interação com o legislador; a segunda define o diálogo como produto necessário da separação de poderes, uma decorrência do desenho institucional, não necessariamente da disposição de qualquer dos poderes de dialogar. A primeira, portanto, tem um caráter endógeno, e a segunda é fenômeno exógeno menos dependente da postura de cada instituição.

A categoria que propõe uma teoria da decisão judicial que leve em conta a interação com o legislador, busca, portanto, entender o diálogo no interior da decisão judicial, ou seja, refere-se ao diálogo percebido e administrado dentro da corte, o que pode ocorrer de formas mais ou menos engajadas. Para destacar essa variação de grau, o autor propõe a divisão entre virtudes ativas (no exercício das quais a corte se restringe ao papel de propulsora, catalisadora e supervisora) e virtudes passivas (quando a corte impõe-se como regente e diretora).

A teoria que se investiga para fins de buscar aporte teórico para a adequada leitura constitucional do instituto da Súmula Vinculante do direito brasileiro advém do debate canadense acerca da legitimidade democrática do *judicial review*, onde surge com força a teoria dos diálogos institucionais

No Canadá, de acordo com Hübner Mendes (2011, p.148-150) tem origem a partir da Carta de Direitos de Liberdade (*Charter of Rights and Freedoms*), datada de 1982, que colocou os direitos num novo plano hierárquico e reposicionou o judiciário na estrutura dos poderes, além de representar a vitória intelectual daqueles que consideram a revisão judicial necessária para a concretização de direitos na democracia.

A novidade da Carta, em razão da preocupação com a dificuldade contramajoritária, foi a criação de um modelo de característica singular. A Seção 33 deu ao parlamento o poder de recusar que uma lei aprovada seja objeto de revisão judicial. Esse ato tem duração de 5 anos, o qual pode ser renovado pelas legislaturas seguintes.

Em 1997, o debate tem início nos termos de diálogo, a partir de artigo Hogg e Bushell (1997, p.76-109), no qual os autores pretendem elaborar uma resposta ao argumento da ilegitimidade democrática do *judicial review* amparado na *Charter of Rights and Freedoms* canadense. Baseado na Carta, juízes que não são eleitos para seus cargos e cujos atos não são responsivos, tem a possibilidade de derrubar atos legais que foram elaborados por representantes eleitos pelo povo. Os autores consideram insatisfatória a resposta que usualmente vinha sendo utilizada para contrapor esse argumento, de qualquer instituição da sociedade teria que ter a sua atuação pautada pela observância às regras legais, e que, com os tribunais isso não seria diferente. Isso porque boa parte da Constituição e das leis são redigidas em linguagem vaga, que raramente toma sentido definitivo antes de se tornarem tema de decisão judicial, o que conduz a certa supremacia dos tribunais.

Os autores propõem assim a ideia de que a legitimidade pode advir da noção de que *a judicial review* é parte de um diálogo entre juízes e legisladores. Isso porque, quando uma decisão judicial é aberta à reversão, modificação ou anulação pelo Poder Legislativo, a relação que se seguem entre a Corte e o respectivo corpo legislativo é de diálogo. Nesse caso, a decisão judicial provoca um debate público no qual a Carta exerce papel proeminente do que no caso de inexistência daquela decisão. O legislativo, assim, fica em uma posição na qual necessita elaborar uma resposta que seja adequada aos valores da Carta indicados pela Corte, mas que cumpra os objetivos sociais e econômicos impedidos pela decisão.

Sustentam os autores que, onde a decisão judicial que derruba um ato legislativo a partir da Carta pode ser revertida, modificada ou anulada por uma nova lei, qualquer preocupação a respeito da legitimidade democrática do *judicial review* é sensivelmente reduzida. O princípio democrático é prestigiado, a uma, porque a Corte, assim, força a inclusão na agenda legislativa, de tópicos sobre os quais o Legislativo tenha preferido não ter lidar, e, a duas, porque quando o Legislativo vier a se pronunciar, o fará sob a influência da decisão e, terá ainda, que atribuir maior peso aos valores da Carta que foram identificados pela Corte.

A fim de comprovar a tese autores fizeram levantamento empírico de um total de 65 casos, incluindo todos em que a corte constitucional declarou a inconstitucionalidade de uma lei, bem como alguns em que a decisão de cortes

inferiores que não recebe

Foi analisada a reação do legislador, tendo sido descoberto que, na maioria dos casos, o parlamento respondeu por meio de uma sequência legislativa, geralmente imediata, na qual os legisladores engajaram-se na linguagem da Carta, e que, mesmo nos casos em que a lei não é declarada inconstitucional, o debate público despertado pode levar o legislador a atentar-se para problemas na lei e, eventualmente, alterá-la.

Brandão (2011, p.273-311) afirma que perspectiva dos diálogos institucionais apresenta a vantagem de não adotar uma concepção idealizada acerca das capacidades institucionais dos Poderes Legislativo e Judiciário como o fazem as doutrinas de supremacia parlamentar e judicial, para quem, respectivamente, os legisladores seriam legítimos representantes da vontade popular e os juízes seriam intérpretes autênticos do poder constituinte originário. Ao contrário, parte-se de uma concepção realista sobre as capacidades institucionais dos mencionados poderes, que destaca igualmente suas virtudes e fraquezas.

Cumprindo assim verificar as modificações trazidas por esta visão realista das capacidades institucionais à separação de poderes. Quanto ao Legislativo, note-se que a conexão eleitoral explica boa parte do comportamento parlamentar, de modo que a atuação do legislador tem como norte o aumento de suas chances de reeleição, e, assim, sua ação é orientada a produzir políticas públicas eficientes e abrangentes que lhe garantam a elevação da popularidade junto ao eleitorado. Argumentos de inconstitucionalidade podem ser suplantados por argumentos de eficiência, de modo que a existência de decisões da Suprema Corte sobre o assunto podem fomentar a discussão constitucional no Legislativo.

