

TAGORE FRÓES DE CASTRO

**DELIMITANDO O PRECEDENTE VINCULANTE:
por uma construção metodológica do direito
jurisprudencial brasileiro.**

Trabalho dissertativo apresentado como requisito à obtenção do diploma de Mestre no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Lima Quintas

**Brasília — DF
2014**

AGRADECIMENTO

Nenhum trabalho exploratório, como o presente, poderia ser feito sem a compreensão dos familiares. Por isso agradeço enormemente aos mais próximos, Hélia, Wagner e Athena, que souberam lidar com a minha necessidade de isolamento e concentração, além de permanecerem sempre apoiando, como podiam, minha jornada no desenvolvimento deste estudo, com a compreensão e o carinho que somente podem ser encontrados no seio familiar.

Tenho, outrossim, de expressar a gratidão especial pelo meu orientador, Fábio Lima Quintas, que, além de contribuir com o *insight* de fazer-me deparar com o problema de pesquisa, teve sempre grande gentileza e paciência ao perpetuar o incentivo que me impulsionou. As, sempre brilhantes, críticas e provocações por ele apresentadas ao trabalho fomentaram incomensurável abertura da pesquisa para novos horizontes, indicando fraquezas, identificando falhas e, em suma, oportunizando meu crescimento pessoal e intelectual no desenvolvimento deste estudo. Não tenho palavras para agradecer a confiança que foi por ele em mim creditada — eis que o orientador sempre figura como avalista, portanto, corresponsável —, a parcimônia e o brilhantismo com que exerceu sua incumbência e a sensibilidade que teve ao incentivar-me.

A tarefa mais árdua, talvez, seja nomear aqueles que contribuíram direta ou indiretamente com esta pesquisa, quer lendo capítulos, verificando sua adequação formal, dando dicas ou mesmo escutando minhas ideias: sempre e inexoravelmente deixarei injustamente de agradecer alguém. Nomino aqueles que me lembro: Fernando Torreão, André Fonseca, Ana Carolina, Myriam Estrela, Irene Lajes, Timóteo Carneiro, Hélia Fróes, Wagner Castro, Fernanda Andrade, Larissa Soares, Márcia Almeida, Paulo Gustavo Branco, Frederico Fontes, Froz Sobrinho, Rogério Dias, Diaulas Ribeiro. Por fim, agradeço em especial, embora de maneira inominada, a todos os meus alunos de Processo nos Tribunais Superiores, Prática Jurídica Cível, Direito Penal, Ética Jurídica e Direito Processual Civil, que sempre incentivaram meu aprimoramento por demandarem minha contribuição na construção do seu saber: honram-me por deixarem-me participar ativamente de suas aspirações intelectuais e lisonjeiam-me com seus agradecimentos (manifesto aqui minha reciprocidade).

Ler é recriar. A palavra final não é dada por quem a escreve, mas por quem a lê. O diálogo interno do autor é a semente que frutifica (ou definha) no diálogo interno do leitor. A aposta é recíproca, o resultado imprevisível. Entendimento absoluto não há. Um mal-entendido — o folhear aleatório e absorto de um texto que acidentalmente nos cai nas mãos — pode ser o início de algo mais criativo e valioso do que uma leitura reta, porém burocrática e maquinal. Autores são atores, livros são teatros. A verdadeira trama é a que transcorre na mente do leitor-interlocutor. A ocasião da leitura, não menos que a da criação literária, pode ser o momento para um encontro sereno, amistoso e concentrado — algo cada vez mais raro e difícil, ao que parece, hoje em dia — com a nossa própria subjetividade.

Eduardo Giannetti.

E pergunto a meu coração se seu sangue carrega a sabedoria do caminho invisível.

Rabindranath Tagore.

RESUMO

A presente pesquisa examina qual parcela dos seus precedentes o Supremo Tribunal Federal identifica como vinculativa, bem como os critérios empregados pela Corte para efetuar tal delimitação. Trata-se de trabalho que correlaciona o sistema de *common law* com a operação do direito jurisprudencial brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal, tentando identificar, na atual conjuntura histórico-jurídico-hermenêutica, como a cúpula judiciária do país trabalha com os precedentes: elementos alheios à matriz romano-germânica em que se funda precipuamente o sistema normativo brasileiro.

Palavras-chave: precedente; *holding*; *ratio decidendi*; *stare decisis*; *upholding*; *overruling*; *rationale*; *distinguishing*; mutação constitucional; objetivação; hermenêutica; *common law*; *civil law*; direito jurisprudencial; *obiter dictum*; Supremo Tribunal Federal; reclamação; eficácia *erga omnes*; efeito vinculante; jurisdição constitucional; controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

This research paper examines which portion of its precedents the Brazilian Supreme Court identifies as binding as well as the criteria used by the Court to make such a definition. It correlates the common law system with the Brazilian Supreme Court's decision-making process by which it has to deal with its jurisprudence. The research also seeks to identify, in the current Brazilian historical-legal hermeneutic decision-making process of the Supreme Court, how the country's judicial cupule works with its precedents: elements unrelated to Roman-Germanic matrix in which the Brazilian legal system was primarily founded.

Key-words: precedent; holding; ratio decidendi; *stare decisis*; upholding; overruling; *rationale*; distinguishing; constitutional mutation; over litigants judiciary decision-interests; hermeneutics; *common law*; *civil law*; judge-made laws; *obiter dictum*; Brazilian Supreme Court; *erga omnes* efficacy; binding effect; constitutional jurisdiction.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC — ação declaratória de constitucionalidade
ADI — ação direta de inconstitucionalidade
ADPF — arguição de descumprimento de preceito fundamental
AG — agravo
AGI — agravo de instrumento
AGR — agravo regimental
AJUFE — Associação dos Juízes Federais do Brasil
CF — Constituição Federal
CLT — Consolidação das Leis do Trabalho
CNMP — Conselho Nacional do Ministério Público
CP — Código Penal
CPC — Código de Processo Civil
CR — Constituição da República
EC — Emenda Constitucional
EUA — Estados Unidos da América
HC — habeas corpus
J — julgamento
LC — Lei Complementar
MC — medida cautelar
Min. — Ministro(a)
OAB — Ordem dos Advogados do Brasil
RCL — reclamação
RE — recurso extraordinário
Rel. — relator(a)
RESP — recurso especial
SC — Suprema Corte estadunidense
STF — Supremo Tribunal Federal
STJ — Superior Tribunal de Justiça
SV — súmula vinculante
T — Turma
TJ — Tribunal de Justiça
TL — Tribunal Local
TRF — Tribunal Regional Federal
TRT — Tribunal Regional do Trabalho
TST — Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. STARE DECISIS	13
1.2. STARE DECISIS STRICTO SENSU X BINDING EFFECT	16
1.2.1. STARE DECISIS STRICTO SENSU	16
1.2.1.1. ROE VS. WADE X PLANNED PARENTHOOD VS. CASEY	22
1.2.1.2. PLESSY VS. FERGUSON X BROWN VS. BOARD OF EDUCATION	36
1.2.2. BINDING EFFECT	45
1.2.2.1. RATIO DECIDENDI, OBITER DICTUM, DEFIANCE E DISTINGUISHING	47
1.2.2.2. O PAPEL DO IMPLEMENTADOR DO BINDING EFFECT E O RATIONALE	53
1.3. O DEBATE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA STARE DECISIS	72
1.4. STARE DECISIS E EXPECTATIVA	86
2. RECLAMAÇÃO: EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA <i>ERGA OMNES</i>	101
2.1. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	110
2.1.1. NATUREZA JURÍDICA	113
2.1.2. COMPETÊNCIA	116
2.1.3. HIPÓTESES DE CABIMENTO	118
2.1.3.1. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA	119
2.1.3.2. GARANTIA DA AUTORIDADE DAS DECISÕES	120
2.1.4. LEGITIMIDADE	125
2.1.5. PROCEDIMENTO	126
2.1.6. DECISÃO DA RECLAMAÇÃO	128
3. O PAPEL INSTITUCIONAL DO STF E A RELEVÂNCIA SISTÊMICA DOS PRECEDENTES	129
3.2. HC 82.959-8/SP E RECLAMAÇÃO 4.335-5/AC	141
3.3. UM NOVO OLHAR SOBRE A RCL 4.335-5/AC	151
3.4. PRÉVIA ABORDAGEM DO UNIVERSO DE PESQUISA: IMPROCEDÊNCIA E EFICÁCIA	156
4. A ANÁLISE DAS DECISÕES: REPRESENTATIVIDADE DO UNIVERSO DE PESQUISA	160
4.2. ANÁLISE SUBSTANCIAL E METODOLÓGICA DO UNIVERSO PESQUISADO	166
5. EXAME DAS CONCLUSÕES	171
5.2. O RACIOCÍNIO-PADRÃO, EXPONDO O MODELO: RCL 2.109-2/MG. REL. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE. 1ª TURMA. J. 24/08/2004.	174
5.2.1. DECISÃO PARADIGMA.	175
5.2.2. DECISÃO RECLAMADA.	175
5.2.3. DECISÃO DA RECLAMAÇÃO.	176
5.2.4. EXPOSIÇÃO ANALÍTICA.	176
5.3. HOLDING=DISPOSITIVO=DECISÃO INJUSTIFICADA: AGR NA RCL 11.089/MT. REL. P/ O ACÓRDÃO: MIN. CARMÉN LÚCIA. PLENO. J. 13/06/2012.	179
5.3.1. DECISÃO-PARADIGMA.	179
5.3.2. DECISÃO RECLAMADA.	180
5.3.3. DECISÃO DA RECLAMAÇÃO.	180
5.3.4. EXPOSIÇÃO ANALÍTICA.	181

5.4. INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO HOLDING=DISPOSITIVO, A CEGUEIRA AO DISTINGUISHING: RCL 1.865-2/PI. REL. MIN. AYRES BRITO. 1ª TURMA. J. 07/06/2005.	182
5.4.1. DECISÃO-PARADIGMA.	183
5.4.2. DECISÃO RECLAMADA.	183
5.4.3. DECISÃO DA RECLAMAÇÃO.	183
5.4.4. EXPOSIÇÃO ANALÍTICA.	184
5.5. DETURPANDO O PRÓPRIO MEIO PRROCESSUAL, UM ASSASSINATO DO CRIADOR PELA CRIATURA: RCL 718-9/PA. REL. MIN. CELSO DE MELLO. PLENO. J. 30/04/1998.	186
5.5.1. ESCLARECIMENTO.	186
5.5.2. DECISÃO-PARADIGMA.	187
5.5.3. DECISÃO RECLAMADA.	188
5.5.4. DECISÃO DA RECLAMAÇÃO.	188
5.5.5. EXPOSIÇÃO ANALÍTICA.	189
5.6. SEM DISTINGUISHING, SEM LAR: RCL 5.064-5/PR. REL. P/ ACÓRDÃO: MIN. JOAQUIM BARBOSA. PLENO. J. 10/05/2007.	190
5.6.1. DECISÃO-PARADIGMA.	191
5.6.2. DECISÃO RECLAMADA.	191
5.6.3. DECISÃO DA RECLAMAÇÃO.	192
5.6.4. EXPOSIÇÃO ANALÍTICA.	192
5.7. LEGISLANDO ABASTRATAMENTE PELA ALEATORIEDADE: RCL 2.190-4/MA. REL. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE. 1ª TURMA. J. 23/08/2005.	195
5.7.1. DECISÃO-PARADIGMA.	195
5.7.2. DECISÃO RECLAMADA.	197
5.7.3. DECISÃO DA RECLAMAÇÃO.	198
5.7.4. EXPOSIÇÃO ANALÍTICA.	199
5.8. ANARQUIA DECISÓRIA, JULGANDO POR PURO ALVEDRIO: RCL 2.772-4/DF. REL. MIN. CEZAR PELUSO. PLENO. J. 24/11/2005.	204
5.8.1. ESCLARECIMENTO.	204
5.8.2. DECISÃO-PARADIGMA.	209
5.8.3. DECISÃO RECLAMADA.	210
5.8.4. DECISÃO DA RECLAMAÇÃO.	211
5.8.5. EXPOSIÇÃO ANALÍTICA.	211
5.9. CRIANDO PARA ALÉM DOS PRECEDENTES, A OBLITERAÇÃO DA FIGURA DO LEGISLADOR E A PAULATINA CONCENTRAÇÃO DE PODER: RCL 3.488-7/SP. REL. MIN. AYRES BRITTO. 1ª TURMA. J. 09/05/2006.	213
5.9.1. DECISÃO-PARADIGMA.	214
5.9.2. DECISÕES RECLAMADAS.	214
5.9.3. DECISÃO DA RECLAMAÇÃO.	214
5.9.4. EXPOSIÇÃO ANALÍTICA.	215
6. À GUIA DE CONCLUSÃO: RESPONSABILIDADE DECISÓRIA E DIREITO JURISPRUDENCIAL, UM ANTAGONISMO?	221
REFERÊNCIAS	224
ANEXO	230

INTRODUÇÃO

O ALICERCE — O problema sobre o qual se debruça esta pesquisa é o seguinte: o que o Supremo Tribunal Federal diz ser vinculante nos seus precedentes? Deste problema-base, decorrem, indissociavelmente, duas outras indagações, a primeira de viés substancial e a segunda de caráter metodológico: 1^a — Quando confrontado com a hipótese em que precisa verificar se dado precedente deve ser aplicado, qual é a norma que o STF extrai deste precedente para aplicá-lo? 2^a — Quais são os critérios empregados pelo STF para delimitar esta norma?

Hodiernamente, o Brasil vivencia um sistema jurídico de transição, no qual o reconhecimento da jurisprudência como fonte normativa não pode mais ser colocado em xeque. Experiencia-se momento histórico único, no qual se verifica inédito enxerto de *common law* no âmago matricial romano-germânico ao qual sempre se afiliou o modelo pátrio. As Emendas Constitucionais n^{os} 3/1993 e 45/2004 recrudesceram este enxerto, na medida em que criaram precedentes dotados de efeito vinculante, e paramentaram o STF com mais uma ferramenta de combate à fecunda crise do recurso extraordinário, a repercussão geral. Independentemente da identificação da origem ou da dinâmica desse fenômeno, fato é que se fez sentir, mormente no seio da comunidade jurídica, inegável movimento de valorização do direito judiciário. Hoje, mais do que em qualquer período de outrora, as atenções estão voltadas ao “quê” e ao “como” decide o Poder Judiciário brasileiro. Os precedentes não só estão “na moda” do debate acadêmico, mas também implicaram revolução na forma de se conceber, apreender, aplicar e operar o direito no Brasil. Muito se debate, escreve, receia e anseia em relação a esse fenômeno, que: por um lado, em sua mais bela silhueta, promete um futuro de maior organicidade sistêmica, no qual reduz-se sobremaneira a ocorrência de decisões conflitantes e anti-isonômicas; mas, por outro lado, em sua faceta mais procelosa, pressagia um horizonte de absolutismo judicial, flagrantemente abusivo e anarquicamente antidemocrático.

Aferir qual dos dois horizontes antagonicamente projetados, e maniqueisticamente caricaturados acima, tende a se concretizar — estabelecendo para onde aponta o pêndulo futurístico — não é tarefa que poderia incumbir a trabalho investigativo que se propõe a debruçar-se sobre o problema inicialmente delimitado. No entanto, a partir da análise realizada neste estudo, pretende-se conferir maior concretude

ao debate, eliminando-se, doravante, ao menos em âmbito acadêmico, devaneios especulativo-conjecturais que apenas servem como emulsificantes retórico-discursivos. Noutras palavras, rejeita-se aqui o exercício de mera dialética erística¹, propondo-se uma discussão transparente na qual: os dados empíricos analisados sejam objetivamente expostos, as categorias empregadas sejam bem delimitadas e os parâmetros sejam incorporados a um padrão passível de submeter-se a ulteriores verificações de sua própria correção ou incorreção.

A questão, em essência, pretende desvendar como o Supremo Tribunal Federal opera o direito brasileiro quando tem de lidar com a tarefa de aplicar seus precedentes, incumbência corriqueira dos juízes e tribunais integrantes do sistema de *common law*. O ecleticismo com que se formou e, desde há muito, se desenvolve o direito brasileiro apresenta um desafio à habilidade do exegeta: o de apreender hermeticamente os elementos, por vezes antagônicos, originários de cada uma das matrizes jurídicas e operá-los numa terceira, resultante da fusão das duas primeiras. Põe-se, então, saber se as operações jurídico-hermenêuticas demandadas por esses elementos de *common law* estão de acordo os parâmetros que delas se almeja.

Para aplicar dado precedente, é preciso que, primeiramente, dele se extraia o *holding*, estabelecendo à qual pergunta esse mesmo *holding* pretendia oferecer resposta. Em seguida, preciso é que se analise o ato *sub judice*, também perscrutando à qual indagação visava dirigir-se, para somente então verificar se, uma vez determinada a identidade entre os questionamentos, a resposta do caso *sub judice* alinha-se àquela fornecida pelo precedente. Esse é o raciocínio proposto pela *common law*, tipicamente destinado a zelar pela deferência aos seus precedentes. Resta saber, então, se o Supremo Tribunal Federal, ao deparar-se com tal conjectura, também zela pelos seus precedentes, empregando habilidade na operação deste elemento.

¹ SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão*: em 38 estratégias (dialética erística). Trad. Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. p. 95/: “Dialética erística é a arte de discutir, mais precisamente a arte de discutir de modo a vencer, e isto *per fas et per nefas* (por meios lícitos ou ilícitos). De fato, é possível ter razão objetivamente no que diz respeito à coisa mesma, e não tê-la aos olhos dos presentes ou inclusive aos próprios olhos. Assim ocorre, por exemplo, quando o adversário refuta minha prova e isto é tomado como uma refutação da tese mesma, em cujo favor se poderiam aduzir outras provas. Neste caso, naturalmente, a situação do adversário é inversa àquela que mencionamos: ele parece ter razão, ainda que objetivamente não a tenha. Por conseguinte, são duas coisas distintas a verdade objetiva de uma proposição e sua validade na aprovação dos contendores e ouvintes. A esta última é que a dialética se refere.”

A PREMISA — A maneira que, aqui, pareceu mais fidedigna para encetar a análise do problema consistiu em estabelecer o método para abordá-lo. Diz-se comumente em doutrina, que a parte vinculativa dos precedentes é o *holding* ou a *ratio decidendi*: capítulo sem o qual o dispositivo da decisão não se sustentaria. Daí surge a necessidade de perscrutar: quando? Isto é, em que situações o STF se depara com a tarefa de estabelecer o *holding* dos seus precedentes. Observou-se, nesse sentido, que o precedente não pode, ele mesmo, enunciar o próprio *holding*: este somente se explicita no momento de sua aplicação ao caso *sub judice*. Assim, ineficiente seria buscar o *holding* dos precedentes nos próprios precedentes, isto é, nas decisões que interpretam e aplicam preceitos legais e/ou constitucionais. Com efeito, preciso seria circunscrever o universo de pesquisa a um grupo de decisões do STF voltado à aplicação dos precedentes. Eureka! Os acórdãos das reclamações!

No Brasil, a reclamação constitucional é o remédio jurídico-processual que se destina à salvaguarda da autoridade das decisões, sobretudo do respectivo efeito vinculante. Destarte, fixa-se, a partir disso, a premissa epistemológica deste estudo: se se pergunta o que o STF diz ser o *holding* dos seus precedentes e os critérios empregados para delimitá-lo, a resposta há de ser encontrada nas decisões da Corte em reclamação. Note-se, por óbvio, que as decisões proferidas pelo STF em reclamação não são a resposta ao problema proposto, mas o meio pelo qual se poderá a ela chegar.

A METODOLOGIA — Todo trabalho de pesquisa depende, para seu êxito, de um plano de ação: uma antevisão dos passos que precisam ser dados no sentido do desiderato de examinar adequadamente o problema. Uma vez estabelecido o “quê”, isto é, o problema de pesquisa, é preciso fixar o “como”, ou seja, o método para desvendá-lo. Partindo da premissa de que a resposta à indagação proposta neste estudo depende da análise das decisões das reclamações, é indispensável, então, que se determine a maneira como se abordará o exame dessas decisões.

Primando pelo objetivo de adequar o universo da pesquisa empírica ao problema — já que a completude da realidade não poderia ser objeto de exame —, foi necessário o emprego de recortes metodológicos. O primeiro desses recortes refere-se ao órgão julgador: somente foram analisadas reclamações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. O segundo: somente foram analisadas as decisões do STF que resolveram reclamações ajuizadas sob o fundamento de garantia da autoridade dos precedentes. Excluiu-se, portanto, desta pesquisa, a análise das decisões do STF que

resolveram reclamações ajuizadas para a preservação da integridade da competência da Corte, eis que, nestas, não se põe o debate acerca da aplicabilidade dos precedentes. O terceiro: somente foram analisadas as decisões nas quais as reclamações foram julgadas procedentes, tendo em vista o raciocínio de que a *holding* somente se torna aparente no momento de aplicação do precedente ao caso *sub judice*, o que não ocorre quando a reclamação é julgada improcedente ou não é conhecida. Até aí, o universo de pesquisa fora composto pelas (a) decisões do STF (b) que resolveram reclamações ajuizadas para a garantia da autoridade de dado precedente da Corte (c) resultantes num julgamento de procedência.

Ocorre que também foram excluídas da presente análise todas as decisões monocráticas, assim compreendidas como aquelas proferidas individualmente pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em reclamação, incluindo-se as da Presidência. Em levantamento preliminar, observou-se que o expressivo montante constituído por essas decisões, pela própria grandeza do numerário, impediria o exame de sua totalidade. No entanto, é de se observar que as decisões monocráticas tendem a seguir os entendimentos consolidados pelos órgãos colegiados — sendo corrigíveis, pela via recursal, quando destes discordantes e, portanto, realinhadas/realinháveis a eles —, o que leva à conclusão de que: o resultado da análise dos acórdãos se mostra extensível, em suas conclusões, àquilo que se verificaria no exame pormenorizado das decisões monocráticas.

Eis, então, o universo de pesquisa aqui delimitado: composto pelos acórdãos decorrentes das decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal que julgaram procedentes as reclamações ajuizadas para a garantia da autoridade dos precedentes.

A mera análise das decisões integrantes do universo de exame, entretanto, não satisfaria integralmente os reclamos da objetividade, clareza, coesão e coerência, requisitos aos quais nenhuma pesquisa pode se furtar, sob pena de restar inócua ou ininteligível. Com efeito, necessário foi que o escrito ora consolidado também se dedicasse à delimitação e ao significado das categorias aqui empregadas. Apenas para exemplificar a relevância de tais categorias ao presente estudo, note-se a seguinte particularidade: o problema de pesquisa se propõe a perscrutar o que o STF considera “vinculante” em suas decisões. Do próprio enunciado já surge a necessidade de se delimitar o significado, para este estudo, desta categoria “vinculante”. Daí a

necessidade de que os capítulos iniciais deste trabalho sejam dedicados ao exame dessas categorias, necessárias à compreensão das conclusões obtidas a partir da análise das decisões constantes do universo pesquisado.

Com efeito, analisa-se, no primeiro capítulo, o panorama da representatividade da *stare decisis* no direito estadunidense, aproveitando-se tal exame para delimitar categorias com as quais se trabalhará mais adiante, a exemplo do *upholding*, do *overruling*, do *defiance*, do *binding effect*. Explica-se, por oportuno, que não se preferiu aqui analisar o sistema britânico da *common law*, dada a maior aproximação verificada entre o modelo estadunidense e o brasileiro, especialmente no que se refere à existência de uma Constituição rígida.

No segundo capítulo, examina-se o delineamento do instituto da reclamação em sua atual conjuntura doutrinária, legislativa e jurisprudencial. No terceiro capítulo, dedica-se o trabalho à exposição da atual relevância dos precedentes no cenário jurídico brasileiro e do papel do Supremo Tribunal Federal, agregando-se delineamentos para categorias jurídicas, como: a mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal, o fenômeno da objetivação da prestação jurisdicional, a teoria da transcendência dos motivos determinantes e a tendência de unificação da jurisdição constitucional.

O quarto capítulo contém o exame empírico em si, com a análise estatística, substancial e metodológica das decisões que compuseram o universo de pesquisa apreendido neste estudo: nele sendo abordado e encerrado o problema de pesquisa.

O quinto capítulo, por sua vez, partindo das conclusões concretamente verificadas no anterior, destina-se ao esboço do argumento de que a coesa construção do Direito jurisprudencial brasileiro demanda mais do que aquilo que a realidade demonstra resultar de sua efetiva operação pelo Supremo Tribunal Federal: sublinhando a inexorável preocupação metodológica que deve ser inerente à adequada atividade jurídico-decisória. O sexto e derradeiro capítulo, então, indica a relevância do presente estudo ao debate originariamente proposto, encerrando a pesquisa.

1. STARE DECISIS

A expressão *stare decisis* — forma reduzida dos dizeres latinos *stare decisis et non quieta movere*, que significam, na sua literalidade, “permanecer com o que foi decidido e não perturbar a paz”² — tem acepção jurídica própria no sistema estadunidense. A *stare decisis*, ou simplesmente *precedent*, traduz duas realidades distintas, ou melhor, dois fenômenos jurídicos de efeitos e silhuetas diferenciadas, mas que, em essência, acobertam, no seu âmago, a mesma raiz comum: a ideia de que o que já fora decidido deve ser prestigiado e considerado quando se estiver diante de novo caso que apresente características similares ou idênticas àquelas verificadas na conjectura fática subjacente à decisão anterior.

É de se ressaltar, desde logo, que a *stare decisis* não se identifica, ou ao menos não necessariamente, com o efeito vinculante. Mais do que isso, a *stare decisis* é uma regra de coesão, coerência e organicidade sistêmica, que respalda e permeia o desenvolvimento (crono)lógico da hermenêutica jurídica na matriz da *common law*. Não é possível, portanto, circunscrever a regra apenas às decisões judiciais, senão é preciso que se lhe reconheça irradiação ampla no sistema jurídico estadunidense, eis que indissociável das reflexões e ensinamentos doutrinários, legislativos, argumentativos, jusfilosóficos e mesmo como orientadora das atividades administrativas e legislativas³. Exerce, portanto, a *stare decisis*, no sistema da *common law*, influência análoga a que, nos países de herança romano-germânica — cujo sistema também se designa continental, romanístico ou de *civil law* —, desempenha o direito positivo (na acepção

² SHREVE, Gene R.; RAVEN-HANSEN, Peter. *Understanding civil procedure*. 4. ed. Washington – DC/USA: Lexis Nexis, 2009. p. 570.

³ FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. p. 1177/1178: “Although precedents seem to have special force for the judiciary, consideration of past decisions is important in other settings. We can divide the reasons for respecting precedent into three groups: (a) those that apply to every decision maker, judicial or otherwise; (b) those that particularly apply to courts; and (c) those that are especially linked with the nature of constitutional law. There are obvious reasons why any decision maker should consider the views of her predecessors. These reasons apply as much to a low-level officer such as a school principal as to a Justice or a President. One of these universal justifications is efficiency: it saves time and trouble to rely on earlier decisions. To reconsider all of our commitments and practices on a daily basis would ensure paralysis. [...] A second reason is humility. It would be arrogant to assume that we alone have access to wisdom. The views of earlier decision makers are entitled to a respectful hearing for that reason alone.”

que lhe confere o positivismo jurídico, isto é, como contraposição ao jusnaturalismo): uma forma de conceber o direito e sua respectiva dinâmica⁴.

Assim como no sistema decorrente da genealogia romano-germânica a lei precisa ser prestigiada, não só como ponto de partida do raciocínio silogístico, subsuntivo, hermenêutico e jusfilosófico — quer para concluir-se por segui-la e aplicá-la quer para refutá-la —, mas também como fonte primária do próprio direito, o paradigma da *common law* demanda o respeito aos precedentes⁵. Aliás, esta é a própria essência inerente ao modelo da *common law*: um sistema de direito costumeiro que encontra sua força normativa e cogente na medida em que se respalda por decisões judiciais sucessivas⁶. Enquanto o sistema romanístico ou da *civil law* assenta a origem do seu direito, em sentido lato, principalmente nos textos e normas positivados, o modelo da *common law* alicerça sua produção jurídica sobretudo nas decisões judiciais — as quais, remotamente, por sua vez, foram fundadas em regras costumeiras⁷.

Indissociável, portanto, é a *stare decisis* do paradigma da *common law*, eis que aquela não só confere conformidade a este sistema, mas também constitui parte integrante de sua própria formulação⁸. Antes de tudo, portanto, necessário é que se estirpe a ideia de que a *stare decisis* constitui uma regra jurídico-processual ou jurídico-substantiva que demanda a necessária obrigatoriedade ou cega observância do que já fora decidido aos casos subsecutivos: ao contrário, figura muito mais como uma norma programática, no sentido de que a coesão e a coerência sistêmicas, corolários da previsibilidade e da segurança jurídica, dependem do encadeamento desenvolvimentista da hermenêutica normativa⁹.

⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Nello Morra (compilador). Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues (trad.). São Paulo: Ícone, 1995. p. 15.

⁵ FRANCISCO, Balaguer Callejón. *A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico*. Paulo Roberto Barbosa Ramos (trad.). São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24..

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 358. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 15/16.

⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil volume 1: parte geral*. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003. p. 102. FRANCISCO, Balaguer Callejón. *A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico*. Paulo Roberto Barbosa Ramos (trad.). São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Nello Morra (compilador). Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues (trad.). São Paulo: Ícone, 1995. p. 33.

⁸ LAWSON, Gary. *The constitutional case against precedent*. Harvard Journal of Law and Public Policy. Volume 17, Number 1. Winter 1994. p. 23/24.

⁹ FRANCISCO, Balaguer Callejón. *A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico*. Paulo Roberto Barbosa Ramos (trad.). São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36/37.

Em suma, permitindo-se aqui a mesma liberdade analógica verificada alhures, a *stare decisis*, como princípio estruturante da *common law*, representa o ideal propugnado pela expressão, dworkinianamente cunhada, “romance em cadeia”: no sentido de que as decisões judiciais posteriores precisam ponderar o que fora decidido adrede, sob pena de comprometimento (ou mesmo rompimento) da melíflua sequência interpretativa até então consubstanciada¹⁰. Propõe, com efeito, a *stare decisis* o encadeamento lógico-hermenêutico e evolutivo-jurídico, determinando que o direito costumeiro (*common law*), jurisdicionalmente estabelecido, demande indispensável conexão, uma relação seriada, entre as decisões cronologicamente separadas, uma espécie de contexto — ou, como quer Dworkin, uma trama — subjacente ao conjunto, que lhe confira unidade e integridade¹¹.

Não significa, portanto, a *stare decisis* a perpetuação acrítica e dogmática dos costumes jurisprudencialmente respaldados, mas a noção de que cada decisão se origina da bagagem hermenêutico-jurídica de que se permeou a prática jurídico-social estabelecida até o momento. Noutras palavras e simplificada, *stare decisis*, mais do que uma regra, constitui uma característica do sistema *common law*, segundo a qual as interpretações judiciais já proferidas devem ser honradas¹²: não no sentido de que a elas se deve obediência irrestrita, mas no de que a elas se deve respeito e consideração na atividade interpretativa subjacente às ponderações e à apreensão dos casos posteriores — isto é, devem ser tidas em conta, ainda que seu conteúdo não seja observado¹³.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. Jeferson Luiz Camargo (trad.). Gildo Sá Leitão Rios (rev.). São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 275/279.

¹¹ FRANCISCO, Balaguer Callejón. *A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico*. Paulo Roberto Barbosa Ramos (trad.). São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

¹² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. (trad.) Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 428: “A common law foi criada pelos Tribunais Reais de Westminster; ela é um direito de natureza jurisprudencial. A função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito. É natural, nestas condições, que a jurisprudência na Inglaterra tenha adquirido uma autoridade diferente da que adquiriu no continente europeu. As regras que as decisões judiciais estabeleceram devem ser seguidas, sob pena de destruir toda a ‘certeza’ e comprometerem a própria existência da common law. A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial.”.

¹³ FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. p. 1175.

1.2. STARE DECISIS STRICTO SENSU X BINDING EFFECT

Como foi dito no início do presente capítulo, a *stare decisis* traduz duas realidades distintas ou dois desdobramentos diferenciados: o primeiro deles, que aqui se nomeia *stare decisis stricto sensu*¹⁴, constitui decorrência lógica da própria essência do instituto, isto é, sua eficácia horizontal; já o segundo, conhecido pela designação *binding effect*, representa uma implicação de viés mais prático dessa mesma entidade jurídica, sua eficácia vertical¹⁵. É de se dizer, entretanto, antes de analisar essas duas facetadas adrede enunciadas, que, a depender da natureza do órgão judicial e da sua localização na estrutura hierárquica do Poder Judiciário estadunidense, o poder e o valor dos precedentes poderá variar em extensão e representatividade: isto é, em maior ou menor escala, a corte poderá observar ou não o julgado anterior, constituindo, de um lado, a mínima eficácia da *stare decisis* seu caráter horizontal, e, de outro extremo, em máxima eficácia, sua efetividade vertical¹⁶.

1.2.1. STARE DECISIS STRICTO SENSU

A *stare decisis stricto sensu*, em essência, traduz a ideia de que as cortes — quer sejam superiores quer sejam subordinadas — devem honrar seus próprios precedentes ou aqueles provenientes de outros órgãos judiciais de mesma hierarquia (daí a ideia de eficácia horizontal), de preferência no sentido de manter a observância de suas razões: isto é, seguindo-os, sempre que possível¹⁷. Note-se que aqui se fala mesmo em precedentes, na acepção de decisões isoladas acerca de determinada matéria, e não (ou, ao menos, não necessariamente) em jurisprudência, verbete que traduz a ideia de

¹⁴ A expressão *stare decisis stricto sensu* é empregada por Frederick Schauer exatamente para distinguir a regra do precedente da doutrina da *stare decisis*: embora o aludido autor reconheça que ambas as expressões tenham se aproximado no linguajar corriqueiro, enxerga, no âmago, estruturas conceituais distintas. Assim se depreende do seguinte trecho (SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review. Vol. 39. Issue 3. Rev. 571. February 1987. p. 576): “Note that while contemporary usage has collapsed much of the difference between precedent and stare decisis, it should be clear that I am talking about the latter in its strict sense.”.

¹⁵ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1544.

¹⁶ SHREVE, Gene R.; RAVEN-HANSEN, Peter. *Understanding civil procedure*. 4. ed. Washington – DC/USA: Lexis Nexis, 2009. p. 572.

¹⁷ LAWSON, Gary. *The constitutional case against precedent*. Harvard Journal of Law and Public Policy. Volume 17, Number 1. Winter 1994. p. 24.

decisões reiteradas no mesmo sentido¹⁸. Em regra, as cortes tendem a seguir seus precedentes, como medida de estabilidade e previsibilidade judicial (corolários da segurança jurídica)¹⁹, em casos posteriores, o que se designa *upholding*.

No que se refere aos precedentes proferidos por outras cortes de mesma hierarquia, o efeito das decisões anteriores é tido como meramente persuasivo, isto é, pode servir como parâmetro orientativo ou argumentativo, mas não demanda grande carga de justificação caso se decida de maneira contrária àquela que nele restou consignada. Assim, os precedentes originários de cortes posicionadas hierarquicamente no mesmo patamar, a rigor, sequer precisam ser levados em conta — embora tal raramente ocorra, eis que os argumentos constantes da decisão anterior recorrentemente são suscitados pelo litigante que lhes têm como favoráveis — no momento de decidir o caso posterior. A vantagem, nesse sentido, à corte que decide seguir o precedente oriundo de outra corte é a relativa dispensa de fundamentação (ou mitigação do ônus argumentativo), além do próprio efeito simbólico de divisão de responsabilidade, que se mostra em relevo sobretudo nas decisões de casos extremamente controvertidos, de grande impacto social e/ou com extensa cobertura midiática. Nesse sentido, menos incidente empiricamente é a *stare decisis stricto sensu* no que se refere à influência dos precedentes de uma corte nas demais hierarquicamente correlatas²⁰.

Demanda-se e espera-se — expectativa esta inerente ao próprio sistema jurídico — que, como medida de coesão e coerência, as cortes sigam os próprios precedentes (*upholding*). Nesse sentido, ao contrário do que sustenta parte da doutrina²¹ o valor do precedente se apresenta maior do que um simples parâmetro orientativo ou persuasivo. Os precedentes proferidos pela mesma corte têm status superior à mera significância persuasiva, porquanto expressam a interpretação da dicção legislativa, o verdadeiro sentido da norma. Portanto, embora não sejam de observância obrigatória, as

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico universitário*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 350. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 408.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 34/35.

²⁰ SHREVE, Gene R.; RAVEN-HANSEN, Peter. *Understanding civil procedure*. 4. ed. Washington – DC/USA: Lexis Nexis, 2009. p. 573.

²¹ LAWSON, Gary. *The constitutional case against precedent*. Harvard Journal of Law and Public Policy. Volume 17, Number 1. Winter 1994. p. 25.

decisões anteriores da mesma corte são dotadas de “carga normativa” superior à mera influência persuasiva e os julgadores deferem maior cautela à sua análise²².

Há, no entanto, possibilidade de as cortes, ao revisitarem suas decisões, optarem por modificar sua orientação²³, refutando os precedentes anteriormente prolatados, circunstância que se denomina *overruling*. O *overruling* não constitui regra — que é exatamente a *stare decisis stricto sensu* —, mas exceção. Portanto, embora as cortes mantenham como orientação básica a *stare decisis stricto sensu*, sua interpretação pode sofrer mudanças sob o pálio de determinadas circunstâncias — nem sempre fáceis de prever ou antecipar —, comumente estudadas por jus-sociólogos estadunidenses: comumente atreladas a mudanças sociais, legislativas, econômicas ou políticas e, nestas hipóteses, geralmente o *overruling* gera grande controvérsia, tanto no meio jurídico quanto no seio social²⁴. O *overruling* constitui conjectura tão incomum e gera efeitos — diretos e simbólicos²⁵ — de relevância tal, que a extensão e a frequência com que as cortes modificam suas orientações costuma ser tomada como critério para a aferição do

²² SHREVE, Gene R.; RAVEN-HANSEN, Peter. *Understanding civil procedure*. 4. ed. Washington – DC/USA: Lexis Nexis, 2009. p. 573: “The precedential effect that the decision has on the same court that rendered it falls somewhere between controlling and persuasive precedent. Courts do not control themselves by their cases in the way they control their hierarchial underlings. American courts borrowed their essential conception of *stare decisis* from England but are less reluctant than English jurists to overrule their own decisions. On the other hand, courts cannot regard their own decisions as lightly as would the courts of other systems. If courts do not give their decisions considerably more weight than persuasive precedent, they will be afflicted with the problems that *stare decisis* was intended to avoid.”

²³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 25: “Conquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular totalmente o intérprete – que não podem, assim, anular de todo a que denominarei a sua imprescindível necessidade de ser livre, e portanto a sua criatividade e responsabilidade –, também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na ‘equidade’ ou em análogos e vagos critérios de valoração. Igualmente é verdadeiro que, na vida dos homens, toda situação de fato é nova e única, e, conseqüentemente, sempre existe a possibilidade de ‘distinguir’ em relação aos precedentes, ou de ‘argumentar a contrario’, mais do que ‘por analogia’ (ou vice-versa) em face do direito legislativo, razão pela qual o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoco e mecanicamente predeterminado. Mas também é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do *case law*, quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm frequentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo.”

²⁴ SHREVE, Gene R.; RAVEN-HANSEN, Peter. *Understanding civil procedure*. 4. ed. Washington – DC/USA: Lexis Nexis, 2009. p. 573.

