



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL**

RODRIGO AUGUSTO COSTA DE OLIVEIRA SANTOS

**PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO: UMA ANÁLISE DA CRESCENTE
INFLUÊNCIA DO *COMMON LAW* NO DIREITO BRASILEIRO**

FORTALEZA

2013

RODRIGO AUGUSTO COSTA DE OLIVEIRA SANTOS

PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO: UMA ANÁLISE DA CRESCENTE
INFLUÊNCIA DO *COMMON LAW* NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ms. Janaína Soares Noleto
Castelo Branco

FORTALEZA

2013

RODRIGO AUGUSTO COSTA DE OLIVEIRA SANTOS

PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO: UMA ANÁLISE DA CRESCENTE
INFLUÊNCIA DO *COMMON LAW* NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Ms. Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Ms. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, em especial à minha mãe
Cláudia, pelo apoio incondicional.
Aos meus avós, Antônio e Sônia.

AGRADECIMENTOS

À Professora Janaína Soares Noleto Castelo Branco, pela atenciosa orientação.

Aos professores participantes da banca examinadora, pelo tempo despendido, bem como pelas valiosas críticas e sugestões.

Ao Desembargador Paulo Francisco Banhos Ponte, pela excelente oportunidade de estágio no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o qual contribuirá de maneira significativa para a escolha do tema.

Aos amigos de faculdade, pelas reflexões, críticas e sugestões recebidas.

Aos colegas de estágio, pelo interesse nos debates jurídicos, bem como pelo auxílio com a bibliografia necessária para realização do presente trabalho.

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro aproxima-se, cada vez mais, do direito baseado no respeito aos precedentes, ou *common law*, de origem inglesa. Tradicionalmente, adotou-se aqui o sistema do *civil law*, de origem francesa, o que significa dizer que o ordenamento pátrio foi recheado de leis extensas, as quais tinham função de plenitude. Com o passar dos anos, contudo, demonstrou-se a incapacidade de o Poder Legislativo prever todas as situações do cotidiano, situação que conferiu amplos poderes aos magistrados, pois estes tinham ampla liberdade para interpretar as leis, sem vincular-se aos seus próprios precedentes ou aos dos tribunais superiores. Diante dessa situação, o *common law* ganhou força, o que provocou o surgimento de diversos institutos jurídicos, tais como a súmula vinculante, o julgamento monocrático do relator, o julgamento liminar de mérito e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade. O presente trabalho buscou analisar as origens de ambos os sistemas, *common law* e *civil law*, bem como averiguar a forma como o direito dos precedentes é aplicado, realizando-se uma breve análise do direito comparado. Ao final, procurou discorrer acerca dos institutos jurídicos presentes na legislação brasileira que podem ser considerados consequências da crescente influência do *common law* no direito pátrio, dando destaque especial, por sua importância, à objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Concluiu-se pela importância do respeito aos precedentes judiciais, como forma de respeito à segurança jurídica e à isonomia.

Palavras-chave: *Civil law. Common law. Origens. Aplicabilidade. Sistema brasileiro. Direito baseado nos precedentes. Influência no Brasil. Súmula Vinculante. Objetivação do controle difuso de constitucionalidade.*

ABSTRACT

The Brazilian legal system increasingly approaches to a system based on the respect for judicial precedents, also known as common law, originated in England. Traditionally, Brazil adopted a civil law system, of French origin, which means that there were extensive laws with the function to regulate all human relations. As years went by, however, it was demonstrated the inability of the Legislative to predict all situations, which gave the judges very wide powers, because they had a large margin to interpret laws without having the obligation to respect their own precedents or even the ones originated from the Supreme Court. Because of this situation, common law gained power, which encouraged the raising of various juridical institutes. This paper intends to analysis the origins of both legal systems, common law and civil law, such as investigate how a system based on the respect of judicial precedents works, making a brief comparison between local and foreign laws. At the end, this work studied the juridical institutes that can be considered a consequence of the increasing influence of the common law on the Brazilian legal system, giving special importance, for its relevance, to the abstraction of the diffuse constitutionality control.

Key-words: Civil law. Common law. Origins. Applicability. Brazilian system. Precedent based law. Influence on Brazil. Binding precedent. Abstraction of the diffuse constitutionality control.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CONSTRUÇÃO HISTÓRICA.....	12
2.1	<i>Common law</i>	12
2.2	<i>Civil law</i>	14
	2.3 Sistema jurídico brasileiro	16
3	COMMON LAW E A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL	20
3.1	Elementos do precedente judicial	21
3.1.1	<i>Ratio decidendi</i>	21
3.1.2	<i>Obiter dictum</i>	24
3.2	Mecanismos de superação do precedente	25
3.2.1	<i>Distinguishing</i>	25
3.2.2	<i>Overruling.....</i>	26
3.3	Utilização dos precedentes	28
3.3.1	<i>Pontos positivos</i>	29
3.3.2	<i>Pontos negativos</i>	31
4	APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O COMMON LAW.....	34
4.1	Súmula Vinculante.....	34
4.2	Julgamento monocrático do relator	36
4.3	Julgamento liminar de mérito	37
4.4	Projeto do novo Código de Processo Civil.....	38
4.5	Outros exemplos	39
5	OBJETIVADAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	42
5.1	Conceito	43
5.2	Argumentos favoráveis	45
5.3	Argumentos contrários.....	47
5.4	Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	49
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
	REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, como se sabe, foi historicamente influenciado pelo sistema civilista, o que significa dizer que foi repleto por um demasiado número de leis. Dentre essas leis, destacam-se os Códigos, os quais foram idealizados para serem plenos, a fim de diminuir ao máximo a atividade criativa do magistrado e de supostamente conferir segurança jurídica aos cidadãos. Com o passar do tempo, entretanto, tal sistema legalista apresentou diversas falhas, pois, na prática, demonstrou-se a impossibilidade de o Poder Legislativo prever todas as situações do cotidiano, cabendo ao magistrado, ao deparar-se com um caso concreto, interpretar as leis existentes de modo a solucionar a questão que lhe foi posta.

Essa liberdade de interpretação, cumulada com a não vinculação aos precedentes judiciais – característica marcante do sistema legalista – culminou com diversas arbitrariedades praticadas pelos magistrados, pois estes passaram a decidir questões iguais de forma diferente ou de forma oposta a decisões anteriores de Tribunais Superiores.¹ A justificativa, para tanto, foi a de que a vinculação a decisões anteriores interferiria sobre seu livre convencimento motivado e sobre sua liberdade de julgar.²

O surgimento de tal problemática é um dos motivos para o ordenamento jurídico brasileiro estar gradualmente abandonando seu caráter estritamente legalista e aproximando-se do direito anglo-saxão (*common law*), fundado no respeito aos precedentes, o qual se revela mais pelos costumes e pela jurisprudência do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos.³ Na prática, isso significa dizer que o direito brasileiro evoluiu de um ponto em que a lei era a principal fonte do direito para um em que alguns precedentes judiciais adquirem caráter obrigatório para todos os magistrados.

Como exemplo maior de aproximação do *civil law* brasileiro com o *common law* anglo-saxão pode-se citar a súmula vinculante, a qual, conforme disposto no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, deve ser aprovada por dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, tendo efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em geral. Além da súmula vinculante, também é possível mencionar as súmulas ordinárias

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

² *Ibid.*, p. 64

³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

produzidas pelos Tribunais pátrios, as quais têm o condão de evitar o seguimento de recurso manifestamente contrário ao seu conteúdo, como disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil. Mencione-se, ainda, dentre outras hipóteses, a possibilidade de o juiz apreciar liminarmente o mérito de determinada demanda, quando a matéria for unicamente de direito e já houver sido exarada sentença de improcedência em casos anteriores, como permitido pelo artigo 285-A do Código de Processo.

Como exemplo mais recente da evolução da obrigatoriedade dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se o fenômeno da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, conhecido também como abstrativização do recurso extraordinário. Referida teoria preconiza que mesmo as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, ou seja, em controle incidental de constitucionalidade, devem ter eficácia *erga omnes* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, independentemente da suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988.

O fundamento teórico para o fenômeno, conforme ensinamento de Marinoni, é o fato de que “há absoluta falta de lógica em se dar ao juiz ordinário a possibilidade de negar o significado atribuído à Constituição (pelo STF), quando se sabe que os Supremos Tribunais têm, como principal missão, a definição da interpretação da Constituição”.⁴ Assim, não seria razoável admitir que um magistrado de piso pudesse dar à Magna Carta interpretação diferente da que foi conferida pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Gilmar Ferreira Mendes, precursor do tema no Direito Brasileiro, resumiu as motivações para a aplicação do fenômeno da “abstrativização” dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso em um dos primeiros artigos científicos sobre o tema:

[...] é difícil admitir que a decisão proferida em ADIn ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental – esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias – continue a ter eficácia restrita entre as partes.⁵

Não obstante as alegações acima expostas, muitos se opõem à extensão *erga omnes* dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle

⁴ MARINONI, 2010, p. 74

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** Revista de Informação Legislativa, nº 162, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15607-15608-1-PB.pdf>> Acesso em 10/07/2012.

difuso de constitucionalidade, pois argumentam que esta Corte, ao assim proceder, estaria usurpando competência constitucionalmente atribuída ao Senado Federal, ao qual cabe, privativamente, mediante juízo de caráter político, suspender a execução de lei declarada inconstitucional em sede de controle concreto de constitucionalidade, conforme disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988.

Nessa toada, a problemática a ser estudada pelo presente trabalho diz respeito, inicialmente, à diferenciação e resumo histórico das duas grandes correntes jurídicas: a romanista, utilizada pelo sistema brasileiro clássico, de caráter legalista; e a anglo-saxônica, típica do Direito Inglês, de respeito aos precedentes. Ultrapassada esta primeira etapa, será feita uma análise dos principais exemplos da evolução da força dos precedentes no Direito brasileiro, tais como as súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recurso e a repercussão geral.

Por fim, será verificada a compatibilidade do fenômeno da objetivação do controle difuso de constitucionalidade com o ordenamento jurídico-constitucional vigente atualmente no nosso País, à luz da nova tendência do direito brasileiro em conferir maior importância aos precedentes judiciais. Para alcançar este último objetivo, serão analisados os casos emblemáticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do fenômeno, tais como o Habeas Corpus nº 82.959-7 e a Reclamação nº 4335.

2 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA

Para melhor compreensão do tema, necessário se faz realizar um breve escorço histórico sobre a origem e aplicação das duas grandes correntes jurídicas, quais sejam, *common law* e *civil law*, com o objetivo de tornar possível compará-las, dentro do atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 *Common law*

Antes de iniciar estudo mais aprofundado sobre as origens do *common law*, cumpre destacar que seu conceito não pode ser confundido com o próprio direito inglês. Na verdade, como será elucidado mais adiante, o direito inglês nada mais é do que uma expressão do *common law*, em uma relação de gênero-espécie, sem com este se confundir.⁶ Nesse sistema, o direito se forma mais com base na experiência do que na lógica abstrata antecedente ao fato, advinda da lei, razão pela qual o precedente judicial adquire tamanha importância, já que este “materializa” a experiência.

A doutrina do direito baseado nos precedentes judiciais é bastante antiga. O primeiro marco de sua existência data de 1066, pois esta foi a época em que a sociedade tribal anglo-saxônica encontrou seu fim, dando lugar a uma sociedade feudal comandada pela Normandia. Foi a partir do controle normando que se registraram os primeiros indícios do *common law*.⁷

Até alcançar seu período moderno e se consolidar como principal sistema jurídico da Inglaterra e das diversas ex-colônias inglesas, o *common law* passou por diversas transformações no século XIX, em especial em decorrência do conflito entre as duas principais correntes que debatiam acerca do significado da decisão judicial dentro do sistema, se declaratória ou constitutiva. Para a corrente declaratória, liderada por William Blackstone, o juiz simplesmente declarava o direito fixado pelos precedentes, ou seja, sua autoridade não lhe dava o poder de criar novo direito, mas apenas de manter e declarar um direito já conhecido.⁸ Para a corrente constitutiva, liderada por Jeremy Bentham e John Austin, o juiz

⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o precedente judicial**. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em 20/07/2012.

⁷ DAVID, René e JAUFFRET-Spinosi, Camile. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. Trad. Jorge Sánchez Cordero. 11^a e.d. México: 2010.

⁸ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the law of England**. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_intro.asp#2. Acesso em 18/01/2013.

do *common law* possuía *law-making authority*, sendo o direito, portanto, produto da vontade dos magistrados, e não meramente algo declarado.⁹

John Austin criticou de maneira áspera a corrente declaratória, alegando que, por esta teoria, “os juízes teriam a noção ingênua de que o *common law* não seria produzido por eles, mas se constituiria em algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para eternidade, meramente declarado de tempo em tempo”.¹⁰ Após o triunfo das ideias vanguardistas de Bentham e Austin, o *common law* atingiu sua fase moderna, alcançando, nos dias atuais, grande prestígio em alguns dos principais ordenamentos jurídicos do mundo.

Ultrapassado esse breve escorço histórico, cumpre tecer algumas considerações acerca da aplicação do direito baseado nos precedentes.