O Parlamento possui uma vantagem em relação ao Judiciário na resolução de conflitos policêntricos, nos quais há uma constelação de princípios constitucionais em conflito, pois o Legislativo tende a conferir maior abertura aos interessados, não se restringindo à natureza adversarial do processo judicial, circunstância que limita o acesso a informações e o espectro de sua visão.

Por outro lado, o relativo insulamento político do Judiciário, o treinamento em matéria jurídica, o *ethos* de imparcialidade, o dever de fundamentação das suas decisões e o fato de examinar a constitucionalidade de lei após a sua edição, e, via

de regra, com maior acervo de informações sobre os efeitos concretos da aplicação da lei do que o legislador no momento de sua edição dá-lhe uma condição privilegiada para aferir a aplicação de direitos moralmente controversos em contextos particulares, mediante um juízo de razão prática.

Do exposto, é possível extrair um parâmetro importante para a interpretação e a aplicação da Constituição de 1988: o Legislativo tem uma primazia *prima facie* em questões de políticas públicas, ao passo que o Judiciário tem uma primazia *prima facie* em matéria de direitos fundamentais. A doutrina dos diálogos institucionais confere, assim, à separação de poderes inovação relevante em face da sua clássica configuração no constitucionalismo liberal, porquanto afirma apenas o protagonismo dos poderes nas respectivas searas, de forma a enfatizar a importância dos freios e contrapesos, sem sustentar o monopólio de um departamento estatal sobre cada uma das matérias.

Tal perspectiva se alinha à tendência contemporânea de adoção de Constituições analíticas e dirigentes, as quais não se limitam a estruturar o governo e prever direitos fundamentais de primeira geração, mas tendem a positivar um amplo leque de matérias, inclusive políticas públicas. Portanto, sustentar o monopólio ou prioridade de um departamento estatal na interpretação e aplicação das normas da Constituição tão ampla e multifária acabaria por pressupor uma visão idealizada sobre as capacidades institucionais do respectivo agente público.

3.3 SÚMULA VINCULANTE, DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: CASOS PRÁTICOS

A análise da Súmula Vinculante a partir da perspectiva oferecida pela Teoria dos Diálogos institucionais parece promissora, na medida em que oferece alternativa para a tensão existente entre o instituto e os postulados da democracia.

Cumprido, todavia, verificar, a partir de Súmulas Vinculantes já editadas foram observados os requisitos constitucionais, se, a partir do aporte doutrinário oferecido pela doutrina dos diálogos institucionais, o STF prestou a devida deferência ao legislador, atuando com moderação, bem como se existe a possibilidade de superação das Súmulas editadas mediante mecanismos ao alcance do legislador (ex. Emenda Constitucional, procedimento de cancelamento da SV, que pode ocorrer, principalmente, mediante a alteração da Constituição, superação

do entendimento pela jurisprudência do STF ou alteração substancial da situação econômica ou social que motivou a decisão.

3.3.1 Súmula Vinculante nº5

Em sessão ordinária datada de 07 de maio de 2008, o STF aprovou a SV nº5, nos seguintes termos: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição".

A questão de fundo examinada, portanto, diz respeito ao atendimento do princípio constitucional da ampla defesa, em sede de processo administrativo, caso se prescindia de defesa técnica por advogado.

No caso concreto, a edição da Súmula Vinculante nº 5 foi sugerida por ocasião do julgamento do RE 434059, interposto pela União e pelo INSS, de decisão do STJ em Mandado de Segurança que declarou nulo processo administrativo disciplinar e determinou a reintegração do impetrante ao cargo que ocupava na referida autarquia, ao argumento da imprescindibilidade da defesa técnica por advogado. A decisão recorrida foi proferida em consonância com a Súmula 343 do STJ, a qual estabelece que "é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar."

O STF deu provimento ao RE interposto, para reformar a decisão do STJ, assentando que a falta de defesa técnica por advogado em processo disciplinar não viola a CRFB, em especial o disposto no artigo 5º, inciso LV¹¹ e no artigo 133¹²

O Ministro Relator, Gilmar Mendes, em seu voto, asseverou que as garantias do contraditório e da ampla defesa correspondem à pretensão à tutela jurídica, que contém os direitos que seguem: a) direito à informação, que obriga o julgador a informar à parte contrária a respeito dos atos praticados no processo; b) direito de manifestação, que assegura a possibilidade ao defendente de manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo; c) direito de considerar os argumentos, que exige do julgador capacidade de apreensão e

¹¹LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹²Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

isenção de ânimo, e corresponde ao dever de tomar conhecimento e considerar séria e detidamente as razões apresentadas.

Entendeu o Ministro Relator, que, na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito da ampla defesa seria a ausência de defesa técnica por advogado, mas que, como foram observados os direitos à informação, manifestação e consideração aos argumentos, não há que se falar em violação à ampla defesa.

Acrescentaram os Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso e Marco Aurélio, a impertinência do artigo 133 da CRFB à espécie, na medida em que tal dispositivo seria aplicável tão somente à esfera judicial.

Finalizada a manifestação dos integrantes do Plenário do STF, a respeito do caso concreto, deliberou-se pela aprovação da Súmula Vinculante em questão.

No debate, o Ministro Marco Aurélio advertiu para a possibilidade de não preenchimento integral dos requisitos constitucionais para a edição de enunciado de caráter vinculante.

Como se afirmou anteriormente, o artigo 103-A da Constituição estabelece que a edição de Súmula Vinculante exige a ocorrência de reiteradas decisões em matéria constitucional. No caso em exame, inicialmente, o Ministro Marco Aurélio, referiu que não vislumbrava o preenchimento de tal requisito. Posteriormente, a divergência foi dada como superada pela indicação de precedentes do STF no mesmo sentido.