²⁵ RODRÍGUEZ-GRAVITO, César. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. In: Texas Law Review. Vol. 89. n. 1669. p. 1669/1698. Austin, 2011. p. 1680: “Symbolic effects consist of changes in ideas, perceptions, and collective social constructs relating to the litigation’s subject matter. In sociological terms, they imply cultural or ideological alterations with respect to the problem posed by the case. For instance, when judicial interventions attract media coverage, the interventions may shape the understanding that both the media and the public have of the issue under consideration.”

nível de ativismo judicial²⁶. Para ilustrar este particular, elabora-se a seguir um quadro demonstrativo da frequência com que a Suprema Corte estadunidense efetuou expressamente o *overruling* dos seus posicionamentos:

ANO	CASO EM QUE HOUE O OVERRULING X PRECEDENTE (OVERRULED)
1805	United States v. More, 7 U.S. (3 Cranch) 159 (1805) X United States v. Simms, 5 U.S. (1 Cranch) 252 (1803)
1810	Hudson v. Guestier, 10 U.S. (6 Cranch) 281 (1810) X Rose v. Himley, 8 U.S. (4 Cranch) 241 (1808)
1851	The Genessee Chief, 53 U.S. (12 How.) 443 (1851) X The Thomas Jefferson, 23 U.S. (10 Wheat.) 428 (1825)
1868	Mason v. Eldred, 73 U.S. (6 Wall.) 231 (1868) X Sheehy v. Mandeville, 10 U.S. (6 Cranch) 253 (1810)
1937	West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) X Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923)
1938	Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938) X Swift v. Tyson, 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842)
1939	O'Malley v. Woodrough, 307 U.S. 277 (1939) X Miles v. Graham, 268 U.S. 501 (1925)
1941	United States v. Darby Lumber Co., 312 U.S. 100 (1941) X Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918)
1943	West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943) X Minersville School District v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940)
1954	Brown v. Board of Education, 347 US 483 (1954) X Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)
1961	Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961) X Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949)
1962	Glidden Co. v. Zdanok, 370 U.S. 530 (1962) X Ex parte Bakelite Corp., 279 U.S. 438 (1929); Williams v. United States, 289 U.S. 553 (1933)
1963	Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963) X Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942)
1964	1 – Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964) X Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908). 2 – McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184 (1964) X Pace v. Alabama, 106 U.S. (16 Otto) 583 (1883)
1966	Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663 (1966) X Breedlove v. Suttles, 302 U.S. 277 (1937)
1967	1 – Afroyim v. Rusk, 387 U.S. 253 (1967) X Perez v. Brownell, 356 U.S. 44 (1958). 2 – Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967) X Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928). 3 – Spevack v. Klein, 385 U.S. 511 (1967) X Cohen v. Hurley, 366 U.S. 117 (1961)
1968	1 – Bruton v. United States, 391 U.S. 123 (1968) X Delli Paoli v. United States, 352 U.S. 232 (1957). 2 – Carafas v. LaVallee, 391 U.S. 234 (1968) X Parker v. Ellis, 362 U.S. 574 (1960). 3 – Peyton v. Rowe, 391 U.S. 54 (1968) X McNally v. Hill, 293 U.S. 131 (1934)
1969	1 – Benton v. Maryland, 395 U.S. 784 (1969) X Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937). 2 – Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969) X Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927). 3 – Chimel v. California, 395 U.S. 752 (1969) X Harris v. United States, 331 U.S. 145 (1947); United States v. Rabinowitz, 339 U.S. 56 (1950)
1970	1 – Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970) X Hoag v. New Jersey, 356 U.S. 464 (1958). 2 – Boys Markets, Inc. v. Retail Clerks Union, 398 U.S. 235 (1970) X Sinclair Refining Co. v. Atkinson, 370 U.S. 195 (1962). 3 – Moragne v. States Marine Lines, 398 U.S. 375 (1970) X The

²⁶ CANON, Bradley C. *Judicial activism*. Judicature. Volume 66. Number 6. December-January, 1983. p. 241.

	Harrisburg, 119 U.S. 199 (1886). 4 – Price v. Georgia, 398 U.S. 323 (1970) X Brantley v. Georgia, 217 U.S. 284 (1910)
1971	1 – Blonder-Tongue Labs v. University of Illinois Foundation, 402 U.S. 313 (1971) X Triplett v. Lowell, 297 U.S. 638 (1936). 2 – Griffin v. Breckenridge, 403 U.S. 88 (1971) X Collins v. Hardyman, 341 U.S. 651 (1951). 3 – Perez v. Campbell, 402 U.S. 637 (1971) X Kesler v. Department of Public Safety, 369 U.S. 153 (1962); Reitz v. Mealey, 314 U.S. 33 (1941)
1972	Andrews v. Louisville & Nashville Railroad, 406 U.S. 320 (1972) X Moore v. Illinois Central Railroad, 312 U.S. 630 (1941)
1973	1 – Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Kentucky, 410 U.S. 484 (1973) X Ahrens v. Clark, 335 U.S. 188 (1948) (em parte). 2 – Hensley v. Municipal Court, 411 U.S. 345 (1973) X Wales v. Whitney (1885); Baker v. Grice, 169 U.S. 284 (1898); Johnson v. Hoy, 227 U.S. 245 (1913); Stallings v. Splain, 253 U.S. 339 (1920). 3 – Lehnhausen v. Lake Shore Auto Parts Co., 410 U.S. 356 (1973) X Quaker City Cab Co. v. Pennsylvania, 277 U.S. 389 (1928). 4 – Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973) X Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957). 5 – North Dakota Pharmacy Board v. Snyder’s Drug Stores, 414 U.S. 156 (1973) X Liggett Co. v. Baldridge, 278 U.S. 105 (1928)
1974	Edelman v. Jordan, 415 U.S. 651 (1974) X Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969); State Department of Health & Rehabilitation Services. v. Zarate, 407 U.S. 918 (1972); Sterrett v. Mothers’ & Children’s Rights Organization, 409 U.S. 809 (1973); Wyman v. Bowens, 397 U.S. 49 (1970)
1975	1 – Taylor v. Louisiana, 419 U.S. 522 (1975) X Hoyt v. Florida, 368 U.S. 57 (1961). 2 – United States v. Reliable Transfer Co., 421 U.S. 397 (1975) X The Schooner Catherine v. Dickinson, 58 U.S. (17 How.) 170 (1854)
1976	1 – City of New Orleans v. Dukes, 427 U.S. 297 (1976) X Morey v. Doud, 354 U.S. 457 (1957). 2 – Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976) X Goesaert v. Cleary, 335 U.S. 464 (1948). 3 – Dove v. United States, 423 U.S. 325 (1976) X Durham v. United States, 401 U.S. 481 (1971). 4 – Hudgens v. National Labor Relations Board, 424 U.S. 507 (1976) X Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, 391 U.S. 308 (1968). 5 – International Ass’n of Machinists & Aerospace Workers v. Wisconsin Employment Relations Commission, 427 U.S. 132 (1976) X United Auto Workers v. Wisconsin Employment Relations Board, 336 U.S. 245 (1949). 6 – Michelin Tire Corp. v. Wages, 423 U.S. 276 (1976) X Low v. Austin, 80 U.S. (13 Wall.) 29 (1872). 7 – Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976) X Valentine v. Chrestensen, 316 U.S. 52 (1942)
1977	1 – Complete Auto Transit v. Brady, 430 U.S. 274 (1977) X Spector Motor Service v. O’Connor, 340 U.S. 602 (1951). 2 – Continental Television, Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977) X United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967). 3 – Oregon ex rel. State Land Board v. Corvallis Sand & Gravel Co., 429 U.S. 363 (1977) X Bonelli Cattle Co. v. Arizona, 414 U.S. 313 (1973). 4 – Shaffer v. Heitner, 433 U.S. 186 (1977) X Pennoyer v. Neff, 95 U.S. (5 Otto) 714 (1878)
1978	1 – Burks v. United States, 437 U.S. 1 (1978) X Bryan v. United States, 338 U.S. 552 (1950); Sapir v. United States, 348 U.S. 373 (1955); Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957); Forman v. United States, 361 U.S. 416 (1960). 2 – Department of Revenue v. Washington Stevedoring Cos., 435 U.S. 734 (1978) X Puget Sound Stevedoring Co. v. State Tax Commission, 302 U.S. 90 (1937). 3 – Department of Revenue v. Washington Stevedoring Cos., 435 U.S. 734 (1978) X Joseph v. Carter & Weekes Stevedoring Co., 330 U.S. 422 (1947). 4 – Monell v. Department of Social Services of the City of New York, 436 U.S. 658 (1978) X Monroe v. Pape, 365 U.S. 167 (1961) (em parte). 5 – United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978) X United States v. Jenkins, 420 U.S. 358 (1975).
1980	United States v. Salvucci, 448 U.S. 83 (1980) X Jones v. United States, 362 U.S. 257 (1960)
1982	United States v. Ross, 456 U.S. 798 (1982) X Robbins v. California, 453 U.S. 420 (1981)
1983	1 – Illinois v. Gates, 462 U.S. 213 (1983) X Aguilar v. Texas, 378 U.S. 108 (1964). 2 – Illinois v. Gates, 462 U.S. 213 (1983) X Spinelli v. United States, 393 U.S. 410 (1969)

1984	1 – Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984) X United States v. Yellow Cab Co., 332 U.S. 218 (1947); Kiefer-Stewart Co. v. Jos. E. Seagram & Sons, 340 U.S. 211 (1951). 2 – Limbach v. Hooven & Allison Co., 466 U.S. 353 (1984) X Hooven & Allison Co. v. Evatt, 324 U.S. 652 (1945). 3 – United States v. One Assortment of 89 Firearms, 465 U.S. 354 (1984) X Coffey v. United States, 116 U.S. 436 (1886).
1985	1 – Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U.S. 528 (1985) X National League of Cities v. Usery, 426 U.S. 833 (1976). 2 – United States v. Miller (1985), 471 U.S. 130 (1985) X Ex parte Bain, 121 U.S. 1 (1887)
1986	1 – Batson v. Kentucky, 476 U.S. 79 (1986) X Swain v. Alabama, 380 U.S. 202 (1965). 2 – Daniels v. Williams, 474 U.S. 327 (1986) X Parratt v. Taylor, 451 U.S. 527 (1981)
1987	1 – Puerto Rico v. Branstad, 483 U.S. 219 (1987) X Kentucky v. Dennison, 65 U.S. (24 How.) 66 (1861). 2 – Solorio v. United States, 483 U.S. 435 (1987) X O'Callahan v. Parker, 395 U.S. 258 (1969). 3 – Welch v. Texas Department of Highways & Transportation, 483 U.S. 468 (1987) X Parden v. Terminal Railroad Co. of Alabama Docks Department, 377 U.S. 184 (1964)
1988	South Carolina v. Baker, 485 U.S. 505 (1988) X Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co., 157 U.S. 429 (1895) (em parte)
1989	1 – Alabama v. Smith, 490 U.S. 794 (1989) X Simpson v. Rice, 395 U.S. 711 (1969). 2 – Healy v. Beer Institute, 491 U.S. 324 (1989) X Joseph E. Seagram & Sons v. Hostetter, 384 U.S. 35 (1966). 3 – Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc., 490 U.S. 477 (1989) X Wilko v. Swan, 346 U.S. 427 (1953)
1990	Collins v. Youngblood, 497 U.S. 37 (1990) X Kring v. Missouri, 107 U.S. 221 (1883); Thompson v. Utah, 170 U.S. 343 (1898)
1991	1 – California v. Acevedo, 500 U.S. 565 (1991) X Arkansas v. Sanders, 442 U.S. 743 (1979). 2 – Coleman v. Thompson, 501 U.S. 722 (1991) X Fay v. Noia, 372 U.S. 391 (1963). 3 – Exxon Corp. v. Central Gulf Lines Inc. 500 U.S. 603 (1991) X Minturn v. Maynard, 58 U.S. (17 How.) 476 (1855). 4 – Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808 (1991) X Booth v. Maryland, 482 U.S. 496 (1987); South Carolina v. Gathers, 490 U.S. 805 (1989)
1992	Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992) X City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983); Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986)
1993	United States v. Dixon, 509 U.S. 688 (1993) X Grady v. Corbin, 495 U.S. 508 (1990)
1994	Nichols v. United States, 511 U.S. 738 (1994) X Baldasar v. Illinois, 446 U.S. 222 (1980)
1995	1 – Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995) X Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990). 2 – Hubbard v. United States, 514 U.S. 695 (1995) X United States v. Bramblett, 348 U.S. 503 (1955). 3 – United States v. Gaudin, 515 U.S. 506 (1995) X Sinclair v. United States, 279 U.S. 263 (1929)
1997	1 – Agostini v. Felton, 521 U.S. 203 (1997) X School District of City of Grand Rapids v. Ball, 473 U.S. 373 (1985); Aguilar v. Felton, 473 U.S. 402 (1985). 2 – Hudson v. United States, 522 U.S. 93 (1997) X United States v. Halper, 490 U.S. 435 (1989). 3 – Seminole Tribe of Florida v. Florida, 517 U.S. 44 (1997) X Pennsylvania v. Union Gas Co., 491 U.S. 1 (1989). 4 – State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3 (1997) X Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968)
1999	College Savings Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board, 527 U.S. 666 (1999) X Parden v. Terminal Railroad Co. of Alabama Docks Department, 377 U.S. 184 (1964)
2000	Mitchell v. Helms, 530 U.S. 793 (2000) X Meek v. Pittinger, 421 U.S. 349 (1975); Wolman v. Walter, 433 U.S. 229 (1977)
2001	United States v. Hatter, 532 U.S. 557 (2001) X Evans v. Gore, 253 U.S. 245 (1920)
2002	1 – Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002) X Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302 (1989). 2 – Lapidus v. Board of Regents of University System of Georgia, 535 U.S. 613 (2002) X Ford Motor Co. v. Department of Treasury, 323 U.S. 459 (1945). 3 – Ring v. Arizona, 536 U.S. 584 (2002) X Walton v. Arizona, 497 U.S. 639 (1990)

2003	Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003) X Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)
2004	Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004) X Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980)
2005	1 – Lingle v. Chevron U.S.A. Inc., 544 U.S. 528 (2005) X Agins v. City of Tiburon, 447 U.S. 255, (1980). 2 – Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005) X Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989)
2007	Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007) X Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911)
2009	1 – Montejo v. Louisiana, 129 S. Ct. 2079 (2009) X Michigan v. Jackson, 475 U.S. 625 (1986). 2 – Pearson v. Callahan, 555 U.S. 223 (2009) X Saucier v. Katz, 533 U.S. 194 (2001)
2010	1 – Citizens United v. Federal Election Commission, 130 S. Ct. 876 (2010) X Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 652 (1990). 2 – Citizens United v. Federal Election Commission, 130 S. Ct. 876 (2010) X McConnell v. Federal Election Commission, 540 U.S. 93 (2003)

Nota-se, a partir do quadro demonstrativo, que a prática do *overruling*, embora existente desde o limiar do exercício jurisdicional da Suprema Corte, somente se intensificou a partir do final do século XX, especialmente no período subsequente à década de 1950. Embora o quadro não quantifique as decisões nas quais a Corte efetuou o *overruling* de maneira tácita — o que se justifica porquanto, nestas hipóteses, nem sempre a doutrina e a jurisprudência têm firmeza acerca de sua ocorrência — é possível inferir que: mesmo nos anos em que se verificou o maior número de *overrulings* (somando-se tácitos e expressos), a mudança de orientação não ultrapassou uma dezena de entendimentos. Em síntese, reafirme-se, a *stare decisis stricto sensu* constitui regra e o *overruling* a exceção.

A grande questão do *overruling* não reside na quantidade, que, como observado, não agrega números expressivos, nem na frequência, porquanto embora seja lícito esperar que ao menos um ocorrerá a cada ano, a cadência em si não se mostra contrária ao sistema: mas deve-se ao próprio impacto acarretado a partir da mudança de orientação. Examina-se, nos tópicos seguintes, um representativo exemplo de cada uma das facetas da *stare decisis stricto sensu*: pelo desenvolvimento, aplicação e ampliação do *upholding*, analisar-se-ão os elementos que circundam o caso *Roe vs. Wade* e *Planned Parenthood vs. Casey*; por outro lado, perscrutando o impacto e as decorrências do *overruling*, observar-se-á o julgamento da causa *Brown vs. Board of Education*.

1.2.1.1. ROE VS. WADE X PLANNED PARENTHOOD VS. CASEY

Antes de analisar as circunstâncias envolvidas no litígio *Roe vs. Wade* (1973) e subsequentemente compreender seu cotejo com a decisão proferida em

Planned Parenthood vs. Casey (1992), necessário é — por se tratar do exame de *upholding* — que se estabeleça uma relação entre três casos anteriormente decididos pela Suprema Corte estadunidense: *Skinner vs. Oklahoma* (1942), *Griswold vs. Connecticut* (1965), e *Eisenstadt vs. Baird* (1972).

No primeiro dos casos, Jack T. Skinner fora condenado à pena de esterilização forçada (vasectomia) pela Corte de Oklahoma. À época, vigia o *Oklahoma's Habitual Criminal Sterilization Act*, datado de 1935, que permitia a imposição da esterilização como parte da pena aplicável a criminosos habituais — assim definidos por aquela legislação como aqueles condenados por três ou mais delitos que envolvessem “torpeza moral”. Esse era o caso de *Skinner*, condenado por dois roubos e um furto de galinhas, a quem foi aplicada a pena de esterilização sob o pálio daquela legislação, que claramente se assentava na crença de que a tendência criminosa teria origem genética e, portanto, não deveria ser herdada por futuras gerações²⁷. O apelante já fora condenado e estava cumprindo pena antes da entrada em vigor da lei de esterilização, razão pela qual um novo júri foi estabelecido somente para decidir se ele deveria ou não ser submetido àquela reprimenda: o júri decidiu que sim²⁸.

Embora a decisão da Suprema Corte tenha tido algum problema para declarar a inconstitucionalidade da aludida legislação de Oklahoma — por dificuldade de enquadramento constitucional da hipótese, como bem demonstram os dois votos concorrentes²⁹ —, o que se mostra relevante para a análise do *upholding* em casos subsequentemente analisados é a afirmação consignada no acórdão: de que a legislação de Oklahoma se imiscuía em um “direito civil básico” envolvendo “casamento e procriação”, que são “fundamentais para a própria existência e sobrevivência da raça”³⁰. Essa ideia de direitos fundamentais, aos quais o Poder Judiciário deveria reforçar salvaguarda e referendar “*strict scrutiny*” (exame rigoroso) a qualquer legislação que supostamente os violasse ou limitasse, somente podendo o Estado interferir em tais prerrogativas quando necessário para promover indispensável interesse público, fora novel. Com a decisão do caso *Skinner*, portanto, a Suprema Corte estabeleceu os

²⁷ Assim se conclui da leitura do voto concorrente apresentado pelo Justice Harlan Fiske Stone (disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/316/535>>).

²⁸ Assim se constata do voto do Justice William O. Douglas (disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/316/535>>).

²⁹ FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 138/139.

³⁰ Trechos do acórdão (disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/316/535>>).

alicerces de um novo paradigma, segundo o qual a alguns direitos, constitucionalmente assegurados — de maneira tácita ou expressa —, deveria ser reconhecido um status diferenciado, que os tornaria dignos de proteção especial pelo Poder Judiciário³¹. Embora controversa, sobretudo em virtude da possibilidade de se permitir distinções de tratamento judicial entre direitos constitucionalmente estabelecidos³², a doutrina dos direitos fundamentais se mostrou fecunda, o que lhe rendeu ulterior perpetuação nas decisões da Suprema Corte.

Em *Griswold vs. Connecticut*, Estelle Griswold, diretora executiva da *Planned Parenthood League of Connecticut*, e C. Lee Buxton, físico licenciado e professor da *Yale Medical School* — que trabalhava como médico diretor do centro clínico de controle de natalidade situado em New Haven/Connecticut — apelaram à

³¹ FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 140: “When *Skinner* was decided, the notion of ‘fundamental’ rights was a doctrinal novelty on which the Court did little to expand in the years immediately following. Although the authors of the Fourteenth Amendment contemplated the existence of fundamental rights constituting the privileges or immunities of national citizenship, the Supreme Court effectively buried the Privileges or Immunities Clause in the *Slaughter-House Cases* (1872) [...] Beginning in the late 1950s, however, and especially during the 1960s and 1970s, the Court began to designate some rights protected by the Due Process and Equal Protection Clauses as more ‘fundamental’ than others. Among the rights assigned to this category were rights to vote, to marry, to raise one’s children, and to have an abortion. Under modern doctrine, statutes that infringe judicially identified fundamental rights trigger ‘strict’ judicial scrutiny and are invalid unless ‘necessary to promote a compelling governmental interest’. (Statutes thus attract the same ‘strict’ scrutiny if they either discriminate on ‘suspect’ bases or burden fundamental rights).”.

³² FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 141: “The Supreme Court’s fundamental rights jurisprudence is deeply controversial, with some maintaining that the Court has no business identifying and giving robust protection to ‘unenumerated’ rights – so called because they are not specifically listed in the Constitution – such as the rights to vote, to marry, and to have an abortion. From the critics’ perspective, the Court properly protects ‘enumerated’ rights such as freedom of speech, but ‘unenumerated’ fundamental rights are illicit judicial creations. Although not uncommon, the distinction between ‘enumerated’ and ‘unenumerated’ rights is more misleading than informative. The Constitution refers specifically to ‘the freedom of speech’ but not to the freedom of association. Should recognized rights to freedom of association be deemed unenumerated and therefore suspect or even illegitimate? Virtually no one seems to think so. Are recognized rights to engage in expressive conduct, such as picketing and displaying signs, unenumerated because the First Amendment mentions only ‘speech’? Again, virtually no one seems to think so. It might be suggested that certain rights are properly recognized as implicit in the First Amendment and thus should count as enumerated even if not identified specifically, but that other provisions of the Constitution cannot similarly generate implicit rights. But this provision is arbitrary and untenable. The right to travel from state to state furnishes a historically recognized example of a right implicit in the structure of the Constitution as a whole. Although the right to travel is not listed anywhere in the Constitution, it is presupposed by the Constitution’s structure, which creates a unified nation. In this as in other cases, a categorical distinction between enumerated and unenumerated rights is more likely to confuse than enlighten. What matters is whether a right is implicit in the Constitution in some meaningful sense or is presupposed by it. If so, a second question arises, involving how weighty or important that right is. In the current day, judicial conservatives often insist that tradition provides the exclusive touchstone for the identification of fundamental rights. Liberals are more open to the possibility that historical understandings, although relevant, are not necessarily controlling.”.

Suprema Corte após suas respectivas condenações. Os apelantes foram presos, logo após a abertura da clínica — que somente funcionou por dez dias — em New Haven, sob a acusação de terem violado o *General Statutes of Connecticut*, que, então, proibia o uso de qualquer espécie de contraceptivo, culminando as mesmas penas àqueles que ministrassem, sugerissem ou prescrevessem o uso desses medicamentos. Julgados e condenados em primeira e segunda instâncias à multa de cem dólares cada — quantia considerável à época —, os apelantes recorreram à *Connecticut Supreme Court*, que também manteve a condenação, ocasião em que apelaram à Suprema Corte dos Estados Unidos da América³³.

Aqui também, embora o método empregado pela Suprema Corte para invalidar a legislação de Connecticut apresente intrigantes características, o que releva para o estudo do *upholding* é a menção expressa ao caso *Skinner*, reiterando-se que a Corte reconhecia a existência do direito fundamental à não-interferência estatal em assuntos tão particulares quanto a intimidade ou autonomia sexual. Interessante é notar, no principal trecho do acórdão prolatado em *Griswold vs. Connecticut*, que a Corte tem o cuidado de mencionar uma série de precedentes, ora para fazer distinções do caso ora para encontrar similitudes com ele³⁴.

Note-se que, no caso *Griswold*, a deferência ao direito à intimidade ou autonomia sexual fora reconhecida tendo em conta a firmeza constante da decisão de *Skinner vs. Oklahoma*, segundo a qual os direitos de casamento e procriação (que adentram a esfera da privacidade) são “fundamentais para a própria existência e sobrevivência da raça”. Aplica-se, em *Griswold*, o mesmo princípio, o que se mostra evidente quando o acórdão afirma: “Deveríamos permitir que a polícia realizasse buscas em recintos sagrados como quartos matrimoniais para procurar indícios do uso de contraceptivos? A própria ideia é repulsiva às noções de privacidade que circundam o relacionamento matrimonial.”. É de se observar, entretanto, que a Suprema Corte, embora empregando o mesmo baluarte de direitos fundamentais que outrora utilizara no caso *Skinner*, limitou, em *Griswold*, a possibilidade de o Estado interferir na esfera de liberdade sexual individual de pessoas casadas. Somente sete anos depois, na decisão do

³³ Assim consta do voto do Justice William O. Douglas, que assinara o acórdão pela Corte (disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/381/479>>).

³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/381/479>>.

caso *Eisenstadt vs. Baird*, o princípio implícito de liberdade sexual seria ampliado também para abranger pessoas solteiras.

William Baird foi condenado, em primeira instância, pelo crime de distribuir contraceptivos, em 06/04/1967 — após ter, ele mesmo, proferido uma palestra na *Boston University* sobre contracepção —, a uma mulher solteira de dezenove anos. À época, vigia a *Massachusetts' Crimes Against Chastity Law*, que proscovia a distribuição de contraceptivos tanto por fornecedores não autorizados quanto para pessoas solteiras. Após a condenação, *Baird* recorreu à *Supreme Judicial Court of Massachusetts*, que reverteu parcialmente a sentença: somente por entender que a palestra estaria protegida constitucionalmente pelo direito à livre expressão (“*free speech*”) — mas a condenação pela distribuição de contraceptivos fora mantida. Em seguida, *Baird* impetrou um *habeas corpus* na justiça federal de primeira instância daquela região (“*federal district court*”), que não conheceu do pedido. Em apelação desta última decisão, à *Court of Appeals for the First District* (órgão judicial equivalente aos Tribunais Regionais Federais³⁵), *Baird* conseguiu reverter o resultado: a aludida Corte de Apelação concedeu o salvo conduto para anular a condenação do apelante, sob o baluarte de que a lei, pretensamente violada, infringia direitos fundamentais (liberdade e autonomia sexual) assegurados pela cláusula do devido processo legal. Contra esta decisão, apelou o xerife *Eisenstadt* — que promovera originalmente a acusação pelo Estado — à Suprema Corte dos Estados Unidos da

³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Outline of the U.S. legal system*. George Clark; Rosalie Targonski; Mildred Solá Neely (org.). Washington: United States Department of State, 2004. p. 32/34: “On March 3, 1891, the Evarts Act was signed into law, creating new courts known as circuit courts of appeals. These new tribunals were to hear most of the appeals from district courts, which had existed since 1789, also remained. The new circuit court of appeals was to consist of one circuit judge, one circuit court of appeals judge, one district judge and a Supreme Court justice. Two judges constituted a quorum in these new courts. Following passage of the Evarts Act, the federal judiciary had two trial tribunals: district courts and circuit courts. It also had two appellate tribunals: circuit courts of appeals and the Supreme Court. Most appeals of trial decisions were to go to the circuit court of appeals, although the act also allowed direct review in some instances by the Supreme Court. In short, creation of the circuit courts of appeals released the Supreme Court from many petty types of cases. Appeals could still be made, but the High Court would now have much greater control over its own workload. Much of its former caseload was thus shifted to the two lower levels of the federal judiciary. The next step in the evolution of the courts of appeals came in 1911. In that year Congress passed legislation abolishing the old circuit courts, which had no appellate jurisdiction and frequently duplicated the functions of district courts. Today the intermediate appellate tribunals are officially known as courts of appeals, but they continue to be referred to colloquially as circuit courts. There are now 12 regional courts of appeals, staffed by 179 authorized courts of appeals judges. The courts of appeals are responsible for reviewing cases appealed from federal district courts (and in some cases from administrative agencies) within the boundaries of the circuit. A specialized appellate court came into existence in 1982 when Congress established the Federal Circuit, a jurisdictional rather than geographic circuit.”.

América, sob o pálio de que a apelação de *Baird* sequer deveria ter sido conhecida pela *Court of Appeals for the First District*, porquanto o recorrente não tinha legitimidade: eis que nem era um distribuidor autorizado de contraceptivos nem era uma pessoa solteira³⁶.

Para afastar a ilegitimidade, a Suprema Corte estabeleceu que a relação travada entre *Baird* e a jovem de dezenove anos fora estabelecida propositalmente pelo primeiro, exatamente para que ele se colocasse em posição possível de questionar a constitucionalidade da referida lei de Massachusetts: zelando assim por interesses de terceiros, tanto dos futuros distribuidores quanto dos desejosos consumidores de contraceptivos. Assim, tendo sido ele um distribuidor e diretamente afetado pela aludida legislação, era, destarte, dotado de legitimidade³⁷.

O que interessa ao estudo do *upholding*, entretanto, é o destaque que a Suprema Corte fez ao princípio da isonomia em relação ao direito fundamental à intimidade sexual. O acórdão consigna que não há distinção relevante entre a autodeterminação sexual de pessoas casadas e solteiras que justifique tratamento desigual pela legislação estadual, razão pela qual, conseqüentemente, reputa a *Massachusetts' Crimes Against Chastity Law* inconstitucional³⁸. Em verdade, mais do que isso, o que se sobressai, dentre o consignado no acórdão prolatado no caso, é a declaração de que: “Se o direito à privacidade significa alguma coisa é que o direito do indivíduo, casado ou solteiro, deve ser resguardado de intrusões estatais em assuntos que afetam tão fundamentalmente a pessoa como a decisão de ter ou gerar uma criança”. Tal afirmação retoma a ideia originada em *Skinner vs. Oklahoma* de que a Constituição estadunidense pressupõe — e, portanto, autoriza o Poder Judiciário a identificar e proteger — direitos e liberdades fundamentais que não estejam expressamente contemplados pelo texto.

Neste cenário, isto é, considerando a ordem evolutivo-cronológica das decisões precedentes, surge o caso *Roe vs. Wade* (1973). Tendo em vista a extensão do julgamento do caso, cujo acórdão conta com doze tópicos destinados à fundamentação, abordar-se-ão, neste ponto do trabalho, apenas os elementos mais relevantes para a

³⁶ Extraído do acórdão disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/case.html>>.

³⁷ Consta do acórdão disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/case.html>>.

³⁸ Acórdão disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/case.html>>.

compreensão geral dos fatos e circunstâncias envolvidos na causa e, sobretudo, na parcela da decisão que se mostra mais acentuada para a apreensão do *upholding*.

Assim como *Baird, Roe vs. Wade* foi um caso propositalmente levado ao conhecimento do Poder Judiciário para desafiar a constitucionalidade da legislação. Na hipótese, os arts. 1191 a 1194 e 1196 do *Texas' Penal Code*, que criminalizavam a prática do aborto — bem como a tentativa e a busca pelo ato, salvo no caso de risco à vida da mãe, medicamente atestado. Os fatos que antecederam o caso foram os seguintes: Norma L. McCorvey, em junho de 1969, descobriu que estava grávida de seu terceiro filho e, aconselhada pelos respectivos amigos, decidiu declarar falsamente que fora estuprada — eis que, sob a legislação texana, permitia-se o aborto quando a gravidez decorresse de crime. A ausência de registros policiais acerca do estupro, entretanto, fez com que esta tentativa falhasse. *McCorvey* tentou se submeter ao aborto ilegal, mas descobriu que o centro em que tais procedimentos eram realizados fora fechado pela polícia local. Diante desse dilema, *McCorvey* buscou assistência jurídica de Linda Coffee e Sarah Weddington, duas advogadas recém-graduadas pela *University of Texas*.

Em março de 1970, sob o pseudônimo *Jane Roe*, McCorvey ajuizou uma ação na *U.S. District Court in Texas* contra o então *District Attorney* (análogo, no direito brasileiro, ao procurador) *of the Texas County*, Henry Wade — representando o Estado do Texas —, requerendo a tutela jurisdicional para que a aludida corte: declarasse a inconstitucionalidade dos arts. 1191 a 1194 e 1196 do *Texas' Penal Code* e, concomitantemente, emitisse uma *injunction* (similar à tutela mandamental³⁹), obrigando o Estado a não iniciar contra ela a persecução penal, com base no aludido diploma legal. Na demanda, a autora alegava que era mãe solteira e que desejava encerrar sua gravidez por meio de aborto executado por “médico licenciado e em condições clínicas seguras”, o que lhe era vedado pela lei texana; afirmava ainda que

³⁹ EMANUEL, Steven L. *Emanuel law outlines: civil procedure*. 24. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011. p. 280: “An injunction is an order of the court prohibiting a party from doing something. Example: P, an author, claims that D, a publisher, is distributing a book that violates P’s copyrights. If P can establish that this is true, the court will ‘enjoin’ D from making any further distribution of the book. That is, the court will issue an order telling D not to distribute. If D violates the order, D will be in contempt of court, and can be fined or sent to prison.”. SHREVE, Gene R.; RAVEN-HANSEN, Peter. *Understanding civil procedure*. 4. ed. Washington – DC/USA: Lexis Nexis, 2009. p. 518: “Injunctions are court decrees which control the behavior of the defendant by ordering him either to act or to refrain from acting in a certain way. While factual elements of damage actions concern the past (what the defendant did and what it cost the plaintiff), factual elements in injunction cases concern the future (what the defendant will do to the plaintiff, absent an injunction).”.

não tinha condições financeiras para viajar a outro Estado — no qual o aborto fosse permitido — onde pudesse realizar o procedimento médico. Suscitava, portanto, que a lei texana era inconstitucional, porquanto: as determinações legais eram inconstitucionalmente vagas e interferiam indevidamente no direito à privacidade, assegurado pelas Primeira, Quarta, Quinta, Nona e Décima Quarta Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América⁴⁰.

A *District Court* declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados, mas negou tutela de *injunction*, o que fez com que *McCorvey* apelasse à Suprema Corte⁴¹. No julgamento proferido pela Suprema Corte, foi necessário, em primeiro lugar, que o Tribunal estabelecesse se a demanda proposta por Jane Roe era *justiciable*⁴² — requisito que se exige de todas as demandas e se subdivide em uma série de outros elementos, análogos ao papel que no direito brasileiro exercem as condições da ação⁴³. Dentre os requisitos que compõem a *justiciability*, a controvérsia

⁴⁰ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>>.

⁴¹ Há um detalhamento do julgamento que não se mostra indispensável à compreensão do objeto que aqui se aborda, mas que se apresenta de maneira suficientemente relevante para que a ele se refira nesta observação. A ação proposta por *Norma McCorvey (Jane Roe)* fora considerada como *class action*, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade da legislação texana e a tutela injuntiva (*injunction*) fora destinada, conforme pedido pela autora, a todas as demais mulheres que se encontrassem em situação similar. Assim, apresentou-se como terceiro interveniente na ação de *McCorvey* o médico *James Hubert Hallford*, que respondia, então, por processos criminais com base na aludida legislação texana: alegava ele que os dispositivos da lei texana eram inconstitucionais por sua vagueza — porquanto, na maioria dos casos, era impossível ao médico estabelecer se a gravidez resultava ou não de aborto, sendo difícil determinar se o aborto seria ou não lícito. Aderiu à ação de *McCorvey* — ajuizando outra demanda que fora julgada conjuntamente pela *District Court* — o casal *John e Mary Doe*, que igualmente atacavam a constitucionalidade da aludida lei texana: alegava o casal que não tinha filhos e que a esposa sofria de uma doença neuroquímica que desaconselhava a gravidez, portanto requeriam que, na hipótese futura e eventual de fecundação, pudessem optar pela realização de aborto. Os pleitos do médico *Hallford* e do casal *Doe* foram recusados (*dismissed*) pela Suprema Corte: o primeiro sob o pálio de que a constitucionalidade da legislação deveria ser discutida na esfera criminal; o segundo sob o baluarte de que não haveria uma controvérsia efetiva, eis que a possibilidade futura e eventual da gravidez de *Mary Doe* era meramente especulativa. Por isso a Corte optou por somente analisar o ataque à constitucionalidade da lei texana no bojo da própria ação ajuizada por *McCorvey*. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>>.

⁴² EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*. 70. ed. Washington: CQ Press, 2011. p. 716: “Justiciable: Capable of being heard and decided by a court.”

⁴³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Outline of the U.S. legal system*. George Clark; Rosalie Targonski; Mildred Solá Neely (org.). Washington: United States Department of State, 2004. p. 63/64: “The activities that judges are forbidden to engage in, or at least discouraged from engaging in, deal not so much with jurisdiction as with justiciability — the question of whether judges in the system ought to hear or refrain from hearing certain types of disputes. Ten principles of judicial self-restraint, discussed below, serve to check and contain the power of American judges. These maxims originate from a variety of sources — the U.S. Constitution and state constitutions, acts of Congress and of state legislatures, and the common law. Some apply more to appellate courts than to trial courts; most apply to federal and state judicial systems. The U.S. Constitution states that ‘the judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and

não pode ter se tornado *moot*, o que significa, simplificada, que, entre a data do ajuizamento da demanda e seu respectivo julgamento, os fatos não podem ter se alterado a ponto de a decisão se tornar despicenda ou inócua⁴⁴. Na hipótese, tendo em vista que a criança nascera antes de a *appeal* ter sido julgada pela Suprema Corte, fora alegado pelo recorrido a *mootness* da questão. Nesse particular, a Suprema Corte firmou o entendimento de que a demanda era *justiciable*, não obstante o término da gravidez, pois, caso contrário, quaisquer questões envolvendo aborto jamais — ou, ao menos, muito raramente — ultrapassariam a primeira instância⁴⁵.

No que mais interessa ao presente estudo — o mérito da demanda —, a Suprema Corte reafirmou as decisões anteriores, *Skinner vs. Oklahoma* (1942), *Griswold vs. Connecticut* (1965), e *Eisenstadt vs. Baird* (1972). Com efeito, reiterou a existência de direitos fundamentais não expressamente previstos pelo texto constitucional, mas por ele assegurados, dentre os quais se alocava também o direito à privacidade⁴⁶. Em acréscimo, estabeleceu ser o direito à privacidade amplo o suficiente para englobar a decisão da mulher de abortar, mas também afirmou não constituir direito absoluto, razão pela qual o Estado pode ter interesse público em regulamentar, mesmo que tal regulamentação seja limitada⁴⁷. Com esse entendimento, e harmonizando os interesses em conflito — da escolha da gestante e do Estado na vida pré-natal — a Suprema Corte estabeleceu a conhecida “regra dos trimestres”: no primeiro trimestre da

Treaties made... under their Authority’ (Article III, Section 2). The key word here is cases. Since 1789 the federal courts have chosen to interpret the term in its most literal sense: There must be an actual controversy between legitimate adversaries who have met all technical legal standards to institute a suit. The dispute must concern the protection of a meaningful, nontrivial right or the prevention or redress of a wrong that directly affects the parties to the suit. There are three corollaries to this general principle. The first is that federal courts do not render advisory opinions, rulings about situations that are hypothetical or that have not caused an actual clash between adversaries. A dispute must be real and current before a court will agree to accept it for adjudication. A second corollary is that the parties to the suit must have proper standing. This notion deals with the matter of who may bring litigation to court. The person bringing suit must have suffered (or be immediately about to suffer) a direct and significant injury. As a general rule, a litigant cannot bring a claim on behalf of others (except for parents of minor children or in special types of suits called class actions). In addition, the alleged injury must be personalized and immediate — not part of some generalized complaint. The third corollary is that courts ordinarily will not hear a case that has become moot — when the basic facts or the status of the parties have significantly changed between the time when the suit was first filed and when it comes before the judge(s). The death of a litigant or the fact that the litigants have ceased to be warring parties would render a case moot in most tribunals.”

⁴⁴ EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*. 70. ed. Washington: CQ Press, 2011. p. 716: “Moot – A question presented in a lawsuit that cannot be answered by a court either because the issue has resolved itself or conditions have so changed that the court is unable to grant the requested relief.”

⁴⁵ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>>.

⁴⁶ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>>.

⁴⁷ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>>.

gravidez, o Estado não poderia editar leis que mitigassem o aborto ou a escolha; no segundo trimestre, o Estado poderia regulamentar o procedimento abortivo (a exemplo de exigir determinadas qualificações do profissional que realizaria a intervenção médica e estabelecer parâmetros para o local onde se faria o aborto), no exclusivo interesse de salvar a vida da gestante, mas não poderia proscrever a escolha; somente no terceiro trimestre — quando a Corte entendeu ser “viável” a vida fora do útero materno — o Estado poderia proibir, por lei, o aborto⁴⁸.