Inicialmente, necessário distinguir os termos *common law* e *stare decisis*. *Stare decisis*, como se sabe, é a vinculação obrigatória do magistrado a uma decisão anterior, seja esta de sua própria autoria ou proferida por uma Corte superior. Esse conceito nasceu no final do século XIX, na Câmara dos Lordes ingleses, sob a alegação de que seria mais benéfico para a sociedade a estabilidade dos litígios, mediante a obrigatoriedade dos precedentes judiciais – mesmo que, às vezes, com uma solução inadequada – do que eternizar as inseguranças que a imprevisibilidade do provimento judicial podem acarretar.¹¹

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, *stare decisis* e *common law* são termos que não se confundem, bem como um não é pressuposto de existência do outro. Como já foi dito, há casos em que o magistrado pode efetivamente criar o direito, desvinculando-se do precedente (juiz dotado de *law-making authority*), em especial quando a aplicação do julgado anterior possa gerar injustiças. Assim, apesar de os dois termos não se confundirem, é seguro afirmar que o *stare decisis* é elemento do *common law*, podendo este, entretanto, sobreviver sem aquele, como no caso anteriormente exemplificado.

Ressalte-se, por oportuno, que, na Inglaterra, o juiz só tem capacidade para criar o direito (*law-making authority*) quando não há, acima dele, qualquer Corte que possa tratar da matéria que lhe foi submetida.¹²

Nessa toada, é valido lembrar que ideia bastante comum a respeito do *common law* é a de que este sistema é incompatível com um excessivo número de leis. Com efeito, essa é uma das inverdades que travam a incorporação dos conceitos do *common law* ao Direito brasileiro, razão pela qual tentar-se-á demonstrar sua falta de fundamento.

⁹ *Ibid.*, p. 25.

¹⁰ *Ibid.*, p. 26.

¹¹ PORTO, p. 8.

¹² *Ibid.*, p. 31.

Cite-se, inicialmente, o artigo 6º, cláusula 2, da Constituição dos Estados Unidos da América, o qual preleciona que os juízes americanos estarão subordinados à Constituição e às Leis Federais americanas. Ora, caso o *common law* fosse incompatível com um ordenamento jurídico recheado de diplomas legais, seria incoerente o mencionado artigo da Lei Maior dos Estados Unidos, pois a decisão judicial teria força de lei, não podendo a esta ser subordinada.

Na verdade, no *common law*, a autoridade da lei é superior à da decisão judicial, o que permite dizer que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios absolutamente inúteis para distinguir o *common law* do *civil law*,¹³ como normalmente é feito. O que vai distinguir o juiz de um sistema para o do outro, na verdade, é o poder que lhe é atribuído. Enquanto no *civil law* o juiz exerce meramente a função de “*bouche de la loi*”, ou boca da lei, independente da justiça ou da injustiça da diploma normativo, no *common law*, tendo em vista a função constitutiva da decisão judicial, dotada de *law-making authority*, o magistrado pode realizar o controle dos atos estatais que não se compatibilizem com o direito costumeiro (*common law*).

Percebe-se aí, claramente, o embrião do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. A diferença é que o parâmetro invocado, no *common law*, ao contrário do que ocorre no sistema brasileiro, não é uma norma constitucional, e sim o direito costumeiro. Verifica-se, portanto, como o sistema jurídico brasileiro atual se desvincilhou dos conceitos civilistas tradicionais, tendo o magistrado pátrio, atualmente, poder criativo até maior do que o juiz do *common law*, uma vez que o respeito aos precedentes ainda constitui exceção no ordenamento nacional.

2.2 *Civil law*

O *civil law*, como é de conhecimento geral, é o sistema jurídico tradicionalmente adotado pelo Brasil. Esse sistema, ao contrário do *common law*, caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, ocupando as demais fontes do direito papel secundário.¹⁴

O sistema encontrou seu ápice na França, logo após a queda do Antigo Regime. Nesta época, os membros do Poder Judiciário francês mantinham laços espúrios com a aristocracia feudal, não havendo a noção de imparcialidade do magistrado e isonomia entre as partes, razão pela qual os menos favorecidos, via de regra, tinham seus interesses

¹³ MARINONI, 2010, pp. 37-38.

¹⁴ REALE, 2007, p. 142.

prejudicados em detrimento das classes dominantes.¹⁵ Foi essa situação de extrema injustiça que levou os franceses a adotarem o sistema romano-germânico após a Revolução de 1789.

A escolha não poderia ser outra, pois, como dito, os magistrados, à época da revolução, eram todos de origem aristocrata, e exerciam em benefício destes a atividade judicante. Seria ilógico, portanto, que os revolucionários atribuíssem elevados poderes àqueles que defendiam justamente a classe que havia sido subjugada com a Revolução.

Como bem anota Lênio Streck, a falta de fé que a população tinha nos magistrados pelo fato de estes, no Antigo Regime, serem todos oriundos da aristocracia, levou Rousseau e Montesquieu, ao organizarem o Estado Francês pós-1789, a conferirem reduzidos poderes ao Poder Judiciário, o qual deveria se limitar, basicamente, a reproduzir o direito estabelecido pelo Poder Legislativo, atuando como um verdadeiro “*bouche de la loi*”.¹⁶

Como consectário lógico da quase inexistente capacidade criativa do magistrado na França pós-1789, encontra-se a exacerbada produção legislativa no período, uma vez que as leis deveriam prever de maneira plena todas as situações do cotidiano, para que o juiz se limitasse apenas à aplicação mecânica da norma ao caso concreto. Exemplo maior dessa intenção dos revolucionários franceses é o disposto no artigo 12 da Lei Revolucionária de 1790, que prevê que os tribunais “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei”.¹⁷ Ou seja, caso houvesse dúvida quanto à interpretação da lei, não caberia ao magistrado francês saná-la. Deveria, na verdade, consultar o Poder Legislativo.

No mesmo período histórico, como sinal da força adquirida pelo *civil law*, adveio o Código Prussiano de 1794, elaborado por Frederico II, o Grande, o qual continha mais de 17.000 artigos, bem como o Código de Napoleão, o qual continha 2.281 artigos. O objetivo de Frederico, ao elaborar um diploma tão extenso, foi “criar um direito à prova de juízes”.¹⁸

Registre-se, entretanto, que o fato de o *civil law* promover a existência de diplomas legais com função de plenitude, como os Códigos, por si só, não o diferencia do sistema do *common law*. O que muda, em verdade, é o significado que se atribui a eles. Neste último sistema, os Códigos não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os conflitos, pois não parecia possível, para os adeptos do *common law*, a criação de um diploma normativo efetivamente pleno.

¹⁵ MARINONI, 2010, p. 52.

¹⁶ STRECK. Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹⁷ *Ibid*, p. 277.

¹⁸ MARINONI, 2010, p. 59.

Apesar do aparente utopismo, o *civil law* tradicional indiscutivelmente revestia-se de boas intenções, uma vez que buscava conferir segurança às relações jurídicas, mediante a previsão antecipada da solução para toda espécie de conflito. O sistema ganha contornos ainda mais democráticos quando é lembrado que os responsáveis pela elaboração das soluções dos conflitos seriam representantes legítimos do povo, eleitos para exercer a atividade legislativa, diferentemente dos magistrados, que possuem meio diverso para ingresso na carreira. Assim, em última instância, a própria sociedade estaria decidindo a maneira que os conflitos deveriam ser resolvidos.

Não obstante o honrável objetivo, o *civil law* não tardou a apresentar falhas. Apesar de ter sido criado justamente para conferir segurança jurídica aos cidadãos, a enormidade de situações práticas do cotidiano, combinada com a impossibilidade de o Poder Legislativo prever todas elas, terminou por gerar instabilidade nas relações sociais. O motivo para tanto é bastante simples: o magistrado do *civil law* não se vincula aos precedentes (*stare decisis*), havendo casos em que juízes decidem casos idênticos de maneira semelhante ou de forma diversa da que foi decidida pelo Tribunal superior. Essa situação acaba por conferir ao magistrado o “super poder” de, diante das diversas interpretações possíveis de determinado diploma legal, aplicar a que mais lhe parecer conveniente a cada caso.

Diversamente ocorre no *common law*, pois, em razão de um ambiente político e cultural propícios, facilmente se vislumbrou que “a certeza jurídica somente poderia ser adquirida mediante o *stare decisis* (precedente obrigatório)”,¹⁹

Até bem pouco tempo, o ordenamento jurídico brasileiro não tinha atentado para essa realidade. Entretanto, é possível dizer que já vem caminhando a passos mais ou menos largos rumo ao respeito aos precedentes – por ser este o meio mais curto para que se alcance a segurança jurídica – mediante a criação de diversos institutos que serão estudados a seguir, como as súmulas vinculantes e as súmulas impeditivas de recurso.

2.3 Sistema jurídico brasileiro

No Brasil, o sistema tradicionalmente adotado, como bem se sabe, é o *civil law*, uma vez que, desde a época colonial, a legislação portuguesa aqui aplicada tinha origem no Direito Romano.²⁰ Após a proclamação da independência nacional, essa tendência se manteve, como é possível perceber com a leitura da Constituição Imperial de 1824, que, em

¹⁹ MARINONI, 2010. p. 64.

²⁰ SALERNO, Marília e ZEMUNER, Adiloar Franco. **A importância do Direito Romano na formação do jurista brasileiro.** Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/3744>>. Acesso em 13/08/2012.

seu artigo 179, XVIII, prevê que “organizar-se-ha quanto antes um *Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade*”. A codificação, como é sabido, é traço típico do Direito Romano, alicerce da doutrina do *civil law*.

Várias comissões foram criadas no âmbito do Poder Legislativo, a fim de alcançar o objetivo instituído pelo dispositivo acima, mas só em 1916 que foi criado o primeiro Código Civil brasileiro, com 1.807 artigos. Destes, mais de quatro quintos é produto da cultura romana.²¹

Percebe-se, portanto, os motivos de o Brasil estar historicamente ligado ao *civil law*. Primeiro, pelo fato de Portugal ter sua legislação fundada nesse sistema, importando-o para cá na época colonial. Segundo, pois, mesmo após a independência pátria, a classe dominante optou por permanecer no mesmo sistema, especialmente por ser oriunda de um regime capitalista colonial, ou seja, avessa a mudanças radicais.

O sistema civilista tradicional, entretanto, por mais que estivesse enraizado no Direito brasileiro colonial, não resistiu ao avanço do tempo, que demonstrou a impossibilidade de o Legislativo prever expressamente todas as situações do cotidiano. Além disso, percebeu-se que os parlamentares, por mais que fossem representantes do povo, poderiam elaborar normas injustas.

Foi para dotar o magistrado de instrumentos que o permitissem adequar leis injustas aos princípios da Justiça que o Direito brasileiro passou por um processo de constitucionalização.²² A Constituição adquiriu caráter de supremacia, para servir como limite à aplicação de leis contrárias ao interesse da sociedade. Assim, a lei só poderia ser aplicada se estivesse de acordo com os preceitos constitucionais.

Para concretizar essa mudança, nasceu a Constituição Republicana de 1891, que, pela primeira vez, introduziu no Brasil o controle difuso de constitucionalidade.²³ Com efeito, o art. 59, §1º, a e b, da Magna Carta de 1891 trouxe o que viria futuramente a ser chamado de recurso extraordinário, admitindo, expressamente, a possibilidade de as partes recorrerem ao Supremo Tribunal Federal a fim de afastar a aplicação de leis ou atos contrários ao texto constitucional.

Deve-se rechaçar, diante mão, o argumento de que a supremacia da Constituição significa somente a reafirmação dos princípios civilistas de soberania da lei em grau máximo. Ora, como já foi dito, no *civil law*, o magistrado limita-se a declarar o que está disposto em

²¹ *Ibid.*

²² MARINONI, 2010, p. 67.

²³ STRECK, 2002, p. 340.

lei, realizando atividade substancialmente mecânica. Se a atividade judicante não consistirá mais em aplicar automaticamente o disposto em lei, e sim em verificar sua compatibilidade com a Constituição, a jurisdição não consistirá mais em declarar a norma, e sim em adequá-la aos direitos contidos no diploma superior.²⁴

Não obstante a louvável evolução que significou a introdução de um mecanismo de controle de constitucionalidade, diversos problemas não foram solucionados. O principal deles era o fato de que não havia como conferir efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, uma vez que o Brasil não adotava a teoria do *stare decisis*.

Com efeito, o controle difuso de constitucionalidade, importado do direito estadunidense, possui maior funcionalidade nos sistemas baseados na força dos precedentes, uma vez que, nesses ordenamentos, após o pronunciamento da Suprema Corte, os tribunais inferiores não poderão decidir de maneira contrária, pois estarão vinculados ao *precedent*.²⁵

Não obstante esse raciocínio, o Brasil pós-republicano, apesar de ser seguidor do sistema romano-germânico, optou pelo sistema de controle difuso de constitucionalidade (típico do *common law*), sem qualquer mecanismo que estendesse os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal ao restante da sociedade.²⁶

Foi diante desta lacuna no ordenamento jurídico pátrio que a Assembleia Constituinte de 1934, dando ao Senado a função de “Poder Coordenador”, resolveu a questão ao dispor, no artigo 91, IV, da Carta promulgada, que competia ao Senado Federal “suspirer a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.²⁷ Em momento oportuno, serão analisadas as razões de a Constituinte de 1934 ter atribuído tal prerrogativa ao Senado Federal, bem como se tal dispositivo, por ter sido reproduzido no art. 52, X, da Constituição de 1988, ainda possui aplicabilidade prática no contexto atual do Direito brasileiro.