Ocorre que, para Maues (2012, p.589) não havia congruência entre o enunciado e os precedentes do STF que foram invocados como seus fundamentos. Dentre os precedentes listados, há casos que não trataram de processo administrativo disciplinar, como o AIAgR n. 207197, sobre ausência de advogado no julgamento de recurso administrativo fiscal, e o MS n. 24961, que trata de Tomada de Conta Especial pelo TCU. Além do julgado que realmente levou à edição da súmula, o RE n. 434059, apenas mais um precedente se refere a processo administrativo disciplinar, o REAgR n. 244027, em que a decisão mantida pelo STF o desligamento de policial militar de Curso de Formação de Oficiais, não a efetiva demissão do servidor.

De se destacar ainda, que ao propor a edição da SV nº5, o Ministro

Gilmar Mendes asseverou que a matéria assim reclamava por conta da existência da já aludida Súmula 343 do STJ, ao passo que o Ministro Cezar Peluso referiu a existência de "situação excepcional" que autorizava sua edição de Súmula Vinculante, consistente na existência. Todavia, não se encontra qualquer menção dessa natureza no texto constitucional.

A edição da SV nº 5, nesse sentido, parece não ter ocorrido nos estritos termos definidos pela CRFB, bem como que se deu de forma açodada, no intuito de evitar a multiplicidade de recursos de decisões do STJ, onde a matéria estava pacificada em sentido contrário, na medida em que não foi produto de reiteradas decisões acerca da matéria.

O que se observou na prática foi que a ausência de maturação da jurisprudência e a edição açodada da Súmula inclusive acarretou em posteriores problemas na sua aplicação, em especial em casos envolvendo processos administrativos disciplinares no âmbito da Execução Criminal.

Nesse sentido, conforme Maues (2012, p.589):

Em consequência, a forma pouco matizada com que a súmula foi redigida trouxe problemas para sua aplicação, o que obrigou o STF a esclarecer seu entendimento no julgamento do RE n 398.269. Nesse caso, o TJRS havia mantido a regressão do regime de cumprimento da pena para fechado, baseado no cometimento de falta grave (fuga) apurada em processo administrativo disciplinar, embora não tenha havido defesa técnica. A solução dada pelo Ministro Gilmar Mendes, relator, é peremptória: nessa situação, a prática de ato de defesa sem a presença de defensor viola o princípio do contraditório e da ampla defesa. Assim, a edição da SV n. 5 não havia alterado a orientação já firmada pelo STF quanto à nulidade do processo administrativo disciplinar de natureza penal que não observa as garantias constitucionais. A razão dessa distinção dos procedimentos instaurados no âmbito da execução penal, nos quais a defesa técnica é indispensável, encontra-se no fato de estar em jogo "o direito fundamental à liberdade de ir e vir". A necessidade dessa interpretação do STF demonstrase no próprio voto do Ministro Gilmar Mendes, que constata a "erronia" na aplicação da SV n. 5.

Nesse sentido, a jurisprudência posterior do STF inclina-se para a necessidade de defesa técnica por advogado nos casos de processos administrativos disciplinares de natureza penal. Além do aludido RE 398.269/RS, foram proferidas decisões no mesmo sentido no AI 805.454/RS e no RHC 104.584/RS.

Com efeito, na Súmula Vinculante em apreço, constata-se que,

efetivamente, é possível vislumbrar eco às críticas dirigidas à atuação do STF.

3.3.2 Súmula Vinculante nº41

A SV nº41 foi publicada em 20 de março de 2015, após a aprovação da PSV nº98, formulada pelo Ministro Gilmar Mendes, visando converter em Súmula Vinculante o Enunciado de Súmula nº670 do STF, que dispunha o que "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa". Por sua vez, a Súmula 670 do STF havia sido publicada em 09 de outubro de 2003, Trata-se, portanto, como consta na própria PSV, de diretriz jurisprudencial há tempos consolidada no STF.

A questão de fundo envolvendo a matéria diz respeito à constitucionalidade da tributação, mediante taxa, do serviço de iluminação de pública, à luz do que dispõe o artigo 145, inciso II, da CRFB:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

De acordo com Carraza (2008, p. 537-8):

(...) podemos dizer que taxas são tributos que têm por hipótese de incidência uma atuação estatal diretamente referida ao contribuinte. Essa atuação estatal - consoante reza o artigo 145, inciso II da CRFB (que traça a regra-matriz das taxas) pode constituir ou num serviço público ou num ato de polícia. Daí distinguirmos as taxas de serviço (vale dizer, as que têm por pressuposto a realização de serviços públicos específicos e divisíveis) das taxas de polícia (ou seja, as que nascem em virtude da prática, pelo Poder Pública, de atos de polícia diretamente referidos a alguém).

Nesse sentido, a inconstitucionalidade aventada decorria do fato de que o serviço de iluminação pública não é específico e divisível.

Analisando-se a PSV nº98, que resultou na edição da SV nº41, constata-se a presença dos requisitos estabelecidos pelo artigo 103-A da Constituição, na medida em que, além de se tratar de matéria constitucional, ante a inserção de um capítulo na CRFB destinado à tributação e ao orçamento, foram efetivamente

proferidas pelo STF reiteradas decisões acerca da questão específica¹³.

Foi ainda reconhecida a existência de controvérsia atual, na medida em que se detectou, que mesmo após a edição da Súmula 670, chegaram ao STF inúmeros casos voltam ao STF que é possível que o serviço de iluminação pública seja remunerado mediante taxa

O proveito da edição da SV, observa-se na medida em que o caráter vinculante se impõe também à Administração Pública e as instâncias inferiores do Judiciário. Nesse sentido, em que pese tenha questionado a necessidade da SV em face da pacificação da jurisprudência do STF, ponderou-se que, antes de elas virem ao Supremo e exigirem a manifestação de um Ministro do Supremo com base nessa Súmula 670, a matéria já terá sido decidida nas instâncias inferiores, evitando-se assim, a multiplicidade de recursos.