Observa-se, portanto, que a decisão do caso *Roe vs. Wade* teve todo o respaldo e o fardo histórico da carga argumentativa dos julgados que a precederam: desde a criação da ideia de direitos fundamentais, protegidos constitucionalmente — dentre os quais se incluía a liberdade e autonomia sexual, conforme consignado em *Skinner vs. Oklahoma*; passando pela afirmação definitiva da privacidade sexual, na decisão de *Griswold vs. Connecticut* e também pela interpretação estendida, conferida por *Eisenstadt vs. Baird* — quando se registrou como fundamental o direito de “ter ou gerar uma criança”. Culminou, essa série de *upholdings* — unanimemente identificados com o “coração” dos julgados, segundo o qual o direito à liberdade e autonomia sexual era de natureza fundamental e não se sujeitaria à intervenção estatal⁴⁹ —, na ideia que se tornou o corolário (evolutivo natural) do julgamento de *Roe vs. Wade*: o direito ao aborto se inclui na privacidade (liberdade e autonomia) sexual e, portanto, constitui prerrogativa constitucionalmente assegurada⁵⁰.

Note-se, e aí se mostra a maior relevância do *upholding*, que a Constituição estadunidense não menciona expressamente — como bem demonstrado pelos julgados analisados neste tópico — o direito à privacidade sexual, sequer estabelecendo o instituto jurídico dos direitos fundamentais. É a interpretação judicial, constante das decisões reiteradas sobre a mesma matéria, que constrói esses conceitos e lhes confere paupabilidade, isto é, eficácia prático-jurídica. Mas o respeito aos precedentes da própria Corte (*stare decisis stricto sensu*), na decisão do caso *Roe vs. Wade*, não se mostra demasiadamente acentuado, eis que, conforme se demonstrou adrede, a decisão que considerou de jaez constitucional, por decorrência do direito à

⁴⁸ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>>.

⁴⁹ FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 143/144.

⁵⁰ FRIED, Charles. *Saying what the law is: the Constitution in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 191.

privacidade, a escolha de a gestante abortar, constitui praticamente uma evolução lógica do raciocínio encetado em *Skinner vs. Oklahoma*. Não obstante a crítica de que as situações apresentadas nos casos anteriores se apresentariam deveras distintas da deflagrada em *Roe vs. Wade*, é compreensível a lógica utilizada e o raciocínio jurídico-evolutivo empregado, que redundaram na conclusão da Suprema Corte.

Nem tão justificável, entretanto — e ainda mais controvertida —, foi a conclusão da Suprema Corte no litígio *Planned Parenthood vs. Casey*, que se analisa a partir de agora, na qual o respeito aos precedentes foi demasiadamente acentuado, como *ratio decidendi*. Sob questionamento estavam duas emendas — datadas, respectivamente, de 1988 e 1989 — ao *Pennsylvania Abortion Control Act of 1982*, que incluíram a esta lei cinco normas, estabelecendo o seguinte: a) o médico deve informar à gestante sobre os riscos do procedimento abortivo; b) a mulher casada deve informar ao marido sobre o aborto; c) a gestante menor de idade deve obter a autorização de seu responsável legal; d) a gestante deve aguardar vinte e quatro horas antes de se submeter ao aborto; e) as clínicas devem enviar relatórios e manter registros acerca dos procedimentos abortivos que realizarem. Cinco clínicas de aborto e uma reunião (*class action*) de médicos que costumeiramente realizavam abortos ajuizaram a ação na *U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania*, para evitar que o respectivo Estado desse cumprimento à aludida lei, requerendo, outrossim, a declaração de inconstitucionalidade das aludidas normas (*declaratory and injunctive relief*). Na primeira instância, os pedidos foram julgados totalmente procedentes, declarando-se a inconstitucionalidade de todos os dispositivos fustigados e proibindo-se o Estado de dar cumprimento àquelas normas. Entretanto, o resultado sofreu grande modificação a partir do julgamento da apelação: a *Third Circuit Court of Appeals* reverteu em grande parte a decisão da primeira instância, apenas mantendo a inconstitucionalidade da norma que exigia da gestante casada a notificação prévia ao marido⁵¹.

Chegando à Suprema Corte, pela via recursal (*appeal*), o entendimento consagrado no julgado *Roe vs. Wade* — em sua essência — foi mantido⁵², mas a Suprema Corte seguiu o mérito do julgado prolatado pela *Third Circuit Court of Appeals*, declarando inconstitucional apenas a regra de tornava obrigatória a informação ao marido da gestante. Em síntese, a corte apenas aboliu a regra dos três trimestres,

⁵¹ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/91-744.ZO.html>>.

⁵² Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/91-744.ZO.html>>.

estabelecida no julgado *Roe vs. Wade*, mantendo a orientação de que o direito fundamental ao aborto — salvaguardado pela cláusula do devido processo legal — era uma escolha constitucionalmente assegurada à gestante. O que estava em jogo, novamente, era a contraposição entre dois interesses já reconhecidos pelo acórdão que resolveu *Roe vs. Wade*: por um lado, o direito fundamental e constitucionalmente assegurado de a gestante interromper a gravidez, por outro, o direito do Estado na proteção da vida futura. A Corte não reviu o entendimento de que a gestante tinha o direito de escolha, tido pelo acórdão como a melhor interpretação constitucional e identificado como o cerne da decisão de *Roe vs. Wade*. Discutia-se, portanto, a partir de que momento o estado poderia regulamentar esta escolha e os procedimentos a ela subjacentes. Em *Planned Parenthood vs. Casey*, a Corte conferiu maior ênfase ao interesse estatal, permitindo a regulamentação estatal em qualquer estágio da gravidez — afastando, portanto, a regra dos trimestres —, desde que isso não significasse proscricção do direito fundamental ao aborto.

O que releva aqui, diferentemente dos demais casos analisados neste capítulo, é a conjectura política que circundava o litígio: após o acórdão proferido no caso *Roe vs. Wade*, tanto a comunidade jurídica quanto a sociedade estadunidense leiga acirraram suas convicções acerca do tema aborto. Segundo demonstram as pesquisas empíricas, aqueles que, antes da decisão proferida em *Roe vs. Wade*, se posicionavam contra o aborto, firmaram mais ainda suas convicções nesse sentido — ao contrário do que o senso comum imaginava, de que a Corte poderia, com sua decisão, modificar a compreensão geral. Igualmente, aqueles que se alinhavam concordes à escolha da gestante de interromper a gravidez assentaram mais ainda sua crença nesse entendimento⁵³.

Essa divisão de convicções no seio da comunidade estadunidense fomentou a tomada de posturas políticas contrapostas: aqueles “pró-escolha” (*pro-choice*), que se alinhavam à decisão proferida em *Roe vs. Wade*, e aqueles “pró-vida” (*pro-life*), que criticavam o referido julgado e nele identificavam uma postura ativista da Corte. Fato é que essa cisão ideológico-jurídica ganhou expressão política, implicando mudança da plataforma do Partido Republicano estadunidense, que passou a sustentar a indicação de ministros da Suprema Corte com perfil especificamente direcionado ao

⁵³ EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*. 70. ed. Washington: CQ Press, 2011. p. 87.

overruling da decisão proferida em *Roe vs. Wade*: à época em que foi decidido o caso *Planned Parenthood vs. Casey*, cinco ministros nomeados pelo Partido Republicano compunham a Corte. Nesse sentido, a decisão em *Planned Parenthood vs. Casey* surpreendeu politicamente e o *upholding* de *Roe vs. Wade* — ao menos no que se refere ao centro do julgado — surpreendeu juridicamente, o que se demonstra pelo placar apertado de cinco votos contra quatro para a manutenção do entendimento anteriormente esposado⁵⁴.

A relutância da Corte no *upholding* de *Roe vs. Wade* se apresenta manifesta em inúmeras passagens do acórdão que decidiu *Planned Parenthood vs. Casey*⁵⁵, mas, na sua justificativa, o Tribunal fundamentou a aderência da solução do caso na estabilidade, previsibilidade e confiança nas quais se assenta a *stare decisis stricto sensu*⁵⁶. Mais do que isso, a Corte sublinhou a própria legitimidade de seu papel dentro da estrutura democrática do Estado para justificar que o *overruling* de *Roe vs. Wade* poderia causar uma perda de confiança no próprio Poder Judiciário. Em suma, o acórdão proferido em *Planned Parenthood vs. Casey* fez questão de destacar que não haveria um pré-compromisso dos membros da corte com o *overruling* de *Roe vs. Wade*, razão pela qual a observância da *stare decisis stricto sensu* seria a bússola jurídica mais fidedigna para nortear a decisão⁵⁷.

⁵⁴ FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 145/146: “Whatever the Justices may have thought, *Roe v. Wade* parked a furor that has still not subsided more than thirty years later. Abortion opponents have never accepted *Roe’s* legitimacy. Conservative presidential candidates shortly began to promise to appoint profile Justices to the Supreme Court. The Republican Party platform called for *Roe* to be reversed. By 1992, after Republican Presidents Ronald Reagan and George Bush appointed five new Justices to the Supreme Court (and Democrats none), *Roe* appeared ripe for *overruling*. The Court thus surprised most observers when it affirmed ‘*Roe’s* essential holding’ in a bitter 5-4 decision in *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992). Three themes dominated the plurality opinion in *Casey* that was jointly authored by Justices Sandra Day O’Connor, Anthony Kennedy, and David Souter, all of whom were nominated to the Court by Presidents pledged to seek profile Justices. First, if *Roe* was a mistake at the time of its decision, it was at least not an obvious one. An unwanted pregnancy subjects women to enormous burdens. Decisions such as *Skinner*, *Griswold*, and *Eisenstadt* made it plausible to hold as a matter of law that women had a fundamental right to decide whether to bear a child. Second, a generation of women had shaped their lives in partial reliance on *Roe*. They had entered relationships and built careers in the expectation that unplanned pregnancies would not force them into unwanted childbearing. Third, the plurality worried openly that the Court’s ‘legitimacy’ would be compromised if it were to *overrule* *Roe* ‘under fire’ and thus foster an impression that political pressure could trigger a change in constitutional law. Precisely because the authors of the *Casey* plurality opinion had been appointed to *overrule* *Roe*, they felt, when the occasion actually arose, that they ought not to do so. *Casey* marked the first time that the Supreme Court ever openly expressed such a thought.”

⁵⁵ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/91-744.ZO.html>>.

⁵⁶ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/91-744.ZO.html>>.

⁵⁷ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/91-744.ZO.html>>.

Obviamente, ao expressar-se dessa maneira, a Suprema Corte demonstrou que a maioria de seus integrantes, conquanto tenham se manifestado pelo *upholding* de *Roe vs. Wade*, deste discordavam⁵⁸: ao menos no que se refere ao entendimento de que o interesse estatal na vida pré-natal era insuficiente para justificar a interferência do Estado na escolha da gestante em interromper a gravidez⁵⁹. É verdade que a crítica à eleição do princípio da legitimidade do Poder Judiciário para fundamentar o *upholding* de *Roe vs. Wade* não foi condescendente ao afirmar que tal critério não se mostra como subjacente ao papel da Suprema Corte, nem constitui baluarte suficiente para a *stare decisis*⁶⁰. Mas, mesmo quando analisada sobre a ótica crítica — como mero subterfúgio retórico da decisão — a *stare decisis stricto sensu* ganha relevo como sustentáculo do *upholding* de *Roe vs. Wade*, porquanto se sobrepõe às convicções pessoais dos julgadores e serve como escudo para dirimir dúvidas acerca da hermenêutica constitucional controvertida. Confere, portanto, por mais criticável que seja o posicionamento da Suprema Corte no acórdão prolatado em *Planned Parenthood vs. Casey*, previsibilidade e perpetuação da estabilidade exegético-constitucional:

⁵⁸ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1537 e 1542: “Most famously and recently, in *Planned Parenthood v. Casey*, the Court reaffirmed its controversial holding in *Roe v. Wade* recognizing a constitutional right to abortion, and did so largely on the basis of the policy of *stare decisis*. The Court was reluctant—especially so the three Justices authoring the ‘joint opinion’ for the Court in the case (Justices O’Connor, Kennedy, and Souter)—to embrace as correct the substantive due process jurisprudence of *Roe*. The opinion expressed the apparent doubts of at least some of the Justices constituting the majority about the correctness of *Roe* as an original matter and the morality of a constitutional right to abortion as a general proposition. Nonetheless, the policy of *stare decisis* persuaded a narrow majority (5-4) to reaffirm *Roe*, notwithstanding these reservations. [...] If at least two of the three Justices who authored the joint opinion in *Casey* (O’Connor, Kennedy, and Souter) were honest in the stated reasons for their votes, their reaffirmation of *Roe* rested almost entirely on the policy of adhering to precedent, ‘whether or not mistaken’, in order to spare the Court the damage to its prestige and to public perceptions of its legitimacy that the Justices feared might flow from refusing to adhere to its ‘watershed’ precedents.”

⁵⁹ FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. 1194/1195 e 1198: “Thus, the *Casey* Court relied on *stare decisis* to shore up its finding that the interest in fetal life is insufficiently compelling to overcome a woman’s fundamental right. [...] the Court applied *stare decisis* only to the subsidiary holding in *Roe* that the state’s interest was insufficiently compelling to justify a complete ban on abortion. Here, *stare decisis* seems to have a greater rule. Determining the weight of a government interest inevitably involves an element of judgment. The fact that many Justices over a prolonged period of time have assessed an interest as noncompelling makes that judgment more plausible. Perhaps not plausible enough to survive if a Justice was unshakably convinced to the contrary, but at least plausible enough to be entitled to the benefit of the doubt. Thus, the way the *Casey* Court actually deployed *stare decisis* was a good deal sounder than some of the rhetoric the Court used to describe what it was doing.”

⁶⁰ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1567.

reconhece-se e reafirma-se o precedente como fonte fidedigna do direito estadunidense⁶¹.

Enquanto parte da doutrina identifica o *upholding* de *Roe vs. Wade* somente no que se refere ao interesse estatal na proteção da vida pré-natal⁶², a verdade é que, em *Planned Parenthood vs. Casey*, a Corte poderia ter efetuado o *overruling* inclusive do centro do seu precedente, segundo o qual se instituiu que a escolha pelo aborto é direito fundamental e constitucionalmente assegurado. Portanto, muito mais do que o *overruling* da regra dos trimestres, o julgamento de *Planned Parenthood vs. Casey* representou a força da *stare decisis stricto sensu*, que, em momentos críticos — especialmente no que concerne à exacerbada contraposição político-social acerca da interpretação constitucional — desempenha papel decisivo para a perpetuação da estabilidade hermenêutica conferida pelos precedentes.

1.2.1.2. PLESSY VS. FERGUSON X BROWN VS. BOARD OF EDUCATION

Tratando-se de *overruling*, necessário, antes de adentrar a análise dos fatos e circunstâncias envolvendo *Brown vs. Board of Education* (1954), encetar o exame com uma brevíssima ponderação histórica sobre a escravidão nos Estados Unidos da América e com caso-precedente (*controlling precedent*) considerado pela Suprema Corte na análise do aludido julgamento: *Plessy vs. Ferguson* (1896).

O mais relevante mote sobre o qual se alicerçou a dissidência interna que originou a Guerra Civil estadunidense (1861 a 1865) foi a escravidão⁶³: os Estados sulistas — integrantes do grupo Confederado, marcadamente ruralista e dependente da mão-de-obra escrava — defendiam a continuidade da exploração do trabalho escravo, enquanto os Estados do norte do país, mais industrializados e que se reuniram para

⁶¹ Há, em doutrina, quem distinga *overruling* de *overriding* e, para estes, a decisão de *Planned Parenthood vs. Casey* deveria ser considerada como um *overriding* do *holding* de *Roe vs. Wade*. Tal distinção, entretanto, não parece relevante ao presente estudo, uma vez que a mera mudança nas regras de regulamentação do aborto não chega a atingir o núcleo essencial (*essential holding*) que se refere à opção pelo procedimento abortivo. Fazendo a aludida distinção: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil volume 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 396.

⁶² FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. p. 1197/1198.

⁶³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. (trad.) Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 491: “No famoso Dredd Scott Case, que esteve na base da Guerra de Secessão, o Supremo Tribunal decidiu, em 1856, que o Congresso não tinha o direito de impedir a admissão da escravatura nos diferentes Estados.”.

formar a União, pugnavam pela abolição da escravatura. Tanto à época da Declaração da Independência estadunidense quanto ao tempo da edição da respectiva Constituição, a escravidão — e, portanto, a discriminação racial — era permitida, sob os auspícios da lei. E mesmo no período subsequente à aprovação do *Bill of Rights*⁶⁴, texto que estabelece direitos e prerrogativas aos cidadãos daquele país e que fora incorporado àquela Constituição, perpetuava-se a ideia de discriminação racial entre cidadãos estadunidenses. A discriminação racial, portanto, vivava não só as fontes jurídicas estadunidenses originárias, mas também o senso comum praticado no seio social.

Com o fim da Guerra Civil estadunidense, a escravidão foi abolida em todo o território daquele país, determinação esta incorporada ao texto constitucional com o advento da Décima Terceira Emenda⁶⁵. A abolição da escravidão e a ulterior aprovação da Décima Quarta Emenda à Constituição estadunidense — que prevê o tratamento igualitário sob a lei —, entretanto, não foram capazes, ao menos num momento inicial, de modificar o senso comum (bem como o pensamento jurídico) segundo o qual se concebia uma distinção entre negros e brancos⁶⁶. Tal se percebe a partir do julgamento do caso *Plessy vs. Ferguson*, que se analisa a seguir.

⁶⁴ O conjunto das dez primeiras emendas constitucionais à Constituição estadunidense, conhecida como *Bill of Rights* foi ratificado — entrando em vigor — no ano de 1791.

⁶⁵ Conforme estabelece o texto da Seção I da 13ª Emenda Constitucional estadunidense: “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction”.

⁶⁶ FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 109/111: “The Fifth Amendment was adopted at a time when the Constitution provided for slavery; then, no one thought it barred race discrimination. Cultural forces have played nearly as large a role in shaping judicial doctrine under the Equal Protection Clause itself. By all accounts, the principal purpose of the Fourteenth Amendment (in which the Equal Protection Clause appears) was to protect the former slaves and their descendants against the most invidious forms of state discrimination. But the framers and ratifiers of the Fourteenth Amendment inhabited a pervasively racist world, much of which they apparently did not intend to challenge, at least immediately. As one example, Congress maintained segregated galleries throughout its debates about the Fourteenth Amendment. In addition, almost no one appears to have thought that the Fourteenth Amendment barred state and local governments from operating racially segregated public schools. Among the states then operating segregated schools, none changed its practices upon the Amendment’s ratification. In attempting to explain the original meaning of the Fourteenth Amendment, historians have emphasized that the principal drafters intended the centrally operative provision to be the Privilege or Immunities Clause: ‘No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States’. According to the most widely accepted account, the framers recognized at least two categories of ‘rights’ — fundamental rights on the one hand, and lesser rights, including ‘social’ rights, on the other. They apparently expected the Privileges or Immunities Clause to guarantee fundamental rights to everyone, including African Americans, but not necessarily to mandate equality in all spheres of governmental conduct. According to this same account, the framers regarded the Equal Protection Clause as reinforcing the demand for equality with respect to fundamental rights, but not necessarily as

Continua...

Em 1890, o Estado da Louisiana aprovou o *Separate Car Act*, por meio do qual exigia-se que, nos transportes ferroviários efetuados no respectivo território fossem asseguradas acomodações (vagões) separadas para pessoas brancas e negras. Um grupo de cidadãos de Louisiana decidiu formar o *Comité des Citoyens*, cujo objetivo principal era extirpar a aludida legislação do ordenamento jurídico. Tal grupo convenceu Homer Adolph Plessy — indivíduo de origem mestiça — a praticar ato passível de ser judicializado e, com isso, testar a constitucionalidade da referida legislação. Em 07/06/1892, Plessy — que, conforme sua própria descrição, era descendente de europeus-caucasianos na proporção de sete oitavos de sua linhagem e apenas um oitavo afrodescendente — comprou uma passagem de primeira classe para viajar de New Orleans para Covington (ambas as localidades eram situadas no território do Estado de Louisiana). Ao embarcar no vagão do trem reservado às pessoas brancas, Plessy foi preso, por violação ao *Separate Car Act* e condenado, em primeira instância pelo juiz John Howard Ferguson, ao pagamento de multa, no montante de vinte e cinco dólares, quantia considerável à época. Em apelação, a *Supreme Court of Louisiana* manteve a condenação, decisão contra a qual Plessy apelou à Suprema Corte do Estado Unidos da América, alegando violação às Décima Terceira e Décima Quarta Emendas constitucionais, que, respectivamente, proibiram a escravidão e exigiam o tratamento igualitário a todos os cidadãos estadunidenses sob as leis vigentes (isonomia)⁶⁷.

A Suprema Corte estabeleceu, em primeiro lugar, que a legislação impugnada não violava a Décima Terceira Emenda constitucional, porquanto a diferença de cor, entre negros e brancos, sempre existiu e sempre existirá, razão pela qual a distinção legislativa entre tais raças não tende ao restabelecimento da escravidão⁶⁸. Quanto à Décima Quarta Emenda (*equal protection of the laws*), a Corte estabeleceu que não existia distinção legislativa na existência de diferentes vagões para brancos e negros, pois esta diferenciação não se mostrava desarrazoada, mas se assentava nos costumes sociais. Assim, desde que dispensado o mesmo tratamento a ambas as raças, a separação de pessoas em lugares distintos não feriria a Constituição⁶⁹.

guaranteeing that all rights, including rights to sit in public galleries or to attend public schools, must be distributed equally.”.

⁶⁷ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537>>.

⁶⁸ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537>>.

⁶⁹ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537>>.

Tal doutrina ficou conhecida pela expressão “separate but equal”⁷⁰, que perdurou até a decisão proferida no caso *Brown vs. Board of Education*. O principal mote da decisão, portanto, foi a fixação da exegese de que a Décima Quarta Emenda constitucional permitia acomodações distintas para negros e brancos, desde que tais acomodações fossem da mesma qualidade⁷¹.

Antes de encetar a análise do caso *Brown vs. Board of Education*, é necessário destacar, desde logo, que o julgamento desta causa ocasionou o *overruling* da decisão proferida em *Plessy vs. Ferguson*. Mais do que isso, entretanto, é de sublinhar que o *overruling*, por constituir exceção à *stare decisis stricto sensu* e, em regra, estabelecer uma “erro” interpretativo constante do precedente, demanda ou um ônus jurídico-argumentativo equivalente à mudança de orientação hermenêutica ou uma mutação social que o respalde: esta segunda foi a hipótese. Com efeito, à medida em que se estuda a fundamentação do caso *Brown vs. Board of Education*, imperioso é que

⁷⁰ A expressão “separate but equal” não consta da parcela do acórdão que foi ratificada pela maioria da Corte (sete magistrados), mas do único voto dissidente, proferido pelo Justice Harlan.

⁷¹ FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 114/116: “In this aspect of its ruling, *Plessy* appears to have tracked what many believe to be historically understood meaning of the Equal Protection Clause: It barred governmentally mandated race-based discrimination with respect to a limited class of fundamental rights, but not with respect to social rights. Almost immediately, however, the Court encountered a complication. It assumed that all governmentally mandated discriminations — those based on race, just like those between the educated and the uneducated, the old and the young, or the rich and the poor — must at least be ‘reasonable’ to be legally permissible. Applying this requirement, the Court readily accepted that it was reasonable for Louisiana to accommodate prevailing social attitudes by mandating ‘separate but equal’ railroad cars for whites and blacks. The difficulty involved whether the separate accommodations could really be adjudged equal. As matter of fact, the white cars were often more comfortable than the black cars. Increasing the awkwardness was that whites were in fact permitted to sit in the black cars, which often doubled as smoking cars, if they so chose, whereas blacks were wholly excluded from white cars. [...] From a modern perspective, this assertion is hard to be taken seriously. Among all of the opinions of the Supreme Court, this may be the point, as Charles Black once wrote, at which ‘[t]he curves of callousness and stupidity intersect at their respective maxima’. At the time of its decision, however, *Plessy v. Ferguson* attracted no stir. During the last two decades of the nineteenth century, race relations in the United States sank toward a historic low, especially in the South. For most of the country, as for most of the Justices, it may have been almost unimaginable that the Constitution could mandate what the Court described as the enforced ‘commingling’ of the races. Justices of the Supreme Court tend to embody the characteristic outlooks of their time and to see constitutional issues in light of them. For people who perceived racial discrimination as natural, not invidious, it may even have been possible to believe that the accommodations of white preferences for separation carried no necessary message of black inferiority. Despite [Justice] Harlan’s protest, *Plessy* regime of ‘separate but equal’ endured for more than fifty years. Over time, its morally shameful character — a matter by no means wholly dependent on the original understanding of any constitutional provision — grew even more apparent to increasing numbers of Americans.”.

se atente para os indicativos de que os parâmetros interpretativos empregados em *Plessy vs. Ferguson* não mais se justificavam à época daquela decisão⁷².

Destarte, como preâmbulo deste exame, também é de bom alvitre mencionar que a Suprema Corte Estadunidense, atualmente, ao analisar a constitucionalidade de normas, emprega, em regra, o que juridicamente se convencionou designar “*rational basis test*”: uma espécie de verificação lógica da constitucionalidade da lei. Simplificadamente, o critério estabelecido pelo *rational basis test* implica perscrutar se o rótulo distintivo estabelecido pela legislação para o emprego de tratamento desigualitário entre pessoas tem uma justificativa racional. Tal critério se justifica na ideia isonômica estabelecida pela Décima Quarta Emenda à Constituição estadunidense: embora preveja o tratamento igualitário sob a lei à todos os cidadãos estadunidenses, o princípio não proíbe o tratamento diferenciado quando se estiver diante de situações desiguais — donde se origina a ideia de isonomia.

Com efeito, necessário é que se determine se a lei pode conferir tratamentos desiguais a pessoas em situações de dessemelhança, o que redundaria na questão de estabelecer o que deve ser levado em conta para delimitar o tratamento igual ou desigual. Nesse sentido, o *rational basis test* estabelece uma relação de “meio e fim” para perquirir a constitucionalidade da legislação: questiona-se, por exemplo, se proscrever a licença para dirigir um automóvel a uma pessoa pode ou não ser considerado inconstitucional, tendo em vista que as pessoas em pleno gozo de suas faculdades visuais não são proibidas de serem contempladas por tal autorização estatal. Quando se considera, entretanto, empregando-se o *rational basis test*, que a finalidade do Estado em prestigiar os cidadãos com carteiras de motorista é, em última análise, salvaguardar a segurança no tráfego automotor terrestre, percebe-se que os cegos e as pessoas dotadas de capacidade visual estão situadas em parâmetros distintos. Daí ser

⁷² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. (trad.) Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 501/502: “A Constituição dos Estados Unidos garante a todos os cidadãos que eles serão, em cada Estado, tratados de igual modo pelas leis (décima quarta emenda). Como conceber esta *equal protection of the laws*? Diversas evoluções mostram a virtude revolucionária potencial desta fórmula. Por exemplo, no que se refere às pessoas de cor, inicialmente o Supremo Tribunal dos Estados Unidos admitiu o princípio ‘separados, mas iguais’, sendo a exigência da Constituição satisfeita se, na educação, na assistência pública, nos transportes etc. fosse aplicado um mesmo estatuto aos negros e aos brancos, mantendo para uns e outros escolas, hospitais e ônibus separados. O princípio da segregação é hoje, pelo contrário, repudiado: a igualdade diante da lei, tal como atualmente é concebida, exige que as leis sejam *color-blind*, não levando em conta a cor ou a raça dos cidadãos, assim como não devem considerar a sua religião. O funcionamento do novo princípio é bastante difícil e o próprio Supremo Tribunal admitiu, em matéria de educação, que poderia ser somente gradual.”.

justificável, e, portanto, constitucional, proibir-se às pessoas cegas a faculdade de direção de veículos automotores: o meio empregado — consistente na proibição de se conceder carteiras de habilitação para pessoas cegas — está alinhado ao fim pretendido pela norma, consubstanciada na salvaguarda da segurança no trânsito.

Com efeito, a ideia de isonomia que decorre da Décima Quarta Emenda é interpretada pela doutrina estadunidense como passível de aferição por meio do critério estabelecido pelo *rational basis test*⁷³. Nesse particular, é de se observar que o *rational basis test* se alinha à ideia, decorrente da *justiciability*, de judicial *self-restraint*, no bojo da qual se encontra a noção de que somente se deve empregar a *judicial review* às legislações que se mostrem flagrantemente inconstitucionais: o que, em suma, reafirma a excepcionalidade do *overruling* e a regra da *stare decisis stricto sensu* como fonte normativa⁷⁴. Diz-se isso porquanto o *rational basis test* tem como pressuposto a

⁷³ FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 111/113: “Under current doctrine, most governmental classifications are subject to judicial scrutiny under a ‘rational basis’ test similar to that applied to economic regulatory legislation under the Due Process Clause in the post-Lochner era. But the Court deems a few bases for classification, such as race, to be constitutionally ‘suspect’. Suspect classifications attract ‘strict’ judicial scrutiny and will be upheld only if ‘necessary to promote a compelling governmental interest’. Most if not all laws create classifications and provide different treatment for people in different categories. Tax laws sometimes require those who earn larger incomes to pay higher rates than those who earn smaller incomes. The blind cannot get driver’s licenses. Even criminal laws have a classificatory effect. A law against theft sorts people into two categories, thieves and nonthieves. The government punishes the lawbreakers, but not the law-abiding. Examples such as these demonstrate that the Equal Protection Clause cannot sensibly command that the government treat everyone ‘the same’. The rich can be treated differently from the poor for purposes of taxation, the blind differently from the sighted in the distribution of driver’s licenses. Instead of insisting that everyone be treated ‘the same’, the Equal Protection Clause mandates only that ‘like cases’, or those who are the same in relevant ways, should be treated alike. In other words, its guiding principle condemns discriminations only among those who are relevantly similar. Thus comes the central question for equal protection analysis: When are cases ‘alike’, or when are people sufficiently similar in relevant respects, so that they must be treated the same? In its central range of operation, equal protection doctrine answers this question by applying a test of means-ends rationality to governmental classifications. The government can award driver’s licenses to those with good vision, while withholding licenses from the blind, because this classificatory scheme rationally advances a legitimate governmental interest in highway safety. Viewed in light of that interest, the blind and the sighted are not similarly situated: The blind are less likely to be safe drivers. By the same token, the government can classify thieves differently from nonthieves, and impose restraints on the former but not on the latter, because this difference in treatment promotes an interest in deterring theft. As already noted, the rational basis test used to test ordinary or nonsuspect classifications under the Equal Protection Clause closely parallels the rational basis test used in the post-Lochner era to assess economic regulatory legislation under the Due Process Clause. Perhaps for that reason, the equal protection test is similarly deferential in most applications. The Supreme Court hesitates to say either that the government’s ends or purposes are not legitimate or that there is no rational connection between ends and means. In a post-Lochner world, if the government chooses to tax the rich at a higher rate than the poor, or to assist dairy farmers but not cranberry growers, the Court will not second-guess its judgments.”.

⁷⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Outline of the U.S. legal system*. George Clark; Rosalie Targonski; Mildred Solá Neely (org.). Washington: United States Department of State, 2004. p. 70/71.

deferência à presunção de constitucionalidade da legislação democraticamente engendrada, o que, na grande maioria dos casos, não conduz à declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas perante a Suprema Corte Estadunidense⁷⁵.

Brown vs. Board of Education foi uma *class action* ajuizada por um grupo de treze pais de vinte estudantes negros, radicados na cidade Topeka, no Estado do Kansas. O autor cujo nome intitulou a demanda, Oliver L. Brown, era pai da estudante Linda Brown: a criança cursava a terceira série do ensino fundamental e, por causa da segregação racial permitida no respectivo Estado, tinha de andar seis quarteirões até o ponto de ônibus, de onde seria levada à *Monroe Elementary*, escola destinada a estudantes negros — distante uma milha (1,6 quilômetros); por outro lado, a *Summer Elementary*, que era uma escola destinada a estudantes caucasianos, ficava à distância de apenas sete quarteirões de sua residência. Os autores da demanda, assumidamente recrutados pela NAACP⁷⁶, questionavam a constitucionalidade da política pública de segregação racial escolar implementada pelo Topeka Board of

⁷⁵ FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 113/114: “Although the Supreme Court almost always accords great deference to legislative judgments in applying rational basis review, there are occasional exceptions. According to a recent study, the Court applied the rational basis test in 110 cases during the twenty-five-year period from 1971 to 1996. In 100 of those cases, the Court upheld the challenged statute or regulation, but in 10 cases, or about 9 percent of the total, the Court found a constitutional violation. What is more, the Court appeared to apply what the study’s author termed ‘heightened rationality’ review in all of the cases in which it found an equal protection violation. *United States Department of Agriculture v. Moreno* (1973) illustrates the pattern. *Moreno* held that federal statute offended equal protection principles by denying food stamps to ‘any household containing an individual who is unrelated to any other member of the household’. The Court might easily have upheld the statute by ruling that Congress could permissibly choose to subsidize only households that resemble traditional families. In determining eligibility for spending programs, Congress generally enjoys great flexibility to protect the public treasure by drawing lines, and lines that give preferences to families and family members are permissible in many contexts. Instead, despite its frequent assertions that legislation will be upheld if there is any imaginable basis on which it might be supported, the Court focused on what it said was the statute’s real purpose — to exclude ‘hippy’ communes from achieving eligibility. Pronouncing that ‘a bare congressional desire to harm a politically unpopular group cannot constitute a legitimate governmental interest’, the Court invalidated the challenged statutory exclusion. In contrast with the Court’s dominant line of highly deferential decisions, *Moreno* exhibits what might be termed an occasional or recessive willingness to engage in serious review of the substantive fairness of legislative classifications, even in ‘rational basis’ cases. Plainly implicit in this approach is an assumption that fairness is at least not wholly in the eye of the beholder. Although most legislative judgments may fall within a permissible range, some do not. It bears emphasis that the morally judgmental disposition reflected in *Moreno* is recessive only, at least in rational basis cases. The Court’s dominant tendency is to perform review so deferential as to amount to a rubber stamp. But the recessive disposition to assess the substantive fairness of legislative classifications refuses to disappear entirely. It crops up from time to time, sometimes in unexpected cases.”

⁷⁶ A sigla NAACP significa *National Association for the Advancement of Colored People*: um dos mais antigos grupos estadunidenses (fundado em 1909) a lutar pelos direitos civis.

Education, que assim agia com o respaldo de uma lei estadual do Kansas, datada de 1879, que permitia — mas não obrigava — o Estado a destinar escolas distintas para negros e brancos. Conforme orientado pela NAACP, no outono de 1951, o grupo de pais tentou matricular os respectivos filhos na escola mais próxima de sua residência, mas o Topeka Board of Education negou a matrícula de todos os estudantes, encaminhando-os às escolas destinadas aos negros.

A ação foi ajuizada originariamente na *District Court* do Kansas, que julgou improcedentes os pedidos, sob o baluarte da doutrina “*separate but equal*”, estabelecida no precedente *Plessy vs. Ferguson*. Em sede recursal, a causa foi reunida, para julgamento conjunto, com outros cinco recursos — todos patrocinados pela NAACP — que versavam sobre a mesma controvérsia jurídica (a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas em cotejo com a Décima Quarta Emenda constitucional): *Biggs vs. Elliott* (iniciado no Estado da Carolina do Sul); *Davis vs. County School Board of Prince Edward County* (originário do Estado da Virginia); *Gebhart vs. Belton* (oriundo do Estado de Delaware); e *Bolling vs. Sharpe* (vindo do Distrito de Columbia, Washington)⁷⁷. O caso *Brown* era o mais expressivo dessas demandas porquanto, diferentemente dos demais, no Estado do Kansas, os parâmetros objetivos entre as escolas de negros e brancos — currículo, capacitação do corpo técnico, acomodações, aparelhamento etc. — eram igualitários.

Na primavera de 1953, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América ouviu as sustentações orais do caso, mas não proferiu decisão. Novas sustentações orais foram feitas no outono daquele mesmo ano, quando, então, a Suprema Corte proferiu sua decisão, à unanimidade (nove votos a zero)⁷⁸. O julgado assentou que a interpretação a ser conferida à Décima Quarta Emenda Constitucional não deveria

⁷⁷ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483>>.

⁷⁸ FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 113/114: “In their initial deliberations, the Justices found themselves troubled and divided. However wrong segregation might be, some worried that they lacked an adequate legal basis to upset the rule that had prevailed for more than fifty years under *Plessy v. Ferguson*. They also worried that it might lie beyond the proper reach of judicial power to decree a revolutionary change in racial relations in a significant portion of the United States. (The disgrace of the *Lochner* era and the threat of Court packing lay less than twenty years in the past.) With early discussions ‘indicating a vote somewhere between five to four for sustaining school segregation and six to three for striking it down’, the Justices decided to take the unusual step of asking for a second round of arguments in the case. Before the second argument occurred, Chief Justice Fred M. Vison — who was generally unsympathetic to the challenger’s case — died, to be replaced by Earl Warren. With the *Brown* case in mind, Justice Felix Frankfurter is said to have remarked ‘[T]his is the first solid piece of evidence I’ve ever had that there really is a God’.”.

observar “fatores tangíveis” de comparação entre as escolas — como prédios e currículos —, mas avaliar os efeitos da segregação racial nas escolas públicas. Em acréscimo, a Corte também estabeleceu como parâmetro inicial da decisão que não retroagiria ao passado, analisando as razões e circunstâncias que orbitaram a aprovação da Décima Quarta Emenda, mas examinaria o integral desenvolvimento da educação pública, bem como o momento atual em que se encontrava⁷⁹.

A parcela da fundamentação dedicada ao *overruling* de *Plessy vs. Ferguson* e à própria *ratio decidendi* do julgado foi lacônica: em apenas três parágrafos a Corte estabeleceu que a doutrina do “*separate but equal*” não tinha espaço na educação pública, porquanto era intrinsecamente desigual e impunha aos negros, *ipso facto*, a pecha da inferioridade⁸⁰.

Como foi dito anteriormente, a brevidade da fundamentação — que sequer precisou empregar expressamente o *rational basis test* — constitui indicativo de que as mudanças sociais permitiam a nova exegese imprimida pela Suprema Corte estadunidense à Décima Quarta Emenda constitucional⁸¹, sobretudo quando se considera a interpretação do sentido original da aludida Emenda⁸². No entanto, a Corte fora cautelosa ao implementar sua decisão: uma terceira rodada de sustentações orais foi promovida pelo Tribunal para que fosse avaliada a questão da efetiva aplicabilidade da decisão. O *overruling* de *Plessy vs. Ferguson*, é necessário notar, afastou a *ratio decidendi* do *separate but equal* para a educação pública, mas, aos poucos, a Corte, em decisões ulteriores, ampliou o baluarte de *Brown vs. Board of Education*, nulificando a

⁷⁹ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483>>.

⁸⁰ Acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483>>.

⁸¹ Esta brevidade na fundamentação do caso demonstra a incorreção da ideia comumente aceita e repetida pela doutrina de que o *overruling* será sempre acompanhado de robusta justificativa. A mudança na prática social ou jurisprudencial poderá, como na hipótese, ser suficiente para justificar a mudança de orientação. Em sentido contrário DIDIER JURNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil volume 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 396: “A decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente.”.