Seguindo esta tendência de conferir maior eficácia aos precedentes judiciais, o ordenamento pátrio incorporou, ao longo do Século XX, instrumentos jurídicos bastante peculiares, tais como as súmulas vinculantes, as súmulas, o julgamento liminar de mérito, a repercussão geral, bem como a enormidade de poderes conferidos ao relator do recurso pelo artigo 557 do Código de Processo Civil. Todos esses institutos foram criados a partir da ideia de que um Direito estritamente legalista, ironicamente, gerava extrema insegurança jurídica,

²⁴ MARINONI, 2010, p. 68.

²⁵ MENDES, 2004, p. 150.

²⁶ STRECK, 2002, p. 341.

²⁷ *Ibid.* p. 345.

pela diversidade de interpretações possíveis, haja vista a complexidade das relações jurídicas atuais.

Contudo, antes de adentrar na questão da aproximação do Direito pátrio com o sistema do *common law*, necessário se faz um estudo mais detalhado de como este último funciona na prática, ou seja, de como deve ocorrer a utilização dos precedentes judiciais. Por ora, essencial era vislumbrar as razões que levaram o Brasil a adotar o *civil law* como sistema jurídico, bem como demonstrar que, com o crescente processo de constitucionalização, afastamo-nos cada vez mais dos conceitos básicos da tradição romano-germânica, o que deve nos aproximar do sistema fundado no respeito aos precedentes.

Essa tarefa foi importante, pois “a dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*”.²⁸ Assim, somente por meio de uma mudança de perspectiva da função do magistrado no atual contexto do Direito brasileiro é que podemos nos livrar das correntes que nos prendem às utópicas ideias do *civil law*, as quais levam os doutos juízes a confundirem independência para julgar com desrespeito ao jurisdicionado, que é o que ocorre quando causas são decididas em sentido contrário ao que já foi estabelecido pelas Cortes superiores.

²⁸ MARINONI, 2010, pp. 71-72.

3 COMMON LAW E A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

Para que o objetivo deste trabalho seja alcançando, necessário se faz dedicar este capítulo especialmente à compreensão do significado de precedente judicial e de seus elementos, bem como ao entendimento de como deve ser feita sua aplicação. Além disso, para relacionar a temática ao Direito pátrio, serão apontados os pontos positivos e negativos que são mais comumente levantados quando se trata de respeito ao precedente judicial no Brasil.

Inicialmente, cumpre definir o que pode ser denominado de “precedente judicial”. Sob uma concepção genérica, precedente judicial é qualquer decisão judicial, tomada em um caso concreto, cujo núcleo decisório pode servir como paradigma para decisões futuras em casos análogos.²⁹ Ressalte-se, entretanto, que não é a decisão judicial em sua íntegra que é considerada precedente, mas somente as questões de direito. Tal conclusão beira a obviedade, uma vez que as questões de fato variam caso a caso.³⁰

Como consequência lógica desse conceito, pode-se concluir que os precedentes judiciais estão presentes em todos os ordenamentos jurídicos do mundo, variando apenas o poder que lhes é atribuído. Nos países que adotam o *common law*, certamente, o precedente adquire caráter de maior destaque, pois é ele que materializa os costumes gerais. Ou seja, os costumes, ponto nevrálgico do sistema, são incorporados pelas decisões judiciais, sob a forma de precedentes.³¹

Entretanto, mesmo países como Brasil, que adotaram o sistema do *civil law*, vêm aos poucos compreendendo a necessidade de respeito aos precedentes, incorporando ao seu ordenamento jurídico, no estilo que lhes é peculiar (por meio de leis), instrumentos que garantam a determinados precedentes força vinculante em relação aos demais magistrados e à Administração Pública. Para Fredie Didier Jr, há no ordenamento jurídico brasileiro atual três hipóteses em que os precedentes judiciais adquirem caráter de obrigatoriedade. Pela didática do texto, passa-se a transcrevê-lo literalmente:

No Brasil, há três hipóteses em que os precedentes têm força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante: (i) a “súmula vinculante em matéria constitucional [...]”; (ii) o entendimento consolidado na súmula de cada um dos tribunais tem força vinculante em relação ao próprio tribunal; (iii) em função da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade, pensamos que os precedentes oriundos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em matéria de controle difuso de constitucionalidade, ainda que

²⁹ DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria dos precedentes, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 4^a ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

³⁰ MARINONI, 2010, p. 110.

³¹ *Ibid*, p. 106.

não submetidos ao procedimento de consolidação em súmula vinculante, têm força vinculante em relação ao próprio STF e a todos os demais órgãos jurisdicionais do país.³²

Registre-se que um dos exemplos apontados no excerto colacionado acima, qual seja, objetivação do controle difuso de constitucionalidade, pela sua relevância e atualidade, merecerá tratamento em capítulo especial mais adiante. As demais hipóteses de utilização dos precedentes judiciais no Direito pátrio, da mesma forma, serão estudadas de maneira detalhada em momento posterior. Por ora, o presente capítulo buscará identificar a forma como os precedentes judiciais devem ser utilizados, bem como os elementos que o compõem, além dos motivos que ainda levam boa parte dos operadores do Direito em nosso País a resistirem à ideia de uma ordem jurídica baseada nos precedentes.

3.1 Elementos do precedente judicial

Como dito, para melhor compreensão do exato significado de precedente judicial, cumpre a detida análise dos elementos que o compõem. Para Cruz e Tucci, “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”.³³ A parte que interessa ao presente estudo, obviamente, é a que se refere à tese jurídica assentada na motivação da decisão judicial, mais conhecida como *ratio decidendi*. Além dela, podemos mencionar como componentes da teoria do precedente judicial os conceitos de *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*. Os próximos tópicos do presente trabalho serão dedicados à melhor compreensão dos referidos elementos.

3.1.1 *Ratio decidendi*

Um dos mais importantes conceitos na temática dos precedentes judiciais, *ratio decidendi* significa, literalmente, “razões de decidir”. A relevância da identificação da *ratio decidendi* é justificada pelo fato de esta ser a única parte do precedente que possui efeito vinculante.³⁴ Assim, para que se possa falar em respeito ao precedente judicial, é necessário que se esclareça qual trecho da decisão que deverá ser obrigatoriamente seguida pelos demais magistrados. Essa necessidade advém do fato de que não é o próprio órgão judicial que profere a decisão que indica expressamente qual é a *ratio decidendi*. Na verdade, é tarefa dos

³² DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael, 2009, p. 389.

³³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

³⁴ PORTO, p. 12.

juízes, ao deparar-se com casos semelhantes, extrair do *precedent* sua razão de decidir, a qual poderá ou não incidir no caso concreto.³⁵

Essa não é, entretanto, das tarefas mais fáceis, uma vez que não há consenso, entre os doutrinadores do *common law*, acerca de uma definição exata do conceito de *ratio decidendi*, ou mesmo de um método prático para sua identificação.³⁶ Consenso entre todos os estudiosos da temática é o fato de que a *ratio decidendi* representa os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão.³⁷ Em verdade, alguns defendem que a *ratio decidendi* “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”.³⁸

Há que se refutar desde logo, entretanto, uma ilação bastante comum entre aqueles que se deparam pela primeira vez com o tema: a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, mas é formulada a partir dela. Para corroborar com o raciocínio, transcreve-se trecho da obra de Luiz Guilherme Marinoni:

A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é “algo mais”. (...) A *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo.³⁹

Destarte, como se pode perceber, a *ratio* deve ser encontrada mediante uma análise conjunta de todos os elementos da sentença, sendo flagrante equívoco confundi-la com a fundamentação. Por ter consciência de que a ausência de um método para definição da “razão de decidir” constitui um dos maiores entraves ao avanço da doutrina dos precedentes no Direito Brasileiro, Marinoni realizou aprofundado estudo na doutrina estrangeira em busca de uma solução para a problemática. Em obra de leitura obrigatória, o mencionado professor sintetizou os dois mais importantes métodos de definição da *ratio*, quais sejam, o teste de Wambaugh e o método de Goodhart.⁴⁰

Para Wambaugh, segundo Marinoni, a *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso teria sido decidido de outra forma.⁴¹ Para identificá-la, bastaria inserir na

³⁵ TUCCI, 2004, p. 175.

³⁶ MARINONI, 2010, p. 223.

³⁷ DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael, 2009, p. 382.

³⁸ TUCCI, 2004, p. 175.

³⁹ MARINONI, 2010, p. 222.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 223.

⁴¹ WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in Reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticisng and comparing authorities, and compiling digests*. Disponível em <http://www.archive.org/stream/cu31924024520607/cu31924024520607_djvu.txt>. Acesso em: 18/01/2013.

proposição de direito uma palavra que invertesse o seu significado. Se a decisão da Corte, tomada a nova proposição, mudasse de sentido, a proposição original seria a *ratio decidendi*.⁴²

Para melhor compreensão, cita-se um exemplo. É de conhecimento geral que as Cortes Superiores firmaram entendimento no sentido de não ser mais cabível a prisão do depositário infiel. Nesse caso, o pressuposto de direito é o “não cabimento da prisão do depositário infiel”. Segundo Wambaugh, para que se pudesse afirmar que tal pressuposto constituía uma *ratio decidendi*, seria necessário inverter seu sentido, a fim de verificar se a decisão da Corte se manteria a mesma ou não. No exemplo, o sentido inverso seria o “cabimento da prisão do depositário infiel”. Obviamente, como é fácil observar, a decisão inverteria de sentido, a fim de permitir a prisão. Nessa situação, estaria configurado o pressuposto de direito como verdadeira *ratio decidendi*.

Note-se que tal pressuposto não se confunde com a fundamentação em si do julgado. No exemplo citado, a fundamentação do caso versa sobre o conflito entre o art. 5º da Constituição Federal de 1988 e o Pacto de San Jose da Costa Rica. Tampouco a *ratio* se confunde com o dispositivo, pois este trata de dar provimento ou não a determinado recurso ou ação. Na verdade, para se extrair o pressuposto de direito, o qual se configurou como *ratio decidendi*, efetuou-se uma interpretação conjugada do relatório, fundamentação e dispositivo, para que se pudesse extrair o “algo mais” mencionado por Marinoni, que, no caso, é o não cabimento da prisão do depositário infiel.

A técnica de Wambaugh, entretanto, somente se mostrava eficaz em casos rastos como o ora apresentado. Em casos mais complexos, seus defeitos eram evidentes. Cita-se, por exemplo, a hipotética situação em que a sentença tem dois fundamentos isolados, cada qual suficiente, por si só, para preservar a decisão. Nesse caso, a inversão do sentido de qualquer um desses fundamentos não alteraria a decisão, o que conduziria à absurda conclusão de que a decisão não possuiria *ratio decidendi*.⁴³ Insuficiente a técnica, portanto, para abranger a generalidade dos casos.

Para tentar solucionar a questão, Marinoni apresenta o método de Goodhart. Para este, os fatos da questão adquirem caráter de maior relevância, sendo a *ratio decidendi* determinada pela verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz. Fatos materiais, para o mencionado autor, seriam aqueles utilizados pelo magistrado como essenciais para a decisão, tendo esta neles se fundado.⁴⁴ Para melhor esclarecimento, utiliza-se

⁴² TUCCI, 2004, p. 177.

⁴³ MARINONI, 2010, p. 224.

⁴⁴ *Ibid*, p. 226.

o mesmo exemplo citado anteriormente. Naquele caso, os fatos materiais, certamente, foram a situação de depositário do réu, o descumprimento de seu dever de guarda, bem como a possibilidade ou não de sua prisão. Assim, a *ratio decidendi*, para Goodhart, seria extraída a partir da verificação e análise desses fatos, tendo como conclusão óbvia a consequência de que não cabe a prisão do depositário infiel.

A teoria de Goodhart, assim como a de Wambaugh, não é isenta de críticas, uma vez que os fatos variam muito caso a caso, sendo temeroso relegar a definição da *ratio decidendi* à análise dos fatos de cada caso. Apesar de toda a controvérsia e da ausência de uma regra específica para definição da *ratio decidendi*, o que importa, para o objetivo do presente trabalho, é esclarecer que, para que as razões de decidir sejam alcançadas, é necessário que se faça uma leitura atenta de todos os elementos essenciais da sentença, a fim de chegar a uma proposição que sirva como paradigma para casos idênticos.

Esse trabalho, por óbvio, é mais simples em algumas situações do que em outras, mas os juízes do *common law*, imersos nesse sistema há quase mil anos, cumprem a tarefa de forma relativamente natural.

3.1.2 *Obiter dictum*

Como dito anteriormente, não há consenso entre os doutrinadores do *common law* sobre o conceito de *ratio decidendi*. Essa dificuldade conceitual reflete diretamente na definição de *obiter dictum*, já que a maioria dos doutrinadores explica-o de forma negativa: será *obiter dictum* tudo aquilo que não for *ratio decidendi*. Se não se sabe explicar como se encontra a última, mais difícil se torna o ensino de um método para definição da primeira.