A pacificação da jurisprudência do STF no que se refere à inconstitucionalidade da tributação mediante taxa, do serviço de iluminação pública, pode exemplificar de que modo a teoria dos diálogos institucionais pode contribuir para uma adequada leitura constitucional da concessão de efeito vinculante à jurisprudência do STF.

Da análise dos precedentes invocados para a edição da Súmula 670, posteriormente convertida na SV 41, constata-se que a partir de 1999, a jurisprudência do STF começou a firmar-se no sentido da inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública. Identificada a tendência jurisprudencial, o constituinte derivado, por meio da EC nº39, de 19 de dezembro de 2012, acrescentou o artigo 149-A da CRFB.

Nesse sentido, o que se observou na prática do STF e do Parlamento, foi uma propensão ao diálogo, ainda que não de forma explícita, na medida em que a jurisprudência no sentido da impossibilidade de tributação mediante taxa de serviço que não se pode especificamente referir a um contribuinte, conduziu o Parlamento a elaborar resposta legislativa que, cumprindo os mesmos objetivos fiscais da

¹³A título exemplificativo, foram invocados no PSV N°98, RE 233.332/, AI 588.248 AgR, AI 479.587-AgR, RE 849.340/SP e AI 757.929, ARE 679.398, Rel. Min. Gilmar Mendes; ARE 722.749/CE, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 606.903/RJ e AI 560.189/MG, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 614.331/AM, de minha relatoria; AI 719.732/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 638.113/RJ, Rel. Min. Luiz Fux; ARE 759.590/CE, Rel. Min. Roberto Barroso; AI 648.305/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e RE 567.943/MG, Rel. Min. Ayres Britto.

legislação tida como inconstitucional, é adequada aos fundamentos constitucionais invocados nas decisões .

Veja-se, igualmente, que o STF posteriormente manifestou-se pela constitucionalidade da nova espécie tributária estabelecida pelo artigo 149-A da CRFB¹⁴, na medida em que não exige a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte.

3.3.3. Súmula Vinculante nº 11

Em 13 de agosto de 2008, o STF aprovou a Súmula Vinculante nº11, consagrando o entendimento jurisprudencial acerca da excepcionalidade do uso de algemas:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A edição da SV nº11 foi proposta após o julgamento do HC 91952, por meio do qual foi submetida à apreciação do Tribunal a alegação de nulidade de julgamento pelo Tribunal do Júri, pelo fato de que o réu permaneceu algemado durante a sessão. Na ocasião, além de reconhecer a nulidade do ato em si, posto que não houve registro de nenhum fato concreto que justificasse a medida, mas de maneira unânime reconheceu que o uso de algemas é sempre excepcional¹⁵.

Na PSV que resultou na aprovação da SV nº11 foram apresentadas pelo Ministro referências a o artigo 1º, inciso III da CRFB, que estabelece como os fundamentos da República e inclui, dentre esses, o respeito à dignidade humana.

¹⁴ RE 573675 -Esta Corte, ao julgar o RE 573.675-RG/SC, de minha relatoria, reconheceu a repercussão geral do tema em exame e assentou que a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública constitui, dentro do gênero tributo, um novo tipo de contribuição que não se confunde com taxa ou imposto

¹⁵ Nesse sentido, excerto do voto do Ministro Menezes Direito: "De todos os modos, não é inoportuno que se faça uma observação, ao meu sentir, necessária, de que o uso de algemas é sempre em caráter excepcional. Não existe a normalidade do uso das algemas. É evidente que não se pode, desde logo, em tese, dizer que é vedado o uso das algemas. Sim, é permitido o uso das algemas, mas desde que ele configure realmente uma exceção em casos em que haja justificativa própria para que sejam utilizadas."

Também sob o ângulo constitucional, foi invocada a garantia dos cidadãos em geral, dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil, à integridade física e moral, bem como o disposto no artigo 5º, inciso XLIX, no que diz respeito à integridade física e moral do preso. Também foi invocada a Lei nº4895/65, que tipifica o crime de abuso de autoridade.

O tema foi abordado igualmente à luz do CPP, em especial os artigos 284¹⁶ e 292¹⁷, os quais estão inseridos no título que regulamenta a prisão, medidas cautelares e a liberdade provisória. O primeiro deles restringe o uso da força, salvo nos casos de resistência ou tentativa de fuga do preso. O segundo refere-se aos casos em que o preso apresenta resistência à prisão. Aos dispositivos foi conferida interpretação teleológica, para se concluir que a finalidade do sistema é permitir o uso excepcional da força, como se infere do excerto abaixo, extraído do voto do Ministro Marco Aurélio, Relator do HC 91952, após a apresentação do histórico da regulamentação legal do uso de algemas no direito brasileiro:

O novo Código somente veio à baila em 3 de outubro de 1941, passando a vigor desde então o artigo 284 - "Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso" -, que, embora não se refira expressamente ao uso de algemas, sinaliza as situações de fato extremas em que poderão ser utilizadas. É o que se constata, ainda, no artigo 292 dele constante, a revelar que, se houver, mesmo que por parte de terceiros, "resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas".

Além disso, invocou-se o disposto no artigo 474, §3º do CPP¹⁸, que, à época do julgamento estava no período de *vacatio legis* e, expressamente estabelece, como regra, a vedação ao uso de algemas no plenário do júri.

Também foi invocada a regulamentação da matéria na área penal militar,

¹⁶ Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

¹⁷ Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

¹⁸ § 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes. [\(Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008\)](#)

tendo sido invocado o artigo 234 do Código de Processo Penal Militar¹⁹. Note-se, porém, que à exceção do dispositivo relativo ao processo penal militar e nas sessões do júri, não há expressa menção ao uso de algemas nos dispositivos invocados.