⁸² FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 113/114: “Under Warren’s leadership, the Court ruled by a stunning vote of 9-0 that legally mandated segregation in public education violated the Equal Protection Clause. Historical inquiries, conducted by the parties at the Court’s request, gave the Justices little help in reaching that conclusion: At best, the history revealed no clear intent to abolish discrimination in public education. At worst, it showed an understanding of education as a less than fundamental right with respect to which race-based separations were permitted. But the Court refused to be deterred.”.

segregação nos demais espaços públicos. No entanto, foi somente em 1967, treze anos depois do caso *Brown*, portanto, que a Corte declarou a inconstitucionalidade das legislações que proscreviam o casamento interracial⁸³. O *overruling* de *Plessy* por *Brown* pode certamente ser elencado como a mudança de entendimento que mais mudanças sociais ocasionou na sociedade estadunidense no século passado.

1.2.2. BINDING EFFECT

O *binding effect* é, literalmente, o efeito vinculante: traduz a ideia de que as decisões proferidas pelas cortes obrigam os órgãos que a elas estão hierarquicamente submetidos à observância obrigatória daquele conteúdo⁸⁴. Não só, entretanto, os demais órgãos judiciais ficam submetidos à observância obrigatória dos precedentes, mas também os órgãos componentes da Administração Pública que se encontram sob a jurisdição da corte que proferiu a decisão e os próprios particulares⁸⁵. A partir do *binding effect*, os órgãos judiciais submetidos hierarquicamente à corte que prolatou a decisão passam a ter menor amplitude na apreciação de novos casos, eis que limitados pela prévia hermenêutica consubstanciada no precedente⁸⁶. Sendo o *binding effect*, portanto, uma determinação superior — que funciona efetivamente de cima para baixo, como uma ordem coercitiva — a observância da decisão se impõe de maneira quase

⁸³ FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 119/120.

⁸⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Outline of the U.S. legal system*. George Clark; Rosalie Targonski; Mildred Solá Neely (org.). Washington: United States Department of State, 2004. p. 13.

⁸⁵ FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 1/2. LAWSON, Gary. *The constitutional case against precedent*. Harvard Journal of Law and Public Policy. Volume 17, Number 1. Winter 1994. p. 30.

⁸⁶ SHREVE, Gene R.; RAVEN-HANSEN, Peter. *Understanding civil procedure*. 4. ed. Washington – DC/USA: Lexis Nexis, 2009. p. 570/571: “When a legal issue arises for the first time, trial and appellate courts have the latitude to choose from among competing rules of law, declaring and applying the one which seems the best. Stare decisis denies courts the same flexibility when the legal issue recurs in subsequent cases, binding them instead to the approach of the prior case (precedent). The doctrine has been described by one commentator as fostering a ‘blind imitation of the past’. In stifling a continuing search for the best legal answers, stare decisis bears a considerable burden of justification. It is justified by the fact that our judicial process could not cope with the strains which would be caused if legal reexamination was routinely available. Routine reconsideration of the correctness or propriety of binding precedents would be enormously destructive. Any one at any time can initiate litigation, and if any litigant on the wrong side of the law could force a full dress reconsideration of settled points simply by filing a complaint, it would not only weaken public reliance on the law, but would require judges to hear endless reargument of the same issue. [...] the very purpose of stare decisis is to settle future legal controversies.”

inarredável⁸⁷. Designa-se *controlling precedent* aquela decisão que se mostra suficientemente adequada (*apposite*) e necessariamente aplicável ao caso subsequente.

Todavia, não obstante a cogência inerente ao *binding effect*, sua eficácia nem sempre será absolutamente inexorável ou inevitável. Ao contrário, existe uma multiplicidade de situações nas quais um precedente proveniente de corte hierarquicamente superior não será seguido, ao lado de inúmeras técnicas reconhecidamente adotadas pelos órgãos judiciais submetidos ao *binding effect* — e doutrinariamente explicitadas — por meio das quais se mostra possível evitar a eficácia vinculativa do *controlling precedent*.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que nem todas as decisões proferidas pelas cortes superiores são vinculativas: podem as cortes declarar expressamente que as razões de determinada decisão não estão dotadas de eficácia vinculante em relação aos órgãos subalternos. Embora a regra seja o *binding effect*, a prática judicial estadunidense demonstra que, hodiernamente, ao menos no que se refere ao Poder Judiciário federal — excetuada a Suprema Corte —, a maioria das decisões declara expressamente sua eficácia não-vinculante⁸⁸. Quer por razões de amadurecimento da controvérsia, quer por questões mais práticas, relacionadas à implementação do conteúdo das decisões, o fato é que nem todos os precedentes oriundos das instâncias superiores têm efeito vinculante e, portanto, nem sempre os órgãos judiciais subalternos terão inevitavelmente de segui-los. Vale reiterar, entretanto, que o *binding effect* constitui regra e que somente de maneira excepcional, quando expressamente declarado pela própria corte, os precedentes não serão dotados de eficácia vinculante.

Outrossim, nem sempre, é de se sublinhar, o órgão judicial hierarquicamente inferior intenta efetivamente deixar de reproduzir, no caso levado à sua análise, o conteúdo do precedente, mas, por vezes, isso pode ocorrer. É preciso, portanto, estabelecer a distinção entre duas situações extremadas: numa primeira

⁸⁷ SHREVE, Gene R.; RAVEN-HANSEN, Peter. *Understanding civil procedure*. 4. ed. Washington – DC/USA: Lexis Nexis, 2009. p. 572/573.

⁸⁸ SHREVE, Gene R.; RAVEN-HANSEN, Peter. *Understanding civil procedure*. 4. ed. Washington – DC/USA: Lexis Nexis, 2009. p. 572: “In addition, some decisions are designated by appellate courts as non-precedential and thereby not controlling on lower courts. The practice has become widespread in federal courts of appeal. ‘Today, the vast majority of opinions from the federal appellate courts are designated as non-precedential’. Amy E. Sloan, A Government of Laws and Not Men: Prohibiting Non-Precedential Opinions by Statute or Procedural Rule, 79 Ind. L.J. 711, 718 (2004).”.

vertente, o órgão judicial inferior cresce e expande a interpretação firmada anteriormente (*abinding and expanding*); numa segunda conjectura, nominada *defiance*, ignora ou afronta intencionalmente a ordem hierárquica e decide de maneira contrária àquela estabelecida pelo *controlling precedent*⁸⁹. Na maioria das vezes, entretanto, o afastamento da incidência dos *controlling precedents* ou a ampliação de seu conteúdo, embora possa eventualmente se aproximar de um ou de outro extremo, não está relacionada ao alvedrio dos órgãos inferiores, mas decorre de circunstâncias específicas do precedente ou do caso a ser decidido.

1.2.2.1. RATIO DECIDENDI, OBITER DICTUM, DEFIANCE E DISTINGUISHING

Primo icto oculi, poderia parecer simples a ideia decorrente do *binding effect* de que os precedentes devem ser observados. Não é, entretanto, tão simples quanto poderia aparentar: aplicar o precedente implica, em última análise, estabelecer relações de similitude ou dessemelhança entre duas conjecturas, o que perpassa também pela operação de encontrar no próprio precedente e dele extrair a regra geral aplicável ao caso ulterior⁹⁰. Em regra, é o *holding* — igualmente designado *ratio decidendi*⁹¹ — do precedente que é dotado de *binding effect*. Isso ocorre porquanto o dispositivo do julgado refere-se à norma individual aplicável às partes do processo. É somente a lógica

⁸⁹ SHREVE, Gene R.; RAVEN-HANSEN, Peter. *Understanding civil procedure*. 4. ed. Washington – DC/USA: Lexis Nexis, 2009. p. 572: “The principle [of the binding effect] is widely but not universally honored. Atiyah & Summers suggest that, while lower courts entirely lack the authority to overrule precedents of their hierarchial superiors, note 287, supra, at 123, they will sometimes ignore them, ‘even though the American theory of precedent does not fully acknowledge the practice in so many words’.”

⁹⁰ SHREVE, Gene R.; RAVEN-HANSEN, Peter. *Understanding civil procedure*. 4. ed. Washington – DC/USA: Lexis Nexis, 2009. p. 571/572: “First, the stare decisis effect of a case must derive from a well-articulated statement of law that was necessary to explain the decision there. It may be possible to avoid stare decisis either by arguing that the court has not yet clearly formed a principle and the law is still in a state of flux, or that the principle offered for stare decisis effect is not a rule necessary to explain the decision, but is instead only a rule mentioned in passing – dictum. Second, it may be possible to avoid a rule argued for its stare decisis effect by challenging the applicability of the rule to the facts of the succeeding case. ‘The scope of a rule of law, and therefore its meaning, depends upon a determination of what facts will be considered similar to those present when the rule was first announced’. The process of determining whether the facts of two cases are sufficiently similar (apposite) that the first serves as precedent for the second, or sufficiently dissimilar that the first is factually distinguishable and hence without binding effect, is at the heart of legal analysis. One must try to determine what policies supported the rule of the first case and the extent to which those policies are implicated in the facts of the second. Factual differences may take the succeeding case out of the sweep of the prior rule. At the same time, cases are rarely if ever entirely identical. One must be alert to the possibility of extending the prior rule of decision to cover new facts.”

⁹¹ FELETTI, Vanessa Maria. *Súmulas vinculantes, hermenêutica e jurisdição constitucional: um estudo sobre a interpretação e aplicação das súmulas vinculantes sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais na tarefa de julgar*. Campinas/SP: Servanda, 2013. p. 88/89.

normativa extraída do raciocínio hermenêutico realizado no bojo da fundamentação que se reconhece como vinculativo e, portanto, com eficácia *erga omnes*, eis que adaptável, *mutatis mutandis*, às situações análogas, idênticas ou similarmente situadas⁹².

Estabelecer qual parte do *controlling precedent* constitui o *holding* nem sempre se apresenta uma tarefa simples: é preciso distinguir, dentre todo o corpo

⁹² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil volume 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 381/383: “De acordo com 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’. Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, deve-se entender que o que tem caráter obrigatório ou persuasivo é a sua ratio decidendi, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente. A ratio decidendi – ou, para os norte-americanos, a holding – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. ‘A ratio decidendi (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (rule of law)’. Ela é composta: (i) da indicação dos fatos relevantes da causa (statement of material facts), (ii) do raciocínio lógico-jurídico da decisão (legal reasoning) e (iii) do juízo decisório (judgement). ‘Para a correta inferência da ratio decidendi, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada ratio decidendi; caso contrário, a resposta será positiva’. Nem sempre, porém, tal como adverte Roger Stiefelmann Leal, é fácil identificar a ratio decidendi, o que configura uma das principais dificuldades verificadas na aplicação prática do efeito vinculante do precedente judicial. É importante assentar o seguinte: ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise. Um exemplo pode vir a calhar: o art. 1.102-A do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de ‘prova escrita’ que não tenha eficácia de título executivo. ‘Prova escrita’ é termo vago. O STJ decidiu que ‘cheque prescrito’ (n. 299 da súmula do STJ) e ‘contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário’ (n. 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir de casos concretos, criou ‘duas normas gerais’ à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior. Note que a formulação desses enunciados sumulados não possui qualquer conceito vago, não dando margem a muitas dúvidas quanto à sua incidência. Como se percebe, à luz de uma situação concreta, o magistrado termina por criar uma norma jurídica que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso – por exemplo, ‘cheque prescrito’ se enquadra no conceito de ‘prova escrita’ de que fala o art. 1.102-A do CPC. Essa tese jurídica é o que chamamos de ratio decidendi. Ela deve ser exposta na fundamentação do julgado⁷, porque é com base nela que o juiz chegará, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo. Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque, tal como ocorre com os princípios gerais a que se chega por raciocínio indutivo, a tese jurídica (ratio decidendi) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída – por exemplo, com base nela é possível admitir, em qualquer outra situação concreta, a ação monitória para cobrança de cheque prescrito. Eis aí a essência do precedente: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes. Afora essa norma jurídica geral, que é delimitada na fundamentação do julgado, o magistrado constrói outra norma, desta feita individual, que é lançada no dispositivo da decisão e tem por objetivo tão-somente reger a situação em exame naquele processo. Trata-se, como cediço, da conclusão a que chega acerca da procedência ou improcedência da demanda (ou das demandas) formulada no processo. É esta norma jurídica, e somente ela, que tem aptidão para ficar acobertada pela coisa julgada material.”.

argumentativo do julgado, quais parcelas são aptas a justificar o dispositivo e, em seguida, concatenar tais ideias para, delas, extrair o sumo, a regra geral. Em um acórdão como o de *Planned Parenthood vs. Casey*, no qual inúmeras opiniões foram emitidas — dentre divergentes e convergentes, e nestas aquelas que embora chegando à mesma conclusão, empregam fundamentação jurídica distinta —, nem sempre é possível realizar, de maneira objetiva, o encargo de estabelecer o *holding*⁹³. Assim, a própria

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 222/228: “Não há sinal de acordo, no common law, acerca de uma definição de ratio decidendi ou mesmo um método capaz de permitir sua identificação. De qualquer forma, dada a sua notoriedade, devem ser referidos o denominado teste de Wambaugh e o método de Goodhart. Para Wambaugh, ratio decidendi é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma. O jurista descreve o modo como o teste deve ser feito. Antes de tudo há de ser cuidadosamente formulada a suposta proposição de direito. Após deve inserir-se na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Então é necessário perguntar se, caso o Tribunal houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Sendo a resposta afirmativa, o caso não é um precedente para a proposição; em hipótese negativa, o caso tem autoridade para a proposição original. Wambaugh resume seu teste dizendo que a proposição ou doutrina do caso, a razão da decisão, a ratio decidendi, deve ser uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra maneira. Diante do teste de Wambaugh, invertendo-se o sentido da proposição tomada em conta pelo tribunal, a sua decisão não pode ser a mesma para que a proposição constitua ratio decidendi. A proposição com sentido invertido – portanto, outra proposição – faria com que o caso fosse decidido de outra maneira. Se a nova proposição gera igual decisão, a proposição original, em vez de constituir ratio decidendi, representa obter dictum. O teste de Wambaugh – bastante próximo ao de Vaughan C.J., formulado no século XVII – é apontado como falho pela doutrina contemporânea do common law. A principal razão para tanto advém da situação de que a Corte baseia sua decisão em dois fundamentos que, separadamente, podem levar à mesma solução. Quando o significado de um dos fundamentos é invertido, o outro fundamento é suficiente para preservar a decisão ou para impedir a alteração da conclusão. Assim, o teste de Wambaugh, no sentido de que a inversão da proposição faria com que o caso fosse decidido de outra forma, não vale quando o caso se baseia em dois fundamentos que, isoladamente, podem conduzir à mesma solução. Na verdade, nessa situação o teste de Wambaugh faria com que as proposições sempre fossem obter dicta, já que nenhum dos fundamentos seria necessário para a decisão. O método de Goodhart dá maior ênfase aos fatos do que o teste de Wambaugh. Propõe que a ratio decidendi seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz. Goodhart apresentou seu método em ensaio que apareceu publicado, pela primeira vez, no Yale Law Journal, em dezembro de 1930. Este ensaio, intitulado Determining the ratio decidendi of a case, tornou-se a base de todas as investigações posteriores acerca do tema, no common law. De acordo com Goodhart, a ratio decidendi, a que se refere constantemente como ‘principle of a case’, não é encontrada nas razões ou na rule of law apresentadas ou estabelecida na opinion. Também não é necessariamente encontrada mediante a consideração de todos os fatos averiguáveis do caso e na decisão judicial. Para Goodhart, a ratio é identificada mediante a consideração dos fatos tratados pelo juiz como materiais ou fundamentais e da sua decisão neles baseada. Melhor explicando: para Goodhart é necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir. Mas, para a ratio, além dos fatos que o juiz considerou materiais, também seria importante a decisão que neles se fundou. [...] Frise-se que a doutrina de Goodhart dá importância ao princípio de que os casos iguais devem ser tratados da mesma forma (treat like cases alike). Qualquer corte que se considerar vinculada pelo precedente deve chegar à mesma conclusão a que chegou no caso anterior, a menos que o caso sob julgamento tenha outros fatos que possam ser tratados como materiais, ou que fatos considerados materiais no caso anterior agora estejam ausentes. Deixando-se de lado o teste de Wambaugh e o método de Goodhart, que não poderiam ser esquecidos em virtude da sua notoriedade no common law, importa deixar claro que a identificação da ratio decidendi sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a ratio seria a decisão a respeito deles, e outro com as

Continua...

delimitação da regra firmada pelo precedente pode consistir óbice ao *binding effect*. Mas mesmo quando a regra se apresente razoavelmente bem delimitada, sua interpretação poderá variar, bem como sua extensão.

O *obiter dictum*, ou *obiter dicta* — expressão que designa as “coisas ditas de passagem” — também pode, embora constitua parcela que não se reconhece como dotada de *binding effect*, ter carga indicativa e, portanto, dificultar a tarefa de individualizar o *holding* da decisão: esta distinção entre *obiter dictum* e o *holding* pode confundir o próprio aplicador do precedente, quer fazendo-o considerar *holding* aquilo que é *dictum* quer o inverso — e aqui, mais uma vez, se constata que o *binding effect*, em verdade, não se traduz tão previsivelmente, como o resultado de uma operação aritmética⁹⁴. Os *dicta*, assim compreendidos como a parcela da fundamentação

razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que enunciam a regra que dá solução ao caso. Não há dúvida de que o método fático é restritivo quando comparado ao normativo. Isso não apenas porque fatos não se repetem e, portanto, nunca são os mesmos, mas também porque as circunstâncias fáticas variam de acordo com as particularidades dos casos — que, em abstrato, podem ser identificados em uma mesma espécie ou classe. Porém, quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, e, assim, não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade, mais claramente o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma. As razões para o encontro da solução do caso são imprescindíveis para a compreensão racional do precedente e do caso sob julgamento. O método fático importa como auxiliar, capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso tratado no precedente (*precedent case*), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática do caso dentro da moldura do precedente. Lembre-se, com efeito, que a distinção entre situações concretas apenas tem razão de ser quando representam hipóteses que, numa perspectiva valorativa e jurídica, efetivamente reclamam tratamento diferenciado.”

⁹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil Volume 2: teoria geral da prova, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 383/385: “O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha eficiência relevante e substancial para a decisão (‘prescindível para o deslinde da controvérsia’). Normalmente é definido de forma negativa: é *obiter dictum* a proposição ou regra de Direito que não compuser a *ratio decidendi*. É apenas algo que se fez constar ‘de passagem’, não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão. ‘O exemplo mais visível de utilização de um *dictum* é quando o tribunal de forma gratuita sugere como resolveria uma questão conexa ou relacionada com a questão dos autos, mas que no momento não está resolvendo’. Essa é uma distinção muito importante. A coisa julgada vincula as partes à decisão do objeto litigioso (a solução da questão principal apresentada no dispositivo da decisão) de um determinado caso concreto. Quando se estuda a força vinculativa dos precedentes judiciais (enunciado da súmula da jurisprudência predominante de um tribunal, por exemplo), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação. Assim, as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada. Configura exatamente o que Luiz Guilherme Marinoni chama de norma jurídica criada pelo magistrado, à luz do caso concreto, a partir da conformação da hipótese legal de incidência às normas constitucionais. Só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada. ‘É certamente em decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos

Continua...

desnecessária ou dispensável para a conclusão, podem ser dotados de eficácia persuasiva considerável, ao ponto de, em algumas hipóteses, serem confundidos com a própria *ratio*, o que demonstra a clara dificuldade do estabelecimento de um critério objetivo para distinguir a parcela vinculante do *controlling precedent* do capítulo persuasivo da decisão⁹⁵.

Por vezes, é fato, a *ratio decidendi* se apresenta dedutível do próprio dispositivo do julgado, a exemplo do acórdão proferido em *Brown vs. Board of Education*, no qual a declaração de inconstitucionalidade da política de segregação racial nas escolas públicas implica o próprio reconhecimento de que tal prática afronta a cláusula do tratamento isonômico. No entanto, como se percebe, é possível conceber a existência de grande parcela de “liberdade” interpretativa no estabelecimento do *holding* de determinado julgado. Mesmo no que se refere à amplitude, como se pôde perceber durante a análise do *overruling* de *Plessy vs. Ferguson*. Embora se trate aqui de *stare decisis stricto sensu*, o raciocínio pode ser trasladado para o *binding effect*. Note-se que, alhures, a Suprema Corte ampliou o *holding* de *Brown vs. Board of Education* para outras hipóteses de segregação racial, que não incluídas na educação pública

precedentes, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado’. Tudo isso nos leva a uma importante advertência: não bastasse a exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações. há algumas questões interessantes trazidas por Marcelo Souza sobre o assunto: (i) se uma decisão traz mais de um motivo como fundamento de sua decisão (mais de uma *ratio decidendi*), tem-se entendido que todas as *rationes* obrigam, ‘não podendo o tribunal, em caso posterior, escolher simplesmente uma dentre elas como obrigatória e relegar a(s) outra(s) à qualidade de *dictum*’; (ii) num julgamento proferido por órgão colegiado, se, a despeito de chegar a um mesmo resultado, os membros do colegiado o fazem por razões diversas, tem-se entendido que falta *ratio decidendi* discernível ‘e, portanto, está a corte do caso posterior livre para decidir com base em outro parâmetro’; (iii) por fim, se for difícil identificar a *ratio decidendi* de uma decisão, seja porque a sua fundamentação é insuficiente, seja porque não há uma tese jurídica bem delineada, entende-se que ela deve ser considerada desprovida de *ratio* ‘e, por conseguinte, de autoridade obrigatória’.”.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 236/237 e 243/244: “Lembre-se que o tribunal, em alguns casos, trata de pontos irrelevantes cuja análise sequer precisaria ser feita e que, portanto, acaba representando um excesso de argumentação. Esse tipo de *obiter dictum* certamente não tem o mesmo significado da *obiter dictum* que trata de maneira aprofundada de ponto de direito relacionado ao caso. [...] Diante da diferença entre essas *obiter dicta*, a doutrina fala em *judicial dictum* e em *gratis dictum*. Atribui-se tais denominações ao *obiter dictum* com grande efeito persuasivo, reservando-se o tradicional título *obiter dictum* às proposições que tratam de questões não relevantes e periféricas. [...] Mais visível, para demonstrar que o *stare decisis* é um sistema de casos, é a tendência de negar a qualidade de *ratio decidendi* às decisões acerca de questões que, isoladamente, poderiam conduzir a uma solução favorável, porque o caso foi resolvido mediante a análise de outra questão, a elas cumulada. Nessas situações, aliás, chega-se a admitir que a Corte inferior pode se considerar obrigada em face das razões não necessárias à decisão, as quais, então, deixam de ser vistas como *dicta* e passam a ser consideradas um *ratio decidendi* alternativa.”.

(impedindo a separação em parques, calçadas, bebedouros etc.), regra originariamente extraída daquele julgado. Assim, a própria extensão ou amplitude da exegese do *holding* na aplicação do *binding effect* constitui um fator determinante para que se estabeleça em que escala ou em que medida o precedente será apto a influir nos julgados ulteriores⁹⁶.

No entanto, mesmo quando se pressupõe a existência de uma *ratio decidendi* bem delimitada, é preciso que se estabeleça uma necessária correlação entre o precedente e o caso a ser decidido: isto é, individualizar um núcleo de identidade entre ambas as hipóteses, aos menos no que se refere aos traços característicos mais relevantes quanto à necessidade de tratamento igualitário. Se isonomia traduz a ideia de que casos diferentes merecem tratamentos distintos e de que casos iguais demandam soluções idênticas, o estabelecimento do juízo de similitude e adequação (*apposite*) entre duas hipóteses fáticas — por vezes distantemente situadas cronologicamente e historicamente — constitui um entrave ao a *binding effect* e, simultaneamente, seu pressuposto lógico: somente se poderá conceber a incidência de um precedente dominante (*controlling precedent*) sobre um caso *sub judice* quando houver identidade ou similitude suficiente entre as duas situações, ao menos no que se refere aos critérios tidos como relevantes à hipótese (tanto no âmbito fático quanto no campo jurídico). Daí a ideia de *distinguishing*, isto é, de diferenciação entre o precedente e o caso *sub judice*: o *distinguishing* é o resultado da operação de cotejo entre o precedente e o caso *sub judice* que resulta numa conclusão negativa, de ausência de similitude suficiente para justificar a aplicação idêntica de soluções jurídicas. O resultado positivo da operação de cotejo entre o precedente e o caso *sub judice* é uma situação de adequação (*apposite*)⁹⁷. A questão aqui é que o estabelecimento de um âmagio de similitude somente se justificará na própria fundamentação do julgado que aplica, afasta, amplia ou restringe a *ratio decidendi* consubstanciada na decisão anterior.

⁹⁶ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1544: “As precedents multiply, the judges must evaluate the applicability and merits of more and more cases, and their relationship to each other. On top of that, the judges must apply the Court’s (shifting, selective, inconsistent, non-per-se) stare decisis analysis, to determine when a decision or decisions can and should be overruled, in whole or in part, and what constitutes the ‘essential holding’ of a precedent. This can involve a lot of additional work.”.

⁹⁷ FELETTI, Vanessa Maria. *Súmulas vinculantes, hermenêutica e jurisdição constitucional: um estudo sobre a interpretação e aplicação das súmulas vinculantes sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais na tarefa de julgar*. Campinas/SP: Servanda, 2013. p. 99. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil Volume 2: teoria geral da prova, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 392/394.

O *defiance* (afronta), por sua vez, ocorre quando a corte que deveria se curvar ao entendimento sedimentado por um *controlling precedent* decide ignorá-lo ou a ele negar vigência. Para que ocorra o *defiance* (afronta), necessária é a conjugação dos seguintes fatores: um *holding* bem delimitado, uma efetiva relação de identidade ou similitude relevante entre o *controlling precedent* e o caso *sub judice* — isto é, não se trata de *distinguishing* —, e a existência de um tribunal que, em virtude de sua hierarquia, não tem o poder de modificar a orientação firmada no precedente, devendo submeter-se ao *binding effect*. Obviamente o *defiance* constitui exceção no sistema jurídico estadunidense e, em regra, se apresenta em hipóteses nas quais os órgãos subordinados discordam flagrantemente da decisão proferida pela corte subordinante. O *defiance* é o limite e a pedra de toque da questão que envolve a relação entre o *binding effect* e o implementador do precedente, que será tratada no tópico seguinte.

1.2.2.2. O PAPEL DO IMPLEMENTADOR DO BINDING EFFECT E O RATIONALE

Assim como a aplicação da lei depende, em maior ou menor escala, do aplicador da norma, a observância obrigatória das regras estabelecidas pelos precedentes também perpassa pela discricionariedade dos implementadores do *binding effect* — assim compreendidos como os órgãos responsáveis por conferir concretude ao precedente (que diferem dos destinatários). As cortes inferiores, a depender da conjectura histórica, social, política e econômica, podem deixar de prestar deferência aos precedentes empregando inúmeras técnicas jurídicas aptas a mitigar, restringir (*narrow*), ou mesmo afastar definitivamente a influência dos precedentes. Dado que nem todas as decisões proferidas pelas cortes subordinadas são necessariamente reanalisadas pelos tribunais subordinantes⁹⁸, é possível que, ao menos no que se refere a determinada parcela territorial, a decisão não seja efetivamente acatada.

⁹⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. (trad.) Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 480: “Diferentes medidas são tomadas para evitar o acúmulo de causa; é necessário, em 90% dos casos, obter do tribunal [Suprema Corte dos Estados Unidos da América] um writ of certiorari, fazendo valer special and important reasons, se se quiser que o tribunal conheça de uma questão e dê a seu respeito uma decisão adequada. O Supremo Tribunal apenas aceita, aproximadamente, um de cada doze questões que lhe são apresentadas através do certiorari, ainda que sejam suficientes quatro votos para promover a retenção de um processo. O tribunal só redige decisões em cerca de cento e trinta a cento e sessenta casos por ano; a maior parte das vezes, julga o interesse da questão insuficiente para justificar a sua intervenção e limita-se a declarar esta circunstância.”

A eficácia do *binding effect*, portanto, depende também daqueles que devem implementar a regra estabelecida pelo precedente⁹⁹. Como foi visto no tópico anterior, de uma escala que varia entre o *defiance* e o *abinding and expanding* (ou *widen*), as cortes subordinadas tendem a se localizar em algum lugar próximo ao meio da escala¹⁰⁰: honrar as normas que são extraídas dos precedentes — afastando-se da desestruturação hierárquica advinda do *defiance* — e, simultaneamente, aplicá-las de maneira cautelosa, evitando a ampliação desmedida do *essential holding*, o que se resume em um “meio-termo”, decorrente da pressuposta boa-fé dos órgãos subordinados.

É de se concordar também, vale observar, que os precedentes mais efetivos e longevos tendem a ser aqueles que, em primeiro lugar, estabelecem claramente o *holding*, como uma sólida posição interpretativa da corte, e, em segundo

⁹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Outline of the U.S. legal system*. George Clark; Rosalie Targonski; Mildred Solá Neely (org.). Washington: United States Department of State, 2004. p. 162/163: “A judge’s own personal policy preferences will also have an effect upon the interpretation he or she gives to a high-court policy. Judges come to the courts with their own unique background characteristics. Some are Republican, others are Democrat; one judge may be more lenient, another strict. They come from different regions of the country. Some have been prosecutors; others have been primarily defense lawyers or corporate lawyers. In short, their backgrounds may influence their own particular policy preferences. Thus the lower court judges may read their own ideas into a higher-court policy. The result is that a policy may be enthusiastically embraced by some judges yet totally rejected by others. Judges who favor and accept a higher court’s policy will naturally try to enforce it and perhaps even expand upon it. Some judges even have risked social ostracism and various kinds of harassment in order to implement policies they believed in but that were not popular in their communities. Judges who do not like a higher court’s policy decision may implement it sparingly or only under duress. A judge who basically disagrees with a policy established by a higher court can employ a number of strategies. One rarely used strategy is defiance, whereby a judge simply does not apply the higher court’s policy in a case before a lower court. Such outright defiance is highly unusual. Other strategies are not so extreme. One is simply to avoid having to apply the policy. A case may be disposed of technical or procedural grounds so that the judge does not have to rule on the actual merits of the case. It may be determined, for example, that the plaintiff does not have standing to sue or that the case has become moot because the issue was resolved before the trial commenced. Lower-court judges sometimes avoid accepting a policy by declaring a portion of the higher-court decision to be ‘dicta’ (Latin, meaning an authoritative declaration), Dicta refers to the part of the opinion that does not contribute to the central logic of the decision. It may be useful as guidance but is not seen as binding. What constitutes dicta is open to varying interpretations. Another strategy used by judges who are in basic disagreement with a judicial policy is to apply it as narrowly as possible. One method is for the lower-court judge to rule that a precedent is not controlling because factual differences exist between the higher-court case and the case before the lower courts. That is, because the two cases may be distinguished, the precedent does not have to be followed. At times the lower courts must decide cases for which no precise standards have been provided by the higher courts. Whenever this occurs, lower-court judges must turn elsewhere for guidance in deciding a case before them. One study notes that lower-court judges in such a position ‘may take their cues on how to decide a particular case from a wide variety of factors including their party affiliation, their ideology, or their regional norms’.”

¹⁰⁰ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. (trad.) Jean Melville. Sumaré: Martin Claret, 2002. p. 175: “acredito que o excesso, mesmo o da razão, nem sempre é desejável, e que os homens, quase sempre, acomodam-se melhor nos meios que nos extremos”.

lugar, servem como *standards* (protótipo, padrão ou modelo). Isso significa que o precedente deve reunir duas características basilares: expressar uma norma jurídica que seja sedimentada em um entendimento sólido, evitando a possibilidade de se vislumbrar a recalitrância ou a possibilidade de oscilação, e ser suficientemente estável para servir como parâmetro orientativo, mas concomitantemente maleável o bastante para ser adaptável a outras hipóteses similares¹⁰¹.

O fato é que, mesmo diante dessas características, o alvedrio do órgão que deve conferir concretude ao *holding* influencia na eficácia do *binding effect*. A relativa discricionariedade que os implementadores — cortes subordinadas e demais órgãos estatais — gozam, quer no que se refere ao *distinguishing* quer no que se refere à amplitude na aplicação do *holding*, determina quão efetivo será o *binding effect*. Daí surge um ponto relativo à legitimação das decisões que não decorre do dilema contramajoritário do Poder Judiciário¹⁰²: mesmo no âmbito do *binding effect*, a fundamentação das decisões judiciais precisa ser persuasiva o suficiente para garantir que os órgãos subordinados conferirão adequada aplicação dos seus preceitos normativos¹⁰³. Esta é curiosamente uma constatação que, concomitantemente, se opõe e se assenta na autoridade das decisões judiciais: ao mesmo tempo em que se reconhece a autoridade da decisão dotada de eficácia vinculante também se lhe reconhece uma mitigação em face da autoridade decorrente das decisões e atos emanados de outros órgãos que compõe a estrutura jurídico-sistemática.

¹⁰¹ FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. p. 1199: “It is one thing to say that a precedent should be followed. It is another to say precisely what it means to follow precedent. This is not an easy question to answer. As a writer of an earlier generation remarked, ‘Yet when one asks, how does one determine the legal significance of judicial precedents?—one finds only fragmentary answers in authoritative materials and no entirely satisfactory theory offered by the writers who have dealt with the subject’. That seems to remain true today. In various legal systems, precedent may be used as the basis for an analogy, or seen as exemplifying a general principle, or as establishing a binding rule. Anglo-American law has also been unclear: ‘The precedent has been viewed as limited to the ‘decision’ on the ‘material facts’ as seen by the precedent court, or the same as seen by the nonprecedent court; for others, the term means the ‘rules’ formulated by the precedent court; for still others, the term includes the reasons given for the rules formulated’. In rough terms, the dispute over the treatment of precedent can be seen in the familiar distinction between legal rules and standards. This distinction itself is not razor sharp, but the gist can be seen by comparing ‘do not exceed 65 m.p.h.’ (a rule) with ‘do not drive faster than conditions allow’ (a standard). Thus, the Wisconsin Interstate’s speed limit is a rule; the Autobahn follows a standard.”.

¹⁰² BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven/MA, London/UK: Yale University Press, 1962. p. 16/17.

¹⁰³ DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004. p. 72.

Embora a decisão de órgão judicial hierarquicamente superior seja dotada de autoridade, tal característica não anula a autoridade das decisões dos órgãos hierarquicamente inferiores, bem como a dos atos emanados dos demais órgãos do Poder Público. Assim, num cenário ordinário, em que as decisões superiores são observadas na exata medida em que foram proferidas — ou o mais próximo possível dessa conjectura —, o *binding effect* se operacionaliza de maneira natural: como fator decorrente da própria estrutura estatal. Por outro lado, numa conjectura extremada, a negativa dos demais órgãos em observar o conteúdo de dada decisão pode expor até que ponto a autoridade dos precedentes se estende. Daí se extrai que a determinação do *holding*, ou melhor, o delineamento da parcela vinculativa do precedente, decorre de esforço conjunto e continuado (perene): somente se poderá constatar qual o *essential holding* — parcela vinculante da decisão — no momento da aplicação do precedente aos casos ulteriores¹⁰⁴.

Com efeito, observa-se que o verdadeiro delineamento do *holding* não ocorrerá no momento em que a decisão é proferida, mas em instante cronologicamente ulterior, quando se aplicar o precedente aos casos posteriormente julgados¹⁰⁵. O papel dos implementadores da decisão, portanto, assume posição de destaque no que se refere à efetividade dos precedentes, porquanto somente com a atividade destes se poderá

¹⁰⁴ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 154: “a compreensão e a explicitação do sentido de um texto exigem uma compreensão anterior. Um precedente, como uma lei, é um texto jurídico que não ‘contém’ normas, que lhe possam ser extraídas. O precedente, como precedente, é inacessível: ele não ‘carrega’, por si mesmo, todas as suas hipóteses de aplicação.”. DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004. p. 28: “A decisão judicial precedente é uma espécie de trampolim, mediante o qual se salta de uma norma individual para a norma geral nela contida. A norma geral, ratio decidendi, ou princípio geral contido no precedente, não aparece definida por tudo aquilo que o juiz diz ao fundamentar a sentença. A literalidade das expressões não vincula, nem tampouco se limita à análise gramatical. Procura-se, com maior ou menor precisão, delimitar o holding (fundamento vinculante) dos dicta (opiniões pessoais que não têm força de precedente.”.

¹⁰⁵ FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. (trad.) Eduardo Saldanha. (rev.) Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 72: “O holding de um caso é a resolução de uma questão legal. Deve ser determinado a partir de uma análise dos fatos materiais, da decisão da corte e da motivação do juízo. Algumas vezes, a situação processual de um caso será relevante para definir o alcance do holding. Entretanto, em geral, é complicado saber quão restritiva ou ampla deverá ser a leitura do holding pela corte. Deve-se ir além de uma opinião judicial isolada (monocrática), para verificar como ela é compreendida, considerando também o histórico de outras decisões anteriores relacionadas à atual e os princípios gerais. O alcance preciso do holding pode não ficar claro até que tenha sido interpretado e aplicado em casos subsequentes.”.

vislumbrar em que medida os precedentes são vinculativos e qual a parcela de seu *holding* efetivamente contém o comando geral e abstrato oponível *erga omnes*¹⁰⁶.

Um exemplo bastará para ilustrar este ponto: o que se extrai do caso *Marbury vs. Madison*. Como se sabe, o aludido julgado resolveu a controvérsia travada entre William Marbury e o Secretário de Estado do então Presidente Thomas Jefferson, James Madison. Os fatos envolvidos na controvérsia eram, basicamente, os que se relembra perfunctoriamente a seguir.

O primeiro Presidente dos EUA, eleito sob a égide da Constituição, foi George Washington. Depois dos dois mandatos de *Washington* (cujo exercício se estendeu desde 30/04/1789 até 1797), o segundo presidente eleito dos EUA, John Adams, que era vice-presidente de *Washington* e filiado ao recém-criado partido Federalista, exerceu o cargo desde 04/03/1797 até 04/03/1801. Ciente da significativa diminuição da influência do seu partido no governo vindouro, devido à perda da eleição presidencial (do ano de 1800) e da maioria do Congresso para o partido Republicano, *Adams*, em uma tentativa de preservar a força partidária nos rumos do governo, sob a Lei orgânica (1801), nomeou inúmeras pessoas para o preenchimento de cargos de juiz. Devido ao grande número de indicações no curto interregno que antecedeu o fim do mandato *Adams* e também porque, durante o aludido interregno, John Marshall cumulava as funções de Chefe da Suprema Corte e Secretário de Estado, cerca de cinco destas nomeações não foram entregues antes do fim do mandato presidencial. Uma vez assumida a presidência, Thomas Jefferson proibiu seu secretário de Estado, James Madison, de entregar as nomeações — que, à época, constavam de cartas seladas com o

¹⁰⁶ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73: “Se por aqui a dogmática ainda não absorveu totalmente a lição de [Lenio Luiz] Streck de que o texto de um preceito normativo não se esgota com o sentido de que lhe deu o legislador, na common law é curial a noção de que o sentido de um precedente não se esgota com o sentido que lhe imprimiu o julgador que o decidiu. Aquele juiz, afinal, só pretendia resolver um caso concreto, não uma infinidade de outros. A própria noção de precedente resulta da possibilidade de novos juízes darem novos sentidos ao mesmo texto, e daí derivam todas as potencialidades de distinguir (to distinguish), ampliar (to widen) ou restringir (to narrow) o precedente, de acordo com as exigências do caso. Assim, muito embora o texto do julgado que serve como precedente seja necessariamente preexistente, fica autoevidente que o seu sentido o intérprete dará quando lhe der outra normação (e é por isso que o sistema também é conhecido como judge-made law).”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil Volume 2: teoria geral da prova, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 385: “em uma decisão, o órgão judicial não indica, expressamente, qual é a ratio decidendi — ressalvada a decisão que julga o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476-479 do CPC) ou o incidente de decretação de inconstitucionalidade (arts. 480-482 do CPC), que têm esse objetivo. ‘Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a norma legal (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta’.”.

carimbo presidencial. William Marbury, cuja nomeação para juiz de paz para o condado de Washington, no Distrito de Columbia estava entre estas cujas nomeações não foram entregues: decidiu, assim, pedir à Suprema Corte estadunidense, sob o pálio da Seção 13 do *Judiciary Act* 1789, a emissão de um *writ of mandamus* que obrigasse *Madison* a entregar a nomeação, permitindo a posse no cargo¹⁰⁷.