O que se pode dizer é que *obiter dictum* consiste em todos os argumentos expostos pelo magistrado “de passagem”, ou melhor, que não sejam essenciais para o deslinde da causa. São, em verdade, “juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão”.⁴⁵ Outro tanto dos doutrinadores define *obiter dictum* como o pronunciamento judicial sobre fatos para os quais não foi instado a se manifestar.⁴⁶ Certo é o fato de que o *obiter dictum* não possui efeito vinculante em relação aos demais magistrados, servindo apenas como recomendação, pois demonstra o posicionamento da Corte em relação a determinado assunto,

⁴⁵ DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael, 2009, p. 383

⁴⁶ MARINONI, 2010, p.235.

sendo provável que, futuramente, surja uma *ratio decidendi* com o mesmo conteúdo de um *obiter dictum* anterior.⁴⁷

3.2 Mecanismos de superação do precedente

Assentados os conceitos básicos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, os quais compõem o precedente judicial na doutrina do *common law*, necessário, nesse momento, verificar quais instrumentos o magistrado pode utilizar para deixar de aplicar determinado precedente oriundo de sua própria Corte ou de uma superior, uma vez que, diante da diversidade de casos, nem sempre a decisão anterior poderá ser aplicada indistintamente.

3.2.1 *Distinguishing*

O mais comum desses instrumentos é o *distinguishing*, que significa, em uma tradução livre do termo inglês, “efetuar uma distinção” ou, ainda, “fazer uma diferenciação”. Surgiu a partir da ideia de que, diante da complexidade dos casos concretos, não era possível que um precedente fosse aplicado automaticamente a todas as situações meramente semelhantes, sem que fosse realizado um prévio juízo de valor acerca de sua compatibilidade.

Foi o mencionado juízo de valor que recebeu a denominação de *distinguishing*, tornando-se o método utilizado pelo magistrado para verificar se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma.⁴⁸ Dessa forma, ao utilizar a técnica, o magistrado afirma haver diferenças tão cruciais entre a situação concreta e a que originou o precedente que sua aplicação torna-se inaceitável.

Registre-se, entretanto, que tais diferenças devem se referir aos fatos materiais de ambos os casos, ou a alguma peculiaridade do caso em julgamento.⁴⁹ Fatos que não sejam fundamentais não podem gerar a utilização da técnica, a fim de preservar o devido respeito ao precedente.⁵⁰ O uso do *distinguishing*, por outro lado, não demonstra que o precedente está equivocado ou encontra-se ultrapassado, somente significa que este é inaplicável ao caso concreto específico.⁵¹

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **O apelo ao legislador na práxis da corte constitucional alemã**. Disponível em <http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=103:o-apelo-ao-legislador-appellentscheidung-na-praxis-da-corte-constitucional-federal-alema&id=8:tecnicas-de-decisao&Itemid=74

⁴⁸ TUCCI, 2004, p.174.

⁴⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

⁵⁰ MARINONI, 2010, p. 327.

⁵¹ *Ibid*, 328.

Em resumo, o termo *distinguishing* pode ser utilizado tanto para designar o método de comparação quanto para caracterizar o resultado desse confronto, nos casos em que realmente houver diferença entre o caso concreto e o paradigma.⁵² A título de exemplificação, cita-se trecho da obra de Marcelo Alves Dias de Souza:

Em *bridges v Hawkesworth* [1985] LJ 21 QB 75, a um consumidor foi reconhecido o Direito de guardar o dinheiro que ele encontrou no chão de uma loja. Diferentemente, em *South Staffordshire Water Company v. Sharwood* [1896] 2 QB 44, a uma pessoa que encontrou dois anéis de ouro na lama do fundo de um reservatório de água não foi reconhecido o direito de retê-los, porque o lugar em que os achou não estava aberto ao público.⁵³

No caso citado, foi realizado o *distinguishing* pela diferenciação entre a situação concreta e a paradigma, uma vez que, no caso do precedente, o bem encontrado pelo consumidor encontrava-se no interior de uma loja, ou seja, estabelecimento aberto ao público; já no caso concreto, os anéis foram encontrados em local de acesso restrito, motivo que levou o Tribunal a entender que não havia o direito à propriedade. A técnica utilizada é exatamente o que se denomina *distinguishing*.

3.2.2 *Overruling*

Nas linhas acima, discorreu-se acerca da possibilidade do magistrado deixar de aplicar um precedente quando verificar que a situação concreta analisada difere-se materialmente daquela que gerou a decisão paradigma. Neste momento, cumpre esclarecer uma dúvida comum entre aqueles que iniciam o estudo do tema: o precedente judicial, na doutrina do *common law*, foi concebido para ser eterno?

A resposta só poderia ser negativa, uma vez que, caso o precedente não pudesse ser superado, gerar-se-ia um indesejável fenômeno de fossilização do direito, já que a decisão paradigma deveria ser mantida mesmo que incompatível com a realidade social.

O instrumento denominado *overruling*, que significa “superação”, ou “dominação”, confere aos Tribunais o poder de revogar seus próprios precedentes, quando considerarem que eles não representam mais a melhor medida de justiça.⁵⁴ Essa revogação pode ser expressa, quando o tribunal adota nova orientação, consignando, expressamente, que

⁵² DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael, 2009, p. 393.

⁵³ SOUZA, 2007, p.143.

⁵⁴ PORTO, p. 14.

a anterior encontra-se superada, ou tácita, quando se adota uma interpretação conflitante com o precedente, mas sem mencionar expressamente sua substituição.⁵⁵

O *overruling* é um poder geralmente utilizado com cautela, o que se observa, por exemplo, no fato de que a *Supreme Court of the United Kingdom* não costuma revogar mais de um precedente por ano.⁵⁶ Essa cautela é consequência lógica da preservação da própria essência do *common law*, o qual tem o *stare decisis* (respeito ao precedente) como característica, sendo necessário que os magistrados ajam com cautela ao aplicar o *overruling*.

Para se possa realizar o controle do cabimento ou não do *overruling*, necessário um breve estudo sobre que tipos de situações podem ensejar a revogação do precedente judicial. Luiz Guilherme Marinoni buscou a resposta para essa indagação na doutrina estrangeira, e afirmou que, segundo Melvin Eisenberg, um precedente poderá ser revogado quando deixar de atender a dois critérios básicos, quais sejam: congruência social e consistência sistemática.⁵⁷

Acerca do conceito de congruência social, passa-se a transcrever excerto da obra do mencionado professor:

Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Essas proposições aparecem no raciocínio do *common law* exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração ou para a mudança de um precedente. As proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona.⁵⁸

Assim, o precedente deixará de atender aos padrões de congruência social quando violar conceitos morais, políticos ou de experiência da sociedade onde está inserido. Como exemplo, podemos citar o antigo crime de adultério, que deixou de ser aplicado em virtude da transformação de proposições morais da sociedade, e também o conceito de “mulher honesta”, previsto no Código Civil de 1916, o qual sofrera severas mudanças ao longo do século. Os aspectos de congruência social, portanto, são bastante intuitivos, cabendo ao magistrado agir com bom senso, extraíndo os conceitos e anseios da sociedade onde vive, para verificar se pode ou não revogar determinado precedente.

O segundo critério de Eisenberg, qual seja, consistência sistemática, é de mais fácil verificação, pois estará presente sempre que o precedente não estiver coerente com

⁵⁵ DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael, 2009, p. 395.

⁵⁶ MARINONI, 2010, p. 389.

⁵⁷ *Ibid*, p. 390.

⁵⁸ *Ibid*, p. 390.

decisões recentes da Corte, as quais, apesar de não tê-lo revogado, decidiram com fundamento em proposições incompatíveis com as do precedente.⁵⁹ Dessa forma, sempre que a Corte verificar que os pressupostos que fundamentaram o precedente não estão sendo aceitos, o próprio precedente poderá ser revogado. Essa superação, entretanto, deve sopesar a inadequação do precedente, como também avaliar o prejuízo para a estabilidade do sistema.⁶⁰ Destarte, antes de decidir pela revogação do precedente, deve o magistrado verificar se o dano pela manutenção do precedente é maior do que a instabilidade gerada pela mudança. Caso seja, possível a utilização do *overruling*.

Registre-se, apenas a título de observação, a existência de corrente entre os doutrinadores do *common law* que defende a existência do *anticipatory overruling*, que possibilitaria, basicamente, que os Tribunais locais deixassem de aplicar o precedente das Cortes Superiores, quando, embora este não tenha sido revogado, já se tenha dado demonstrações de que este processo está prestes a ocorrer. Pela limitação do presente trabalho, remete-se o leitor à melhor doutrina, para aprofundamento no tema.⁶¹

Tudo o que foi exposto só está a confirmar que o *common law*, ao contrário do que muitos afirmam, não provocaria um processo de “mecanização” do Direito pátrio, uma vez que, supostamente, aos magistrados restaria simplesmente a automática aplicação do precedente da Corte que lhe é superior. Em verdade, entre os estudiosos do *common law* é amplamente aceito que o precedente não tem poder vinculante absoluto, podendo a tese dominante, que fundamentou a decisão, ser superada, passando-se a um processo denominado por Cruz e Tucci de “normatização pretoriana”, ou seja, de reconstrução do direito sumular.⁶²

3.3 Utilização dos precedentes

Estudados os elementos que compõem o precedente judicial (*ratio decidendi* e *obiter dictum*), bem como os instrumentos que possibilitam a superação da decisão paradigmática (*distinguishing* e *overruling*), cumpre, agora, deixar o aspecto teórico e adentrar ao campo prático, a fim de analisar quais benefícios e prejuízos a incorporação definitiva da doutrina dos precedentes poderia trazer ao Direito brasileiro, segundo a doutrina especializada no tema.

⁵⁹ *Ibid*, p. 391.

⁶⁰ SOUZA, 2007, p.150.

⁶¹ Pela limitação do tema, e do próprio objetivo do trabalho, para aprofundamento na questão do *anticipatory overruling* buscar MARINONI, 2010, p. 402.

⁶² TUCCI, 2004, p.180.

3.3.1 *Pontos positivos*

Por ser impossível analisar todos os benefícios que o respeito ao precedente judicial poderia trazer ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a limitação do presente trabalho, serão comentados aqueles considerados mais relevantes, tendo em vista a realidade atual do Poder Judiciário. São eles: a segurança jurídica, a razoável duração do processo, a eficiência e a isonomia.

O primeiro desses benefícios, ponto de partida para todos os outros, é a segurança jurídica. É de conhecimento geral que atualmente, em diversos casos, o fator “sorte” quando da distribuição de uma ação é mais relevante do que a força da tese jurídica deduzida, tendo em vista que, em temas polêmicos, a diversidade de entendimentos é enorme. Dessa forma, um dos fatores que mais pesa a favor do fortalecimento da precedente judicial no nosso País é a segurança jurídica que seria gerada, já que, após a decisão da Corte Superior ou do próprio Tribunal, não poderiam os magistrados de planície decidir de forma diversa.

Essa mudança é essencial, uma vez que não se concebe um ordenamento jurídico que não permita às partes prever o resultado do litígio com certa margem de acerto. Sob essa perspectiva, adverte Celso Albuquerque Silva:

A estabilidade e certeza do direito são um forte argumento em favor da adoção do efeito vinculante. A ausência de uma diretriz relativamente segura para a solução de determinada controvérsia conduz inevitavelmente a um permanente estado de insegurança.⁶³

Assim, os magistrados pátrios devem conscientizar-se de que sua independência funcional não se confunde com liberdade para decidir casuisticamente, pois, para que alcancemos a verdadeira segurança jurídica, é necessário que nossos juízes se vejam como peças de um sistema, cuja função é colaborar com o exercício da atividade jurisdicional, sendo extremamente necessário, para alcançar tal desiderato, a estabilidade das decisões judiciais.⁶⁴

O segundo benefício mais relevante é a efetivação do princípio da razoável duração do processo, insculpido no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Republicana de 1988. Infelizmente, como se sabe, a realidade judiciária do nosso sistema está bastante longe de garantir esse direito aos jurisdicionados, sendo comum que um recurso de apelação, por exemplo, leve mais de 5 (cinco) anos para ser apreciado.

⁶³ SILVA, Celso Albuquerque. **Do efeito vinculante**: Sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

⁶⁴ MARINONI, 2010, p. 131.

O respeito ao precedente judicial é um dos caminhos para solucionar tal problemática, uma vez que a redução dos litígios seria consequência imediata da previsibilidade das decisões judiciais. Se for possível à parte, diante mão, prever que sua demanda não tem possibilidade de sucesso, ante a existência de precedente que lhe é desfavorável, dificilmente optará por iniciar um processo, em virtude de sua demora e de seus altos custos.

Entretanto, em nossa realidade, em diversas situações é impossível prever o resultado de determinado pleito, uma vez que, a depender da distribuição, o resultado pode ser favorável ou desfavorável ao autor.⁶⁵ Essa situação acaba servindo como estímulo à litigância, uma vez que as partes são instruídas pelos advogados sobre a possibilidade de êxito, caso vençam a “loteria” da distribuição. O aumento da litigância provoca o afogamento do Poder Judiciário em processos que se prolongam por vários anos, o que compromete a razoável duração do processo garantida constitucionalmente.