A respeito dos requisitos constitucionais para a aprovação da súmula vinculante estão presentes no caso, verifica-se que existem decisões anteriores fixando a tese da excepcionalidade da medida. Além do já referido HC 91952, constata-se que foram invocados os precedentes que seguem: a) HC 894291²⁰: Trata-se de caso em que o paciente estava encarcerado na superintendência da Polícia Federal e seria conduzido ao STJ para ser ouvido por Ministra do Tribunal. O HC foi impetrado para que fosse determinado à autoridade policial que se abstinhasse de utilizar as algemas por ocasião da transferência. Foi consagrada a tese da excepcionalidade do uso de algemas, e, não reconhecida no caso nenhuma das hipóteses excepcionais, foi concedido o *habeas corpus*; b) HC711952, no qual foi reconhecida a existência de fatos autorizadores da utilização de algemas, na medida em que foi registrado que o réu pretendia agredir o juiz presidente dos trabalhos e o promotor de justiça.

A SV nº11 diz respeito à matéria constitucional, em especial ao que estabelecem o art.1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), artigo 5º, inciso III (vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante; art.5º, inciso XLIX (que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral) e 5º LVII (presunção de não culpabilidade).

A edição da SVnº11 gerou questionamento acerca da violação ao princípio da separação, consistente na usurpação de função do Poder Legislativo. Nesse sentido, a Confederação Brasileira dos Trabalhadores Policiais Civis - COBRAPOL apresentou a PSV nº13? Aduziu a requerente que foram poucos os

¹⁹ Art. 234. O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas.

§ 1º O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242.

²⁰ Do voto da Ministra Carmen Lucia, Relatora do processo: Verifica-se, portanto, que o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional e a ser adotados nos casos e com as finalidades seguintes: a) para impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que venha a ocorrer; b) para evitar a agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou conta si mesmo

julgados anteriores à edição da SV nº11, bem como que o STF atuou como legislador positivo no caso, ao estabelecer em que hipóteses é lícito o uso de algemas.

O pedido de cancelamento foi rejeitado pelo STF, ao argumento de que, para se admitir a revisão ou cancelamento de súmula vinculante é necessário que seja evidenciada a superação da jurisprudência da Corte referente à matéria, alteração legislativa ou ainda modificação substantiva do contexto político-econômico-social do País, o que não restou demonstrado no caso concreto.

Nesse sentido, constata-se que é possível vislumbrar que o aporte doutrinário da teoria dos diálogos institucionais poderá para servir para afastar o argumento que a Súmula Vinculante representa violação ao princípio da separação de poderes. Isso porque, conforme a decisão acima, um dos fundamentos para o cancelamento de SV editada é a alteração legislativa sobre a matéria. Nesse sentido, caso o Poder Legislativo adote a posição de partícipe no processo de diálogo, e, a partir daí, manifeste-se sobre o teor das Súmulas Vinculantes editadas, ainda que conclua pela manutenção da legislação, superado estará o pretenso óbice de natureza democrática ao verbete sumular.

3.4 SÚMULAS VINCULANTES E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Com efeito, para a integral recepção da teoria dos diálogos institucionais pela prática constitucional brasileira, e para o aprimoramento democrático que ela sugere, há a exigência de que os Poderes estatais envolvidos assumam a condição de partícipes do processo de diálogos.

Isso implica dizer que o Poder Legislativo deverá permanecer atento às decisões do Poder Judiciário e, caso entenda que estas não são as mais adequadas para a fiel concretização da Constituição, engajar-se em tal debate, por meio dos procedimentos inerentes ao exercício de suas funções típicas.

Como se afirmou anteriormente, pelo enfoque conferido pela teoria dos diálogos institucionais, a posição assumida pelo Legislativo nessa situação requer a elaboração de uma resposta voltada a atingir aqueles objetivos originais do dispositivo constitucional impugnado, com o respeito aos valores prestigiados pela

decisão do Judiciário.

Além disso, a assunção da posição de partícipe do processo de diálogo pelo Legislativo significa que deverão eventualmente ser incluídos na agenda política, pontos sobre os quais este optou por não se manifestar, e por tal motivo foram levados à apreciação do Poder Judiciário para a concretização da Constituição.

No caso concreto do presente estudo, uma vez que se está a tratar de Súmulas Vinculantes, a eventual resposta do Poder Legislativo será veiculada principalmente por meio de Emenda à Constituição.

Vislumbra-se aqui a principal limitação à atuação do Poder Legislativo no que se refere à elaboração de manifestação em resposta à decisão do Judiciário, na medida em que a própria Constituição estabelece matérias sobre as quais não é possível a promulgação de Emendas, dentre as quais se destacam os direitos fundamentais.

Conforme afirma Barboza (2014, p.81), alçados a uma hierarquia superior, os direitos fundamentais essenciais para o Estado Constitucional de Direito, saem jogo político, estando protegidos contra as suas deliberações.

Assim, *a priori*, os assuntos envolvendo direitos fundamentais não podem ser objeto de Emenda, o que poderia conduzir fatalmente à ideia de supremacia do Poder Judiciário, que tem por atribuição decidir sobre tais matérias, e, a partir daí justificar as críticas que a ele se atribuem por conta de possível déficit de legitimidade democrática de tais decisões.

Por tal razão quando se tratar de temas de direitos fundamentais, muito embora possível a elaboração de Súmulas Vinculantes, o STF deverá agir com mais cautela, ante a maior dificuldade do estabelecimento de um processo de diálogo.

Nesse sentido, deve-se exigir que o STF, assim, compreenda a teoria dos diálogos institucionais como mecanismo de autocontenção, ou seja, a partir da perspectiva de que o Tribunal é partícipe, em igualdade de condições com os demais poderes na tarefa de concretização da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, buscou-se demonstrar com a presente dissertação que, em que pese à primeira vista, o tema da Súmula Vinculante esteja relacionado com a discussão acerca da necessidade de dotar o Estado de organização formal voltada à prestação jurisdicional rápida e eficiente, mas que essa visão é, no mínimo, incompleta.