Para responder a alegação de *Marbury*, a Suprema Corte proferiu acórdão que se encetava estabelecendo a premissa de que a solução demandaria a resposta a três diferentes questionamentos. A primeira questão era determinar se o pleiteante tinha adquirido o direito exigido, para a qual o Tribunal conferiu resposta positiva, sob o argumento de que, independentemente do fato de que foi ilegitimamente retida, uma vez assinada pelo Presidente e selada pelo Secretário de Estado, a nomeação estaria completa. Em segundo lugar, considerando que o direito *Marbury* tinha sido violado, era necessário determinar se a legislação lhe proporcionaria um remédio (meio para a tutela de seu direito), questão à qual o Tribunal também respondeu afirmativamente, dizendo ser um dos maiores deveres do Estado a proteção dos indivíduos cujos direitos forem lesados. Finalmente, para responder a última questão, consistente em determinar se o *writ of mandamus* poderia ser emitido pela Corte, o Tribunal afirmou que a sua competência originária não poderia ter sido expandida para incluir hipóteses não previstas no artigo III da Constituição - "os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules". Por tal motivo, o *Judiciary Act*, de 1789, era inconstitucional, uma vez que estendeu competência originária do Tribunal para abranger a emissão de "*mandamus* em casos justificados pelos princípios e costumes do direito a quaisquer tribunais nomeados, ou pessoas que detêm cargo, sob a autoridade dos Estados Unidos". Assim, o Tribunal considerou que somente quando exerça a sua jurisdição de apelação — originalmente prevista na constituição — poderia emitir um *mandamus*. Portanto, o resultado foi desfavorável ao requerente, que não conseguiu a sua nomeação.

Na resposta ao terceiro quesito, vale notar, a Corte estabeleceu que, havendo uma lei em contrariedade com o que estabelece a Constituição, deve o juiz aplicar o texto constitucional. É de se sublinhar que a Constituição estadunidense não estabelece expressamente em seu texto a atribuição ao Poder Judiciário do *judicial*

¹⁰⁷ EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*. 70. ed. Washington: CQ Press, 2011. p. 61/69.

*review*¹⁰⁸. No entanto, a partir da afirmação de que o juiz (neste vocábulo compreendidos todos os juízes e tribunais) deveria conferir preferência ao texto constitucional em face de lei que o contrarie, entendeu-se que o Poder Judiciário poderia controlar a constitucionalidade¹⁰⁹. É por causa de tal afirmação, a qual, numa análise

¹⁰⁸ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 161: “E a aplicação da teoria dos poderes implícitos na interpretação dos comandos da Constituição foi-se espalhando e se desenvolvendo até nossos dias — ajunte-se —, não apenas em seu sentido original, relativo ao reconhecimento de poderes não expressamente identificados do ente federal em relação às demais unidades federativas, mas também no admitir que qualquer norma constitucional que atribui a um órgão a realização de um dado fim, implicitamente lhe permite o uso dos meios necessários e hábeis a atingir tal desiderato, salvo proibição expressa da própria Lei Magna.”.

¹⁰⁹ EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*. 70. ed. Washington: CQ Press, 2011. p. 70/71: “It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered in court as a paramount law are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written Constitutions. It would declare that an act which, according to the principles and theory of our government, is entirely void, is yet, in practice, completely obligatory. It would declare that, if the Legislature shall do what is expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual. It would be giving to the Legislature a practical and real omnipotence with the same breath which professes to restrict their powers within narrow limits. It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed at pleasure. That it thus reduces to nothing what we have deemed the greatest improvement on political institutions — a written Constitution, would of itself be sufficient, in America, where written Constitutions have been viewed with so much reverence, for rejecting the construction. But the peculiar expressions of the Constitution of the United States furnish additional arguments in favour of its rejection. The judicial power of the United States is extended to all cases arising under the Constitution. Could it be the intention of those who gave this power to say that, in using it, the Constitution should not be looked into? That a case arising under the Constitution should be decided without examining the instrument under which it arises? This is too extravagant to be maintained. In some cases then, the Constitution must be looked into by the judges. And if they can open it at all, what part of it are they forbidden to read or to obey? There are many other parts of the Constitution which serve to illustrate this subject. [...] From these and many other selections which might be made, it is apparent that the framers of the Constitution contemplated that instrument as a rule for the government of courts, as well as of the Legislature. Why otherwise does it direct the judges to take an oath to support it? This oath certainly applies in an especial manner to their conduct in their official character. How immoral to impose it on them if they were to be used as the instruments, and the knowing instruments, for violating what they swear to support! The oath of office, too, imposed by the Legislature, is completely demonstrative of the legislative opinion on this subject. It is in these words: I do solemnly swear that I will administer justice without respect to persons, and do equal right to the poor and to the rich; and that I will faithfully and impartially discharge all the duties incumbent on me as according to the best of my abilities and understanding, agreeably to the Constitution and laws of the United States. Why does a judge swear to discharge his duties agreeably to the Constitution of the United States if that Constitution forms no rule for his government? if it is closed upon him and cannot be inspected by him? If such be the real state of things, this is worse than solemn mockery. To prescribe or to take this oath becomes equally a crime. It is also not entirely unworthy of observation

Continua...

perfunctória, poderia até ser compreendida como *obiter dictum*, que se estabeleceu o entendimento de que quaisquer órgãos integrantes do Poder Judiciário poderiam realizar a *judicial review*.

Não fora o acórdão que resolveu o caso *Marbury vs. Madison*, entretanto, que estabeleceu tal norma, mas a prática jurisdicional posterior¹¹⁰. O *holding* do caso, objetivamente identificado, fora a afirmação de que o *Judiciary Act*, de 1789, não poderia ter ampliado a competência da Suprema Corte, razão pela qual esta norma era inconstitucional. Desta fundamentação é que se extrai o sustentáculo do dispositivo: a Corte não pode conhecer do pedido. A ideia de que qualquer juiz ou tribunal deveria aplicar a Constituição, quando esta se apresentasse conflitante com outra fonte normativa, não constitui antecedente lógico da conclusão do acórdão: poderia a Corte, por exemplo, ter afirmado competir exclusivamente a ela própria o exercício de tal jurisdição¹¹¹. O fato, portanto, é que o precedente estabelecido pelo caso *Marbury vs. Madison* não encontra seu *binding effect*, ou, ao menos, não exclusivamente, nas razões de decidir, mas no que se denomina *rationale*, que constitui o pressuposto, implícito ou explícito (como na hipótese), que serve de anteparo à própria fundamentação¹¹².

that, in declaring what shall be the supreme law of the land, the Constitution itself is first mentioned, and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the Constitution, have that rank. Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written Constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument. The rule must be discharged.”

¹¹⁰ FRIED, Charles. *Saying what the law is: the Constitution in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 8: “In fact, the great organizing doctrines of constitutional law have come to into being in a variety of ways. Some, like judicial review or the decisions stating the relation between state and federal courts, did indeed seem to issue from early and sweeping decisions — *Marbury v. Madison*, *Martin v. Hunter’s Lessee* — with the whole course of later jurisprudence working out the implications of their large generalizations.”

¹¹¹ Em abordagem sutilmente distinta, mormente porque incumbida da análise de problema distinto, mas observando o mesmo fenômeno, CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. (trad.) Aroldo Plínio Gonçalves. (rev.) José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 82: “Vê-se, deste modo, como aquele simples e claro raciocínio, que, como disse, fora já limpidamente formulado por Hamilton no *Federalista* e que, depois, esteve na base da sentença de 1803, no caso *Marbury versus Madison*, tenha vindo, na realidade, a operar em um plano enormemente mais vasto e comprometedor do que aquele que, à primeira vista, se podia imaginar. Na verdade, aquele raciocínio inclinava-se, aparentemente, a resolver o problema da inconstitucionalidade das leis no terreno da pura e simples interpretação das próprias leis: já que — dizia-se — a lei constitucional é ‘mais forte’ do que lei ordinária, o juiz, devendo decidir um caso em que seria relevante uma lei que ele julgue contrária à norma constitucional, deve ‘interpretar o direito’ no sentido de dar a prevalência à norma constitucional, e não, àquela inconstitucional. Portanto: não invasão do juiz na esfera do poder legislativo, mas, antes, pura e simples não aplicação da lei naquele dado caso concreto.”

¹¹² FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. (trad.) Eduardo Saldanha. (rev.) Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 72 e 75: “*Rationale* é a explicação da corte

Continua...

Observe-se, com efeito, que os julgamentos ulteriores, proferidos pelos magistrados singulares e pelos tribunais, que exerceram o *judicial review* em suas decisões, apontando o precedente *Marbury vs. Madison*, é que determinaram o alcance e a extensão do aludido precedente e, igualmente, delinearam a parcela de tal decisão dotada do *binding effect*¹¹³. Com tal constatação pode-se vislumbrar a definitiva contribuição do papel dos implementadores para se determinar a eficácia e o próprio núcleo do precedente: a atividade de cotejo, por meio da qual, se estabelece a correlação entre um caso paradigma (precedente) e outro, atual, sob análise (*sub judice*), não se assemelha a um exercício de subsunção ou de silogismo. Não se trata, portanto, de tentar verificar a semelhança entre uma regra normativa (*ratio decidendi*) e uma hipótese concreta ou de identificar uma premissa maior e outra menor, mas de efetivamente ponderar em que medida a correlação entre os casos, precedente e *sub judice*, demandam uma solução jurídica semelhante, aproximada ou distinta. O

para o seu holding, assim como para cada questão. [...] [é] Explicação do holding da corte para cada questão. O que a corte disse ao explicar cada um dos seus holdings. Como e por que a corte chegou à sua decisão.”. FELETTI, Vanessa Maria. *Súmulas vinculantes, hermenêutica e jurisdição constitucional: um estudo sobre a interpretação e aplicação das súmulas vinculantes sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais na tarefa de julgar*. Campinas: Servanda, 2013. p. 88/90: “Portanto, ‘toda vez que os órgãos submetidos ao precedente da Corte vinculante se defrontarem com situações e/ou hipóteses que, em não idênticas ao caso precedente, se insiram no âmbito mais geral de aplicação do princípio extraído da decisão vinculante, devem se abster de praticar a conduta que viola aquela norma geral vinculante’. Este princípio jurídico que o Tribunal utilizou para decidir o caso concreto extraído da decisão vinculante é o que a doutrina chama de *ratio decidendi* ou holding, na doutrina da Inglaterra e Estados Unidos da América, respectivamente. A doutrina também identifica outros dois elementos que estão presentes na estrutura da decisão. Trata-se do *obiter dictum* e da *rationale*. O *obiter dictum*, ou apenas *dictum*, é ‘toda e qualquer regra elaborada pela Corte que não era necessária para a solução da questão’, e, por isso, não pode se considerada parte do precedente vinculante para solucionar casos futuros. [...] A *rationale*, por sua vez, ‘é a razão dada pela Corte para adotar o específico princípio ou a específica regra que irá decidir a lide, pondo fim ao litígio’. [...] Veremos, à frente, que, para o método abstrato-normativo, o holding será (re)construído através da análise ‘das razões do tribunal vinculante e a partir de sua justificação’, ou seja, da *rationale*.”.

¹¹³ EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*. 70. ed. Washington: CQ Press, 2011. p. 73/74: “it is worth noting that many countries have written judicial review into their constitutions, refusing to leave its establishment to chance. It is also the case that contemporary U.S. Supreme Court justices continue to cite *Marbury* with approval. Consider, for example, the Court’s decision in *City of Boerne v. Flores* (1997). At issue was the Religious Freedom Restoration Act of 1993 (RFRA), which Congress passed by overwhelming majorities in response to a 1990 Court decision, *Employment Division v. Smith*. RFRA directed the Court to adopt a particular standard of law in constitutional cases involving the free exercise clause of the First Amendment—a standard the Court had rejected in *Smith*. In striking down Congress’s effort at constitutional interpretation, the Court did not hesitate to cite *Marbury v. Madison*: [...] Three years later, in *Dickerson v. United States* (2000), the Court reiterated this message. At issue was a law Congress enacted in 1968 that was designed to overturn the Court’s decision in *Miranda v. Arizona* (1966)—the decision that established the now-famous *Miranda* warnings: ‘You have the right to remain silent; anything you say can and will be used against you...’ Once the justices held that *Miranda* announced a constitutional rule, they concluded that the 1968 congressional law was unconstitutional: ‘Congress may not legislatively supersede our decisions interpreting and applying the Constitution. See, e.g., *City of Boerne v. Flores* (1997)’.”.

implementador do *binding effect*, como seu principal intérprete-aplicador, terá necessariamente uma margem de discricionariedade na determinação da eficácia do *controlling precedent*: porquanto incumbe a ele não só o próprio estabelecimento da *ratio decidendi* do caso paradigma, mas também o cotejo determinante do grau de similitude (resultando na adequação ou no *distinguishing*, total ou parcial) entre aquele e o caso que deverá julgar¹¹⁴.

Em acréscimo, apenas para encerrar a breve reflexão proposta neste tópico, é de se ressaltar a relevância dos demais ramos do Estado na implementação dos precedentes judiciais¹¹⁵. Estes entes se manifestam de maneira diversa em eventual

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 307/309: “A interpretação tradicional punha ênfase quase integral no sistema jurídico, na norma jurídica que deveria ser interpretada e aplicada ao caso concreto. Nela estaria contida, em caráter geral e abstrato, a prescrição que deveria reger a hipótese. O problema, por sua vez, deveria oferecer os elementos fáticos sobre os quais incidiria a norma, o material que nela se subsumiria. E o intérprete, por fim, desempenharia a função técnica de identificar a norma aplicável, de revelar o seu sentido e fazê-la incidir sobre os fatos do caso levado a sua apreciação. Nesse ambiente, que se pode identificar como liberal-positivista, acreditava-se plenamente na objetividade da atividade interpretativa e na neutralidade do intérprete. Para bem e para mal, a vida não é assim. Na interpretação constitucional contemporânea, a norma jurídica já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido. É o que resulta da utilização frequente nos textos constitucionais, da técnica legislativa que recorre a cláusulas gerais. E, em segundo lugar, porque vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo — que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos —, sendo, na verdade, o produto da interação texto/realidade. Nessa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada. Nesse cenário, o problema deixa de ser apenas o conjunto de fatos sobre o qual irá incidir a norma, para se transformar no fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito. Em múltiplas situações, não será possível construir qualquer solução jurídica sem nela integrar o problema a ser resolvido e testar os sentidos e resultados possíveis. Esse modo de lidar com o Direito é mais típico dos países da tradição do common law, onde o raciocínio jurídico é estruturado a partir dos fatos, indubitavelmente, e não a partir da norma, dedutivamente. No entanto, em países da família romano-germânica, essa perspectiva recebeu o impulso da Tópica, cuja aplicação ao Direito beneficiou-se da obra seminal de Theodor Viehweg, e de seu método de formulação da solução juridicamente adequada a partir do problema concreto. Embora não tenha sido vitoriosa como método autônomo, a Tópica contribuiu de maneira decisiva para a percepção de que fato e realidade são elementos decisivos para a atribuição de sentido à norma, mitigando o poder da norma abstrata e o apego exagerado a uma visão sistemática do Direito. Por fim, a dogmática contemporânea já não aceita o modelo importado do positivismo científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado. O papel do intérprete não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como consequência inevitável, sua pré-compreensão do mundo — seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente — irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões.”

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 309: “Registre-se que juízes e tribunais são os intérpretes finais da Constituição e das leis, mas não são os únicos. Boa parte da interpretação e aplicação do Direito é feita, fora de situações contenciosas, por cidadãos ou por órgãos estatais.”

oposição ao *binding effect*: basta lembrar aqui o conhecido “*court-packing plan*”, do presidente Franklin Delano Roosevelt, por meio do qual o Poder Executivo estadunidense intentou recrudescer a quantidade de membros da Suprema Corte estadunidense, com vistas à aprovação dos atos legislativos do *New Deal*¹¹⁶. A própria

¹¹⁶ EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*. 70. ed. Washington: CQ Press, 2011. p. 415/437: “The New York Stock Exchange crash on October 29, 1929, set in motion a series of events that shook the American economy and drove the nation into a deep depression. For the next two years, the stock market continued to tumble, with the Standard and Poor’s Industrial Average falling 75 percent. The gross national product declined 27 percent over three years, and the unemployment rate rose from healthy 3.2 percent in 1929 to a catastrophic 24.9 percent in 1933. The Republican Party, which had been victorious in the November 1928 elections, controlled the White House and both houses of Congress. The party attempted to cope with the depression by following philosophies of government that had been successful during the previous years of prosperity, with dismal results. A different political approach was necessary to battle the collapse, and the American people were demanding such a change. In the 1932 presidential election, voters rejected incumbent Herbert Hoover and swept Democratic candidate Franklin D. Roosevelt into office by a huge margin. With new Democratic majorities in the House and Senate, the president began combating the Depression with policies he called the New Deal. The overwhelming Democratic margins in Congress gave Roosevelt all the political clout he needed to gain approval of his radical new approach to boosting the economy. His programs were so popular with the American people that in 1936 they reelected Roosevelt by an even greater margin and provided him with even larger Democratic majorities in Congress, reducing the Republicans almost to minor party status. [...] The U.S. Supreme Court, however, did not change. In 1929, just before the stock market crash, the Court membership was six Republicans and three Democrats. The economic conservatives (Butler, McReynolds, Sanford, Sutherland, Taft, and Van Devanter) were in control, outnumbering the justices more sympathetic to political and economic change (Brandeis, Holmes, and Stone). By 1932 the Court had three new justices. Former justice Charles Hughes, who had resigned his seat in 1916 to seek presidency, succeeded William Howard Taft as chief justice; Benjamin Cardozo took Holmes’s seat; and Owen Roberts replaced Edward Sanford. Although these changes reduced the Republican majority to five, it created no appreciable change in the ideological balance of the Court. Hoover filled all of these vacancies, which occurred before Roosevelt took office. Inaugurated in March 1933, Roosevelt had no opportunity to name a Supreme Court justice until Willis Van Devanter retired in June 1937. [...] As soon as the New Deal programs came into being, conservative business interests began to challenge their constitutional validity. In just two years the appeals started to reach the Court’s doorstep. Beginning in 1935 and lasting for two long, tense years, the Court and the New Deal Democrats fought over the constitutionality of an expanded federal role in managing the economy. During this period, the justices struck down a number of important New Deal statutes. Of ten major programs, the Supreme Court approved only two—the Tennessee Valley Authority and the emergency monetary laws. Four hard-line conservative justices—Pierce Butler, James McReynolds, George Sutherland, and Willis Van Devanter—formed the heart of the Court’s opposition. Many thought their obstruction of New Deal initiatives would bring about the nation’s ruin. As a consequence, they became known as the Four Horsemen of the Apocalypse, a biblical reference to the end of the world in Revelation. Two of the four, Butler and McReynolds, were Democrats. Naturally, these four justices by themselves could not declare void any act of Congress. They needed the vote of at least one other justice. As Box 7-3 indicates, they had little trouble attracting others to their cause. Of the eight major 1935-1936 decisions in which they struck down congressional policies, three were by 5-4 votes in which Justice Roberts joined the four conservatives. In one additional case, both Roberts and Chief Justice Hughes voted with them. But in three of these significant decisions, the Court was unanimous, with even liberals, Brandeis, Cardozo, and Stone, voting to strike down the challenged legislation. The first salvo in the war between the two branches occurred on January 7, 1935, when the Court announced its decision in *Panama Refining Company v. Ryan*. By an 8 to 1 vote the justices struck down a section of the National Industrial Recovery Act of 1933 (NIRA) as an improper delegation of congressional power to the executive branch. The section in question was a major New Deal weapon for regulating the oil industry. It gave the president the power to prohibit interstate shipment of oil and petroleum

Continua...

products that were produced or stored in a manner illegal under state law. The justices found fault with the act because it did not provide sufficiently clear standards to guide the executive branch; rather, it gave the president almost unlimited discretion in applying the prohibitions. *Panama Refining* was the first case in which the Court struck down legislation because it was improper delegation of power. Although the decision in *Panama Refining* was restricted to the delegation question and did not focus on Congress's interstate commerce authority, it promised bad days ahead for the administration. Not only was the decision a disappointment for the president, but also the vote was lopsided. Justice Cardozo alone voted to approve the law. The Court dropped its biggest bomb on the New Deal four months later. The justices voted 5-4 on May 6 to declare the Railroad Retirement Act of 1934 an unconstitutional violation of the commerce clause and the due process clause of the Fifth Amendment. Then, on May 27—a date that became known as Black Monday—the justices announced three significant blows to the administration's efforts to fight the Depression—all by unanimous votes. First, in *Humphrey's Executor v. United States*, the Court declared that the president did not have the power to remove a member of the Federal Trade Commission. Second, the justices invalidated the 1934 Frazier-Lemke Act, which had provided mortgage relief, especially to farmers. Finally, in *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, the Court handed the president his most stinging defeat by declaring major portions of NIRA unconstitutional as an improper delegation of legislative power and violation of the commerce clause. [...] The Court entered its summer recess in 1936 having completed a year and a half of dealing with Roosevelt's legislative program and striking down several of the New Deal's most important programs. The Four Horsemen constituted a solid bloc, an in major cases these justices could count on the support of at least one other—usually Owen Roberts. Roosevelt was understandably frustrated with what he viewed as the Court's obstructionism; he was also impatient that no vacancies had occurred that he might fill with appointees sympathetic to the New Deal. [...] If no vacancies on the Supreme Court occurred naturally, Roosevelt would try to create some. On February 5, 1937, the president announced his plan to reorganize the federal court system. His proposed legislation was predicated, at least formally, on the argument that the judiciary was too overworked and understaffed to carry out its duties effectively. His idea was to expand the number of lower court judgeships; streamline federal jurisdiction, especially with respect to cases having constitutional significance; and adopt a flexible method of temporarily moving lower court judges from their normal duties to district with case backlogs. To many observers these administrative reforms were little more than a smoke screen for Roosevelt's proposals concerning the Supreme Court. The president asked Congress to authorize the creation of one new seat on the Court for every justice who had attained the age of seventy but remained in active service. Up to six new justices could be appointed in this way, bringing the potential size of the Court to maximum of fifteen. At the time of his proposal, six sitting justices were older than seventy. If Roosevelt could appoint six New Deal advocates to the Court, they probably could attract the votes of at least two others and form a majority that could give constitutional approval to the president's programs. Although Roosevelt attempted to justify his idea on the ground that the advanced age of several sitting justices called for the addition of younger, more vigorous colleagues, everyone saw the plan for what it was—an attempt to pack the Court. Reaction was not favorable. Public opinion polls taken during the course of the debate over the plan reveal that at no time did a majority of Americans support Roosevelt's proposal. Members of the organized bar were overwhelmingly opposed. Even with large Democratic majorities in both houses of Congress, Roosevelt had difficulty selling his proposal to the legislature. Chief Justice Hughes wrote a public letter criticizing the proposal to Sen. Burton Wheeler of Montana, a leader of Democrats opposing the president. The press expressed sharp disapproval. In spite of the general support the people gave Roosevelt and the New Deal, they did not appreciate his tampering with the structure of government to get his way. Roosevelt's response to this unexpected criticism was to go directly to the people to press his case, and in doing so he became a little more open about his objectives. In his radio broadcast the president explained his proposal and urged the American public to support it. The battle in Congress over the president's plan was closely fought. A continuation of the confrontation, however, was averted in large measure by the actions of the justices themselves. On March 29, 1937, just twenty days after the president's broadcast, the Court signaled that changes were in the making. The first indication was the 5-4 decision in *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), which upheld the validity of a Washington State law regulating wages and working conditions for women and children. Although this case involved a state law rather than a federal statute and concerned issues of substantive due process rather than the commerce clause, it had great significance. Aside from the doctrinal importance of the case, discussed in chapter 10, it signaled a change in the Court's voting coalitions. Justice Roberts, so long an ally of the Four Horsemen, deserted the conservatives and voted

Continua...

desobediência (*defiance*) direta das ordens emanadas pela Suprema Corte pode demonstrar que a autoridade dos precedentes provindos do Poder Judiciário encontra (ou, ao menos, pode encontrar) barreiras na autoridade do Poder Executivo. Nesse particular, sequer se faz necessário rememorar a celeuma advinda do incidente ocorrido no Complexo Watergate que envolveu o então Presidente Richard Nixon e a entrega das fitas de gravação do salão oval, bastando observar que é o Poder Executivo, por meio de seus órgãos e funcionários, que efetivamente confere concretude às decisões que modificam ou estabelecem políticas públicas¹¹⁷. Sem o apoio do Poder Executivo, as

with the liberal bloc to approve the legislation. Just months earlier Roberts had voted with the conservatives in a 5-4 decision striking down a New York law that was nearly a carbon copy of the one he now approved. Two weeks later, Roberts proved that his West Coast Hotel vote was not an aberration. On April 12, the Court issued its ruling in *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*. Once again Roberts joined Hughes, Brandeis, Cardozo, and Stone to form a majority, this time upholding a major piece of New Deal legislation. [...] The decision in *West Coast Hotel v. Parrish* and *NLRB v. Jones & Laughlin Steel* took the energy out of Roosevelt's drive to pack the Court. It no longer appeared necessary, as the Court now was looking with greater approval at state and federal legislation to correct the failing economy. In addition, on May 18, 1937, Justice Van Devanter, a consistent foe of Roosevelt's New Deal programs, announced that he would retire from the Court at the end of the term. At long last the president would have an opportunity to put a justice of his own choosing on the Court. On June 7 the Senate Judiciary Committee recommended that the Court-packing bill not be passed. To the president's great displeasure, seven of the ten senators signing the report were Democrats. Majority Leader Joseph Robinson, D-Ark., mounted a last-ditch effort on behalf of the president, advocating a compromise plan that would have raised the threshold age for replacing the justices from seventy to seventy-five years. Robinson made considerable progress in forging a coalition to pass this modified plan, but the effort stalled when he died from a heart attack on July 14. Much has been said and written about Justice Robert's change in position. At the time, it was described as 'the switch in time that saved nine', because his move from the conservative to the liberal wing of the Court was largely responsible for killing the Court-packing plan and preserving the Court as a nine-justice institution. Such a characterization is not flattering for a judge, who is not supposed to make decisions on the basis of external political pressures. Nevertheless, it would certainly be understandable for a justice to rethink his views if the future of the Court as an institution were at stake. More contemporary analyses of Robert's switch point out that the notion that he caved in to the pressures of the president's plan is overly simplistic. Although the decision in *West Coast Hotel* was announced after Roosevelt sent his proposal to Congress, it was argued and initially voted upon weeks before the president made his plans public."

¹¹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Outline of the U.S. legal system*. George Clark; Rosalie Targonski; Mildred Solá Neely (org.). Washington: United States Department of State, 2004. p. 165/167: "Executive branch influences on the implementation process. At times the president may be called upon directly to implement a judicial decision. [...] Even when not directly involved in the enforcement of a judicial policy, the president may be able to influence its impact. Because of the status and visibility of the position, a president, simply by words and actions, may encourage support for, or resistance to, a new judicial policy. A president can propose legislation that directly affects the courts. President Franklin D. Roosevelt, for instance, unsuccessfully urged Congress to increase the size of the Supreme Court so he could 'pack' it with justices who supported his administration's legislative agenda. The appointment power also gives the president an opportunity to influence federal judicial policies, as the president appoints all federal judges, with the advice and consent of the Senate. A president can influence judicial policy making through the activities of the Justice Department, a part of the executive branch. The attorney general and staff subordinates can emphasize specific issues according to the overall policy goals of the president. The other side of the coin, however, is that the Justice Department may, at its discretion, de-emphasize specific policies by not pursuing them vigorously in the courts. Another official who is in a position to influence judicial policy making is the solicitor general. Historically, this official has been seen as having dual

Continua...

decisões emanadas do Poder Judiciário certamente não teriam o impacto pretendido: obviamente não se está a sustentar a que as decisões judiciais possam ser afrontadas com regularidade ou amplitude significativa sem que tal conjectura implique comprometimento à democracia e à estrutura organizacional do Estado, bastando, no particular, lembrar as circunstâncias político-institucionais que circundaram a Guerra de Secessão (ou Guerra Civil estadunidense). Quer se dizer que a cooperação do Poder Executivo, em larga escala, determina a extensão e a eficácia das decisões judiciais, eis que implementar os comandos normativos constitui a função precípua deste ramo estatal¹¹⁸.

responsibility to both the judicial and executive branches. Because of the solicitor general's close relationship with the Supreme Court, this official is sometimes referred to as the 'tenth justice'. The solicitor general is often seen as a counselor who advises the Court about the meaning of federal statutes and the Constitution. The solicitor general also determines which of the cases involving federal government as a party will be appealed to the Supreme Court. Furthermore, he or she may file amicus curiae brief urging the Court to grant or deny another litigant's certiorari petition or supporting or opposing a particular policy being urged upon the High Court. Many judicial decisions are actually implemented by the various departments, agencies, bureaus, and commission of the executive branch. For example, the Supreme Court decision in *Frontiero v. Richardson* (1973) called upon the U.S. Air Force to play the major implementation role. The *Frontiero* case questioned congressional statutes that provided benefits for married male members of the Air Force but did not provide similar benefits for married female member. Lieutenant Sharron Frontiero challenged the policy on the ground that it constituted sexual discrimination. A federal district court in Alabama issued a decision upholding the Air Force policy. Lieutenant Frontiero appealed to the Supreme Court, which overturned the lower court decision and required the Air Force to implement a new policy."

¹¹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Outline of the U.S. legal system*. George Clark; Rosalie Targonski; Mildred Solá Neely (org.). Washington: United States Department of State, 2004. p. 167/168: "The implementation of judicial policies is often performed by state as well as federal officials. Many of the Supreme Court's criminal due process decisions, such as *Gideon v. Wainwright* and *Miranda v. Arizona* (1966), have been enforced by state court judges and other state officials. State and local police officers, for instance, have played a major role in implementing the *Miranda* requirements that criminal suspects must be advised of their rights. The *Gideon* ruling that an attorney must be provided at state expense for indigent defendants in felony trials has been implemented by public defenders, local bar associations, and individual court-appointed lawyers. State legislators and executives are also frequently drawn into the implementation process. A judge who determines that a wrong has been committed may choose from a variety of options to remedy the wrong. Among the more common options are process remedies, performance standards, and specified remedial actions. Process remedies provide for such things as advisory committees, citizen participation, educational programs, evaluations committees, dispute resolution procedures, and special masters to address a problem and come up with a solution. The remedies do not specify a particular form of action. Performance standards call for specific remedies—for example, a certain number of housing units or schools or a certain level of staffing in a prison or mental health facility. The specific means of attaining these goals are left to the discretion of the officials named in the suit. Examples of specified remedial actions are schools busing, altered school attendance zones, and changes in the size and condition of prison cells or hospital rooms. This type of remedy provides the defendant with no flexibility concerning the specific remedy of the means of attaining it. Implementation of these remedial decrees often devolves, at least partially, to the state legislatures. An order calling for a certain number of prison cells or a certain number of guards in the prison system might require new state expenditures, which the legislature would have to fund. Similarly, an order to construct more modern mental health facilities or provide more modern equipment would mean an increase in state expenditures. Governors would also be involved in carrying out these type of remedial decrees because they typically are heavily involved in state budgeting procedures. Also, they may sign or veto

Continua...

Também não é de se desprezar a possibilidade de que é vestido o Congresso estadunidense de aprovar emendas constitucionais contrárias às orientações firmadas pelos precedentes da Suprema Corte: mesmo de efetividade criticável por parte da doutrina, constitui prerrogativa relevante para o estabelecimento da conclusão de que, como implementador, o Poder Legislativo também contribui para a efetividade dos precedentes. Quer aprovando leis que reforçam o *holding* quer praticando atos contrários a ele, ou que lhe limitem os efeitos, o Poder Legislativo — incluindo-se neste todas as suas esferas — dispõe de mecanismos que não podem ser ignorados ao se analisar a eficácia do *binding effect*¹¹⁹. É verdade que o argumento segundo o qual o

laws. Sometimes judges appoint certain individuals to assist carrying out the remedial decree. Special masters are usually given some decision-making authority. Court-appointed monitors are also used in some situations, but they do not relieve the judge of decision-making responsibilities. Instead, the monitor is an information gatherer who reports on the defendant's progress in complying with the remedial decree. When orders are not implemented or when barriers of one kind or another block progress in providing remedy, a judge may name someone as a receiver and empower him or her to disregard normal organizational barriers to get the job done. One group of individuals has been deeply involved in implementing judicial policies: the thousands of men and women who constitute school boards throughout the country. Two major policy areas stand out as having embroiled school board members in considerable controversy as they faced the task of trying to carry out Supreme Court policy. First, when the High Court ruled in 1954 that segregation has no place in the public schools, school boards and school superintendents, along with federal district judges, bore the brunt of implementing that decision. Their role in this process has affected the lives of millions of schoolchildren, parents, and taxpayers all over America. The second area that has involved school boards is the Supreme Court's policies on religion in the public schools. In *Engel v. Vitale* (1962), the Court held unconstitutional a New York requirement that a state-written prayer be recited daily in the public schools. Some school districts responded to the decision by requiring instead the recitation of a Bible verse of the Lord's Prayer. Their reasoning was that since the state did not write the Lord's Prayer or the Bible, they were not violating the Court's policy. A year later, the Supreme Court struck down these new practices, pointing out that the constitutional violation lay in endorsing the religious activity and its determination did not depend on whether the state had written the prayer."

¹¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Outline of the U.S. legal system*. George Clark; Rosalie Targonski; Mildred Solá Neely (org.). Washington: United States Department of State, 2004. p. 163/165: "Once a federal judicial decision is made, Congress can offer a variety of responses: It may aid or hinder the implementation of a decision. In addition, it can alter a court's interpretation of the law. Finally, Congress can mount an attack on an individual judge. In the course of deciding cases, the courts are often called upon to interpret federal statutes. On occasion the judicial interpretation may differ from what a majority in Congress intended. When that situation occurs, Congress can change the statute in new legislation that in effect overrules the court's initial interpretation. However, the vast majority of the federal judiciary's statutory decisions are not changed by Congress. Besides ruling on statutes, the federal courts interpret the Constitution. Congress has two methods to reverse or alter the effects of a constitutional interpretation it does not like. First, Congress can respond with another statute design to avoid the constitutional problems. Second, a constitutional decision can be overturned directly by an amendment to the U.S. Constitution. Although many such amendments have been introduced over the years, it is not easy to obtain the necessary two-thirds vote in each house of Congress to propose the amendment and then achieve ratification by three-fourths of the states. Only four Supreme Court decisions in the history of the Court have been overturned by constitutional amendments. Congressional attacks on the federal courts in general and on certain judges in particular are another method of responding to judicial decisions. These attacks may take the form of verbal denunciations by a member of Congress, threats of impeachment of sitting judges, or more thorough investigations of the judicial philosophies of potential nominees to the federal bench. Congress and the federal courts are not natural adversaries, however. Relations against the federal judiciary are

Continua...

sistema de controles exercido pelo Poder Legislativo em relação às decisões do Poder Judiciário — cujo âmago também pode ser projetado, *mutatis mutandis*, para os freios de que é vestido o Poder Executivo — não constitui uma atribuição que garante a certeza nos efeitos. Noutras palavras, reconhece-se que os mecanismos à disposição do Poder Legislativo nem sempre se mostram céleres ou adequados os suficientes para interferir diretamente no *holding* de determinado precedente judicial, em especial no que se refere às decisões de natureza constitucional¹²⁰.

fairly rare, and often the two branches work in harmony toward similar policy goals. For example, Congress played a key role in implementing the Supreme Court's school desegregation policy by enacting the Civil Rights Act of 1964, which empowered the Justice Department to initiate suits against school districts that failed to comply with the *Brown v. Board of Education* decision. Title VI of the Act also provided a potent weapon in the desegregation struggle by threatening the denial of federal funds to schools guilty of segregation. In 1965 Congress further solidified its support for a policy of desegregated public schools by passing the Elementary and Secondary Education Act. This act gave the federal government a much larger role in financing public education and thus made the threat to cut off federal funds a serious problem for many segregated school districts. Such support from Congress was significant because the likelihood of compliance with a policy is increased when there is unit between the branches of government.”.

¹²⁰ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. Rev. Alonso Reis Freire; Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 60/63: “Os controles formais sobre a Corte sempre tiveram pouca consequência. O controle do Congresso sobre o orçamento dos tribunais federais — note-se, no entanto, que a Constituição o proíbe de reduzir os salários dos juízes — mostrou-se um instrumento grosseiro demais para ter eficácia real. O país precisa de tribunais federais funcionais e competentes, e todos sabemos disso. Apesar da exigência de dois terços, o impeachment poderia ter-se tornado um modo eficaz de controle. No entanto, também em virtude de nossa fidelidade à ideia de um Judiciário independente, isso não aconteceu, e hoje ele é interpretado como uma arma reservada para os casos mais difíceis. (Não é mais fácil impedir um juiz da Suprema Corte do que impedir um presidente; Richard Nixon viveu as duas situações.) O poder teórico do Congresso de afastar a jurisdição da Corte em certas categorias de casos é tão duvidoso do ponto de vista constitucional que, embora seja tema de debates de tempos em tempos, não é invocado há mais de cem anos. Alterar o tamanho da Corte, ou ‘recheá-la’ de juízes que esposam determinada tendência, foi algo bastante popular no século XIX, mas apenas uma vez, durante a Grande Administração, poder-se-ia afirmar que teve o efeito desejado. E essa foi a última vez em que isso ocorreu. Franklin Roosevelt tentou-o novamente e, embora tenha falhado, a mitologia que persistiu durante certo tempo era a de que sua tentativa pôs a Corte sob pressão, levando-a a ter uma postura melhor. Registros da Corte descobertos mais recentemente indicam, no entanto, que a ‘mudança’ da Corte não teve nada a ver com o anúncio desse plano; foi, na verdade, anterior a ele. Não se sabe exatamente o que aconteceu, mas o aspecto mais importante desse episódio é que um presidente imensamente popular, com uma causa imensamente popular, saiu ferido por causa de seu ataque à independência do Judiciário. Também há a possibilidade de emendar a Constituição; mas, mesmo quando esse processo funciona, ele leva tempo, durante o qual os obstáculos postos pela Corte permanecem no mesmo lugar — e, de qualquer modo, ele raramente funciona. Nossa experiência recente com a Emenda dos Direitos Iguais, que era endossada pelos maiores partidos e não podia de modo algum ser considerada radical, corrobora a dificuldade de fazer emendas à Constituição. Em toda a história norte-americana, apenas quatro decisões da Suprema Corte foram revertidas por emendas constitucionais. Também é verdade que muitas vezes, embora nem sempre, a cooperação de autoridades políticas é necessária para fazer valer as decisões da Suprema Corte. Mas em geral, por mais que relutem, essas autoridades aquiescem: afinal, é seu dever legal tomar essa atitude. (As pessoas que gostariam de interpretar a desobediência do Executivo como um meio viável de controlar a Corte fariam bem em refletir sobre o fato de que o Presidente do Estados Unidos — um que não se destacava por sua reverência ao Estado de Direito — entregou as tais fitas.) O que resta é o fato de que o Presidente indica e o Senado confirma os novos membros da

Continua...