O terceiro benefício, o qual é consectário lógico dos dois primeiros, é a garantia da eficiência do Poder Judiciário. Registre-se, por oportuno, que a eficiência é uma das marcas que deve nortear a Administração Pública em geral, nos termos do previsto no *caput* do art. 37 da CF/88. Como é possível deduzir, a eficiência seria alcançada à medida que a quantidade de processos sob a responsabilidade do Judiciário fosse diminuindo, pois seria possível prestar o serviço jurisdicional ao cidadão com maior presteza. Assim, conforme ensinamento de Marinoni, “o respeito aos precedentes constitui elemento garantidor da eficiência e da legitimidade democrática do Poder Judiciário”⁶⁶.

O último benefício a ser comentado é o da promoção da isonomia entre os jurisdicionados. Como já registrado linhas acima, na atual realidade do Poder Judiciário brasileiro, o fator “loteria” na distribuição dos processos é quase tão importante quanto a força da tese jurídica deduzida em juízo, tendo em vista a diversidade de entendimentos. Como consequência disso, é fácil perceber que determinadas situações, por mais que fática e juridicamente idênticas, receberão tratamento estatal distinto, simplesmente porque os processos foram distribuídos para juízes com entendimentos contraditórios entre si.

Nesses casos, flagrante o desrespeito ao princípio da igualdade, uma vez que, em um Estado de Direito, pessoas em situações idênticas devem receber tratamento isonômico. Percebendo essa contradição do ordenamento brasileiro, Celso Albuquerque Silva traz valorosas lições:

⁶⁵ MARINONI, 2010, p. 181.

⁶⁶ *Ibid*, p. 190.

Como visto, o efeito vinculante visa assegurar um tratamento igualitário entre os jurisdicionados, notadamente os menos favorecidos que têm sido excluídos dos benefícios da cidadania, naquelas causas de repetição. Visa ainda garantir a imparcial aplicação da lei, assegurando previsibilidade dos efeitos decorrentes dos preceitos normativos, maximizando, por consequência, o âmbito de liberdade dos cidadãos.⁶⁷

Dessa forma, não há como admitir que um ordenamento jurídico fundado na igualdade entre os cidadãos, como é o brasileiro, ofereça aos seus jurisdicionados resultados diferentes em ações idênticas, especialmente quando se trata de demandas repetitivas. Há que se afastar do Direito pátrio a preponderância do fator sorte, valorizando-se, em seu lugar, os fundamentos jurídicos apresentados em juízo.

Longe de tentar exaurir o tema, este tópico buscou tecer breves pinceladas sobre os benefícios da aplicação do *stare decisis* no Direito nacional, para demonstrar que o respeito ao precedente é o caminho mais curto para consecução da Justiça.

A ideia apresentada, entretanto, está longe de ser consenso entre os estudiosos do nosso País, razão pela qual, no momento, passa-se a analisar os argumentos que são mais comumente expostos para tentar frear a evolução da força do precedente vinculante.

3.3.2 *Pontos negativos*

Da mesma forma que se procedeu com relação aos pontos positivos, tendo em vista a limitação do presente trabalho, apenas as questões hodiernamente apontadas pela doutrina como entraves à obrigatoriedade do precedente judicial serão discutidas. Dentre elas, menciona-se a dificuldade imposta ao desenvolvimento do Direito, a violação ao princípio da separação dos poderes e a supressão da independência dos juízes.

O primeiro desses pontos, qual seja, impedimento ao desenvolvimento do direito, é levantado por aqueles que acreditam que a força obrigatória do precedente judicial fossilizaria o ordenamento jurídico, apesar do transcorrer do tempo.⁶⁸ Esta visão, entretanto, parte de uma análise apressada da natureza da decisão judicial no sistema do *common law*. Como já mencionado anteriormente, a sentença do juiz anglo-saxão reveste-se de caráter constitutivo, significando que este cria o direito, e não apenas o declara. Dessa forma, é plenamente possível que o precedente seja reformado, possibilitando o desenvolvimento do direito, bastando que o juiz se utilize das técnicas já comentadas, quais sejam, *distinguishing* e *overruling*.⁶⁹

⁶⁷ SILVA, 2005, p. 177.

⁶⁸ MARINONI, 2010, p. 190.

⁶⁹ SILVA, 2005, p. 284.

Registre, por oportuno, que somente pode revogar o precedente o próprio tribunal que o criou, ou então um tribunal superior àquele. O juiz de planície, por óbvio, não pode superá-lo, tendo em vista que a lógica do sistema o vincula às decisões superiores. Não se pode encarar essa limitação, entretanto, como um obstáculo ao desenvolvimento do direito, uma vez que nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte tem revogado com grande frequência os seus precedentes.⁷⁰

Reconhece-se, por outro lado, que de fato a mudança de entendimento será um pouco mais lenta, pois o processo necessitará chegar às instâncias superiores para que o precedente seja alterado. Contudo, parece-me ser um preço justo a se pagar pelos benefícios trazidos por um sistema fundado na obrigatoriedade do precedente judicial.

O segundo ponto que desfavorece a aplicação da teoria do precedente judicial obrigatório é a suposta violação ao princípio da separação dos poderes. O raciocínio é deveras simples: segundo a tradicional concepção da tripartição dos poderes, a função do Poder Legislativo é elaborar as leis – normas abstratas de efeitos vinculantes – enquanto a função do Judiciário é julgar os casos que lhe são postos, concretizando as normas. Dessa forma, permitir que os juízes elaborem precedentes judiciais com caráter obrigatório, tornando a sentença uma verdadeira fonte do direito, supostamente violaria a separação dos poderes, pois conferiria aos magistrados poder semelhante ao dos legisladores.⁷¹

O argumento, entretanto, não está isento de críticas. Como se sabe, o conceito de tripartição dos poderes, dentro do neoconstitucionalismo, modificou-se, sendo aceito, sem maiores problemas, que cada Poder exerce funções típicas e atípicas. No caso da criação judicial do direito, não se chega nem a dizer que o Judiciário estaria exercendo atípica função legislativa, uma vez que os precedentes não detêm essa natureza, já que têm eficácia obrigatória apenas sobre os membros do Poder Judiciário.⁷²

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni tece interessante crítica:

O questionamento da força obrigatória das decisões judiciais diante do princípio da separação dos poderes constitui gritante falta de consciência jurídica ou ingenuidade enfadonha e inescusável. Quem vê problema na imposição obrigatória de determinada interpretação da lei parece não ter percebido que o Judiciário, muito mais do que fixar a interpretação da lei, tem o poder de, a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante de omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de direito fundamental.⁷³

⁷⁰ MARINONI, 2010, p. 192.

⁷¹ SILVA, 2005, p. 295.

⁷² MARINONI, 2010, p. 203.

⁷³ *Ibid*, p. 204.

Assim, a aplicação da obrigatoriedade do precedente não implica em violação à tripartição dos poderes pelo simples fato de conferir aos magistrados poder de criar o direito a partir de casos concretos. Como dito, além de o conceito de separação dos poderes ter sido bastante flexibilizado, a força vinculante dos precedentes restringe-se aos membros do Judiciário, não possuindo o mesmo alcance das leis.

O último e talvez mais polêmico argumento é o de que a obrigatoriedade do precedente judicial violaria a independência dos magistrados de julgar segundo seu livre convencimento motivado. Para os defensores dessa corrente, a obrigatoriedade do precedente transformaria a atividade do juiz, em especial daquele de primeira instância, em mecânica atividade de aplicação de precedentes, perdendo a possibilidade de julgar segundo seu livre convencimento, por mais que considerasse a decisão paradigma injusta.⁷⁴

Não obstante a aparente força do raciocínio, este não sustenta após uma crítica análise da realidade judiciária brasileira. É comum aportarem nos tribunais recursos contra sentenças contrárias a seu entendimento pacífico, o que redunda em trabalho e dispêndio financeiro que poderiam ser evitados, caso o magistrado houvesse seguido o precedente. Não há como se justificar situações assim com fundamento na independência dos magistrados. Como bem assevera Marinoni: “viola a igualdade e o Estado de Direito admitir que um caso, cuja questão jurídica já foi definida pelos tribunais, possa ser julgado de forma distinta por um dos órgãos do Poder Judiciário”⁷⁵.

Registre-se, entretanto, que não se está afirmando ser o juiz um subalterno do tribunal, e sim que o Judiciário tem o dever de tratar igualmente os casos iguais, do que é consectário lógico a necessidade de se vincularem os juízos inferiores aos superiores.⁷⁶ Dessa forma, a aplicação da teoria do *stare decisis* no direito brasileiro seria de fundamental importância, uma vez que diminuiria a importância do fator “sorte” no momento da distribuição da ação, impedindo que o destino dos litigantes dependesse da vaidade de determinado juiz, que se recuse a seguir o precedente já fixado pela corte que lhe é superior.

Assim, conclui-se que não há como se perceber violação à independência dos magistrados quando se trata de vinculação ao precedente, uma vez que é da própria lógica de um sistema judiciário hierarquizado como o brasileiro a necessidade de que o juiz de piso respeite os precedentes do tribunal ao qual é vinculado, como condição *sine qua non* para a garantia de isonomia entre os litigantes e da efetividade do processo.

⁷⁴ SILVA, 2005, p. 287.

⁷⁵ MARINONI, 2010, p. 206.

⁷⁶ *Ibid*, p. 208.

4 APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O COMMON LAW

Nos capítulos anteriores, tratou-se, inicialmente, de fazer uma breve resenha histórica para explicar os motivos de o Direito brasileiro ter adotado originalmente o sistema jurídico romano-germânico, estritamente legalista, em contraposição ao *common law* anglo-saxão, fundado no respeito aos precedentes. Em seguida, buscou-se tecer breves comentários acerca do modo de aplicação do Direito fundado no *common law*, com base no funcionamento do ordenamento jurídico inglês.

Essas etapas foram importantes, pois fornecerão os substratos teóricos necessários ao próximo passo do presente trabalho, qual seja, desmistificar a ideia de que o Brasil ainda segue o modo romano-germânico de enxergar o direito, demonstrando que a teoria do *stare decisis* está, de maneira gradual, incorporando-se ao ordenamento jurídico pátrio, aproximando-o, cada vez mais, do *common law*.

Por serem inúmeros os exemplos dessa aproximação, o presente trabalho restringir-se-á aos considerados mais relevantes, tecendo, quanto aos demais, apenas breves comentários. Quanto aos exemplos mais relevantes, os quais serão analisados neste capítulo, podemos citar a súmula vinculante, a exigência de repercussão geral nos recursos extraordinários, a súmula impeditiva de recurso e o julgamento liminar de mérito. Outro exemplo, que pela sua relevância e complexidade merecerá capítulo próprio, é a objetivação do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual preconiza a extensão *erga omnes* dos efeitos da declaração *incidere tantum* de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

Passemos, pois, à análise da súmula vinculante.

4.1 Súmula Vinculante

A súmula com eficácia vinculante foi criada pela EC-45/2004, conhecida como Reforma do Poder Judiciário, estando prevista no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

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.

Dessa forma, ela somente poderá ser editada pelo Supremo Tribunal Federal, desde que com aprovação de no mínimo dois terços dos seus membros. O efeito vinculante, por sua vez, como exposto no dispositivo constitucional, estende-se aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, desde a publicação do enunciado sumulado no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União.

Ressalta-se, ainda, que somente se admite a edição de súmula vinculante que tenha por objeto controvérsia atual sobre a interpretação, em matéria constitucional, de determinada norma, desde que referida controvérsia acarrete insegurança jurídica grave e multiplicação de processos idênticos.⁷⁷ Cumpre mencionar, nessa toada, que a Lei 11.417/2006 detalhou o procedimento de edição, revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes, trazendo, dentre outras coisas, um amplo rol de legitimados.

A adoção da súmula vinculante pelo Direito brasileiro foi um importante passo rumo a um sistema de respeito aos precedentes. Entretanto, ao contrário do que parece, sua criação não significa a incorporação, pelo direito pátrio, da teoria do *stare decisis* (precedente obrigatório). Como bem ressalta Marcelo Alves Dias de Souza, a origem, o alcance, o funcionamento, dentre outras coisas, de ambos os institutos são bastante distintas. Contudo, referido autor reconhece que a adoção da súmula vinculante é mais um passo para a aproximação entre os dois sistemas, *common law* e *civil law*.⁷⁸

Há, contudo, vozes dissonantes na doutrina. Cita-se, como exemplo, José Afonso da Silva, para o qual as súmulas vinculantes representam, em verdade, ameaça à garantia constitucional de acesso à justiça, pois impedem uma correta apreciação das alegações de lesão a direito, “sem que se veja como elas podem reduzir o acúmulo de feitos perante o Supremo Tribunal Federal”.⁷⁹ Para o mencionado autor, a súmula vinculante não acarretará redução no número de processos perante a Suprema Corte, uma vez que somente haverá uma troca de meios de impugnação, ou seja, os recursos ordinários ou extraordinários serão substituídos pelas reclamações constitucionais contra as decisões que descumpram as súmulas.

Não obstante os fatos trazidos pelo respeitado autor, as súmulas vinculantes produziram, indiscutivelmente, impacto extremamente positivo no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de provocar o aumento no número de reclamações constitucionais que aportam no Supremo Tribunal Federal, certamente a diminuição da quantidade de recursos

⁷⁷ DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael, 2009, p. 399.

⁷⁸ SOUZA, 2007, p.150.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

extraordinários foi mais expressiva. Como já discutido no presente trabalho, a previsibilidade das decisões judiciais é um dos fatores que desestimula a litigância. Ou seja, determinado cidadão dificilmente ingressará no Poder Judiciário em busca de direito que lhe é vedado por súmula vinculante, uma vez que sabe ser praticamente nenhuma sua chance de êxito.