Não se desconhece que o instituto foi inserido na Constituição como uma técnica de aceleração processual, integrante de um amplo rol de alterações na estrutura do Poder Judiciário, as quais foram levadas a efeito por meio da Emenda Constitucional nº45/2004, todavia, o que o trabalho pretendeu demonstrar é que, em verdade, o tema da Súmula Vinculante vai muito além das questões apenas de natureza processual. Diz respeito, assim, a alguns dos princípios sensíveis do Estado Democrático de Direito, e exige assim que a reflexão perpassasse os temas da própria construção do Estado Democrático de Direito, da expansão do Poder Judiciário, da judicialização da política, da separação de poderes e da democracia.

Não se nega que a constitucionalidade do instituto pode ser motivo de digressões no âmbito da teoria e da prática jurídicas. Todavia, o que se pretendeu demonstrar é que, passados mais de dez anos desde o advento da EC nº45/2004 e editadas até o momento 55 Súmulas Vinculantes, o instituto está plenamente incorporado à prática do STF. Assim, entende-se que, no atual momento, o foco da discussão não deve mais ser a respeito da própria existência, mas sim, sobre a forma pela qual é possível realizar uma leitura constitucionalmente adequada das Súmulas Vinculantes.

Considerando o que se afirmou acima, ou seja, que o tema da Súmula Vinculante tem estreita vinculação com a própria construção do Estado Democrático de Direito, iniciou-se realizando abordagem acerca das origens do Estado de Direito, na concepção liberal.

Nesse sentido, procurou-se demonstrar quais são as características que tradicionalmente se costuma atribuir ao Estado de Direito na perspectiva liberal, para em especial, tratar das funções a serem exercidas pelo Poder Judiciário. Com efeito, a visão tradicional invoca a concepção da lei como ato deliberado de um Parlamento e se concretiza com a supremacia da lei sobre a administração, a subordinação à lei,

e apenas à lei, dos direitos dos cidadãos, com exclusão de que poderes autônomos à administração possam incidir sobre eles; e a presença de juízes independentes com a função de aplicar a lei às controvérsias surgidas entre os cidadãos e entre estes e a administração.

Entretanto, invocando-se a lição de Hespanha, demonstrou-se que, muito embora inegáveis os avanços proporcionados pelo liberalismo político e pela elaboração do modelo do Estado de Direito para as sociedades democráticas contemporâneas, há contradições inerentes ao modelo, na medida em extensão do modelo *rational choice* a outros domínios da vida e a outros estratos sociais. Nesse sentido, a contradição existente é a que se exigia de um lado, um governo mínimo, com o intuito apenas de reconhecer e proteger direitos individuais, mas que, de outro, no plano das instituições sociais, exigia-se a existência de estímulos estatais à sociedade, no sentido de fomentar o estabelecimento desses padrões racionais em outros domínios da vida, como a educação, a saúde, a segurança social. Assim, ao mesmo tempo em que se desenvolveu um modelo liberal de pensar a sociedade, as necessidades de regulamentação, já sentidas desde a segunda metade do século XIX, remavam justamente no sentido contrário ao de um governo mínimo.

Em um segundo momento, discutiu-se o tema da construção do Estado Constitucional, que tem por marca a retomada da supremacia da Constituição. A partir disso, constata-se que a necessidade de reformulação de alguns dos postulados centrais que caracterizaram o Estado de Direito. Como consequência, observou-se a transformação da dogmática jurídica ocorrida ao longo do Século XX, das quais foram destacadas ao longo do estudo as ideais de ductibilidade constitucional, a partir das considerações de Zagrebelski e filtragem constitucional, a partir das ideias de Schier. Do exposto, conclui-se que com o advento do Estado Constitucional, expandiu-se a atividade do Poder Judiciário. Que, muito embora seja costumeiro atribuir-se a expansão à inserção de direitos humanos nas Constituições surgidas no período pós-Segunda Guerra Mundial na Europa, e, nas Constituições surgidas na América Latina após a redemocratização, tal visão é apenas parcialmente correta, porquanto não fornece uma compreensão completa do fenômeno.

Constatou-se que há outros fatores que influenciaram na expansão do

Poder Judiciário no Estado Constitucional. Além do que é defendido por teses conceitualistas que vinculam a expansão do Judiciário ao surgimento de uma cultura de direitos a partir da Segunda Guerra Mundial, somam-se as teorias funcionalistas que relacionam a expansão a uma questão estrutural do sistema jurídico, como, por exemplo, a existência dos múltiplos pontos de veto, em um sistema político descentralizado. Nesta senda, valendo-se da lição de Brandão, atribui-se a expansão do Judiciário, por meio da judicialização da política, na esfera política, a democracia e o pluralismo político, o federalismo e a separação de poderes e a ineficiência e perda de confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias e a forte esperança no Judiciário. No ponto de vista institucional o estabelecimento de catálogo de direitos, o qual facilita o surgimento de uma cultura política de direitos fundamentais.

Também se conclui que a expansão do Poder Judiciário e a judicialização da política não devem representar a superação completa do positivismo jurídico, tampouco afirmar a supremacia do Poder Judiciário.

De qualquer sorte, o que verifica é que, em razão da expansão do Poder Judiciário, da expansão da litigiosidade, observa-se a tendência, no direito brasileiro, da busca por instrumentos normativos que busquem reduzir os danos da chamada jurisprudência lotérica, buscando a racionalidade da tutela jurisdicional, e homenagear a segurança jurídica e a isonomia.

Constatou-se também, que com isso, o sistema jurídico brasileiro, tradicionalmente filiado ao sistema da *civil law*, se aproxima e busca aporte teórico em institutos tradicionalmente presentes em sistemas jurídicos da família da *common law*.

O objeto do presente estudo é o instituto da Súmula Vinculante, que, muito embora seja mecanismo que valoriza a jurisprudência consolidada do STF, não representa, por si, o estabelecimento de um sistema de precedentes obrigatórios no direito brasileiro. Isso porque, como se afirmou, não se confundem os conceitos de decisão judicial, precedente e Súmula. Assim, parece ser essa diferença conceitual, que tem diferenças práticas, um tema que será central na discussão envolvendo o futuro do processo civil no Brasil, na medida em que o Novo Código de Processo Civil, cuja entrada em vigor se avizinha, traz como uma das

novidades a tentativa de estabelecer um sistema de precedentes obrigatórios, elegem as Súmulas Vinculantes como um dos mecanismos para uniformização da jurisprudência.