No entanto, é de se observar que o Poder Legislativo — que, não se deve olvidar, também exerce relevante papel interpretativo — não é dotado apenas de controles formais: o diálogo institucional e os instrumentos metajurídicos ou supralegais, tais como a afinidade pessoal, a filiação partidária, a afinidade religiosa ou filosófica, bem como o próprio compromisso pessoal também são integrantes da estrutura sistêmica e não podem ser totalmente ignorados ao se analisar a efetividade do *binding effect*. Como instrumentos de natureza pragmática¹²¹, podem até ser desconsiderados, ou relegados a segundo plano, na seara da dogmática jurídica, eis que não necessariamente se incorporam em princípios ou institutos positivamente auferíveis ou examináveis e, nesse sentido, mais atrelados ao campo de interesse das análises sociológicas, antropológicas e até psicológicas: todavia, eis que inerentes à própria organização sócio-estatal, não podem ser completamente olvidados e, efetivamente, não o são, *vis-à-vis* o que outrora se denominou revolta contra o formalismo¹²².

Contudo, ainda que, no âmbito da dogmática jurídica, não se considere a efetividade dos controles formais disponíveis ao Poder Legislativo e se ignore, num senso de “purismo jurídico”¹²³, a influência das ferramentas metajurídicas, é inegável

Corte, e isso certamente é importante. Mas, em geral, são necessários vários mandatos presidenciais e várias legislaturas sucessivas para substituir a maioria dos juizes da Suprema Corte. Além disso, como a experiência nos mostra, é difícil prever de que modo alguém que trabalhava em outra área vai se comportar quando for juiz da Suprema Corte, e às vezes temos a impressão de que o candidato que acaba por agir de modo diferente do modo esperado pelo Presidente que o nomeou não é a exceção, mas a regra. (Dizem que tanto Truman como Eisenhower lamentavam as nomeações que tinham feito para a Suprema Corte — dos juizes Clark e Warren, respectivamente —, considerando-as os piores erros que cometeram na presidência.) Também não é incomum que um juiz da Suprema Corte fique em seu cargo durante décadas, durante as quais as questões debatidas sofrem mudanças radicais e passam a versar sobre assuntos bem diferentes dos que o Presidente tinha em mente à época da nomeação. Assim, quando os realistas nos garantem que a Corte jamais influenciará de forma decisiva o governo do país, eles não poderiam estar pensando no exercício efetivo dos controles formais como meio de contê-la.”

¹²¹ JAMES, William. *Pragmatismo*. (trad.) Jorge Caetano da Silva. Sumaré: Martin Claret, 2006. p. 171: “O pragmatismo é antes de tudo um método, do qual decorre uma teoria da verdade. Apesar de constituir um movimento aberto e antidogmático, e ainda que seus teóricos não tenham elaborado um sistema completo, há traços gerais comuns entre seus defensores. Para os pragmatistas, a vontade antecipa-se ao pensamento. O conhecimento é concebido como essencialmente modificador da realidade, portanto, a construção da verdade deve corresponder à construção da própria realidade. Conhecimento e ação se convertem em termos equivalentes. O eixo central da teoria pragmatista é a ênfase na utilidade ‘prática’ da filosofia.”

¹²² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (trad.) Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 32/33.

¹²³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. (trad.) João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1/2: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Isto parece-nos

Continua...

que a atuação legislativa — num cenário de harmonização e alinhamento com as decisões jurisdicionais — se mostra determinante: para facilitar, esclarecer, assegurar e, por vezes, respaldar a atuação do Poder Judiciário. Noutras palavras, mesmo que se reputa ineficaz a oposição do Poder Legislativo aos atos do Poder Judiciário, é irrefutável que, numa conjectura cooperativa, aquele contribui, por meio de sua atividade, com a efetividade das decisões emanadas por este¹²⁴.

Basta, neste particular, lembrar da implementação do *holding* do caso *Brown vs. Board of Education*, no seio da qual se pôde observar a decisiva atuação legislativa — e executiva —, como ampliativa, respaldante e corroborante do aludido *holding*, em especial pela aprovação do *Civil Rights Act* (1964)¹²⁵. É importante observar que a própria Suprema Corte dos Estados Unidos da América concretizou somente de maneira paulatina a decisão de abolir a segregação racial das escolas, o que, conforme sustentam os doutrinadores, ocorreu em virtude da necessidade real sentida

algo de per si evidente. Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.”

¹²⁴ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. (trad.) Jean Melville. Sumaré: Martin Claret, 2002. p. 173: “Eis, portanto, a constituição fundamental do governo do qual falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Ambas ficarão sujeitas pelo poder executivo, o qual, por sua vez, será também paralisado pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, em virtude do movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão também forçados a caminhar de acordo.”

¹²⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Outline of the U.S. legal system*. George Clark; Rosalie Targonski; Mildred Solá Neely (org.). Washington: United States Department of State, 2004. p. 169/170: “Many point to the Supreme Court’s decision in *Brown v. Board of Education* as the impetus for the drive for racial equality in the United States. However, Congress and the executive branch were also involved in the process of ensuring implementation of the decision’s desegregation policy. Still, the courts initiated the pursuit for a national policy of racial equality with the *Brown* ruling. In the beginning, the court decisions were often vague, leading to evasion of the new policy. The Supreme Court justices and many lower federal judges were persistent, however, and kept the policy of racial equality on the national political agenda. Their persistence paid off with passage of the 1964 Civil Rights Act, 10 years after the *Brown* decision. That act, which had the strong support of Presidents John F. Kennedy (1961-63) and Lyndon Johnson (1963-69), squarely placed Congress and the president on record as being supportive of racial equality in America. One other aspect of the federal judiciary’s importance in the policy-making process is illustrated by the *Brown* decision and the cases that followed it. Although the courts stood virtually alone in the quest for racial equality for several years, their decisions did not go unnoticed. Charles A. Johnson and Bradley C. Canon argue in *Judicial Policies: Implementation and Impact* that the *Brown* decision ‘was a highly visible Court decision, a judicial attempt to generate one of the greatest social reforms in American history. And certainly in the years that followed. African Americans and their allies brought considerable pressures on other governmental bodies to desegregate the schools. Indeed, the pressures soon went far beyond schools to demand integration of all aspects of American life’.”

pelo Tribunal de assimilação e adesão não só da opinião pública, mas também dos demais poderes estatais¹²⁶: afinal, a decisão do caso *Brown* demandou a cooperação dos juízes de primeira instância e tribunais do país, bem como dos executivos — sobretudo no que se refere aos conselhos de educação — e dos legislativos, para que não aprovassem legislações limitativas do aludido *holding*.

Obviamente, o exame da influência dos demais Poderes na implementação do *binding effect* não constitui — nem poderia constituir, dentre outras, por razões de coesão, coerência, objetividade, espaço e tempo — objeto do presente estudo. Por este motivo, a análise da atividade dos demais implementadores e seu cotejo com a eficácia do *binding effect* somente se circunscreve ao presente tópico, que perfunctoriamente examinou tal desdobramento por pura deferência à completude de noticiar temas correlacionados. No entanto, deve-se advertir que o principal objeto de análise é exatamente a própria implementação efetivada pelo Poder Judiciário dos seus precedentes. Com efeito, restringe-se, mais ainda, tal objeto de análise quando se delimita o problema de examinar em que medida o *binding effect* se estabelece no cotejo entre as decisões paradigma (precedente) e os casos *sub judice*. Além disso, a análise dos critérios pelos quais se delimita o *holding* — e, conseqüentemente a parcela vinculante — dos julgados precedentes restringe a análise à observância da atuação do próprio Poder Judiciário como implementador de suas decisões.

¹²⁶ FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 119/120: “Brown numbers among the most important socially revolutionary decisions in the Supreme Court history. But the Court did not insist that the revolution begin immediately. Instead of ordering immediate school desegregation, the Court called for yet a third argument in the case. Nearly a year later, the Justices issued a second decision, devoted solely to the issue of remedies for school segregation. In that decision the Court pronounced that responsibility for school desegregation rested in the first instance with state and local officials, not the federal courts, and said that such officials must proceed, not necessarily immediately, but with ‘all deliberate speed’. A long period of foot-dragging ensued. Not for a decade or more did the Supreme Court begin to insist firmly on immediate, effective desegregation of the public schools. (A few courageous judges on the lower federal courts took firmer stands, sometimes at considerable personal risk to themselves and their families.) To some extent, the Supreme Court appears to have been waiting, attempting to create as few waves as possible, hoping for public opinion to rally to its side. In a number of decisions throughout the 1950s, the Justices quietly applied the rule of *Brown v. Board of Education* to end publicly mandated segregation in facilities such as parks, golf courses, and playgrounds. In doing so, they subtly expanded *Brown*’s rationale. As originally written, the Court’s decision had emphasized the special character of education and had expressly banished ‘separate but equal’ only from the realm of public schooling. But even while broadening its antidiscrimination mandate, the Court went out of its way — some would say shamefully so — to avoid a collision over the issue of interracial marriage. In *Naim v. Naim* (1955), the Court essentially refused to rule on an appeal challenging a Virginia statute that forbade interracial marriage. Justice Frankfurter apparently persuaded his fellow Justices that interracial marriage aroused such ‘deep’ and hostile feeling that a Court pronouncement would undermine support for *Brown* and school desegregation. On a pretext, the Court dismissed the appeal and permitted the statute to be enforced.”

Este fechamento, no particular, obstina delimitar o objeto de cotejo entre as realidades jurídicas estadunidense e brasileira: o exame se restringe à atuação judicial na implementação de suas decisões. A menção à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, na qual brevemente ingressou este tópico, somente se destina a efetivamente reforçar a ideia de que o precedente não se delimita autonomamente: o delineamento do *holding* demanda principalmente a atuação dos implementadores. Como foi reiterado, entretanto, somente interessa a esta análise a atuação dos implementadores judiciais, deixando-se, ao menos por hora, excluído da presente análise o exame mais aprofundado da influência dos demais implementadores no delineamento do *binding effect* e do *holding* dos precedentes.

1.3. O DEBATE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA STARE DECISIS

Há, nos Estados Unidos, mormente em âmbito doutrinário, controvérsia acerca do assento constitucional da *stare decisis*¹²⁷, de sua constitucionalidade¹²⁸ e da própria possibilidade de seu afastamento por meio de legislação aprovada

¹²⁷ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1537: “Stare decisis, the Supreme Court has often reminded us, is a rule of policy, not a rule of law. [...] Nonetheless, the Court has occasionally relied on stare decisis as an apparently near-dispositive factor in deciding some extremely important constitutional cases, while at the same time continuing to express the view that stare decisis is not a doctrine of constitutional dimension.”. FALLON JR, Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review. Volume 76. Number 570. Year 2001. p. 571 e 591: “the Court repeatedly has used the term ‘policy’ to describe stare decisis, thereby raising a question about the doctrine’s precise constitutional status. [...] Constitutional stare decisis is not, and cannot be, the mere subconstitutional policy that Professor Paulsen depicts. [...] If stare decisis is constitutionally valid at all, it must be constitutionally mandated or at least constitutionally authorized.”.

¹²⁸ LAWSON, Gary. *The constitutional case against precedent*. Harvard Journal of Law and Public Policy. Volume 17, Number 1. Winter 1994. p. 24: “The authority of precedent is a postulate of our legal system. It is uncontroversial. It is warm and fuzzy. And, in some of its most familiar applications, it is unconstitutional. One should be clear about the scope of this claim. In the circumstances that I describe in Part I below, the practice of following precedent is not merely nonobligatory or a bad idea; it is affirmatively inconsistent with the federal Constitution.”. FALLON JR, Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review. Volume 76. Number 570. Year 2001. p. 572: “Stare decisis, I shall argue, is a doctrine of constitutional magnitude, but one that is rooted as much in unwritten norms of constitutional practice as in the written Constitution itself. More generally still, I shall argue that the contestable foundations of stare decisis-involving unwritten norms that are validated by a mixture of acceptance and reasonable justice, not the active consent of the governed-provide a fascinating window through which to examine the similarly contestable foundations of the rest of constitutional law.”.

congressualmente¹²⁹. Esta controvérsia, embora se mostre de relevância teórica não tem o condão de abarcar o debate sobre a própria essência da *stare decisis* como princípio estruturante da *common law*. Como se demonstrará a seguir, na descrição dos argumentos e ideias desenvolvidas acerca do tema, não há uma discussão principal sobre a relevância ou aplicabilidade da *stare decisis*, mas debates acessórios — que, a toda evidência, demonstram que a crítica à *stare decisis* deriva de inconformismos com decisões pontuais — que orbitam aspectos específicos do instituto.

O argumento contra a constitucionalidade da *stare decisis* é limitado, somente se aplicando quando reunidos concomitantemente os seguintes elementos: a interpretação deve ser derivada de corte federal; a eficácia do precedente deve ser derivada da *stare decisis stricto sensu*, isto é, na sua vertente horizontal; a hermenêutica deve ser necessariamente relativa à Constituição Federal estadunidense; e somente considera inconstitucional a prática de tratar precedentes os como autoritativos por constituírem meramente decisões judiciais anteriores¹³⁰. Estas restrições demonstram, por si sós, que a argumentação contra a constitucionalidade da *stare decisis* não tem respaldo suficiente para modificar a regra fundamental do sistema da *common law*.

¹²⁹ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1540: “Congress may by statute relieve the Court of the perceived necessity of following this policy by abrogating the policy of stare decisis. Congress may substitute its judgment about mere considerations of policy or prudence for the Court’s, and may legitimately expect that the Court will abide by policy judgments made by Congress within the scope of its constitutional powers. What Congress may not do is substitute its judgment for that of the Court on the merits of a particular constitutional issue and direct the Court to abide by that judgment. The courts have the Article III power to decide constitutional cases on their merits. A statute abrogating stare decisis does not impair that power; it merely directs courts to carry out that constitutional power without regard to nonconstitutional policy or pragmatic considerations, where Congress has legislated a different policy with respect to such considerations.”.

¹³⁰ LAWSON, Gary. *The constitutional case against precedent*. Harvard Journal of Law and Public Policy. Volume 17, Number 1. Winter 1994. p. 24/25: “My constitutional argument against precedent is subject to four threshold qualifications. First, the argument addresses only the use of precedent by federal courts. The extent to which my argument carries over to any particular state court depends on the proper interpretation of the relevant state constitution. Second, the argument applies only to horizontal precedent — that is, the use of precedent by a court at the same, or a higher, level of the judicial hierarchy than the court whose decision is being put forward as a precedent. The question whether inferior federal courts are permitted, or obligated, to follow the precedents of superior courts raises more complicated issues, and I want to put it aside for the moment. Third, the argument put forward here is limited to cases involving interpretation of the federal Constitution. I believe that the analysis is fully generalizable to cases involving statutory interpretation, but I want to limit myself here to the simpler setting of constitutional adjudication. My argument emphatically does not extend to common-law adjudication, which has been the principal subject of sophisticated scholarly analyses of precedent. Fourth, and finally, my argument considers only the practice of treating prior judicial decisions as legally authoritative merely by virtue of their status as prior judicial decisions.”.

Sob o pálio dessa argumentação, os precedentes, tal como as leis ou quaisquer outras interpretações da Constituição providas dos demais Poderes devem ser submetidos ao escrutínio judicial a cada caso¹³¹. O argumento contra a constitucionalidade da *stare decisis*, em síntese, não refuta a sua essência, segundo a qual os precedentes devem ser seguidos, apenas sustenta que, na eventualidade de conflito entre determinado precedente e o texto constitucional, este último deve prevalecer¹³². Noutras palavras, não se critica que a *stare decisis* seja uma fonte normativa do sistema jurídico estadunidense, tal qual, por exemplo, a lei, mas se objeta seu assento constitucional¹³³, no sentido de que essa prática de seguir precedentes não

¹³¹ LAWSON, Gary. *The constitutional case against precedent*. Harvard Journal of Law and Public Policy. Volume 17, Number 1. Winter 1994. p. 26/27: “Suppose that the enacting Congress (and perhaps also the signing President) objects that it has already determined that the statute is constitutional. The court's proper answer is, ‘thanks, but we'll check anyway.’ On Marshallian premises, legislative or executive interpretations of the Constitution are no substitute for the Constitution itself. The court's job is to figure out the true meaning of the Constitution, not the meaning ascribed to the Constitution by the legislative or executive departments. [...] Again, the court's task is to ascertain the Constitution's true meaning, not the meaning ascribed to it by the President. Suppose now that a court is faced with a conflict between the Constitution on the one hand and a prior judicial decision on the other. Is there any doubt that, under the reasoning of *Marbury*, the court must choose the Constitution over the prior decision? If a statute, enacted with all of the majestic formalities for lawmaking prescribed by the Constitution, and stamped with the imprimatur of representative democracy, cannot legitimately be given effect in an adjudication when it conflicts with the Constitution, how can a mere judicial decision possibly have a greater legal status? If the Constitution says *X* and a prior judicial decision says *Y*, a court has not merely the power, but the obligation, to prefer the Constitution. Furthermore, if courts must search for the true meaning of the Constitution, rather than the meaning ascribed to it by the Congress or the President, there is no apparent reason why they must not also prefer the document's true meaning to the meaning ascribed to it by a precedent court. Thus, the case for judicial review of legislative or executive action is precisely coterminous with the case for judicial review of prior judicial action. What's sauce for the legislative or executive goose is also sauce for the judicial gander. At least as a prima facie matter, the reasoning of *Marbury* thoroughly de-legitimizes precedent.”

¹³² PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1541: “The only question that should be at all troubling is why courts so often assume that they *should* follow precedent *rather* than the Constitution in cases where the two are believed or assumed to conflict.”

¹³³ LAWSON, Gary. *The constitutional case against precedent*. Harvard Journal of Law and Public Policy. Volume 17, Number 1. Winter 1994. p. 29/30: “As John Marshall well recognized in *Marbury*, once it is granted that “[t]he judicial Power” is fundamentally the case-deciding power, one needs to know the sources of law that courts should employ when deciding cases and the hierarchical order of those sources in the event of a conflict among them. In the American system, the written Constitution is hierarchically superior to all other potential sources of law. Thus, courts will ordinarily give effect to other sources of law, such as statutes, that apply to the case in question, but if the statute conflicts with the Constitution, the court must disregard the statute. “The judicial Power” includes, as a structural inference from the Constitution's status as the supreme legal document, the unconditional obligation to prefer the Constitution to lesser sources of law, such as statutes. The same structural inference, whether or not it was specifically intended by the framers or ratifiers of the Constitution, must similarly limit what is otherwise the power of a court to give legal effect to prior judicial decisions. That is, putting aside any structural inference of a power of judicial review, the grant of “[t]he judicial Power” certainly includes the power — and perhaps even the duty — to treat prior decisions as a source of law, just as it includes the traditional power (and perhaps duty) to treat applicable statutes as sources of law. However, if the structural inference in favor of judicial review

Continua...

tem natureza superior ao texto que lhe dá sustentação¹³⁴. A crítica, portanto, se opõe à acrítica aplicação dos precedentes, refutando apenas sua sobreposição (da *stare decisis* ao texto constitucional), o que resultaria numa preocupante opção política velada¹³⁵ — e talvez restrita a alguns casos específicos não delineados pela crítica — de rever informalmente as opções políticas fundamentais oriundas dos almejos do Poder Constituinte originário¹³⁶.

Nesse contexto, a suposta crítica contra a constitucionalidade da *stare decisis*, em verdade depõe a favor da própria relevância do instituto como regra fundamentante do sistema da *common law*: senão por outro motivo, por estabelecer que o precedente supostamente incorreto deve ser contrastado com o texto constitucional, para verificar seu acerto ou desacerto. Ademais, a possibilidade do *overruling*, embora excepcional, cumpre a tarefa de permitir ao Poder Judiciário a correção de anteriores

qualifies Article III's grant of the case-deciding power where statutes (or executive actions) are concerned, it must also qualify the case-deciding power where precedents are concerned. If the Constitution is supreme law, it is supreme over all competing sources of law.”.

¹³⁴ LAWSON, Gary. *The constitutional case against precedent*. Harvard Journal of Law and Public Policy. Volume 17, Number 1. Winter 1994. p. 32/33: “Thus, in the constitutional world, precedent cannot be treated apart from a more general theory of interpretation. One cannot adopt an interpretative theory and then simply add on a theory of precedent as icing. The chosen theory of interpretation will have implications for the meaning of Article III and will determine whether there is an interpretative standard outside the act of decision-making. Both considerations profoundly affect whether there is a sound constitutional case for precedent.”.

¹³⁵ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1538 e 1551: “I have criticized the Court’s opinion in *Casey* in other writing, challenging its reliance on *stare decisis* and arguing that *stare decisis* is often merely a disingenuous ‘cover’ for a decision made on other grounds. [...] Were the Justices joining the joint opinion in *Casey* to strike down such an act, it would reveal *stare decisis* as a mask—a doctrine designed to provide cover for an unpopular or uncomfortable decision on the merits—and reveal at least Justice O’Connor’s and Justice Kennedy’s explanations for their votes in *Casey* to have been dishonest.”.

¹³⁶ FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. p. 1187: “By allowing the views of five Justices to displace the ‘true’ meaning of the Constitution, *stare decisis* seems to authorize a covert form of constitutional amendment. At the same time, it elevates the mistaken views of five individuals above the true meaning of the law, thereby in a sense replacing the rule of law with the ‘rule of men’. Or so it appears to some originalists.”. LAWSON, Gary. *The constitutional case against precedent*. Harvard Journal of Law and Public Policy. Volume 17, Number 1. Winter 1994. p. 33: “As is generally true with academic discussions of jurisprudential topics, the doctrine of constitutional *stare decisis* is in no real world danger from me, John Marshall, or anyone else. The doctrine of precedent is too deeply ingrained in the legal system to permit serious inquiry into its own legitimacy. Precedent is not unique in this respect. No matter how convincingly one can demonstrate, for example, that fiat currency not immediately redeemable in precious metals is unconstitutional (and one can demonstrate it beyond a reasonable doubt), no one is going to pay attention, and litigants who raise the issue will routinely be sanctioned. Yet the legal system should at least have the decency to acknowledge openly that it has chosen political expediency over the Constitution. If judges are going to continue to employ precedent, there is value in acknowledging that the practice is nothing more than ‘a sort of intellectual adverse possession’ — and that the territory adversely possessed is nothing less than the Constitution.”.

incorreções interpretativas do texto constitucional, razão pela qual a crítica, senão no todo, resta, em parte, inócua.

Como se percebe, portanto, a crítica dirigida à suposta constitucionalidade da *stare decisis*, em verdade, constitui argumentação destinada a justificar o *overruling* de determinados precedentes — não especificamente indicados — tidos por inconstitucionais, na visão de dado intérprete: isto é, somente para reafirmar a ideia de que a *stare decisis* não constitui uma regra absoluta¹³⁷. A verdade é que tal colocação serve somente para argumentar que a *stare decisis* não constitui uma regra constitucional ou constitucionalmente protegida (mesmo que dentre os direitos pressupostos)¹³⁸, mas também não lhe retira o status de princípio estruturante, pelo qual se reconhece a relevância dos precedentes e, em regra, se supõe sua deferência de observância: apenas reitera a norma sistêmica segundo a qual, eventual e excepcionalmente, poderão haver incorreções interpretativas em decisões judiciais e estas não devem ser perpetuadas, mas a elas deve ser dispensado o tratamento — igualmente adequado para quaisquer outras fontes normativas infraconstitucionais — de cotejo com a norma fundamentante principal, a Constituição.

Já no que se refere à possibilidade de revogação da *stare decisis* por legislação congressual, a crítica, primeiramente, afirma que o referido instituto (ou

¹³⁷ FALLON JR, Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review. Volume 76. Number 570. Year 2001. p. : “I should be clear about the limits of constitutional stare decisis as I understand it: ‘[S]tare decisis is not an inexorable command[;]’ it requires only that ‘a departure from precedent.., be supported by some special justification’. I also acknowledge that the Supreme Court not infrequently overrules its own precedents and that Justices who disagree with the Court's ruling in one case often will persist in their dissents through subsequent cases.’ Against this background, among the greatest effects of stare decisis is to justify the Court in treating some questions as settled, at least for the time being. The doctrine liberates the Justices from what otherwise would be a constitutional obligation to reconsider every potentially disputable issue as if it were being raised for the first time — even if, were they to do so, some of the Justices might conclude that the prior resolution reflected error. In determinations about when to apply stare decisis, I assume that practical costs and benefits are large, authorized considerations. The doctrine gives the Justices a warrant (of some weight) to affirm initially erroneous decisions that would be costly to overrule. It is not my purpose, however, to specify the precise influence that stare decisis ought to exercise in particular types of constitutional cases.”.

¹³⁸ Neste ponto, os que se opõe à crítica da inconstitucionalidade da *stare decisis* objetam que, embora a doutrina não seja absoluta, seu status é constitucional. Cf.: FALLON JR, Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review. Volume 76. Number 570. Year 2001. p. 581/582: “In my view, however, it would be a mistake to ascribe too much significance to that language. Undeniably, the Court has said repeatedly that stare decisis is ‘not an inexorable command’. But this need imply no more than that stare decisis, like many principles of constitutional stature, is capable of being overridden. That a principle is not absolute, or that a principle reflects judgments that include concerns of policy, does not entail that it lacks constitutional authorization.”.

doutrina, como quer a crítica) não tem assento constitucional¹³⁹ — constituindo mera “política” judiciária¹⁴⁰ — e, portanto, poderia ser afastado por lei infraconstitucional. Em segundo lugar, embora reconhecendo a prática estabelecida da *stare decisis*¹⁴¹, defende que a legislação somente poderia se limitar a determinadas matérias, retirando a eficácia da *stare decisis* exclusivamente para interpretações constitucionais específicas¹⁴². Argumenta que, mesmo diante da existência de precedentes, a cada caso as cortes terão de examinar se a decisão anterior está correta¹⁴³. Sustenta, outrossim, que

¹³⁹ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. : “Begin with the text of Article III. Nowhere does the text specify that ‘[t]he judicial Power’ includes the power to vest precedent with authoritative, decision-altering weight, independent of its persuasiveness. No one, to my knowledge, has offered a serious textual argument to such effect. It is worth pausing for a moment to let this point sink in. There is little more to be said about this simple and obvious point, yet it has tremendous significance: The constitutional text simply cannot be read to support the assertion of a plenary judicial power to vest precedent with quasi-legislative force, effectively altering the meaning of the Constitution’s commands for purposes of judicial interpretation in subsequent cases. There is no Stare Decisis Clause in the Constitution. Nor is there a Stare Decisis Power granted to the judiciary. Indeed, it is extremely hard to come up with even a barely plausible, straight-faced textual argument for such a proposition—so hard that no one has ever really tried to do so. The text itself simply does not support such a claim.”.

¹⁴⁰ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1543/1544 e 1547/1548: “Stare decisis is conceded to be a matter of *policy*—a judicial practice rooted in pragmatic concerns. The judicial policy of stare decisis is described as a function, first, of the perceived inability of the judicial system to operate if it had to ‘eye[] each issue afresh in every case’. This is the sense in which the idea of precedent ‘begins with necessity’. [...] The “not an ‘inexorable command’” language and the citation to the Brandeis dissent in *Coronado Oil* have become standard fare in the Court’s cases discussing stare decisis, routinely used to illustrate the subconstitutional, policy-based nature of the doctrine. Plainly, then, stare decisis, even under the regime of Casey and subsequent cases, is a matter of judicial policy. It is a judgment, not grounded in the Constitution, that ‘in most matters’ it is more important that a legal issue be settled than that it be ‘settled right’. [...] It is, rather, pure judicial policy. Whether it is good or bad policy is not the point. The point is that stare decisis is a policy judgment, not a rule of law specified in the Constitution or clearly implicit in its provisions or overall structure.”.

¹⁴¹ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1524/1543: “This result may well seem counterintuitive at first blush, primarily because of its unfamiliarity to lawyers, judges, and scholars accustomed to the common-law tradition and trained in its method. But unfamiliarity does not equal unconstitutionality, and the legal community has had such reactions before to ideas that seemed novel or radical departures from accepted convention at the time, but that are now familiar and uncontroversial. The idea that Congress may abrogate stare decisis by statute may strike some as startling, but the test of its correctness should be the soundness of the reasoning supporting it, not its conformity with present convention.”.

¹⁴² PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1544: “A statute abrogating stare decisis in substantive due process abortion cases (or in some other limited category or categories) would not change that policy judgment, for the simple reason that it would not force reexamination of precedent ‘in every case’. Indeed, it would not force reexamination in very many cases. Even working within Casey’s terms, then, congressional abrogation of stare decisis, at least for a limited class of cases, should pose no serious difficulty in terms of the efficient operation of the judiciary.”.

¹⁴³ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1545:

Continua...

não há qualquer ganho efetivo, de natureza substancial, no que se refere ao atalho argumentativo em referir-se às decisões antecedentes, porquanto a corte terá sempre de justificar a aplicabilidade da regra contida no precedente e sua adequada aplicação ao caso concreto que decide¹⁴⁴. Defende que a eventual mutação dos entendimentos jurisprudenciais que poderia derivar da sugerida interferência legislativa na *stare decisis* não comprometeria a estabilidade das relações travadas mais do que o *overruling* ou a própria inovação legislativa poderia causar¹⁴⁵.

No entanto, mesmo diante de eventual aprovação da aludida legislação, a própria crítica reconhece que os precedentes judiciais permaneceriam figurando como uma fonte normativa, ao menos no que se refere ao seu caráter persuasivo e estruturante do ordenamento jurídico¹⁴⁶. Mesmo a ideia de que que a *stare decisis* poderia ser revogada por legislação congressual, embora parta do pressuposto da infraconstitucionalidade do instituto¹⁴⁷, não lhe retiraria a eficácia persuasiva nem a

“Unless *stare decisis* is an absolute rule — relieving courts even of the obligation of thinking about the prior thinking — the disposition function of precedent (‘the obligation to follow precedent’) does not relieve the judiciary of the need to ‘eye each issue afresh in every case’ in which it arises. This may in fact end up impairing the efficient performance of the judiciary’s functions: The judges and Justices must both determine the applicability and evaluate the merit of the prior case, not just read it to gain the benefit of that case’s thinking about the issue.”

¹⁴⁴ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1544: “Casey itself consumes fifteen pages of the U.S. Reports discussing *stare decisis* and ends up overruling in part two earlier abortion decisions. It is not at all clear that “the obligation to follow precedent,” as articulated by the Court in Casey, creates any true judicial efficiency gains at all. Thus, even a statute abrogating *stare decisis* in all federal-question cases might not undermine the “efficiency” policy justification for the doctrine advanced by the Court in Casey.”

¹⁴⁵ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. : “To the extent that this is uncertain, prudent businesspersons should purchase insurance against (or learn to live with) the risk of changing judicial decisions—just as they must take account of the possibility and assess the likelihood of prospective legislative enactments that might affect the value of their investments of resources (and not constitute a regulatory taking). The fact of reliance does not create a vested right in the prior legal regime; nor does it supply a basis for a court to refuse to apply a new rule of law, if that is what is otherwise required. Judicial decisions that are viewed by many as erroneous have an inherent instability of their own. Since even under the Court’s *stare decisis* doctrine, cases may be overruled readily, a prudent businessperson consulting competent counsel should ‘discount’ by some percentage his or her reliance on the judicial rule remaining stable.”

¹⁴⁶ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1573: “A statute abrogating *stare decisis* would not avoid the need for judges to consult precedent, since precedent would continue to serve a valuable information function and supply a baseline against which to evaluate a proposed alternative interpretation of the law.”

¹⁴⁷ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1540: “It follows that Congress may, by prospective legislation—for abortion cases or any others—direct the Court to decide constitutional or statutory interpretation issues without regard to prior precedent (aside from the precedent’s persuasive value to the Court on the merits). Mere nonconstitutional policy

Continua...

característica estruturante — ou, no mínimo, permeante — do sistema jurídico da *common law*¹⁴⁸. O receio de ambas as objeções levantadas contra a *stare decisis*, e este é o ponto por elas comungado no alicerce, é o de que a prática de seguir precedentes, seja na sua eficácia horizontal seja na sua eficácia vertical, possa cegar as cortes do seu papel fundamental no sistema jurídico: salvaguardar o texto constitucional¹⁴⁹.

Mais evidente, no que se refere à crítica de que a *stare decisis* poderia ser revogada pelo Poder Legislativo, é o pressuposto de que, na sua eficácia horizontal, a *stare decisis* teria algum efeito vinculante em relação à própria corte. Embora tal seja, em tese e em alguma extensão, verdadeiro — porquanto as cortes, em especial a Suprema Corte, têm o ônus da expectativa de coerência dos seus julgados —, na prática, as cortes podem rever seus precedentes, quer para reafirmá-los (*upholding*) quer para refutá-los (*overruling*). E não que isto seja de grande relevância para o ponto que aqui se analisa, mas a sugestão de que o Congresso pode aprovar legislação para afastar os precedentes em relação a determinada(s) matéria(s) poderia ser vista sobre o prisma do tratamento desigual — isto é, violador do princípio isonômico —, constitucionalmente proscrito.

considerations supporting the judicial practice of stare decisis—reliance, predictability, stability, restraint, and the like—lie within the power of Congress to weigh and evaluate. The courts' practice in this regard is not an unalterable attribute of '[t]he judicial Power' vested by Article III. It is, rather, like other judge-made 'prudential' limitations on the exercise of the judicial power, a form of 'common law' followed by courts as a matter of judicial policy. Such common law may be displaced by an act of Congress.”.

¹⁴⁸ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1538: “I wish to take seriously the Court’s position that stare decisis is neither a doctrine of constitutional dimension nor a strict rule of law, but rather is a subconstitutional doctrine of ostensibly wise judicial practice, procedure, and policy. Accepting both of these propositions, I wish to address whether Congress may abrogate stare decisis in a particular class of constitutional cases (or in federal question cases generally), and direct the federal courts to decide such cases in accordance with the courts’ best present understanding of the meaning of the Constitution, without according prior judicial interpretations any decision-altering weight beyond the persuasiveness of their reasoning. The upshot of such a statute would be that courts would be obliged to overrule a prior interpretation of the Constitution if persuaded that the prior interpretation was incorrect on the merits.”.

¹⁴⁹ PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000. p. 1541: “The exercise of such legislative power would not intrude on any constitutional province of the judiciary; by the Supreme Court’s own admission, stare decisis is merely a rule of policy. Nor would such a congressional enactment dictate how the courts are to decide any given case—how they are to come out on the merits on the abortion issue, for example, or on any other. Such a statute would merely direct courts to decide such cases in conformity with the Constitution and not to apply precedents to the contrary if they are persuaded that a precedent decision is not a sound interpretation of the Constitution.”.

Mas, no que importa, vale reiterar que, ainda na hipótese de tal legislação ser aprovada, a *stare decisis* permaneceria como uma regra estruturante do sistema da *common law*. Embora a crítica não seja específica sobre este ponto, parece lícito inferir que a suposta legislação congressional somente se dirigiria à eficácia horizontal, isto é, à *stare decisis stricto sensu*, no que seria absolutamente inócua, eis que as cortes permaneceriam voltando-se aos precedentes como guias interpretativos e, portanto, perpetuariam o costume de prestar deferência ao que fora anteriormente decidido: apenas reiterando sua argumentação — no que se refere ao estabelecimento da interpretação constitucional — de maneira diferenciada (sem necessariamente se referir aos próprios precedentes). Ademais, embora não pareça ser a hipótese, caso a crítica quisesse significar que a legislação congressional poderia afastar o *binding effect*¹⁵⁰, referida lei seria igualmente inócua (ou ao menos em grande parte), eis que o sistema recursal permitiria eficácia similar — ainda que de maneira procrastinada e eventualmente desigual (a depender da vontade dos litigantes em recorrer e da admissão dos apelos¹⁵¹).

Em resposta à referida crítica, corrente doutrinária diversa sustenta o status constitucional da *stare decisis*¹⁵², entendendo que dentre as atribuições constitucionais do Poder Judiciário estadunidense se encontra a de zelar pela “lei suprema do país”, à qual se integra a interpretação constitucional¹⁵³. Noutras palavras,

¹⁵⁰ Assim também não pareceu aos que se opõe à referida crítica. Cf.: FALLON JR, Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review. Volume 76. Number 570. Year 2001. p. 581: “And there can be little doubt that the Constitution makes Supreme Court precedents binding on lower courts. If higher court precedents bind lower courts, there is no structural anomaly in the view that judicial precedents also enjoy limited constitutional authority in the courts that rendered them.”.

¹⁵¹ Mesmo neste último aspecto, é de se observar que o *binding effect* não impede, *passim*, a aplicação desigual das regras estabelecidas pelos precedentes. Considerando que a Suprema Corte tem discricionariedade na concessão do *writ of certiorari*, é de se inferir que nem todas as decisões contrárias aos precedentes dela oriundos serão necessariamente reformadas. Assim, tanto o *binding effect* quanto o sistema recursal, em alguma medida, permitem o tratamento anti-isonômico, ao menos em situações específicas ou casos particulares.

¹⁵² FALLON JR, Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review. Volume 76. Number 570. Year 2001. p. 577/578: “Stated in simple form, my argument is both obvious and familiar: Article I’s grant of ‘the judicial Power’ authorizes the Supreme Court to elaborate and rely on a principle of *stare decisis* and, more generally, to treat precedent as a constituent element of constitutional adjudication. That constitutional authorization is itself part of ‘the supreme Law of the Land’ and adequately justifies the Justices in sometimes failing to enforce what otherwise would be the best interpretation of particular constitutional provisions.”.

¹⁵³ A cláusula da lei suprema do país se encontra plasmada no §2º do art. 6º da Constituição do Estados Unidos da América: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United

os precedentes que interpretam a Constituição adquirem status constitucional porquanto a hermenêutica integra o texto legislativo e, portanto, agrega-se indissociavelmente a ele, fazendo com que o próprio conteúdo da “lei suprema do país” seja aquele decorrente da exegese que lhe é conferida¹⁵⁴. Ademais menciona o grande impacto do inconveniente advindo inexoravelmente de eventual mudança na regra da *stare decisis* e as consequências catastróficas — no âmbito da eficácia e validade — das decisões judiciais¹⁵⁵ posteriores e anteriores à revogação do aludido princípio¹⁵⁶.

States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”

¹⁵⁴ FALLON JR, Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review. Volume 76. Number 570. Year 2001. p. 585/586: “I mean to say that entrenched precedent acquires force or weight as a matter of constitutional law. My argument for the legal relevance of entrenched practice begins with an assumption widely shared among legal philosophers: The foundations of law lie in acceptance. 68 Our Constitution is law, but not solely or even principally because it says so or because the framers commanded that we should obey it. The Constitution is law because relevant officials and the overwhelming preponderance of the American people accept it as such.”

¹⁵⁵ FALLON JR, Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review. Volume 76. Number 570. Year 2001. p. 584/585 e 593: “In the absence of *stare decisis*, the Supreme Court would need to bear the burden of reconsidering in every case the constitutional foundations of every applicable doctrine. As past debates have revealed, numerous pillars of contemporary law would be thrown into doubt if the underlying issues needed to be reviewed afresh without a presumption of stability. These include holdings that the Bill of Rights applies to the states; that the Fourteenth Amendment establishes one-person, one-vote requirements; that various regulatory agencies are permissible under the separation of powers; that equal protection norms bind the federal government; that the Due Process Clause incorporates a demand for substantive fairness; and many more. Within our constitutional regime, it is healthy for there to be some degree of ferment and reconsideration at any particular time. But it would overtax the Court and the country alike to insist, as a matter either of constitutional principle or congressional dictate, that everything always must be up for grabs at once. My view, I should emphasize, does not rest on the premise that past Supreme Courts almost always have reached optimal decisions. Nor does it presuppose that the Justices who sit on the Court from time to time are presumptively wiser than the Constitution's framers and ratifiers. My argument, instead, is that a good legal system requires reasonable stability; that while decisions that are severely misguided or dysfunctional surely should be overruled, continuity is presumptively desirable with respect to the rest; and, again, that it would overwhelm Court and country alike to require the Justices to rethink every constitutional question in every case on the bare, unmediated authority of constitutional text, structure, and original history. [...] If *stare decisis* were abolished without limit in constitutional cases, the first question presented would be whether the practice of judicial review, recognized in *Marbury* itself, was constitutionally authorized. A second would be, if so, how that power should be exercised – whether the Constitution contemplates *de novo* review of constitutional issues or whether, for example, legislative judgments should be set aside only in cases of clear mistake. A third, in any case calling for the application of the Bill of Rights to the states, would be whether the Fourteenth Amendment should be construed to ‘incorporate’ the Bill of Rights (which initially applied only to the federal government).⁰ And so the process would continue, literally without surcease, for no question ever could be deemed to have been settled definitively.”