Dessa forma, por ter contribuído para a segurança jurídica, e, consequentemente, para a previsibilidade das decisões judiciais, não há como deixar de reconhecer os benefícios da súmula vinculante, a qual buscou, com sucesso, aproximar o sistema brasileiro, tradicionalmente legalista, do sistema anglo-saxão, calcado no respeito aos precedentes judiciais.

4.2 Julgamento monocrático do relator

Os poderes conferidos ao relator do recurso são outro belo exemplo da aproximação entre o sistema legalista brasileiro e o *common law*. Tais prerrogativas foram instituídas pela Lei 9.756/98, a qual deu a seguinte redação ao art. 557, *caput* e §1º-A, do Código de Processo Civil:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Como se percebe, concedeu-se ao relator o poder de negar seguimento a recurso manifestamente contrário à jurisprudência dos Tribunais Superiores ou do próprio tribunal, e de dar provimento, igualmente de maneira singular, a recurso contra decisão contrária aos Tribunais Superiores. O que se busca, em ambos os casos, é ajustar a situação de conflito à jurisprudência dominante de maneira mais célere e eficaz.

Ainda de acordo com o dispositivo legal, a situação que autoriza o relator a negar seguimento ao recurso deve estar prevista em súmula ou jurisprudência dominante de Tribunal. Para alguns autores, o termo jurisprudência dominante deve ser entendido de maneira ampla, abrangendo até mesmo decisões isoladas. Marinoni expõe argumentos para defender referido posicionamento, os quais, pela sua clareza, passam a ser transcritos:

Assim, para o julgamento monocrático, além das súmulas e da jurisprudência dominante – vista como o entendimento que prevaleceu no tribunal – importa o “precedente isolado”, ou melhor, o precedente que, tratando de “caso isolado”, firmou *ratio decidendi* a respeito de determinada questão jurídica. Perceba-se que o precedente respeitante a caso isolado se insere no conceito de jurisprudência

dominante pela simples razão de que um precedente, relativo a um único caso, não pode ser outra coisa que não “a jurisprudência dominante”, e não teria sentido descartar a autoridade da *ratio decidendi* fixada por tribunal superior apenas porque a questão de direito não foi repetida. Não apenas as súmulas e a jurisprudência dominante, mas qualquer precedente – respeitante ou não a causas repetitivas – do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal abre oportunidade ao julgamento monocrático pelo relator.⁸⁰

Dessa forma, para o supracitado autor, mesmo uma decisão isolada de uma Turma do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, teria o condão de permitir que o relator de uma apelação negasse-lhe seguimento monocraticamente, caso o STJ houvesse decidido de maneira desfavorável ao recurso. Apesar da força de seus argumentos, não há como deixar de reconhecer que tal posicionamento é um pouco extremado diante da realidade jurídica brasileira.

Em um sistema anglo-saxão consolidado, no qual as decisões dos Tribunais Superiores são constantes e previsíveis, provavelmente o posicionamento ora discutido seria prontamente acolhido. Entretanto, no sistema brasileiro, em que é comum que as Turmas do mesmo Tribunal Superior divirjam entre si, parece temeroso conferir tamanho prestígio a decisões isoladas. Destarte, diante da atual situação do Poder Judiciário brasileiro, parece mais correto entender como “jurisprudência dominante” aquela decisão que se repetiu quantidade de vezes suficientes para poder representar o entendimento do próprio Tribunal.

Não se discute a necessidade de se conferir cada vez mais importância aos precedentes no direito brasileiro. Entretanto, deve-se entender que isso é um processo gradual, sob pena de adotar posições radicais como a ora combatida e pôr em risco a segurança do ordenamento jurídico pátrio.

4.3 Julgamento liminar de mérito

A prerrogativa concedida ao magistrado pelo art. 285-A do Código de Processo Civil é outro importante exemplo da incorporação de elementos do *common law* pelo ordenamento jurídico pátrio.⁸¹ Referido dispositivo legal assim preconiza:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

⁸⁰ MARINONI, 2010, p. 508.

⁸¹ *Ibid*, p. 515.

Convém anotar que o Código de Processo Civil comete certo equívoco ao se referir a “casos idênticos”, quando, em verdade, deveria ter mencionado “casos semelhantes”, ou seja, que versem sobre a mesma questão jurídica.⁸² Menciona-se, ainda, que há doutrinadores que enxergam um pressuposto implícito no referido dispositivo, qual seja, a compatibilidade entre o posicionamento do juiz e o do tribunal.⁸³

De fato, permitir que o magistrado singular pudesse julgar liminarmente improcedente determinado pleito em sentido contrário ao que já foi decidido pelo tribunal a ele vinculado ou por um tribunal superior seria um contrassenso. Ora, o que busca a norma é conferir maior celeridade na prestação jurisdicional, diminuindo a quantidade de processos repetitivos que aportam no Poder Judiciário, sendo impossível alcançar tal desiderato caso o juiz não respeite os precedentes dos colegiados.

4.4 Projeto do novo Código de Processo Civil

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8046/2010, que tem como objetivo promover profundas mudanças no atual Código de Processo Civil. Tais mudanças estão intimamente imbrincadas com o tema do presente trabalho, qual seja, a incorporação da doutrina do respeito aos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de ainda estar pendente de aprovação pela Câmara dos Deputados, é necessário que se teçam comentários acerca das transformações que o Projeto de Lei pretende promover. As principais mudanças relacionadas à presente temática encontram-se no art. 882 e seguintes, o qual, pela relevância, merece ser parcialmente transcrito:

Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e nas condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

⁸² DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo do conhecimento.** 11^a ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

⁸³ MARINONI, 2010, p. 516.

A leitura do dispositivo revela que muitas das ideias discutidas no presente trabalho foram tidas como importantes para o desenvolvimento do ordenamento jurídico nacional. O inciso IV do citado artigo, por exemplo, destaca a importância de os tribunais e juízes singulares respeitarem as decisões dos Tribunais Superiores. Tal conclusão, por ser intuitiva, não necessitaria de previsão legal expressa. Entretanto, como o Direito pátrio tem origem legalista, a positivação desta indicação provavelmente incitará mais juízes a respeitarem as decisões dos Tribunais Superiores.

Como já discutido anteriormente, não há que se falar em desrespeito à independência do magistrado para julgar. Integra a lógica do funcionamento de um sistema judiciário hierarquizado como o brasileiro o respeito às decisões dos tribunais superiores. O distorcido “livre convencimento motivado” que fundamenta uma decisão singular contrária à do colegiado superior é um dos motivos pelo qual o Poder Judiciário brasileiro não exerce a prestação jurisdicional com a eficiência esperada pela sociedade. Espera-se que, com a aprovação dos dispositivos acima colacionados pela Câmara dos Deputados, inicie-se no Brasil um estudo mais aprofundado do modo de funcionamento do direito baseado nos precedentes, visto que, historicamente, tal conhecimento permaneceu imune à atenção dos juristas pátrios.

4.5 Outros exemplos

Como outros exemplos não menos importantes da crescente influência no *common law* no direito brasileiro pode-se citar a repercussão geral, a súmula impeditiva de recurso e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

A repercussão geral foi introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como Reforma do Poder Judiciário, para servir como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários. Tem como função selecionar as insurgências que aportarão na mais alta Corte do País, a fim de facilitar sua atuação de conferir unidade ao direito mediante a interpretação de questões constitucionais relevantes, pois a simples intenção de rever a “injustiça” de uma decisão não pode justificar a abertura de uma terceira (ou quarta) instância jurisdicional.⁸⁴

Logo, por selecionar os recursos que são relevantes para toda a sociedade, seria contraditório admitir que a decisão do STF sobre a insurgência exerce efeitos apenas sobre as partes do processo. Ora, se o recurso possui repercussão geral, a decisão que dele surge, por

⁸⁴ MARINONI, 2010, p. 471.

questão de lógica, deve ser considerada um precedente constitucional, obrigatório e vinculante.⁸⁵ Entretanto, o Código de Processo Civil silencia a esse respeito, apenas mencionando, em seu art. 543-A, §5º, que a decisão que nega a existência de repercussão geral valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, o que autoriza o Presidente do Tribunal local a não admitir o recurso extraordinário de matéria idêntica.

O dispositivo legal, portanto, apenas confere eficácia vinculante à decisão que nega a existência de repercussão geral, omitindo-se no que se refere ao acórdão que a reconhece, uma vez que este, inevitavelmente, adentraria na questão de mérito do recurso.

Outro exemplo é a súmula impeditiva de recurso, prevista pelo Código de Processo Civil nos seguintes termos:

Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, de acordo com o permissivo legal, sempre que a sentença estiver em conformidade com súmula das Cortes Superiores o juiz poderá deixar de receber o recurso de apelação. A razão de ser do instituto é bastante clara: havendo súmula de tribunal superior, é bastante provável que o relator negue seguimento ao recurso interposto. Dessa forma, negar seguimento ao recurso logo em sua origem evita um exercício de inutilidade.⁸⁶

Vale registrar o entendimento de que o magistrado singular poderá aplicar tal dispositivo mesmo que a jurisprudência não esteja sumulada, bastando a existência do precedente do tribunal superior.⁸⁷

Por fim, como último exemplo de aproximação entre o Direito brasileiro e o *common law* a ser analisado pelo presente trabalho, tem-se a objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Tal fenômeno pretende, em síntese, conferir eficácia vinculante à declaração de inconstitucionalidade proferida *incidenter tantum* pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no âmbito do recurso extraordinário, independente da edição de resolução por parte do Senado Federal, prevista no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988. Apesar de tal extensão *erga omnes* automática ser consequência lógica e jurídica do fato de o Supremo Tribunal Federal ser o guardião da Constituição, ainda há muita

⁸⁵ MARINONI, 2010, p. 472.

⁸⁶ DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** Vol. 3. 5^a ed. Salvador: JUSPODIVM, 2009.

⁸⁷ MARINONI, 2010, 517.

controvérsia acerca de sua aplicabilidade, pois há quem defenda que a Suprema Corte estaria usurpando competência constitucional do Senado Federal.

5 OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de aprofundar o estudo da objetivação do controle difuso, cumpre tecer algumas considerações iniciais a respeito do controle de constitucionalidade. Como se sabe, este controle pode ser realizado de maneira difusa ou concentrada. O controle difuso é aquele que pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, o que significa dizer que qualquer magistrado, em um caso concreto, pode deixar de aplicar determinada lei ou ato normativo por reputá-lo inconstitucional.⁸⁸ O controle concentrado, por sua vez, é aquele que só pode ser exercido por determinado órgão, seja o Supremo Tribunal Federal, no caso em que se viola a Constituição Federal, sejam os Tribunais de Justiça, quando a norma constitucional paradigma é estadual.

No caso do controle difuso, uma vez que a questão constitucional é sempre resolvida *incidenter tantum*, eventual declaração de inconstitucionalidade não fará coisa julgada, restringindo sua eficácia somente às partes do processo.⁸⁹ Por outro lado, no caso do controle concentrado, a questão sobre a constitucionalidade da lei é o próprio objeto litigioso do processo, tendo uma eventual declaração de inconstitucionalidade o poder de ficar imune pela coisa julgada material, com eficácia *erga omnes*.⁹⁰

Possível perceber, assim, que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria de controle de constitucionalidade, podem assumir natureza dúplice: caso tomadas em controle concentrado (ADI, ADC ou ADPF), terão eficácia *erga omnes*; por outro lado, caso sejam oriundas do controle difuso, eventual declaração de inconstitucionalidade restringir-se-á às partes do processo, ressalvada a hipótese de suspensão da lei por parte do Senado Federal, nos termos do art. 52, X.

Fácil notar, portanto, a origem do fenômeno ora estudado. A decisão tomada pela mais alta corte do País, cuja função precípua é a guarda da Constituição, que declara incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, não tem o poder de retirar sua vigência, necessitando, para tanto, da atuação do Senado Federal, por meio de resolução suspensiva da lei declarada inconstitucional. Tal situação gerou uma verdadeira crise institucional, pois o Senado Federal, historicamente, não valorizou a importante função que lhe fora atribuída, o que ocasionava longa demora na análise da comunicação feita pelo

⁸⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁸⁹ DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo José Carneiro da, 2009, p. 344.

⁹⁰ Ibid, p. 344.

Supremo Tribunal Federal.⁹¹ Sofre, com a situação, toda a sociedade, pois fica sujeita ao poder de leis declaradas inconstitucionais até que seja ajuizada ação do controle concentrado.

Para solucionar tal problemática, surgiu a teoria da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, encabeçada pelo Ministro Gilmar Mendes, cujo conceito será analisado a seguir.

5.1 Conceito

A teoria da objetivação do controle difuso de constitucionalidade tem como escopo precípuo a concessão de efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade realizada no âmbito do controle difuso. Ou seja, significa dizer que, pela teoria, a decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito de recurso extraordinário, por exemplo, no que diz respeito à inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, teria o condão de retirar a validade do diploma normativo, independentemente de qualquer conduta praticada pelo Senado Federal.