No que se refere especificamente ao instituto da Súmula Vinculante, observa-se que, passados mais de dez anos de sua inserção na Constituição de editadas 55 Súmulas Vinculantes pelo STF, em nossa visão, a discussão que se deve travar diz respeito à forma pela qual é possível realizar uma adequada leitura constitucional do instituto.

A conclusão a que se chega é que a leitura constitucional adequada da Súmula Vinculante passa pelo efetivo respeito aos requisitos constitucionais para a sua edição, e que o aporte doutrinário da teoria dos diálogos institucionais pode ser importante para subsidiar a aparente tensão entre Súmula Vinculante e democracia.

Registra-se ainda que é importante considerar o aporte da teoria dos diálogos institucionais para fins de se afirmar, de um lado, que o Poder Legislativo deve estar permanentemente atento às decisões do Judiciário em matéria constitucional, para que, caso entenda que estas não são as mais adequadas para a mais efetiva concretização da Constituição, promova o debate público sobre a questão, e, por meio do instrumental jurídico de que dispõe, realize eventuais alterações legais e constitucionais, quando isso for possível.

De outro lado, analisando-se o aporte doutrinário da teoria dos diálogos institucionais sob a perspectiva do Poder Judiciário, deve-se considerá-la para que o próprio STF a considere como mecanismo de autocontenção, que impõe cautela no momento das decisões, sobretudo em matéria de direitos fundamentais.

A respeito das hipóteses levantadas no início da dissertação, entende-se que a Súmula Vinculante pode cumprir papel função de atribuir previsibilidade ao conjunto de decisões acerca da matéria constitucional, proporcionando segurança e estabilidade às decisões em matéria constitucional, desde que seja proporcionado pelo STF, o devido tempo de maturação para a afirmação das teses sustentadas, desde que se permita solidificar determinado entendimento, mediante a reiteração de julgamentos, permitindo-se identificar claramente qual a razão de decidir e o alcance fático da Súmula.

Verificou-se que no caso da edição da SV nº5, não houve o efetivo

respeito aos requisitos constitucionais, na medida em que a Súmula foi editada após uma decisão, de fato, isolada da corte, sem que a tese jurídica ali consagrada tivesse o tempo de maturação necessário, e fossem ponderadas todas as situações de fato a qual se poderia cogitar a sua aplicação. Como é possível constatar do próprio debate que originou a SV nº5, que a preocupação imediata do STF era evitar multiplicidade de recursos que potencialmente seriam interpostos, ante a existência de entendimento sumulado do STJ em sentido exatamente contrário. A forma pouco matizada, conforme referiu Maues, com que a Súmula foi aprovada, conduziu a posteriores problemas de ordem prática.

No que se refere à hipótese de a Súmula Vinculante representar violação ao princípio democrático e ao princípio da separação de poderes, entende-se que a contribuição da teoria dos diálogos institucionais, na forma em que concebida na doutrina canadense, é capaz de conferir solução mais completa do que aquelas que vêm sendo lançadas pela doutrina brasileira acerca do problema. Com efeito, constatou-se que, à relação entre Súmula Vinculante e democracia, a doutrina brasileira costuma apresentar soluções exatamente contrapostas: de um lado, se diz que ao editar Súmula Vinculante, o STF apenas aplica o direito posto; de outro, se diz que viola a separação de poderes, pois inova no mundo jurídico ao estabelecer direitos e obrigações.

Entende-se haver vantagem, nesse ponto, na visão defendida pela teoria dos diálogos institucionais, que não concebe a existência de supremacia nem do Judiciário nem do Legislativo, mas sim como partícipes de um processo de diálogo, por meio da concepção de última palavra provisória. Com efeito, na esteira do que sustentam Hogg e Bushell, o déficit de legitimidade é suprido quando se tem em mente que a revisão judicial é parte de um diálogo, pois aberta à reversão, modificação ou anulação pelo Poder Legislativo. Provoca-se um debate público que prestigia o processo democrático é prestigiado, a uma, pela inclusão da questão decidida na agenda legislativa, de tópicos sobre os quais o Legislativo tenha preferido não ter lidar, e porque força o Legislativo, em caso de pronunciamento sobre a matéria, a atribuir maior peso aos valores da Carta que foram identificados pela Corte. Entende-se que, ainda que de forma não intencional, a questão de fundo da Súmula Vinculante nº41 pode representar essa concepção, na medida em que,

após a inclinação da jurisprudência do STF firmar-se no sentido da impossibilidade de tributação, mediante taxa, do serviço de iluminação pública, a Constituição foi alterada. A constitucionalidade da novel espécie tributária veio a ser posteriormente confirmada pelo STF

Com relação à hipótese de que a Súmula Vinculante na medida em que obstaria a evolução da jurisprudência e influiria na liberdade de decisão do julgador. Entende-se que, novamente, a teoria dos diálogos institucionais tem a aportar que para que se supere o óbice que costumeiramente se aponta nesse sentido. Isso porque, ao se conceber a Súmula Vinculante como última palavra provisória, ou seja, que efetivamente sirva para unificar as questões controvertidas no presente, mas que seja aberta a alterações no futuro, tem-se que tal óbice não persiste. Nesse sentido, um aprimoramento a ser sugerido pode ser a expansão do rol de legitimados para o pedido de cancelamento ou revisão da Súmula Vinculante. No que se refere à limitação à liberdade do julgador, tem-se que o efeito vinculante das Súmulas inegavelmente aumenta a carga argumentativa daquele que pretender não aplicá-la, mas não impede que assim se proceda, mediante o emprego das técnicas de superação e distinção. Nesse sentido, invoca-se a decisão do STF, que ao rejeitar o pedido de cancelamento da Súmula Vinculante nº11, consagrou que tal possibilidade passa pela demonstração da superação da jurisprudência da Corte referente à matéria, alteração legislativa ou ainda modificação substantiva do contexto político-econômico-social do País.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBOUD, Georges. Súmula Vinculante versus Precedentes: Notas Para Evitar Alguns Enganos. In **Revista de Processo**, v. 33, n. 165, p. 218-230, nov. 2008.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo. Devemos acreditar? **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun. p. 196-214