¹⁵⁶ FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. p. 1177 e 1180/1181: “It is simply unworkable to leave everything up for grabs all of the time. Imagine if, in every First Amendment case, the lawyers had to reargue basic questions such as whether the First Amendment applies to the states or whether it covers nonpolitical speech (both of which have been debated by scholars). Every brief would have to be a treatise, arguing every point of First Amendment doctrine from scratch. Moreover, different judges could

Continua...

Todavia, no que interessa ao presente estudo — que não poderia deixar de noticiar a discussão descrita no presente tópico, sob pena de recair em omissão inescusável —, independentemente do status constitucional ou não do instituto, importa fixar que a *stare decisis*: é um princípio estruturante da *common law* e constitui prática jurídica profundamente arraigada no sistema estadunidense¹⁵⁷. Assim, ainda que tal regra fosse revogada por meio de legislação — proposição que somente se considera efetivamente em âmbito acadêmico —, a expectativa decorrente da reiterada prática jurídica da *stare decisis* não aboliria a força orientativa e persuasiva que se lhe confere, menos ainda a flagrante simplificação que por meio dela se operacionaliza na

adopt completely different First Amendment theories, so a lawyer in a case before the Supreme Court might have to write nine different briefs based on inconsistent theories of the Constitution. Similarly, dialogue between the Justices themselves would be stymied because they would be operating within different conceptual frameworks. Unless most issues can be regarded as settled most of the time, coherent discussion is simply impossible. [...] At least in certain kinds of cases, precedent gains added importance in the constitutional area. One purpose of having a written constitution is to create a stable framework for government. This goal would be undermined if the Court failed to give special credence to bedrock precedents—precedents that have become the foundation for large areas of important doctrine. Some obvious examples involve the rulings of the New Deal era upholding the validity of the Social Security system and other federal taxing and spending programs, and those recognizing federal jurisdiction over the economy. These omelettes cannot be unscrambled today, as even some devoted believers in originalism acknowledge. Likewise, it is far too late in the day to invalidate independent agencies, as some originalists would like, or to undo the twentieth century rulings that ‘incorporated’ the Bill of Rights and made it applicable to the states, or to reconsider the constitutionality of segregation. It is not simply that it would be imprudent to overrule these doctrines, though obviously it would be. But in an important sense, it would run against the purposes of constitutionalism. [...] Legitimate or not, these modern constitutional doctrines are here to stay as a realistic matter. Plenary federal power over fiscal and economic matters, independent agencies, and application of the Bill of Rights to the states are now integral parts of our system of government; in some ways, they are more ‘constitutional’ than some of the more obscure parts of the written Constitution. Consider the following question: Which would be more shocking, a Supreme Court decision invalidating the Social Security system, or one upholding a requirement to rent vacant rooms to soldiers in peacetime? Yet the Third Amendment speaks plainly to the latter situation, in a way that cannot be said of Social Security. Along these lines, one of the most vehement critics of *stare decisis* in the Reagan era allowed for an exception when overruling a precedent would cause a national crisis. ‘Surely’, he said, ‘a judge need not vote to overrule an erroneous precedent if to do so would pitch the country into the abyss—if...it would be on the order of killing the body to save a limb’.”

¹⁵⁷ FALLON JR, Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review. Volume 76. Number 570. Year 2001. p. 582/583: “I believe it also matters enormously that *stare decisis* is a principle with deep roots in historical and contemporary practice. Within the American legal system, arguments that deeply entrenched practices violate the Constitution seldom succeed. When practices have become ‘thoroughly embedded in our national life’ or ‘part of our national culture’, courts tend to feel that it would be both hubristic and inappropriately disruptive for the judicial branch, as constituted at a particular time, to mandate their dismantling. In this institutional context, the relative entrenchment of *stare decisis* in constitutional practice counts as an argument supporting its constitutionally authorized status and, by entailment, the legitimacy of judicial decisions that could not be justified in the absence of *stare decisis*. The Supreme Court invokes *stare decisis* with great regularity. Indeed, I am aware of no Justice, up through and including those currently sitting, who persistently has questioned the legitimacy of *stare decisis* or failed to apply it. Occasionally a Justice will protest that to accord too much weight to the doctrine would be incompatible with the judicial oath. But these protests are best understood as involving the appropriate strength of *stare decisis*, not whether the doctrine should exist at all.”

construção argumentativo-decisória das decisões judiciais. Ademais, ainda que em alguns casos possa ser possível reconhecer a existência de decisões hermeneuticamente “incorretas” (ao menos no que se refere à metodologia empregada para o alcance da conclusão), a própria construção social edificada a partir de tal alicerce impediria a modificação do âmago de tais precedentes¹⁵⁸.

Em suma, ainda que criticável a própria constitucionalidade da *stare decisis*, em determinados aspectos, ou mesmo que se lhe negue assento constitucional, o fato é que o princípio permanece como norteador da prática jurídica do sistema da *common law* e do próprio direito constitucional estadunidense¹⁵⁹. E é exatamente nesse ponto que o aludido instituto se mostra relevante ao presente estudo: é necessário compreender que os precedentes não podem ser tomados sob uma ótica estática e mandatória ou autoritativa. Mesmo na sua eficácia vertical, a *stare decisis* admite ponderações, mitigações e afastamentos. Mas, especialmente no que concerne à sua eficácia horizontal, a aplicação dos precedentes precisa comportar, tal qual as demais fontes normativas, espaço suficiente para abarcar as mutações sócio-jurídicas e hermenêutico-culturais. A regra do *overruling* é excepcional não porque, por si só, seria capaz de produzir instabilidade sistêmica, mas porquanto o próprio desenvolvimento do

¹⁵⁸ FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. p. 1183: “The originalist impulse regarding these bedrock but allegedly ‘wrong’ precedents is to say ‘this far, but not an inch farther’. Under this view, the court should not overrule key precedents, but it should always return to first principles in considering new issues. But this is an untenable stance in a legal system that seeks some form of coherence. What sense does it make to say that Congress may give legal sanction to paper money but not to electronic transfers? What sense would it make to say that Social Security is constitutional, but that expanding the program to cover expenses for prescription drugs or transforming it into a program of private accounts would not be? Or to try to limit the racial equality principle of *Brown v. Board of Education* to the Jim Crow laws of the 1950s?”.

¹⁵⁹ FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. p. 1183/1184: “Adherence to precedent does not mean simply refusing to overrule past decisions—it means taking them seriously as starting points for analysis in future cases. This notion derives partly from reasoning by analogy based on similarities between the facts of cases, but more importantly, it reflects a need to give credence to the reasoning in earlier opinions. The willingness of judges to defer in this way to their predecessors—and their expectation of similar deference from their successors—transforms the Court from an ever-changing collection of individual judges to an institution capable of building a continuing body of law rather than merely a succession of one-time rulings. This kind of decision making, which is familiar to students of the common law system, is structured enough to provide stability and coherence, but flexible enough to allow improvisation and growth. Like the common law, constitutional law is able to grow and change because of its reliance on precedent, and as with the common law, these changes generally occur incrementally. We should resist, however, a simple equation between the common law and constitutional law. Constitutional law does not rely purely on judicial precedents in the same way as the common law. In particular, as we will see in the next section, other forms of constitutional history also play an important role.”.

direito depende, em certa medida, de aprimoramento — o que, em dadas opções interpretativas, significa perpetuar, ao menos por algum tempo, escolhas “incorretas”¹⁶⁰.

Reitere-se que a crítica dirigida à *stare decisis* não se destina ao seu âmago, mas à possibilidade de que, a partir dela, se fomente a prática jurídico-social de observância das decisões jurisdicionais inconstitucionais. Este, entretanto, não é um problema que se verifica somente no âmbito da jurisdição constitucional — ou seja, não é exclusivo do Poder Judiciário — mas também pode ocorrer sob a égide dos dogmas da “Supremacia do Parlamento” ou do “Absolutismo Monarquista”. Noutras palavras, a possibilidade de o órgão estatal que detém a última palavra, não só no que se refere à interpretação, mas, outrossim, no que orbita a autoridade da lei (ou, na hipótese, a Constituição) se sobrepor à vontade popular e usurpar poderes sempre estará orbitando indissociavelmente o Estado democrático. Mas a verdade é que os parâmetros constitucionais, uma vez estabelecidos, precisam ser referendados. Assim, mesmo uma opção interpretativa “incorreta” apresenta-se como uma dentre as possíveis alternativas hermenêuticas colocadas à disposição do intérprete no seu exercício exegético-decisório. O mesmo não ocorre na conjectura do “Absolutismo Monárquico” nem no cenário da “Soberania Parlamentarista”.

A fundamentação, inerente ao exercício da atividade jurisdicional permite o escrutínio sobre as razões de decidir expressamente plasmadas na própria decisão. Esta característica fundamental distingue o exercício da atividade decisório-jurisdicional das atividades decisórias emanadas do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Porque necessariamente tem como ponto de partida a Constituição — no vértice do ordenamento jurídico escalonado — a atividade jurisdicional permite maior amplitude ao exercício de perscrutar a correção das decisões. Completamente distinto

¹⁶⁰ FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. p. 1202/1203: “Stare decisis limits the extent to which any vision of constitutional meaning can be incorporated into the law. The body of existing law is simply too unwieldy to fit any tidy theoretical scheme, whether based on maximizing social welfare, respecting original meaning, or upholding ethical theories. And yet, without stare decisis, none of these other sources of constitutional meaning can effectively be transformed into law. If precedent carried no weight, whatever the Court might say about constitutional meaning today would be up for grabs tomorrow. While precedent can help stabilize law, it is a mistake to expect too much from it. [...] Precedents more often serve as a source of principles and a basis for analogy, uses that make them less decisive but more rugged than most efforts at judicial ‘rulemaking’. There are limits to how much a court, especially in a constitutional case, can act like a legislature, laying down clear rules that will govern the future. Thus, precedent provides incomplete constraint, but real guidance nonetheless. At the same time, it provides a foundation for an evolving body of doctrine. Consequently, it gives us a constitutional regime stable enough to support the rule of law, but flexible enough to adapt to changing constitutional visions.”.

seria o quadro diante das decisões emanadas do Poder Executivo e do Poder Legislativo, que embora possam ser carreadas de fundamentação — o que nem sempre é obrigatório —, não se sujeita às mesmas complexidades hermenêuticas às quais se subordinam as decisões judiciais: o Poder Judiciário é limitado nas suas decisões, mesmo por seu órgão de cúpula, pelo texto constitucional, ao passo que os demais Poderes podem inclusive, em maior ou menor escala, alterar os parâmetros constitucionais. Quer no “absolutismo monarquista” quer na “supremacia parlamentarista”, os parâmetros constitucionais não se colocam e podem ser modificados ao alvedrio e à inconstância, ao menos em linha de princípio¹⁶¹.

A coerência que deriva dos precedentes e que se demanda, de maneira tão acentuada do Poder Judiciário, decorre exatamente do fato de que as decisões deverão sempre ter como norte a opção política fundamental plasmada no texto estruturante: a Constituição. Daí, dentro do cenário democrático, admitir-se a perpetuação de uma da força normativa, cogente e vinculante — ao menos durante determinado interregno — de opção hermenêutico-constitucional “incorreta”. Noutras palavras, causa perplexidade o fato de o mais prestigiado intérprete, e mais relevante tradutor da expressão constitucional, eventualmente remover dos seus pronunciamentos o caráter que mais se lhe delinea a quintessência: a definitividade.

Tal discussão, entretanto, será mais bem analisada no tópico seguinte, mas, por hora, é de se fixar que a *stare decisis stricto sensu* — ou eficácia horizontal — confere aos precedentes status superior às simples normas principiológico-informativas, mas traz consigo uma natureza jurídica *sui generis*, permeada da expectativa político-social de que a interpretação constitucional se mantenha estável. Senão por outra razão, a hermenêutica, assim como o significado que se atribui aos símbolos (designantes ou significantes) linguísticos, se incorpora à norma que lhe dá significado. A partir de

¹⁶¹ Aqui se discorda da aproximação que se faz entre a atividade jurisdicional e a legislativa apenas em termos formais ou processuais. A distinção entre ambas as funções é também (dentre inúmeras outras relevantes diferenciações) de natureza substancial: porquanto os parâmetros — ao menos os de natureza constitucional, mesmo que circunscritos ao texto originário da Constituição — não podem ser ignorados pelos magistrados; ao passo que, ao menos em terreno mais extenso do que ao concedido à atividade jurisdicional, a função legislativa pode modificar os próprios paradigmas constitucionais originários. Conferir, entretanto, em sentido contrário, CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 26/27.

então, isto é, uma vez empregada a exegese a inúmeros casos, tem-se por consumado o fato de que uma das interpretações possíveis foi eleita como a principal ou exclusiva¹⁶².

1.4. STARE DECISIS E EXPECTATIVA

Na análise efetuada no bojo do tópico anterior, foi possível observar que o debate acerca da constitucionalidade do *stare decisis* é polarizado: de um lado se encontram os que sustentam a tese de que a deferência aos precedentes poderia deturpar a própria supremacia das normas constitucionais; de outro, os que defendem ser o sistema de precedentes uma prática desejável, que produz estabilidade e protege expectativas¹⁶³. A contraposição de tais opiniões suscita duas questões que demandam reflexão. A primeira é a de se determinar se, no que se refere aos precedentes proferidos no exercício da jurisdição constitucional¹⁶⁴, é efetivamente possível estabelecer que as decisões judiciais poderiam se opor ao próprio texto constitucional. A segunda, a de perscrutar que espécie de estabilidade — e em que medida — a *stare decisis* produz.

Para examinar tais questionamentos, obviamente se extirpa da análise o próprio debate acerca do assento constitucional da *stare decisis*, porquanto, ainda que se possa sustentar — ou mesmo afirmar — sua natureza infraconstitucional, não se lhe retira, por meio desta pretensa conclusão, o papel estruturante dos ordenamentos

¹⁶² Esta é, aliás, a *ocasio* da técnica subjacente à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Nesse sentido, conferir: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 232/236.

¹⁶³ FALLON JR, Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review. Volume 76. Number 570. Year 2001. p. 593: “In addition, the doctrine of stare decisis is functionally desirable. It promotes stability, protects settled expectations, and conserves judicial resources.”.

¹⁶⁴ Por critério metodológico, é salutar esclarecer-se aqui que a expressão jurisdição constitucional é compreendida como designante do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, no seio de sua competência precípua. Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade não são tomados, portanto, como expressões sinônimas: aquela é espécie do gênero que esta representa. Noutras palavras, enquanto o controle de constitucionalidade é o mecanismo por meio do qual os diversos órgãos componentes do Estado — nestes compreendidos os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário — verificam a compatibilização das leis e atos normativos com o texto constitucional; a jurisdição constitucional é a parcela deste complexo sistema de controle de constitucionalidade que incumbe exclusivamente ao Poder Judiciário no exercício de sua função judicante. Faz-se este breve esclarecimento porquanto, em doutrina, são encontráveis posicionamentos em sentido ligeiramente contrário, a exemplo de BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 84: “A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consiste no controle de constitucionalidade, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.”.

jurídicos de *common law*. Também não interessa aqui perscrutar a possibilidade de eliminação da regra da *stare decisis* para determinados precedentes, porquanto, senão por outra razão, constitui controvérsia de âmbito doutrinário, que não se relaciona, ao menos diretamente, com as questões objetivamente delimitadas acima.

Em primeiro lugar, portanto, é preciso que, para examinar a possibilidade da perpetuação de precedentes inconstitucionais por meio da regra da *stare decisis*, se delimite o próprio alcance da jurisdição constitucional. Sendo a jurisdição constitucional a parcela do controle de constitucionalidade atribuída, dentro do sistema de freios e contrapesos, ao Poder Judiciário, é de se inquirir em que medida é possível estabelecer a existência de “erros” ou decisões “incorretas” proferidas no exercício de tal função.

Hodiernamente, sobretudo em virtude da reiteração analítica multissecular da decisão proferida no caso *Marbury vs. Madison*, admite-se que a *judicial review* decorre do texto constitucional estadunidense, bem como expressamente do texto constitucional brasileiro. Estabelece-se, a partir de tal premissa, a ideia de que a jurisdição constitucional, assim compreendida como a parcela do sistema de controle de constitucionalidade que incumbe o Poder Judiciário, tem o desiderato de salvaguardar o próprio conteúdo constitucional. Daí a ideia de que, tendo o Poder Constituinte originário acreditado ao Poder Judiciário a tutela dos mandamentos constitucionais, não é logicamente possível sustentar que haja “erro” nas decisões, porquanto, conforme célebre frase constante do acórdão que resolveu o caso *Marbury vs. Madison*, incumbe à jurisdição “dizer o que é a lei”¹⁶⁵.

É possível discordar da fundamentação constante do precedente, ao se argumentar que houve falha no sopesamento dos preceitos constitucionais envolvidos na controvérsia ou que, hermeneuticamente, dada decisão não se alinha com os parâmetros interpretativos imperantes, ou mesmo que a lógica subsuntiva ou silogística

¹⁶⁵ FRIED, Charles. *Saying what the law is: the Constitution in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 1: “The Constitution was written in 1787 and came into effect in 1789; its most important amendments were adopted in 1791 (Amendments I-X) and 1865-1870 (Amendments XIII-XV). The text of the Constitution and its amendments come to just over seventy-five hundred words. If the purpose of this book were to understand that text, it would be a work of history. But this is a book about understanding constitutional law, and that law principally comes out of the decisions of the Supreme Court of the United States, which as of this writing consists of more than five hundred and thirty volumes (although probably less than half of those decisions touch on constitutional issues). It is for this reason that this book quotes — often at length — from important Supreme Court opinions: they state the law, and sometimes with a signal eloquence and pungency. They are not only the words but the music of our constitutional law.”.

deixou de ser observada. No entanto, dentro do sistema da *stare decisis*, no qual se reconhece como fonte do direito as decisões judiciais, uma decisão “incorreta” permanece gerando efeitos, mesmo que moral ou filosoficamente reprovável. A autoridade e a influência do precedente somente poderão ser mitigadas por outras decisões ou atos (legislativos, executivos, judiciais ou mesmo sócio-empíricos) igualmente dotados de autoridade. O “equivoco” de determinada decisão, embora possa ser aferido em termos acadêmicos, não lhe retira a autoridade, que, na seara jurídica, implica subsecutiva efetividade. As razões pelas quais se sustenta a “incorreção” de dado precedente podem até, num momento futuro, implicar mudança orientativa, mas não desconstituem a realidade formada no caso decidido por ele, nem desconstituem a influência e a autoridade que aquele exerceu noutras decisões e práticas sociais. Se o Direito, na *stare decisis*, emana principalmente das decisões judiciais, somente é possível sustentar eventual incorreção de dada decisão na medida em que ela deixa de se legitimar pela realidade sócio-econômico-política, assim como os “erros” legislativos ou executivos¹⁶⁶.

Se é possível dizer que determinada decisão judicial afronta o texto constitucional, tal afirmativa pode ser igualmente transposta, nos mesmos e estritos parâmetros, para os atos legislativos ou executivos: não há distinção substancial entre o “erro” interpretativo emanado dos diversos Poderes estatais. Com efeito, a interpretação constitucional (o “erro”) se perpetua até que outras autoridades — de atos provindos dos demais poderes ou do próprio Poder Judiciário — impeçam ou mitiguem sua implementação: o “erro” é, em verdade, uma opção orientativa, que pode ou não ser

¹⁶⁶ Daí a ideia de ser insustentável a posição de Konrad Hesse (*A força normativa da constituição*. (trad.) Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 17) segundo a qual “As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores”: as Constituições despóticas e absolutistas foram outorgadas, e não promulgadas, sem que se verificasse uma correspondente “vontade de constituição”, senão mera “vontade de poder”. A própria ideia de força normativa da Constituição, conforme admitido por aquele mesmo autor, depende “do concurso da vontade humana” (idem, p. 20), o que demonstra a ululante impossibilidade do reconhecimento de uma força transcendente e inelutável capaz de controlar as forças sociais dos desígnios humanos: no máximo é possível identificar maior ou menor identidade entre as práticas sociais (ou, como diz Lassalle, a Constituição real) e aquelas previstas estruturalmente no documento que corporifica formalmente o Estado (folha de papel). A maior identidade, entretanto, não é suficiente para concluir, como quer Hesse, a existência de uma “vontade de Constituição”, mas, isto sim, uma conformação social na qual a Constituição formal reflete os fatores reais de poder. Assim explana Lassalle (*A essência da constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 39) ao dizer: “Onde a Constituição reflete os fatores reais e efetivos do poder, não pode existir um partido político que tenha por lema o respeito à Constituição, porque ela já é respeitada, é invulnerável. Mau sinal quando esse grito repercute no país, pois isto demonstra que na constituição escrita há qualquer coisa que não reflete a constituição real, os fatores reais de poder. E se isto acontecer, se esse divórcio existir, a constituição escrita está liquidada: não existe Deus nem força capaz de salvá-la.”.

assimilada e reiterada. Noutras palavras, não há efetivamente um erro, mas uma opção hermenêutico-jurídica que se confirma ou não pela prática de reiteração. Mesmo a perpetuação da prática segregacionista ou escravagista não pode ser rotulada juridicamente como erro — embora moralmente odiosa e reprovável —, mas observada como uma opção hermenêutica. É neste ponto que o conceito sociológico da Constituição, como composta pelos fatores reais de poder se mostra relevante: a Constituição é o resultado da composição equacionada dos poderes (econômicos, políticos, jurídicos etc.) que influenciam determinada realidade social¹⁶⁷. Sendo assim, a prática interpretação constitucional que se legitime pela prática reiterada não poderá ser tomada como incorreta, já que legitimada juridicamente, socialmente, economicamente etc., e poderá inclusive incorporar-se ao texto constitucional.

A própria mutação constitucional — assim compreendida como o processo por meio do qual o significado semântico das normas constitucionais é modificado sem qualquer alteração do texto¹⁶⁸ — demonstra a possibilidade de existir

¹⁶⁷ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 17/18 e 23: “Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação. Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos de Constituição? Com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais de poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporamos a um papel, não simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito — instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido. Ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais de poder, transformando-os dessa maneira em fatores jurídicos. Está claro que não aparece neles a declaração de que os senhores capitalistas, o industrial, a nobreza e o povo são um fragmento da Constituição, ou de que o banqueiro X é outro pedaço da mesma. Não, isto se define de outra maneira, mais limpa, mais diplomática. [...] Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas constituições de um país: essa constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e essa outra constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar folha de papel.”

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123 e 130/131: “a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via informal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. [...] A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito. [...] Exemplo emblemático de mutação constitucional por interpretação judicial ocorreu em relação ao denominado foro por prerrogativa de função, critério de fixação de competência jurisdicional previsto constitucionalmente. Por muitas décadas, inclusive sob a vigência

Continua...

uma interpretação constitucional divergente do sentido originário do texto. Este é um ponto que vale a pena estabelecer um breve raciocínio a respeito. Se, ao interpretar as normas constitucionais, a Corte Constitucional originariamente confere dada interpretação, tal exegese passa a integrar o texto e, portanto, se equipara à própria Constituição. No entanto, se a Corte, futuramente modificar tal orientação, poder-se-ia argumentar que esta segunda hermenêutica deturpou o teor do texto constitucional e, portanto, afigura-se como um “erro” inconstitucional. No entanto, e aí se reitera a impossibilidade de existência de “erro” do precedente constitucional, sendo perpetuada a orientação fixada na segunda decisão, o texto constitucional passa a admitir como corretas ambas as exegeses: quer aquela que perdurou desde o primeiro precedente, quer a que se desenvolveu doravante, após o *overruling* efetuado pela segunda decisão¹⁶⁹.

da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o foro privilegiado subsistia mesmo após o agente público haver deixado o cargo ou função, tendo, inclusive, consolidado esse entendimento no enunciado n. 394 da Súmula da Jurisprudência Dominante. Em 1999, todavia, a Corte alterou sua linha de entendimento e cancelou o verbete da Súmula, passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função. Nesse exemplo, como se constata singelamente, atribuiu-se ao mesmo dispositivo — o art. 102, I, b, da Constituição — sentidos diametralmente opostos ao longo do tempo, sem qualquer alteração de seu texto.”.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 125/128: “À vista dos elementos expostos até aqui, é possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança da realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular. O tema da mutação constitucional tem seu ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade. Já ficou para trás, na teoria jurídica, a visão do positivismo normativista que apartava o Direito do Mundo fático, assim como o dissociava, igualmente, da filosofia, da ética e de considerações em torno da ideia de justiça. A tensão entre normatividade e faticidade, assim como a incorporação dos valores à hermenêutica jurídica, produziram modificações profundas no modo como o Direito é pensado e praticado e redefiniram o papel da interpretação jurídica e do intérprete, especialmente em matéria constitucional. O Direito também não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em ficção que produz calor mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais de poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram esse condicionamento recíproco entre norma e realidade. Feita essa digressão, retoma-se a linha de raciocínio. A mutação constitucional se realiza por meio de interpretação feita por órgãos estatais ou por meio dos costumes e práticas políticas socialmente aceitas. Sua legitimidade deve ser buscada no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e difíceis de

Continua...

As múltiplas possibilidades hermenêuticas do texto constitucional, portanto, não justificam a prática de rotular como incorreta a opção, da jurisdição constitucional, por uma daquelas, nem deslegitimam o sistema de precedentes: em síntese, não há alternativa hermenêutica incorreta nas decisões judiciais, mas decisões das quais, argumentativa e academicamente, se pode discordar ou, no máximo, precedentes que não encontram eco nas práticas sociais e, portanto, perdem seu poder de influência.

Quando se sustenta, portanto, que a *stare decisis* fomenta a estabilidade e a previsibilidade — a aqui se enceta a análise do segundo questionamento proposto no início deste tópico — não se quer significar, com isso, uma imutabilidade hermenêutica. A *stare decisis*, como um sistema de precedentes, constitui uma estrutura por meio da qual o Poder Judiciário tem a possibilidade não só de estabilizar expectativas, mas, principalmente, de delimitar os casos que precisam de uma decisão. Sem o sistema de precedentes, cada decisão se iniciaria de um grau zero de sentido¹⁷⁰. É inequívoco que os precedentes, quer na *common law* quer na *civil law*, cumprem uma função estruturante de grande relevância: orientar a interpretação. Mas as possibilidades de *distinguishing* e *overruling* não asseguram uma continuidade estrita: assim, não se pode

reforma. A conclusão a que se chega é a de que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Essa terceira via já foi denominada por célebre publicista francês poder constituinte difuso, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais. Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de se estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário. As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão se rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por sua superação, seja por sua conversão em Direito vigente.”

¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 135. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 231.

dizer que a *stare decisis* constitui um sistema por meio do qual as decisões serão previsíveis, eis que a antevisão não garante a certeza de continuidade de dada interpretação.

Para analisar esse aspecto, necessário é trabalhar com conceitos da sociologia jurídica de Niklas Luhmann, de complexidade, contingência, estrutura e instituição. Conforme aquele autor, entende-se por complexidade a seleção forçada, diante de múltiplas possibilidades, e, por contingência, a possibilidade de frustração e a necessária submissão ao risco¹⁷¹. Note-se que, quando, dentro do sistema da *stare decisis*, se leva determinada *vexata quaestio* constitucional ao conhecimento da Suprema Corte, espera-se que tal questão seja solucionada de acordo com a interpretação exarada nos precedentes: a possibilidade de *distinguishing* e *overruling* figura como a contingência. A complexidade, entretanto, se refere exatamente à delimitação do caso ou da *vexata quaestio* a partir da eliminação de interpretações de questões antecedentes ou prejudiciais ao cerne do que se decide: é o que Luhmann designa dupla complexidade, ou expectativas de expectativas¹⁷². A partir do momento que a corte se assenta em seus próprios precedentes — proferidos por outros membros

¹⁷¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45/46: “O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma, o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais está lá. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.”

¹⁷² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 46/47: “Neste mundo complexo, contingente, mas mesmo assim estruturalmente conjecturável existem, além dos demais sentidos possíveis, outros homens que se inserem no campo de minha visão como um ‘alter ego’, como fontes eu-idênticas da experimentação e da ação originais. A partir daí introduz-se no mundo um elemento de perturbação, e é tão-somente assim que se constitui plenamente a complexidade e a contingência. As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são minhas possibilidades. A propriedade, por exemplo, só tem sentido como defesa nesse contexto. As possibilidades me são apresentadas na medida em que os outros as experimentam, sem podê-las atualizar totalmente como experimentações propriamente suas. Com isso adquire a chance de absorver as perspectivas dos outros, ou de utilizá-las no lugar das minhas, de ver através dos olhos dos outros, de deixar que me relatem algo, dessa forma ampliar meu próprio horizonte de expectativas sem um maior gasto de tempo. Com isso alcanço um imenso aumento da seletividade imediata da percepção. [...] Reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu. Essa é a garantia da propriedade da nossa experiência. Com isso, porém, tenho que conceder que o outro possui igualmente a liberdade de variar seu comportamento, da mesma forma que eu. Também para ele o mundo é complexo e contingente.”

que a compunham — embarca em um processo de dupla complexidade, confiando a delimitação do problema a ser resolvido em processos argumentativos anteriores, que já tiveram de efetuar uma seleção das possibilidades: com isso, reforça-se a ideia de compromisso com a própria linha de raciocínio hermenêutico¹⁷³.

Diz-se, portanto, que a *stare decisis* constitui uma “estrutura” porquanto, por meio dela, estabelece-se um sistema apto à aplicação da dupla seletividade¹⁷⁴. Isto é observável nas inúmeras decisões que hoje lidam com a jurisdição constitucional: todas as vezes que a Suprema Corte precisa declarar a inconstitucionalidade de determinada legislação, a argumentação se circunscreve à justificativa dos parâmetros pelos quais se considera o diploma normativo questionado contrário à Constituição, não se reabrindo, por exemplo, o debate acerca da possibilidade ou não de o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos (*judicial review*). Esta é a dupla seletividade, que permite delimitação do problema por meio da prática de se recusar debates paralelos ao cerne do caso *sub judice*: a menção aos precedentes permite o recorte metodológico-dogmático necessário à problematização do tema¹⁷⁵. Facilita-se,

¹⁷³ FALLON JR, Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review. Volume 76. Number 570. Year 2001. p. 594: “This dark corridor down which Professor Paulsen invites Congress to direct the judicial branch is the path of unreason, not reasoned justice under law. As Charles Fried has noted, reasoning of any kind requires continuity, at least in the minimal sense of ‘commitment to one’s own thought’. This being so, the Court, as a collective institution, must be allowed to rely on its own prior processes of reasoning, to accept that past decisions affect what is reasonably doable in the present, and to go forward in ways that it deems fair and acceptable under the circumstances. To quote Professor Fried again: ‘If reasoning implies continuity for him who engages in it, all the more must it do so for those to whom it is addressed and who are asked to accept it’.”

¹⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 53/54: “Em geral a estrutura é definida por uma propriedade, isto é, por uma constância relativa. Isso não está errado, mas é impreciso e improdutivo, pois obstrui o acesso à mais interessante indagação nesse contexto: por que as constâncias relativas são necessárias? Como pretendemos manter o acesso a essa questão, definimos a estrutura através da sua função de fortalecimento da seletividade, na medida em que ela possibilita a dupla seletividade. Em um mundo constituído sensorialmente, e portanto altamente complexo e contingente, torna-se vantajoso, e até mesmo imprescindível, referir os diversos passos da seleção uns aos outros. No processo cotidiano de comunicação isso ocorre inicialmente na medida em que alguém escolhe uma comunicação entre diversas outras comunicações possíveis, e o seu destinatário trate o que foi comunicado não mais como seleção, mas sim como fato, ou como premissa de suas próprias seleções, ou seja, incorporando a escolha do outro no resultado da seleção prévia. Isso alivia o indivíduo em grande parte do exame próprio das alternativas. As estruturas potencializam esse efeito aliviante na medida em que estabelecem as referências de uma seleção a outra. Através de um ato de opção, geralmente não percebido como tal, as estruturas restringem o âmbito da possibilidade de opções. Em termos imediatos elas delimitam o optável. Elas transformam o indefinido em palpável, a amplidão em redução. Na medida em que a seleção é aplicada sobre ela mesma, a estrutura a duplica, potenciando-a.”

¹⁷⁵ Em sentido análogo, também observa o Ministro Luís Roberto Barroso, em voto proferido no julgamento da reclamação 4.335-5/AC: “o respeito aos precedentes valoriza o princípio da eficiência, Continua...”

por meio desta estrutura, a individualização da controvérsia, sem que eventual ruído de discussões acessórias possa impedir, procrastinar ao extremo ou obnubilar a discussão principal.

A institucionalização, por sua vez — que depende intrinsecamente da estrutura —, decorre da necessidade de estabelecer-se o foco da controvérsia jurídica sobre determinado objeto, evitando-se que discussões adjacentes interfiram na temática *sub judice*: é por meio dela que autoritativamente se estabelece o tema e sua problematização, isto é, o desiderato do discurso e seus parâmetros. A instituição é indissociável da estrutura no sentido de que esta fornece os critérios metodológicos para que aquela possa impor determinado tom ao debate, desencorajando — ou mesmo reprimindo — objeções e discussões que não estejam relacionadas com o tema eleito para discussão. No âmbito da jurisdição constitucional, a estrutura se identifica com o método pelo qual os votos são proferidos, ao delimitar-se, no seu bojo, o que se considera relevante para a solução da controvérsia; ao passo que a instituição se exterioriza pela liturgia das sessões de julgamento, que parte da premissa do acordo sobre a necessidade da reunião e do debate acerca de um problema jurídico delimitado e de um lapso temporal limitado¹⁷⁶.

porque torna a prestação jurisdicional mais fácil, na medida em que o juiz ou os tribunais inferiores possam simplesmente justificar as suas decisões à luz de uma jurisprudência que já se formou.”

¹⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 80/85: “O mecanismo da institucionalização inicia-se onde o problema tem sua origem: na capacidade limitada de atenção. Toda interação social exige escolha de sentidos como tema de atenção comum. Todo sentido, porém, tem mais implicações que as que podem ser explicitadas através da comunicação. Para poder atuar no sentido proposto, portanto, é necessário supor uma definição aceita da situação, desenvolvê-la em uma direção determinada e encaminhar os outros participantes aos seus respectivos papéis. Já que nem todos podem falar simultaneamente, a condução cabe a um ou a alguns participantes que se alçam ao centro da atenção comum, aí encontrando ressonância para sua comunicação. Inicialmente todos têm o direito de protestar; mas ninguém que queira participar de interações pode protestar sem cessar e explicitamente contra tudo que está implícito. Se ele não conseguir assumir a própria condução seletiva do tema, só lhe resta o protesto genérico através da ruptura da relação, ou a aceitação do consenso suposto em sua base, assim como a história de sua seleção que ainda pode ser influenciada apenas nos detalhes. A continuidade da participação intencionalmente ou não, representa o consenso genérico, e as representações comprometem, já que os demais participantes constroem expectativas correspondentes. *Qui tacet consentire videtur*. Dessa forma o engajamento surge através da presença. Formam-se autoevidências supostas em comum, inicialmente não articuladas, e que reduzem fortemente a multiplicidade das opiniões em si possíveis e manifestáveis. Nisso se baseia, em princípio, o mecanismo procurado de seleção que limita a multiplicidade das projeções normativas. Essa redução institucional não pode ser apressadamente compreendida como compulsão social do comportamento. Ela simplesmente ocorre. Ela surge obrigatoriamente, mas não atua no sentido de uma compulsão que exclua outra possibilidade. Ela mantém boa parte da variedade das projeções normativas, certas possibilidades de divergência e principalmente possibilidades de modificação na adaptação a condições alteradas. A tematização e a modificação de premissas comportamentais não estão necessariamente bloqueadas por interesses de peso. Esse mecanismo de institucionalização não estabiliza sem mais nem menos, especialmente

Continua...

expectativas normativas, mas inicialmente estabiliza apenas hipóteses de continuidade, cujo status normativo ou cognitivo pode permanecer indefinido. Nele se baseia também a formação de subculturas divergentes, delinquentes. Nessa acepção, o conceito de instituição possui sua característica específica não na compulsão social, não na ampliação do consenso faticamente concretizado, e também não na normatividade das expectativas, apesar de não excluir nenhuma dessas características. Sua função reside em uma distribuição tangível de encargos e riscos comportamentais, que tornam provável a manutenção de uma redução social vivenciada e que dão chances previsivelmente melhores a certas projeções normativas. Aquele cujas expectativas sejam contrárias à instituição, terá contra si o peso de uma autoevidência presumida. Inicialmente ele tem que contraditar base comportamentais aceitas, já abertamente assumidas pelos demais. Com isso ele atinge autoprojeções, tornando-se incômodo ou até mesmo perigoso. Ele precisa arriscar uma iniciativa, sem estar protegido por expectativas pré-estabilizadas. Suas expectativas surgem inesperadamente. Ele precisa tematizar ou problematizar o que é suposto tacitamente, ou mesmo expressamente aceito, dirigindo-o para o foco de interesse comum e aí destruindo-o, apesar dos demais possivelmente desejarem utilizar a situação com propósitos totalmente distintos, desenvolvendo-a em outras direções. Ele tem que ser capaz de ocupar o centro das atenções comuns — não é suficiente murmurar suas reservas para um dos presentes, ou ridicularizá-los após a situação. Isso significa que a crítica a expectativas institucionalizadas está acoplada a pretensões de liderança, as quais, independentemente de conteúdos, provocam resistências. O risco é proporcionalmente alto, e com frequência desencorajadoramente alto. Talvez o crítico obtenha ressonância e possa tornar-se porta-voz de uma ampla insatisfação latente, mas talvez lhe seja indicado, mais ou menos politicamente e perante todos, que ele está tentando fixar-se em território inimigo. A isso acrescenta-se a carga da verbalização e da explicação. A instituição pôde construir-se e desdobrar-se quase que desapercivelmente. Para derrubá-la necessita-se da palavra. O atacante tem que encontrar as palavras certas, os argumentos que desestabilizam a instituição. Ele precisa levantar os motivos contra ela, e geralmente ainda fornecer também uma proposta alternativa. Para tanto ele não poderá apoiar-se em experiências e comprovações concretas, mas terá que recorrer apenas a concepções abstratas — não à experiência real de vida, mas a possibilidades difusas de uma outra existência. O ataque poderá ser facilitado se a instituição já incluir expectativas, princípios, constituições que formulem explicitamente a possibilidade de modificações. Mas, mesmo nesse caso, recai sobre o atacante o peso da complexidade. É ele que deve reconstituir o ‘status naturalis’ da contingência social e a multiplicidade das possíveis expectativas normativas, que não podem continuar as mesmas, sendo assim o responsável por novas reduções. De qualquer forma, aquele que propõe desvios ou modificações chama a atenção a si mesmo. Ele se expõe. Enquanto que as expectativas institucionalizadas podem ser seguidas imperceptivelmente, quase que distraidamente, o rebelde se expõe singularmente, de forma eminentemente pessoal. Sua ação sobressai e lhe é pessoalmente imputada, já que lhe falta a instituição enquanto explicação. Quem permanece sob a proteção da instituição pode sentir-se seguro. Quem sobressai é levado a uma perigosa autoexposição, correndo o risco de levar um fora desmoralizante. Essa alternativa entre permanecer seguro na invisibilidade e o risco de sobressair-se é característico para a situação motivacional com respeito a expectativas institucionalizadas. Ela não bloqueia qualquer desvio, qualquer conflito, qualquer proposta de renovação, sempre podendo existir pessoas e grupos que encontrem exatamente nesse perigo uma instigação, um motivo, uma chance de ação consequente. A alternativa não obriga à obediência como também não o dever ser normativo. Mas ela motiva aquele que não queira arcar com as consequências a não expressar sua discordância, estruturando assim as chances de comunicação no sentido da instituição. Dessa forma ela fortalece a impressão de uma opinião unitária acima da multiplicidade das expectativas fáticas, tornando assim as expectativas expectáveis. Por meio da expectativa sobre expectativas institucionalizadas pode-se generalizar esse mecanismo seletivo para além do sistema imediato de interação, para além dos presentes. Isso permite a acima descrita diferenciação entre aqueles que esperam e terceiros que estão ocupados com outras coisas. Só assim formam-se instituições culturalmente relevantes e que sejam independentes de situações individuais, de sua gênese e de sistemas elementares de interação. O engajamento pela presença torna-se engajamento através da existência social. Já que todos estão ligados entre si através de possibilidades de comunicação e contracomunicação, todos se sentem obrigados a dar continuidade aos compromissos e autoimagens também na relação com terceiros que não vivenciaram o engajamento. Se alguém certa vez se dispôs a tornar-se soldado, marido, vereador, etc., a frequentar um curso de dança, a comprar uma casa, ele assumiu obrigações para com qualquer um, e não apenas com relação a quem o tenha conduzido a essa ligação. Em outros contextos isso pode ser pouco relevante, mas não se pode negar frente a terceiros a condição de marido, pai,

Continua...