O marco do início da aplicação da teoria foi o julgamento do Habeas Corpus 82.959-7, pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006, no âmbito do qual se reconheceu a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para autores de crimes hediondos:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 23/02/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).⁹²

Ressalta-se a importância histórica do julgado acima, pois o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do julgamento de um Habeas Corpus, analisou em abstrato a constitucionalidade de um dispositivo legal, como se em controle concentrado estivesse. O

⁹¹ PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Suspensão, pelo Senado Federal, de leis proclamadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n10/3.pdf>>. Acesso em 01/12/2012.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.959-7/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Oseas de Campos. Impetrante: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 08/01/2013.

desrespeito à decisão acima culminou, inclusive, com o ajuizamento da Reclamação Constitucional 4335 junto ao STF, em virtude da aplicação, por parte de determinado magistrado, do dispositivo constitucional declarado inconstitucional. A Reclamação teve seu pedido liminar deferido, nos seguintes termos:

Nestes termos, concedo medida liminar, de ofício, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final desta reclamação. Nessa extensão do deferimento da medida liminar, caberá ao juízo de primeiro grau avaliar se, no caso concreto, os pacientes atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.⁹³ (Rcl 4335 / AC – ACRE RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 21/08/2006)

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal asseverou de forma contundente a aplicação da teoria da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, uma vez que reconheceu a inaplicabilidade do dispositivo legal declarado inconstitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade. Em outro caso, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence comentou a mudança gradual de posicionamento da Corte:

E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante - especialmente na prática deste Tribunal - é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de ‘guarda da Constituição’, que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou. **Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição**, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida.⁹⁴ (grifo nosso)

A teoria da objetivação do controle difuso de constitucionalidade representa, por razões históricas que serão a seguir apresentadas, a mutação constitucional do art. 52, X, o qual expressamente prevê ser competência do Senado Federal para suspender a execução, no

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4335**, do Tribunal Pleno. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 21 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000005274&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 08/01/2013.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7**, do Tribunal Pleno. Origem: Reino da Espanha. Requerente: M B V Commercial and Export Management Establishment. Requerido: Resil Indústria e Comércio LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em 08/01/2013

todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Este é o maior entrave à recepção da teoria no Direito brasileiro, pois muitos alegam que o STF estaria usurpando competência constitucionalmente atribuída ao Senado Federal.

Nos tópicos seguintes, serão analisados os argumentos favoráveis e contrários à aplicação da teoria, bem como os julgados do Supremo Tribunal Federal em que ela foi aplicada.

5.2 Argumentos favoráveis

Muitos são os que defendem a aplicação da teoria. Dentre eles, Marinoni assevera que a extensão *erga omnes* da decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei em sede de controle difuso não se trata de mera opção técnica, e sim de algo que, quando ausente, impede o próprio funcionamento do sistema, pois não há como atribuir aos juízes o poder de declarar a inconstitucionalidade da lei em um caso concreto sem vinculá-los às decisões da Suprema Corte.⁹⁵

Em análise crítica, o mesmo autor ainda ensina que a necessidade de se conceder força vinculante aos precedentes do STF não se liga ao fato de estar havendo uma objetivação do controle difuso, e sim à percepção de que os motivos determinantes das decisões do Supremo, ou seja, a *ratio decidendi*, devem ser observados pelos demais órgãos judiciários, sob pena de comprometimento da sua própria função.⁹⁶

De fato, ao longo do presente trabalho, defendeu-se a posição de que o respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores nada mais é do que um ato de justiça, em prol da isonomia e da celeridade processual, como forma de corrigir as distorções geradas pelo sistema jurídico brasileiro atual, o qual, em virtude de adotar um defeituoso *civil law*, concede amplos poderes aos magistrados (liberdade de interpretação), sem vinculá-los aos precedentes das Cortes Superiores. Tal raciocínio é suficiente para justificar a aplicação *erga omnes* das decisões do Supremo Tribunal Federal, independentemente de se considerar se este atua em controle objetivo ou subjetivo.

Inconcebível, em um sistema que pretende ser coerente, permitir a um magistrado singular reconhecer constitucional determinada lei que o Supremo Tribunal Federal já reputou inconstitucional, no âmbito de recurso extraordinário. Tal situação, além de gerar imensa insegurança jurídica, enfraquece a própria Constituição, que deixa de ser protegida.

⁹⁵ MARINONI, 2010, p. 458.

⁹⁶ Ibid, p. 459.

O Ministro Gilmar Mendes, um dos mais ferrenhos defensores da teoria, analisando a questão sob um prisma processual constitucional, traz interesse argumento. Pondera que é absolutamente incoerente entender a inconstitucionalidade como situação que gera a nulidade da lei, mas que, ao mesmo tempo, depende de resolução do Senado Federal para que provoque a suspensão da norma impugnada. E, explica, falta coerência no raciocínio porque um ato nulo nunca chegou a produzir efeitos, não podendo, portanto, sofrer suspensão. Defende, assim, o respeitado Ministro, que a função do Senado deve ser entendida como a de meramente tornar pública a decisão tomada pelo STF.⁹⁷

Como outro argumento para justificar a reinterpretação do art. 52, X, da CF/88, Gilmar Mendes aponta o fato de que foi a atual Constituição que ampliou as hipóteses de controle abstrato, aumentou o rol de legitimados e criou novas ações, transformando totalmente o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Defende, com efeito, que foi a Constituição Federal de 1988 que consagrou o Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Magna.

Assim, como o texto do art. 52, X, fora criado pela CF/34 – época em que não havia controle abstrato – e meramente repetido nas demais Constituições, deve este ser reinterpretado, tendo em vista o contexto normativo atual ser completamente diverso. Teria havido, em verdade, uma autêntica mutação constitucional. Acerca do tema, Gilmar Mendes assim escreveu:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico, e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. [...] É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia erga omnes passaram a se generalizar.⁹⁸

Dessa forma, para o referido autor, é ultrapassada a interpretação literal do art. 52, X, da CF/88, devendo, portanto, haver uma reinterpretação do dispositivo, à luz do papel do STF de guarda da Constituição. Com isso, garante-se a autoridade das decisões da mais alta Corte do País.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** Revista de Informação Legislativa, nº 162, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15607-15608-1-PB.pdf>> Acesso em 01/12/2012.

⁹⁸ *Ibid.*

Como outro fundamento para atribuir-se eficácia vinculante aos precedentes do STF produzidos em controle difuso, Marinoni cita a hipótese em que o Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, não declara a constitucionalidade da lei, mas se utiliza de alguma das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade, como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade sem redução de texto. Nesse caso, de acordo com a interpretação literal do art. 52, X, da CF/88, referida decisão jamais estaria apta a gerar efeitos *erga omnes*, pois o Senado Federal somente tem a prerrogativa de “suspender a eficácia” das leis e atos normativos declarados inconstitucionais.⁹⁹

Ressalta referido autor que tais técnicas de controle de constitucionalidade, pelo menos no controle difuso, só tem sentido caso munidas de eficácia vinculante. De fato, a decisão do Supremo Tribunal Federal que, em recurso extraordinário, seja modulada de forma a produzir efeitos a partir de certo instante, “não teria qualquer sentido caso os demais juízos pudessem declarar a inconstitucionalidade para os casos concretos que estivessem em suas mãos.”¹⁰⁰ Forçoso, portanto, reconhecer a eficácia vinculante inerente aos precedentes da Suprema Corte, cuja função precípua é a guarda da Constituição, independentemente de estes terem sido proferidos em sede de controle concreto ou abstrato.

5.3 Argumentos contrários

Não obstante todos os argumentos expendidos acima, há fortes vozes na doutrina contrárias ao entendimento aqui defendido. Cita-se, por exemplo, o trabalho de Lênio Streck, em parceria com Marcelo de Oliveira e Martônio Mont’Alverne. Para estes juristas, há diversas razões para que não se acolha a objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

Primeiro, alegam referidos autores, há de se lembrar que a competência prevista no art. 52, X, é uma forma de participação democrática da população no controle difuso, pois o Senado Federal representaria a vontade dos cidadãos. Assim, excluir a competência conferida constitucionalmente àquela Casa significa retirar a possibilidade de chancela dos representes do povo, bem como reduzir as suas atribuições a uma mera secretaria de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal.¹⁰¹ Referidos autores defendem também que feriria os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e

⁹⁹ MARINONI, 2010, p. 462.

¹⁰⁰ Ibid, p. 464

¹⁰¹ STREK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont’Alverne. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912>. Acesso em: 06/12/2012.

do contraditório estender as decisões do Supremo Tribunal Federal àqueles que não participaram do processo onde foi tomada a decisão.¹⁰²

Por fim, como último argumento mais importante, menciona-se a alegação de que a aceitação da teoria da objetivação do controle difuso esvaziaria o dispositivo constitucional que criou a súmula vinculante. Tradicionalmente, como se sabe, para que o STF desse eficácia *erga omnes* às decisões tomadas em controle difuso deveria elaborar súmula vinculante, a qual requer a concordância de dois terços dos ministros. Caso se aceite a eficácia *erga omnes* da decisão de *per si*, não seria mais necessária a edição de súmulas vinculantes, pois bastaria o respeito à regra do *full bench*, ou seja, seria exigido apenas a concordância da maioria absoluta dos membros do Tribunal, tornando inócuas a existência da súmula vinculante.

Quanto ao primeiro argumento, qual seja, de que excluir a competência do Senado seria o mesmo que retirar a participação popular do processo de controle difuso, cumpre registrar que, em verdade, quem exerce o papel de representante do povo é a Câmara dos Deputados. O Senado, por sua vez, representa os diversos Estados da Federação, e não a população. Assim, não há como reconhecer que a participação do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade concreto tenha sido arquitetada com o intuito de conferir contornos democráticos ao procedimento, pois, como dito, o Senado não é órgão representativo da população. Tal raciocínio enfraquece, e muito, o argumento apresentado.

A alegação de que a extensão *erga omnes* dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso feriria os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório também não merece guarida. Ora, reconhece-se que, caso se aceite a teoria da objetivação do controle difuso, partes que não tiveram oportunidade de participar do processo seriam afetadas pela decisão por ele tomada.

Contudo, tal situação não provocaria mácula a nenhum dos princípios constitucionais citados. A teoria há de ser interpretada à luz da função do Supremo Tribunal Federal, qual seja, de guarda da Constituição. A função daquela Corte não é resolver questões particulares, e sim analisar, de maneira abstrata, a ocorrência de dano à Constituição Federal pelo ato impugnado. Dessa forma, torna-se despicienda a participação de todas as partes no processo.

O último argumento exposto pelos referidos autores, por sua vez, de que a recepção da teoria da objetivação do controle difuso de constitucionalidade esvaziaria o conteúdo da súmula vinculante, também não merece guarida. Como bem assevera Marinoni,

¹⁰² *Ibid.*

as súmulas vinculantes continuarão a ser úteis nos casos em que a *ratio decidendi* da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal não for clara ou objetivamente decifrável, o que pode gerar insegurança jurídica e multiplicação de processos idênticos.¹⁰³ Nesses casos, torna-se necessária a edição de súmula vinculante, a fim de esclarecer o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a determinado assunto.

A contrario sensu, Marinoni defende que não há razão para editar-se súmula vinculante quando a *ratio decidendi* for facilmente identificada, pois esta, por si só, deve ser apta a produzir eficácia vinculante quanto aos demais magistrados.¹⁰⁴ Por fim, válido ressaltar que a súmula vinculante tem o poder de estender a eficácia da decisão a todos os órgãos da Administração Pública, enquanto o precedente judicial, na sistemática do *common law*, produz efeitos apenas para os membros do Poder Judiciário. Assim, não há como reconhecer o esvaziamento da súmula vinculante.

5.4 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Superada a fase de exposição dos conceitos iniciais acerca da teoria da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, bem como mencionados os argumentos favoráveis e contrários à sua aplicação, cumpre, neste momento, analisar os julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, a fim de perceber de que forma a teoria vem sendo aplicada no âmbito da mais alta Corte do País.

Como já mencionado anteriormente, o primeiro caso em que o STF aplicou a teoria foi o Habeas Corpus 82.959-7, em que se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal que vedava a progressão de regime para os crimes hediondos. Do desrespeito a essa decisão, como colacionado acima, adveio a Reclamação 4335, a qual teve seu pedido liminar deferido, para o fim de reconhecer a impossibilidade de os magistrados de 1º grau continuarem aplicando o dispositivo legal mencionado, não obstante a declaração de inconstitucionalidade ter sido dada em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Tal caso, apesar de ser o mais clássico, não é o único, havendo outros em que o STF forneceu indícios de que poderia recepcionar a teoria. No âmbito do Agravo de Instrumento nº 375.011, de relatoria da então Ministra Ellen Gracie, a Segunda Turma do STF, por unanimidade, dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento, a fim de dar efetividade ao posicionamento adotado pelo próprio Supremo em outro recurso

¹⁰³ MARINONI, 2010, p. 489.

¹⁰⁴ Ibid, p. 490.

extraordinário. Assim se manifestou a citada Ministra, no julgamento do mencionado recurso:

Já manifestei, em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das normas. (...) Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostrar de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões.¹⁰⁵

Perceba-se a importância do julgado acima, pois, nesse caso, o Supremo Tribunal Federal dispensou requisito legal ao conhecimento do recurso a fim de dar efetividade a seus precedentes, reconhecendo, assim, sua eficácia obrigatória. Outro importante precedente é a Medida Cautelar no RE n. 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, onde mais uma vez reconheceu-se os novos contornos do recurso extraordinário, o qual passava a ter caráter marcadamente objetivo.