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto?** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade; desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In DIDDIER JR, Fredie (Coord). **Coleção Grandes Temas do CPC, v.3**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v.5, n. 1, 2012, p.23-32.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais**. A Quem Cabe a Última Palavra Sobre o Sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Constituição** (1988). Emenda constitucional nº45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição

98 Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em 27 de agosto de 2015.

_____. Decreto-Lei nº3689/41, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016

_____. Decreto-Lei nº1002/69, de 21 de outubro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016

_____. Lei nº4895/65, de 9 de dezembro de 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em 18 de fevereiro de 2016

_____. Lei nº11.417/06, de 19 de dezembro de 2006, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm> Acesso em 21 de dezembro de 2015

_____. Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 21 de janeiro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 343**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&b=SUMU&p=true&l=10&i=220> Acesso em 7 de fevereiro de 2016

_____. Supremo Tribunal Federal, **Agravo de Instrumento 805454/RS**. Brasília, DF, 3 de agosto de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 207197/PR**, Brasília, DF, 24 de março de 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 244027/SP**. Brasília, DF, 28 de maio de 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 71195/SP**. Brasília, DF, 4 de agosto de 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 89429/RO**. Brasília, DF, 2 de fevereiro de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91952/SP**. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2008 _____ . Supremo Tribunal Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal **Mandado de Segurança 24691/DF**,

Brasília, DF, 4 de março de 2005

Supremo Tribunal Federal, **Proposta de Súmula Vinculante nº98/DF**. Brasília, DF, 19 de maio de 2015.

Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 434059/DF**. Brasília, DF, 7 de maio de 2008.

Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 398269/RS**. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2010.

Supremo Tribunal Federal, **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 104584/RS**. Brasília, DF, 3 de agosto de 2011.

Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº670**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em 13 de fevereiro de 2016.

Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº5**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acesso em 9 de fevereiro de 2016.

Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº13**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acesso em 14 de fevereiro de 2016

Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº41**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acesso em 7 de fevereiro de 2016.

CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico**. Madrid: Tecnos S/A, 1997.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA. Mateus Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In DIDDIER JR, Fredie (Coord). **Coleção Grandes Temas do CPC, v.3**. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 335-360.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ed. Portugal: Almedina, 1999.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituo dos assentos e a função jurídica dos**

supremos tribunais. Coimbra: Coimbra, 2014.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DIDDIER JR. Fredie; Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, In _____ (Coord). **Coleção Grandes Temas do CPC, v.3.** Salvador: Jus Podivm, 2015. p.383-398

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent.** New York: Cambridge, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Tradução. Jéferson Luiz Camargo. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del Derecho. **Revista de Derecho Ambiental, AbeledoPerrot**, nº 32, outubro-dezembro 2012, p. 65-82;

FIORAVANTI, Maurizio. As Doutrinas da Constituição em Sentido Material. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD).** São Leopoldo, v4, nº2, p.103-109, julho-dezembro de 2012.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia** Síntese de um Milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

HOGG. Peter W; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All) **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1.p.80-107.

HÜBNER MENDES, Conrado. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional** . São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí**, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

MARTINS, Sandro Gilbert. **Súmula Vinculante.** Revista de Processo. vol. 172, p. 313, Junho 2009.

MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os Precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, v.8, n2, julho/dezembro 2012; p. 587-623.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Súmula Vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade.** Disponível em <<http://www.almeidamelo.com.br/index.php/doutrina/17-direito-constitucional/7045-sumula-vinculante-aspectos-polemicos-riscos-e-viabilidade-jose-tarcizio-de-almeida-melo>>. Acesso em 11 de janeiro de 2016.

NEVES, Daniel. **Súmula Vinculante: heroína ou vilã?** Disponível em <<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151813330.sumulavinculante.pdf>> Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal Constitucional.** Resposta aos Críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante – Necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: In: WAMBIER, Teresa Arruda Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012. p.675-750.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2016.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça - Estado Democrático de Direito e Accountability.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Senso Comum Teórico dos Juristas: O Liberalismo no Século XIX. In ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011, Belo Horizonte. **Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

Disponível em

<[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+\(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011).pdf)> Acesso em 10 de janeiro de 2016

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a Súmula Vinculante. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 51-64, jan./mar. 1997

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem Constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: a New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, 2005, p. 83-129.

_____. Comentário ao artigo 103-A. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TIMM, LUCIANO BENETTI. A Súmula Vinculante à luz do direito inglês: quebrando mitos e lançando luzes sobre um novo paradigma na redação e na estruturação das súmulas do STF. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 7, nº 573, 04 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/artigos/78-artigos-abr-2007/5583-a-sumula-vinculante-a-luz-do-direito-ingles-quebrando-mitos-e-lancando-luzes-sobre-um-novo-paradigma-na-redacao-e-na-estruturacao-das-sumulas-do-stf>

TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei: Entre Positivismo Jurídico e Pós-Positivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **Yale Law Journal**, 115, 1346-1406, 2006. Disponível em <http://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf> Acesso em 21 de dezembro de 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução do Direito. In : _____(Coord). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2012, p.11-95.

WOLKART, Erik Navarro. Súmula Vinculante - Necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento). In : WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (Coord). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2012, p.277-340.

ZANETTI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In DIDDIER JR, Fredie (Coord). **Coleção Grandes Temas do CPC, v.3**. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 407-424.

ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.3-94.