A adoção da teoria, contudo, não é entendimento pacífico entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Não obstante os Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki, assim como os ex-Ministros Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie, já terem dado claros sinais de que a *ratio decidendi* das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal merecem ter eficácia *erga omnes*, outros Ministros, em especial Joaquim Barbosa, são radicalmente contrários à teoria. Cita-se, como exemplo, a Reclamação nº 6078, a qual, não obstante tenha sido julgada improcedente pelas peculiaridades do caso, demonstra claramente o posicionamento do seu relator, Ministro Joaquim Barbosa:

EMENTA: RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DE AUTORIDADE DE PRECEDENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARRESTO FIRMADO EM JULGAMENTO DE ALCANCE SUBJETIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGITIMIDADE PARA PROPOR A RECLAMAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE INDEFERE DE PLANO O SEGUIMENTO DA RECLAMAÇÃO. 1. Agravo regimental interposto de decisão com a qual se negou seguimento à reclamação, destinada a assegurar a autoridade de precedente da Corte. 2. A reclamação não é instrumento de uniformização jurisprudencial. Tampouco serve de sucedâneo de recurso ou medida judicial cabível para fazer valer o efeito devolutivo pretendido pelo jurisdicionado. 3. Nos termos da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, são legitimados à propositura de reclamação todos aqueles que sejam prejudicados por atos contrários às decisões que possuam eficácia vinculante e geral (*erga omnes*). Se o precedente tido por violado foi tomado em julgamento de alcance subjetivo, como se dá no controle difuso e incidental de constitucionalidade, somente é legitimado ao manejo da

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.011**, da 2^a Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Tito dos Santos. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 05 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=305835>>. Acesso em 08/01/2013.

reclamação as partes que compuseram a relação processual do arresto. 4. No caso em exame, o reclamante não fez parte da relação processual em que formado o precedente tido por violado (agravo de instrumento julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal). Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.¹⁰⁶ (grifo nosso)

Como visto, o citado Ministro entende que somente as decisões tomadas em sede de controle objetivo é que teriam eficácia vinculante e geral. Aquelas oriundas de controle difuso e incidental de inconstitucionalidade teriam sua eficácia restrita às partes que compuseram a relação processual.

Do exposto, é fácil perceber que o tema é extremamente controverso entre os próprios componentes do Supremo Tribunal Federal, sendo necessário aguardar outros julgados em que os Ministros possam consolidar seu posicionamento, de modo a proporcionar a tão buscada segurança jurídica. Ressalva-se, contudo, o posicionamento que se entende mais adequado, tendo em vista a função do próprio Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 6078**, do Tribunal Pleno. Agravante: Sidauto Comércio e Indústria Metalúrgica Ltda. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 08 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610270>>. Acesso em 08/01/2013.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz de todo o exposto, é possível perceber as razões pelas quais o ordenamento jurídico brasileiro seguiu a orientação civilista, bem como os motivos que levaram tal sistema a apresentar diversas falhas. Ora, como dito, os sistema influenciados pelo *civil law* são baseados na codificação, o que significa dizer que se fundam em leis bastante extensas que tinham como objetivo a plenitude. Nesse sistema, a função do magistrado deveria limitar-se a reproduzir aquilo que foi previsto pelo Legislador, não havendo porque pensar-se, assim, em respeito aos precedentes judiciais.

O passar dos anos, que veio acompanhado do aumento da complexidade das relações sociais, demonstrou a impossibilidade de o Poder Legislativo prever todas as situações possíveis, o que conferiu ao magistrado a liberdade de interpretar as leis existentes de modo a amoldá-las ao caso concreto. Contudo, como dito, o sistema do *civil law* não preocupou-se em estabelecer o respeito aos precedentes, pois fora criado para ser praticado com base na estrita legalidade.

Essa liberdade de interpretação, cumulada com a ausência de respeito aos precedentes, resultou na prática de diversas arbitrariedades por parte dos magistrados, pois estes passaram a decidir casos semelhantes de forma contrária ao que haviam decidido anteriormente, ou, até mesmo, de forma diversa do que foi decidido pelas Cortes superiores. Alegaram, para tanto, que não poderiam ser forçados a respeitar os precedentes, pois isso feriria seu livre convencimento motivado e sua liberdade de julgar.

É justamente com o intuito de solucionar essa distorção que o direito brasileiro vem gradativamente incorporando elementos típicos do sistema do *common law*, o qual se funda mais no respeito aos precedentes judiciais do que na estrita legalidade. Nesse sistema, cabe ao intérprete abstrair, de cada julgado, sua *ratio decidendi*, que significa simplesmente as razões que levaram o magistrado a adotar aquele posicionamento em determinado caso. A *ratio* tem o poder de vincular o próprio tribunal que proferiu a decisão, bem como os magistrados hierarquicamente subordinados a ele, só podendo deixar de ser respeitada no caso em que seja possível aplicar algum dos mecanismos de superação do precedente judicial, como o *overruling ou o distinguishing*.

O presente trabalho buscou demonstrar a importância de se incorporar, cada vez mais, os elementos do *common law* no direito brasileiro, em vista dos benefícios que seriam gerados. A segurança jurídica, por exemplo, seria mais respeitada, pois, como se sabe, atualmente o fator sorte, por ocasião da distribuição, é praticamente tão importante quanto a

força da tese que irá ser deduzida em juízo, tendo em vista que cada magistrado adota um posicionamento diverso em relação a alguns temas.

A previsibilidade das decisões judiciais, além de gerar segurança jurídica, traria inúmeros outros benefícios, tais como a maior eficiência do Poder Judiciário, com o consequente respeito à razoável duração do processo. Ora, caso a parte já saiba, antecipadamente, que o entendimento jurisprudencial lhe é contrário, dificilmente optará por arcar com os honorários de um advogado e com as custas judiciais para ajuizar uma demanda. Contudo, caso cada magistrado decida de acordo com seu entendimento, a parte se sentirá estimulada a litigar, pois sabe que, a depender de sua sorte na distribuição, poderá ter seu pleito atendido. Esse estímulo à litigância que provoca o ajuizamento exagerado de demandas, não tendo o Poder Judiciário condição de julgá-las com a celeridade que se espera.

Importante lembrar, por fim, que o respeito ao precedente judicial consagraria o princípio da isonomia, pois evitaria que partes em idêntica situação jurídica recebessem tratamento judicial diverso, apenas pela distribuição do seu processo para juízes distintos, fato notório atualmente.

Percebe-se, assim, que o respeito aos precedentes judiciais, longe de configurar mácula à liberdade de julgar dos magistrados, representaria um enorme avanço ao sistema judiciário brasileiro, tendo como maiores beneficiários os cidadãos, que poderiam gozar de uma prestação jurisdicional mais célere e previsível.

Felizmente, o Direito brasileiro percebeu essa realidade, razão pela qual criou diversos institutos jurídicos peculiares, materializados de maneira tipicamente civilista – ou seja, por meio de leis – mas que contém, em sua natureza, a noção de respeito aos precedentes judiciais. Como exemplos de tais institutos, o presente trabalho analisou a súmula vinculante, o julgamento monocrático pelo relator, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, o julgamento liminar de mérito, nos termos do artigo 285-A da mesma Lei, bem como a objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

Este último, por sua relevância, mereceu destaque especial. Demonstrou-se, ao longo deste trabalho, que a objetivação do controle difuso de constitucionalidade não pode ser analisada como um fenômeno isolado, e sim como parte de algo mais amplo, que é a introdução no Direito Brasileiro da noção de respeito aos precedentes judiciais, típica do *common law*. Defendeu-se a importância de dar eficácia obrigatória aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, pois este tem, como função precípua, a guarda da Constituição. Assim, permitir que um magistrado de planície repute constitucional determinada lei que o

Supremo, em sede de recurso extraordinário, declarou inconstitucional, não somente geraria grave insegurança jurídica, como também enfraqueceria a própria Constituição.

Nesse sentido, deve o artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, ser reinterpretado, pois na época em que fora elaborado não existia o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco o Supremo Tribunal Federal era reconhecido como o guardião da Constituição. É possível falar, portanto, na esteira do ensinamento de Gilmar Mendes, que houve uma mutação constitucional do referido dispositivo constitucional, tendo em vista o cenário atual ser completamente diverso do da época em que a norma foi elaborada.

Atualmente, portanto, como forma de reforçar a função conferida constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal, deve-se entender o papel do Senado Federal como de dar publicidade às decisões tomadas pelo STF em sede de controle difuso, impedindo que leis declaradas inconstitucionais permaneçam vigentes. Frise-se, contudo, que tal corrente não é consolidada entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, havendo aqueles que são radicalmente contrários, como o Ministro Joaquim Barbosa.

Registre-se, por fim, que o Projeto de Lei nº 8046/2010, que disciplina o novo Código de Processo Civil, não obstante esteja pendente de aprovação na Câmara dos Deputados, contém, em seu texto atual, diversos dos raciocínios aqui defendidos, no que se refere ao respeito aos precedentes. Prevê o referido Projeto, em seu art. 882, IV, por exemplo, que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país”.

Não há, contudo, a explicitação da forma que a jurisprudência dos Tribunais Superiores deverá nortear as decisões dos demais juízes. Por isso, faz-se necessário o aprofundamento dos estudos da presente temática, ainda incipiente no Brasil, a fim de que dê substrato teórico para a aplicação do referido dispositivo, caso venha a ser aprovado na Câmara dos Deputados. Ressalte-se, por derradeiro, que mesmo que o texto não seja aprovado com a supracitada redação, é necessária a conscientização dos julgadores brasileiros, a fim de que sejam respeitados os precedentes judiciais, por todos os benefícios expostos no presente trabalho, despindo os magistrados da ideia de que isso representaria cerceamento de sua liberdade para julgar.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Arildo Valadão de. **Objetivação do recurso extraordinário**. 2011. Dissertação (Mestre em Direito Processual Civil) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, 2011. Disponível em: <<http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacaojosearildo.PDF>>. Acesso em 13/07/2012.

ARAÚJO, Stéfano Cunha. **A tese de mutação constitucional da resolução suspensiva do Senado Federal e o processo de sufocamento do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, após a Emenda Constitucional nº 45/2004**. 2011. Dissertação (Mestre em Direito, Estado e Economia) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2011. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/9360/1/2011_StefanoCunhaAraujo.pdf>. Acesso em 16/07/2012.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_intro.asp#2>. Acesso em 18/01/2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8046/2010**: novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em 07/01/2013.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 07/01/2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituciao/constituciao.htm>. Acesso em 07/01/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.959-7/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Oseas de Campos. Impetrante: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 08/01/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4335**, do Tribunal Pleno. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 21 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000005274&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 08/01/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7**, do Tribunal Pleno. Origem: Reino da Espanha. Requerente: M B V Commercial and

Export Management Establishment. Requerido: Resil Indústria e Comércio LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em 08/01/2013

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.011**, da 2ª Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Tito dos Santos. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 05 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=305835>>. Acesso em 08/01/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 6078**, do Tribunal Pleno. Agravante: Sidauto Comércio e Indústria Metalúrgica Ltda. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 08 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610270>>. Acesso em 08/01/2013.

DAVID, René e JAUFFRET-Spinosi, Camile. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. Trad. Jorge Sánchez Cordero. 11ª e.d. México: 2010.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo e processo do conhecimento. Vol. 1. 11ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

_____; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria dos precedentes, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 5ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

FAIDIGA, Daniel Bijos. **Abstrativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e estabilidade da jurisdição constitucional a partir do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Dissertação (Mestre em Função Social do Direito) - Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.fadisp.com.br/download/Daniel_Bijos_Faidiga.pdf>. Acesso em 15/08/2012.

GOMES, Matheus Barreto. **Precedentes judiciais**: legitimação pelo procedimento. 2009. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2009. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_arquivos/17/TDE-2010-01-07T073057Z-1450/Publico/MatheusGomes%20seg.pdf>. Acesso em 07/01/2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Editora PODIVM, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.html>. Acesso em 20/07/2012.

_____. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, nº 162, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15607-15608-1-PB.pdf>>. Acesso em 14/08/2012.

_____. **O apelo ao legislador na práxis da corte constitucional federal alemã**.

Disponível em <http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=103:o-apelo-ao-legislador-appellentscheidung-na-praxis-da-corte-constitucional-federal-alema&id=8:tecnicas-de-decisao&Itemid=74>. Acesso em 20/07/2012.

PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Suspensão, pelo Senado Federal, de leis proclamadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n10/3.pdf>>. Acesso em 01/12/2012.

PORTE, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em 01/08/2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SALERNO, Marília e ZEMUNER, Adiloar Franco. **A importância do Direito Romano na formação do jurista brasileiro**. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/3744>>. Acesso em 13/07/2012.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Cybelle Rodrigues de. **Influências das regras de “common law” através do controle difuso e abstrato de constitucionalidade**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18258/Influ%C3%A3ncia_das_Regras_de_Common_Law.pdf?sequence>. Acesso em 13/07/2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in Reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticisng and cmparing authorities, and compiling digests*. Disponível em <http://www.archive.org/stream/cu31924024520607/cu31924024520607_djvu.txt>. Acesso em: 18/01/2013.