Note-se, portanto, que quando se sustenta que a *stare decisis* confere estabilidade, obviamente não se quer significar que esta estrutura implique continuidade de determinada interpretação ou de previsibilidade, no sentido de reiteração absoluta das opções hermenêuticas — embora seja defensável, em alguma medida, e sob circunstâncias específicas, a imutabilidade de determinados precedentes¹⁷⁷ —, *vis-à-vis*, em especial, às práticas do *distinguishing* e do *overruling*. *Stare decisis* traduz a ideia de estabilidade, generalidade e coerência das decisões judiciais, porquanto integrantes não só de um sistema que visa à solução das conjecturas conflituosas individuais, mas também de todo um sistema jusgenerativo¹⁷⁸.

proprietário, membro de um partido político, etc., e ao mesmo tempo pressupor os compromissos institucionais correspondentes. Espera-se expectativas correspondentes, portanto, não só a partir daqueles presentes interessados, mas também de não participantes, ausentes e ocupados com outras coisas — e nesse caso em possibilidades de controle contínuo através da experiência fática e também sem a possibilidade de obtenção da aprovação imediatamente visível para inovações arriscadas. Vemos então com uma clareza cada vez maior porque a estabilização social de expectativas sobre expectativas não pode estar apenas baseada no consenso daquele a quem a expectativa se dirige: esse consenso seria facilmente revogável e, portanto, impossível de ser estabilizado no tempo. É realmente sedutor o raciocínio de que bastaria motivar aquele sobre cujo comportamento se tem expectativas: o que deveria varrer a rua, o que deveria proceder ao enterro, o que deveria apresentar sua declaração de renda, etc. Mas isso não basta. Uma tão forte especificação e localização social do consenso necessário reduziria o institucionalmente suposto ao consenso faticamente inconstante, minimizaria o limiar de comunicação que envolve a instituição, e tornaria a abolição da instituição um objeto de mera comunicação sempre possível. O sim ou o não dependeria, assim, de caprichos, situações, personalidades ou acordos ‘de parceria’. Tornar-se-ia impossível, ou pelo menos muito difícil, um esperar a longo prazo, uma assimilação de expectativas e uma projeção de expectativas a situações ainda bastante desconhecidas. É exatamente a determinação, o anonimato, a imprevisibilidade e a incógnita de terceiros relevantes que garante a confiabilidade e a homogeneidade das instituições. Ela se baseia na neutralização de todas as referências que levam a que determinados terceiros possam ter outras expectativas que as esperadas. As instituições se fundamentam, então, não na concordância fática de determináveis manifestações de opiniões, mas sim no sucesso ao superestimá-las. Sua continuidade está garantida enquanto quase todos suponham que quase todos concordem; e possivelmente até mesmo enquanto quase todos suponham que quase todos suponham que quase todos concordem. Daí surge, comparativamente ao senso fático, uma maior estabilidade e uma mais apurada sensibilidade. Constituídas sobre a areia movediça da experiência concreta, através de mecanismos de seleção, as instituições podem tornar-se amplamente independentes da distribuição fática das experiências reais com respeito a temas e momentos, e também das entradas e saídas de seus participantes, passando então a moldar elas mesmas a estrutura de expectativas desses processos. Ao nível das expectativas sobre expectativas de terceiros, elas atingem um grau tão característico de sedimentação, ao ponto de não mais tolerarem um recurso à realidade concreta das opiniões e do comportamento. A certeza de suas expectativas se baseia na assimilação de hipóteses improvisadas que não foram oportunamente refutadas, no descobrimento de suas implicações e de outras possibilidades, no manter latente a maior parte dos desvios e todas comunicações que sinalizem expectativas divergentes e que possa dar-lhes ressonância social — mas principalmente na dilatação das chances fáticas do consenso.”.

¹⁷⁷ FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. p. 1182: “Virtually everyone, including nearly all originalists, acknowledge that certain precedents cannot be undone. Robert Bork, for instance, concedes that some judicial practices are ‘so accepted by the society, so fundamental to the private and public expectations of individuals and institutions’ as to be immune from judicial revision.”.

¹⁷⁸ FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. 1179/1180: “In deciding a particular case, a judge must provide reasons

Evidentemente, a estabilidade que se invoca em defesa da *stare decisis* não ignora a possibilidade de uma mudança orientativa (mutação constitucional), eis que as novas realidades sociais são contempladas pela ideia de que o *overruling* pode conferir dinamismo à hermenêutica constitucional, mesmo assim mantendo um patamar estabilizado de confiabilidade na institucionalização. Noutras palavras, não se elimina, por meio da *stare decisis* a ideia de que uma nova realidade ou percepção acerca do Direito, isto é, aquilo que era desconhecido e passou a tornar-se conhecido, possa modificar diametralmente o que outrora se estabeleceu¹⁷⁹: o processo de acerto vem ao custo da experimentação e, por conseguinte, de paulatina construção de estruturas que podem ser refutadas por meio de novos procedimentos seletivos¹⁸⁰ ou legitimadas por sua reiteração. Sendo a mutação (neste caso, traduzida em *overruling*)

that will have precedential effect on later cases (both in the same court and in lower courts). Thus, the judge is pushed to a form of neutrality—not the neutrality of being value-free, but the neutrality of articulating standards that one is willing to live with in the future. ‘If the future must treat what we do now as presumptively binding, then our current decision must judge not only what is best for now, but also how the current decision will affect the decision of other...cases’. It is in this sense that ‘neutral principles’ are important to judicial opinions. Thus, respect for precedent pushes judges to seek generality and coherence in their decisions.”

¹⁷⁹ FONSECA, Eduardo Giannetti da. *Auto-engano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 67/68: “Não importa o que seja: pergunte a si mesmo se você conhece algo e terá sérias razões para começar a duvidar. Antes de tudo, cabe indagar: o que é conhecer? Depende, é claro, do nosso grau de exigência. Se você passar, por exemplo, uma tarde visitando uma cidade histórica, poderá voltar para casa e dizer que a conhece. Se você passar vários meses nessa mesma cidade, perceberá que as mudanças do clima, as alterações do seu próprio ânimo e as pequenas surpresas de cada dia têm o dom de revelar ângulos e facetas até então desconhecidos. Mas, se você passar alguns anos na tal cidade, estudando o seu passado, pesquisando a evolução de seus prédios e de seu traçado, e buscando entender o significado histórico do que se passou nela, você ficará assombrado com a vastidão do que falta saber. Com o avanço do conhecimento, alarga-se o desconhecido. ‘Com o saber cresce a dúvida’. Tautologias e truísmos à parte, nenhum saber é final. Qualquer que seja o objeto do conhecimento — uma floresta ou uma indústria, um texto clássico ou um neurotransmissor —, uma coisa é certa: por mais que se conheça, sempre será possível conhecer mais. E como o que falta saber, por definição, ninguém sabe o que é, o desconhecido pode ter uma propriedade singular. Nem sempre o que era desconhecido, mas veio a tornar-se conhecido, restringe-se à descoberta de coisas que são meramente complementares ao estoque de saber preexistente. A tensão entre o antigo e o novo — entre o estoque e o fluxo na busca do conhecimento — gera surpresas e anomalias. O novo conhecimento gerado pode alterar radicalmente o nosso entendimento acerca da natureza do saber preexistente e do seu valor de verdade. O conhecer modifica o conhecido. O desconhecido é uma bomba-relógio tiquetaqueando e pronta para implodir (ou não) o edifício do saber estabelecido — uma ameaça pulsando em tudo o que se mantém de pé. Certeza absoluta, portanto, não há. Afirmá-la seria negar que o desconhecido seja desconhecido. Seria supor a) que a fronteira máxima e intransponível do conhecimento foi alcançada ou, no mínimo, b) que o que falta conhecer é necessariamente ‘bem comportado’, ou seja, alguma coisa aditiva e não subversiva vis-à-vis o saber preexistente. A primeira hipótese implica um dogmatismo descabido e terminal; a segunda prejulga, de modo injustificado, o que pela sua própria natureza não se pode saber.”

¹⁸⁰ FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. p. 1201: “Predictability comes at the expense of learning from experience, since new insights can only be incorporated in the law through the relatively radical step of changing the entire rule.”

uma excepcionalidade que não refuta a regra¹⁸¹, a estabilização que decorre da *stare decisis* se alia à clareza dos parâmetros empregados — sobretudo no que se refere à análise dos padrões histórico-evolutivos — na hermenêutica constitucional¹⁸².

A estabilização advinda da *stare decisis* se assenta no fato perfeitamente expectável de que há um compromisso da jurisdição constitucional com sua própria linhagem interpretativa, quer para modificá-la — de maneira pontual, como quando se efetua um *overruling* de determinado precedente — quer para perpetuá-la. Nesse sentido¹⁸³:

We require continuity in legal doctrine. Yet we also require each new decision to be more or less right on its merits. The only way we can have both is for new the decision to be right, in part at least because it accords with established doctrine. We encounter here an instance of what may seem a general paradox of rationality: a rational person is always in principle open to reason, yet any human pursuit — certainly the pursuit of reason — would be thwarted if those committed to it kept returning to first principles to make sure that the beginning was right. I call this a paradox because we try to have it both ways: to shut down argument after some reasonable point and yet to be unwilling to put any proposition permanently and in principle beyond question.

¹⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 68/69: “Quando o desvio se apresenta tão abertamente, ao ponto de não mais poder ser ignorado, ou quando a situação de interesses não permite o conluio do silêncio, surgem novas necessidades de cooperação. Essas podem ser classificadas em dois grupos, dependendo se dizem respeito a experiências ou a ação daquele que desaponta. Ele precisa poder considerar, interpretar e explicar o desapontamento como fato, e precisa ter à disposição comportamentos alternativos, através dos quais ele possa expressar a continuidade da vigência da expectativa não correspondida. O próprio fato de que o comportamento desapontador é sentido como um desvio, confirma a norma. Isso por tratar-se aqui de uma modalidade de imputação da discrepância: não era a expectativa que estava errada, mas sim a ação que foi errada ou então incomum; não se trata de esclarecer um erro, mas de questionar o comportamento. Dessa forma, a norma já está salva, e aquele que a rompe está quase que perdido. [...] Dessa forma não apenas isola-se, individualiza-se, personaliza-se o acontecimento, mas ao mesmo tempo é fornecido um ponto de referência para uma explicação do desapontamento. As explicações de desapontamentos têm a função de acomodar no mundo o desapontamento que se tornou inegável enquanto fato. Ele tem que ser integrado aos fatos conhecidos, tornando-se, assim, compreensível — pois só se pode esperar em termos contrafáticos em alguns sentidos, e não absolutamente, por princípio. A explicação, porém, não pode lesar a norma. Por isso ela deve distanciar o acontecimento desapontador da expectativa. A expectativa e acontecimento têm que ser simbolicamente isolados de tal forma que o acontecimento não possa afetar a expectativa, não colocando em questão sua continuidade. Os pontos de vista que se prestam nesse sentido, pouco têm a ver com as explicações cientificamente verificáveis, pois elas não devem fundamentar a regularidade, a contingência circunstancial da expectabilidade, mas sim o oposto — sua excepcionalidade.”

¹⁸² FARBER, Daniel A. *The rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006. 1179: “A related reason for adhering to precedent is that only by following the reasoning of previous decisions can the courts provide guidance for the future, rather than a series of unconnected outcomes in particular cases. If all we know is that a court affirmed some convictions and reversed others, we can have very little confidence in guessing what rule applies in the future. By articulating standards that are binding for the future, courts can offer some semblance of what has been called the ‘law of rules’, which is one aspect of the rule of law.”

¹⁸³ FRIED, Charles. *Saying what the law is: the Constitution in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 7/9.

(We want to avoid being like the man who cannot get to work in the morning because he must keep returning home to make quite sure that he has turned off the gas.) The paradox appears in its most intimate form in the design of our life plans — and it manifests itself in the law, even though the judge’s plan is not her personal life plan, but a plan for the law. The solution to the paradox at every level begins by noticing that we are time-extended, not punctuated, beings. The ends we pursue, the thoughts we entertain, the sentiments that grip us are all time extended, not punctuated. Our affections, commitments, and projects are also time extended. Just as we could not whistle a tune if at every moment we started afresh, so we could be neither friend or enemy, we could not keep promises, do acts of kindness, nor take revenge, if every momentary and discrete movement were the occasion of a fresh choice. Steadiness and commitment are not just virtues that keep us unswervingly on course to some goal or end point: they make our lives more or less coherent; they allow us to understand and describe what it is that moves us at all. They give character. They give character to a judge as she pursues a course of decision, but this same steadiness and commitment give character to the Court. Without such steadiness the Court’s work would not only be unpredictable and the law unreliable, it would be threatened with incoherence. Unless doctrine persists, unless doctrine itself is prolonged, it cannot sufficiently order social action. The Constitution promises that kind of persistence, and it can only deliver if its commands are instantiated in doctrines that persist. If what the Constitution meant were open to reinterpretation from the ground up (from the text, or original intention, or fundamental values up), if a new story could be started, a new argument made at each instance of its application — not just by the Supreme Court, but by lower courts, state courts, and officials at all levels — then, whatever might be said about the ‘correctness’ of some of these interpretations, the ensemble of purportedly constitutional activities would exhibit an incoherence that must be much further from the reason for having a Constitution than the departure worked by any particular doctrine, no matter how far afield it might have wandered. [...] The case for reason displayed over time must take account not only of how commitments come into being, but also of changed plans and understandings. Neither a person nor a social institution like the Supreme Court can lead a punctuated existence, in which reason turns afresh at every moment to determine what is the best thing to do now. Large stretches of life and attention are taken up with moving according to a plan already set, playing according to the score already written, adhering to commitments already made. But just as a punctuated existence is inhuman, so a life lived strictly according to plan is mad — and dangerous. Whole projects may be cast aside as mistaken, and what follows can be liberating, thrilling, or full of promise. Those who don’t get trapped have a kind of peripheral vision that allows them to notice the chance of a new departure even while they keep their eye on the ball. This is a manifestation of the paradox of rationality to which I referred earlier. A judicial decision too is both an intellectual and a moral act, and the commitment to the argument behind it correspondingly is made both to oneself and to others. Of course, like the rest of us a judge must recognize at some point that he — carried along by doctrine — has been moving down a blind alley, and then he may have to retrace his steps, perhaps all the way to the start of his journey. But still, if we did

not proceed with some considerable measure of confidence in our prior steps, we could not progress at all. Reasoning about the Constitution certainly requires at least that kind of commitment to our own thought, and in this sense implies respect for precedent.

A estabilidade da estrutura dos precedentes reside, portanto, na ideia de que, quer se mantenha quer se modifique determinada interpretação, será honrada a interpretação histórica e a construção paulatina dos conceitos jurídicos, por meio de uma justificação — seja esta juridicamente explícita seja esta faticamente implícita. Como foi visto na análise do caso *Brown*, a justificação técnico-jurídica não precisa necessariamente se estender para a concretização de tal desiderato: a fundamentação prescinde de legitimar a manutenção ou mutação interpretativa, desde que estabeleça uma clara correlação com a interpretação anterior, donde se extrai a deferência estabilizante. O caso *Brown* bem demonstra que a modificação sociocultural não carece de extensa fundamentação teórico-jurídica: bastando a alusão à ideia de que o Direito estabelecido pela decisão do Tribunal se assenta na mudança das práticas sociais.

Nem as partes nem os terceiros, que observam determinada decisão da Suprema Corte no exercício da jurisdição constitucional, ignoram a possibilidade de mutação constitucional — o que é razoavelmente expectável, já que ocorre ao menos em relação a dois entendimentos por ano, como foi visto anteriormente. Espera-se, e é nisso que reside a segurança jurídica do sistema de precedentes, uma clara adoção de opções exegéticas, justificadas pela técnica jurídico-hermenêutica ou pelo contexto político-social que lhe subjaz. Noutras palavras, isso significa, em última análise, que a segurança jurídica, indissociável desiderato do sistema de precedentes, decorre de sua própria essência, segundo a qual se deve prestar deferência às decisões anteriores: a fundamentação das decisões posteriores deverá estabelecer um nexo de coesão entre o que se estabeleceu outrora e o que se julga agora — ainda que tal elo implique ruptura interpretativa.

2. RECLAMAÇÃO: efeito vinculante e eficácia *erga omnes*

Em um país como o Brasil, em que a legislação é tão extensa (contando atualmente com mais de 181 mil leis) e a Constituição abarca uma miríade de temas, a certeza decorrente das decisões judiciais consolidadas em enunciados e súmulas vinculantes serve como norte à própria atividade jurisdicional: promove-se a estabilização das relações sociais e a segurança jurídica em sua fronteira última — afinal, a derradeira palavra do Estado Brasileiro, incumbida ao Supremo Tribunal Federal, sobre a interpretação e a aplicação do direito mitiga a incerteza decorrente da multiplicidade de fontes normativas. Assim, as balizas, consubstanciadas em entendimentos consolidados pela jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, concentrando as fontes normativas, reduzem antinomias e circunscrevem a hermenêutica constitucional, ou, ao menos, lhe conferem uma silhueta em dado interregno contextual e histórico. Se tal fenômeno, por um lado, pode significar simplificação da atividade dos profissionais da área jurídica e maior clareza na dicção normativa — no sentido de determinação e identificação do direito posto e das condutas por ele prescritas —, por outro pode também representar risco de concentração de poder, totalitarismo e ameaça ao Estado Democrático¹⁸⁴. Esta perspectiva maniqueísta, no entanto, não integra o objeto de estudo aqui proposto, bastando, neste ponto, registrar que este fenômeno de maior valorização da própria atividade jurisdicional — já designada de vocação para a jurisdição, latente idiosincrasia do sistema jurídico pátrio, mormente na sua hodierna conjectura —, implica inexorável valorização dos precedentes e maior deferência às decisões já proferidas.

A própria ideia de criação das súmulas representativas da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal surge a partir da necessidade de conferir coerência e clareza ao sistema de precedentes — até então meramente persuasivos¹⁸⁵. É de se rememorar que, contemporaneamente à edição da emenda regimental por meio da qual se permitiu ao Supremo Tribunal Federal a edição de súmulas representativas de jurisprudência, observava-se o surgimento de um fenômeno ulteriormente designado “crise do Supremo” ou “crise do recurso extraordinário”: decorrente da excessiva

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (trad.) Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 33/34 e 49.

¹⁸⁵ FELETTI, Vanessa Maria. *Súmulas vinculantes, hermenêutica e jurisdição constitucional: um estudo sobre a interpretação e aplicação das súmulas vinculantes sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais na tarefa de julgar*. Campinas: Servanda, 2013. p. 77/79.

quantidade de demandas, sempre recrudescente, dirigida ao Tribunal, que, à época detinha a incumbência de uniformizar toda a legislação federal — constitucional e infraconstitucional¹⁸⁶. Sintomático da crise do Supremo Tribunal Federal foi o emprego do novel instituto da súmula para a edição do enunciado número 400/STF, segundo o qual: “decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra ‘a’ do art. 111, III, da Constituição Federal”. A função de uniformizar a interpretação normativa restou, portanto, mitigada com o advento do enunciado 400/STF e, por conseguinte, o sistema de precedentes sofreu abalo, no que se refere à sua força de organização e à sua extensão, bem como à sua própria relevância — muito embora inúmeros outros enunciados tenham se sucedido àquela.

À época, entretanto, as súmulas eram “meramente” persuasivas, isto é, embora dotadas de eficácia *erga omnes*, não eram permeadas de efeito vinculante. Este é um ponto epistemológico que merece destaque ao se encetar a análise da reclamação: distinguir metodologicamente a eficácia *erga omnes* do efeito vinculante. *Erga omnes* é uma expressão cujo significado implica algo válido para todos, indistintamente, isto é, com abrangência geral e impessoal. Nesse sentido, a lei tem eficácia *erga omnes*, eis que aplicável a todos os seus destinatários, isto é, a quaisquer entes que se enquadrem na conjectura hipotética descrita pela norma. Com efeito, a súmula persuasiva também é dotada de caráter *erga omnes*, porquanto, ainda que editada por uma corte local — a exemplo dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais —, serve para nortear a interpretação legislativa e incide sobre as situações daqueles sujeitos àquela corte. É evidente, entretanto, que tanto a lei quanto a súmula persuasiva podem ter eventualmente sua incidência afastada, por uma série de razões: inconstitucionalidade, ilegalidade, conflito de normas, inaplicabilidade ao caso concreto etc. Fato é, portanto, que, embora as orientações legislativas e sumulares sempre tenham tido eficácia *erga omnes*, sua observância não necessariamente era impositiva ou cogente, eis que poderia ser afastada pela decisão judicial proferida diante do caso concreto.

Por sua vez, o efeito vinculante significa que a orientação firmada pela súmula será impositiva, imperativa, mandatária, cogente, de observância obrigatória,

¹⁸⁶ SARAIVA, José. *O recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 75/76.

equivalente, *mutatis mutandis*, ao *binding effect* do sistema jurídico estadunidense. Assim, diferentemente da lei, o entendimento consagrado em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e revestida de efeito vinculante — a exemplo das súmulas e dos julgados decorrentes de processos objetivos — tem não somente a presunção de constitucionalidade, mas o verdadeiro atestado de constitucionalidade: é o próprio guardião da Constituição que atesta sua fidedignidade, impedindo o acolhimento de argumentações que pretendam afastá-lo sob o pretexto de conflito de normas ou inconstitucionalidade. Daí não ser possível, diante de um caso concreto, deixar de aplicar o conteúdo vinculativo, sendo possível, no máximo, falar-se em *distinguishing*: negar incidência à decisão vinculante porque o caso concreto a ser resolvido se mostra distinto da hipótese prevista por aquela. Afora tal alternativa, somente a afronta (*defiance*) direta à decisão vinculante será apta a afastar sua incidência. Mas, nesta hipótese (*defiance*), obviamente será cabível o remédio processual que assegura o efeito cogente das decisões de caráter vinculante: a reclamação (CF, art. 103-A; Lei 9.882/99, art. 13). É evidente que, assim como ocorre no sistema estadunidense, a efetividade do efeito vinculante que reveste as súmulas vinculativas poderá variar também em função do papel dos implementadores do comando contido no verbete; no entanto, é possível concluir que, ao menos no que se refere à análise normativa do texto constitucional oriundo da atividade do constituinte derivado (EC 45/2004), a função dos implementadores no sistema brasileiro parece mitigada em cotejo com aqueles do direito estadunidense: senão por outro motivo, aqui também se compreende como sujeita à atividade corretiva a decisão, ou o ato, que aplicar impropriamente o conteúdo sumular. Deixa-se em aberto, por enquanto — exatamente para se possibilitar ulterior desenvolvimento do tema neste trabalho — a questão de estabelecer quão efetiva tende a ser tal atividade corretiva dos atos dissidentes das decisões com efeitos precedenciais e se o exercício desta poderia implicar, mormente no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, substituição da crise do recurso extraordinário pela superinflação de outro remédio processual: a reclamação.

Importa fixar, neste momento, o fato de que a eficácia *erga omnes* — de que são dotados, de maneira geral, os atos normativos — e o efeito vinculante, do qual somente se revestem determinados atos normativos, são fenômenos de natureza muito distinta e que se mostram perfeitamente dissociáveis um do outro. Embora com terminologia distinta, também observa a mesma diferenciação o Ministro Ricardo

Lewandowski, conforme se infere to trecho, a seguir transcrito, do seu voto no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC:

Isso porque se está diante de dois fenômenos jurídicos que, embora acarretem resultados semelhantes, não podem ser confundidos entre si. O primeiro corresponde às decisões que produzem o denominado efeito erga omnes, que as tornam oponíveis a todos; o outro se refere às decisões que, pela autoridade do órgão jurisdicional que as prolatou, constituem fonte de Direito, como, de resto, ocorre com a jurisprudência em geral. Esclareço melhor. Se, por um lado, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal confere a seus Ministros a competência para julgar monocraticamente determinado recurso extraordinário quando a decisão está em consonância com a jurisprudência predominante, não estão eles, de outro, obrigados a se curvar ao entendimento predominante na Casa, salvo em se tratando de posição estabelecida em controle concentrado de constitucionalidade ou por meio de súmula vinculante. No primeiro caso, tem-se a manifestação da força dos precedentes da Casa, como fonte de Direito; no segundo, um exemplo da força cogente do efeito erga omnes.

Também no bojo dos debates que integraram o acórdão que resolveu a Reclamação 4.335-5/AC, o Ministro Ricardo Lewandowski volta à mesma distinção:

Eu penso que nós estamos diante de alguns conceitos diferentes e distintos que precisamos, de certa maneira, esclarecer para aprofundar a discussão. Um, é o efeito erga omnes, que não se confunde absolutamente com o efeito vinculante. Todos nós sabemos disso, e não vou fazer nenhuma consideração a respeito disso. Mas o efeito erga omnes é aquele que se dá às nossas decisões no controle concentrado de constitucionalidade. Há algumas situações, sobretudo depois da Emenda Constitucional 45/2004, no caso das súmulas vinculantes, em que o nosso efeito, o efeito das nossas decisões é vinculante, mas não se confunde com o efeito erga omnes.

Daí a ideia de que a reclamação é o remédio jurídico destinado à salvaguarda do efeito vinculante dos precedentes: não se concebe a reclamação como meio processual adequado à garantia da eficácia *erga omnes*, mas, reiterar-se, somente ao efeito vinculante das decisões que deste são dotadas¹⁸⁷. Deve-se observar, entretanto, que nem todas as hipóteses de cabimento da reclamação, como será possível examinar ao longo deste capítulo, envolvem o efeito vinculante, mas, sempre que este estiver presente caberá a reclamação, que é o remédio específico que lhe assegura. Em palavras

¹⁸⁷ QO no AGR na RCL. 1723. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 08/02/2001: “O eventual descumprimento, por juízes ou Tribunais, de decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando proferidas com efeito vinculante (CF, art. 102, §2º), ainda que em sede de medida cautelar, torna legítima a utilização do instrumento constitucional da reclamação, cuja específica função processual — além de impedir a usurpação da competência da Corte Suprema — também consiste em fazer prevalecer e em resguardar a integridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios.”

simples, pode-se afirmar que: se a decisão for vinculante, caberá reclamação contra ato que lhe contrarie, negue vigência ou lhe aplique incorretamente, mas nem sempre que couber reclamação se estará diante de uma decisão dotada de efeito vinculante¹⁸⁸.

Dentro dessa lógica, é relevante notar que o efeito vinculante constitui importante aliado do sistema de precedentes atualmente implementado no Brasil — sistema este, vale sublinhar, não identificável (ou, ao menos, não em sua maioria) com a *stare decisis* estadunidense. A reclamação, portanto, é a pedra de toque do pátrio sistema de precedentes, eis que, ao salvaguardar o efeito vinculante das decisões, constitui-se o meio pelo qual o Supremo Tribunal Federal — e, de forma geral, todos os tribunais que dela podem conhecer — expressa, de maneira delimitada, a parcela vinculativa de suas decisões: estabelecendo, desta maneira, os dois relevantes objetos deste estudo, o *holding* (ou *essential holding*) e os critérios para se individualizar este *holding* dos precedentes (ainda que estes critérios não sejam explicitados de maneira individualizada nas decisões).

A existência de um remédio processual específico, que assegura a força cogente das decisões vinculantes, as torna diferenciadas de outros institutos jurídicos constantes do ordenamento, por criar um atalhamento do encadeamento processual ordinário à impugnação dos atos dissidentes. Se um órgão do Poder Judiciário deixar de aplicar a lei, não caberá reclamação contra esta decisão: o prejudicado terá seguir a *Via Crúcis* recursal, até a obtenção do pronunciamento jurisdicional último, que estabeleça se a aludida lei deveria ou não ter sua incidência afastada — o que pode ocorrer somente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em regra depois de transcorrer ao

¹⁸⁸ Assim se constata em expressivo precedente do Supremo Tribunal Federal (AGR na MC na RCL 15.243/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. J. 18/11/2014): “Como se sabe, a reclamação reveste-se de idoneidade jurídico-processual, quando utilizada com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, notadamente quando impregnados de eficácia vinculante, como sucede com aqueles proferidos em sede de fiscalização normativa abstrata (RTJ 169/383-384 – RTJ 183/1173-1174): ‘O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO. O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamationária, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente: Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno).’ (RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). Admissível, portanto, ao menos em tese, o ajuizamento de reclamação nos casos em que sustentada, como na espécie, a transgressão à eficácia vinculante de que se mostra impregnado o julgamento do Supremo Tribunal Federal proferido no âmbito de processos objetivos de controle normativo abstrato, como aquele que resultou do exame da ADPF 130/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO.”.

menos duas instâncias ordinárias. Todavia, tome-se agora uma decisão revestida de efeito vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal (como as proferidas em processos objetivos ou consubstanciadas em súmulas vinculativas): na hipótese de afronta, negativa de vigência ou incorreta aplicação do conteúdo constante de tal decisão, caberá reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal — prolator originário da decisão. Essa possibilidade de atalhamento das vias recursais ordinárias diferencia a própria natureza jurídica das decisões dotadas de efeito vinculante, eis que há uma salvaguarda especial à sua eficácia cogente.

Com efeito, a decisão dotada de efeito vinculante (decorrente de julgamento processo objetivo ou enunciado vinculativo), não tem eficácia nem natureza de lei, eis que ao descumprimento da lei o ordenamento jurídico pátrio não destina um mecanismo processual — distinto da via ordinária de busca da tutela jurisdicional — apto à garantia específica de sua eficácia *erga omnes*. O mesmo se diga em relação às emendas constitucionais: havendo conflito entre o conteúdo de uma emenda constitucional e o de uma decisão revestida de efeito vinculante, caberá ao magistrado — integrante de qualquer instância que não seja o próprio Supremo Tribunal Federal — conferir precedência a esta última. É de se reiterar que as emendas constitucionais têm a mera presunção de constitucionalidade, ao passo que as decisões com efeito vinculante têm o próprio atestado de constitucionalidade¹⁸⁹. Assim, o conflito entre emenda constitucional e decisão vinculante será resolvido a favor desta¹⁹⁰. Evidentemente não

¹⁸⁹ Cria-se no direito brasileiro, com o advento das decisões vinculantes e de eficácia *erga omnes* — quer proferidas no bojo da jurisdição constitucional em controle abstrato quer consubstanciadas em súmulas de caráter cogente —, cenário similar ao observado no sistema da *common law*. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. (trad.) Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 459: “O direito, quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial; as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal da regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram. Quando não existe precedente, o jurista americano dirá naturalmente: ‘There is no law on the point’ (Não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja.”.

¹⁹⁰ Este é também o posicionamento expressado por Eros Roberto Grau (em voto proferido no bojo do julgamento da Reclamação 4.335-5/AC), conforme se infere do trecho transcrito a seguir: “Bem se vê que MONTESQUIEU faz alusão a faculdades — de estatuir e de impedir — do Legislativo e do Executivo. Mas desejo referir, agora, a faculdade de impedir, do Judiciário, exercida em relação a atos do Legislativo. Ele, o Judiciário, pode [=deve] impedir a existência de leis inconstitucionais. Aí — atualizo MONTESQUIEU — como que um poder de veto do Judiciário. O Legislativo não poderá, nesta hipótese, retrucar, reintroduzindo no ordenamento o que dele fora extirpado, pois os braços do Judiciário nesta situação alcançam o céu. Pode fazê-lo quando lance mão da faculdade de estatuir, atuando qual intérprete da Constituição, por não estar de acordo com a interpretação dada pelo

Continua...

se trata aqui da jurisdição constitucional objetiva do Supremo Tribunal Federal: como Corte à qual incumbe a última palavra sobre a hermenêutica constitucional, poderá afastar o conteúdo de decisão vinculante, aplicando o teor da emenda constitucional.

Diz-se isso para sustentar a constatação de que a natureza jurídica da decisão vinculante é *sui generis*, isto é, nem se identifica com o texto constitucional, que lhe é subordinante, nem com as leis constitucionais não-originárias — incluídas aí todas as que compõem o bloco de constitucionalidade, excetuada, obviamente, a própria Constituição — e menos ainda com as normas infraconstitucionais. No atual paradigma de escalonamento normativo, a Constituição permanece ocupando o vértice da pirâmide hierárquica, mas, logo abaixo, estão as decisões da jurisdição constitucional (súmulas e julgados efeito vinculante), seguidas das normas constitucionais componentes do bloco de constitucionalidade (excetuada a Constituição) e sucedidas, ulteriormente, pelas leis infraconstitucionais *latu sensu* (complementares, ordinárias, medidas provisórias, decretos, resoluções etc.)¹⁹¹. As decisões vinculantes não têm “força de lei” nem têm natureza jurídica de normas constitucionais, mas, como decorrência da interpretação constitucional, são hierarquicamente superiores às leis e inferiores à Constituição¹⁹².

Estas constatações geram maior complexidade quando se pondera que poderá existir conflito entre o conteúdo das normas constantes do mesmo patamar hierárquico. Assim como as normas constitucionais podem apresentar conflito aparente — a exemplo da antinomia entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa —, não há razão para se concluir que as decisões vinculantes não possam deflagrar a mesma espécie de contraposição. Nesta hipótese, é de se observar que o critério da hierarquia não poderá ser empregado para solucionar tal controvérsia normativa. Dois outros critérios, engendrados para a solução do conflito normativo, entretanto, poderão ser eficazes para orientar a solução da maioria dos casos: o da especialidade e o da cronologia. No caso da especialidade, verificar-se-á qual das decisões vinculantes em

Supremo Tribunal Federal a um texto normativo. Mas não, repito, quando aquele que estou referindo como poder de veto do Judiciário [= poder de afirmar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo] houver sido exercido.”

¹⁹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. (trad.) Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. (rev.) Cláudio de Cicco. Brasília: UNB, 1999. p. 49/51.

¹⁹² Note-se, neste ponto, que aqui se sustenta a supremacia do texto constitucional sobre o conteúdo das súmulas vinculantes porquanto — além da obviedade de que estas daquele derivam — é dotado de inúmeros mecanismos processuais especificamente destinados à sua salvaguarda: a exemplo das ações de controle de constitucionalidade e remédios constitucionais diversos, como o mandado de injunção e a própria reclamação (ao menos no que se refere à garantia da integridade da competência dos tribunais).

aparente conflito se mostra específica para a regência da situação de incidência: hipótese em que ambas permanecerão incólumes, porquanto o critério da especialidade somente demanda o afastamento da incidência da regra geral em relação à norma de maior especificidade. Por outro lado, na hipótese da cronologia, na qual se verifica que uma decisão vinculante conflita com outra cronologicamente mais recente, ter-se-á, na maior parte das vezes, uma hipótese de *overruling* ab-rogante ou derogante — a depender da totalidade ou parcialidade com que se modificou o precedente: verificar-se-á que a decisão vinculante mais recente modificou a interpretação constitucional consagrada pela mais antiga¹⁹³.

Todavia hipóteses poderão ocorrer — e, ao que tudo indica, ainda não se conhece de tal ocorrência pela relativa juventude da prática de emissões de decisões da jurisdição constitucional com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante —, tal qual se verifica com a própria Constituição, nas quais nenhum dos critérios adrede mencionados (hierarquia, especialidade e cronologia) poderá solucionar a antinomia normativa entre as decisões vinculativas. Quando tal conflito for deflagrado no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, a solução terá de ser encontrada por meio da verificação dos próprios mandamentos constitucionais. Ter-se-á de se estabelecer qual dentre as decisões em conflito — equiparadas para todos os demais efeitos (hierarquia, cronologia e especificidade) — tem maior afinidade com os mandamentos constitucionais. Mesmo nesta hipótese, causa perplexidade a ideia de que as decisões emanadas pelo mesmo órgão terão de se submeter à nova apreciação para que se possa estabelecer qual deve prevalecer no caso concreto. A uniformização da hermenêutica constitucional, ao menos *primo icto oculi*, não comporta a hipótese de existência de decisões, fundamentadas na exegese do mesmo texto, de natureza contraposta. Mas, ainda mais esdrúxulo é imaginar que o Supremo Tribunal Federal tenha de estabelecer qual, dentre suas decisões, cujo teor foi indistintamente certificado como constitucional, mais se harmoniza com o sentido do texto que lhes confere sustentação.

Por outro lado, caso o conflito entre decisões vinculantes se verifique noutra corte, que não o Supremo Tribunal Federal, ainda que se ateste estar em maior

¹⁹³ Quando o *overruling* for de entendimento consagrado em súmula vinculante e for efetuado no bojo de uma decisão proferida em processo objetivo, não será necessária a observância do procedimento específico de cancelamento de súmula vinculante regulamentado pela Lei 11.417/2006: isso porque o procedimento a que se sujeitam as ações de controle direto de constitucionalidade tem maior amplitude do que o rito de cancelamento de súmulas vinculantes.

consonância com as normas constitucionais um dos verbetes, contra o julgado será cabível o ajuizamento de reclamação: eis que a aplicação de uma decisão ao caso implicará necessariamente o afastamento da(s) outra(s), violando ululantemente a cogência de que é/são dotada(s) a(s) decisão/decisões inaplicada(s). Dizendo de outro modo, se um magistrado ou um tribunal deixar de aplicar determinada decisão vinculante, por entender que outra está em maior consonância com o texto constitucional — no caso de ambas disciplinarem a mesma hipótese de maneira diversa —, haverá inobservância (*defiance*) de uma delas, razão pela qual o prejudicado poderá ajuizar a reclamação contra tal julgado.

É de se observar, por outro lado, que não se reputam vinculantes, no direito brasileiro, somente as decisões do Supremo Tribunal Federal decorrentes do julgamento de processos objetivos: também as decisões inerentes à própria organização hierárquica do Poder Judiciário têm o respectivo efeito. Para esclarecer, imagine-se a seguinte situação hipotética: o juiz, em primeira instância, defere pedido liminar em ação ordinária e, contra esta decisão, é interposto agravo de instrumento, que é conhecido e desprovido pelo Tribunal Local, mantendo-se hígida a decisão recorrida; imagine-se agora que, contra o acórdão da Corte local, é interposto recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça, sendo este conhecido e provido, para reconhecer-se o *error in iudicando* do acórdão impugnado, eis que, o pedido em relação ao qual se pretendia a liminar já fora, adrede, acoimado pela prescrição. Uma vez transitada em julgado esta decisão do Superior Tribunal de Justiça, não poderá o juiz de primeira instância, ao final do processo, julgar procedente aquele mesmo pedido cuja prescrição fora fixada pela instância superior. A vinculação das decisões, proferidas dentro de um mesmo processo, no que se refere à estruturação hierárquica do Poder Judiciário, têm eficácia vinculante para os órgãos submetidos às autoridades dos julgados emanados dos submissores. Noutras palavras: aquilo que é decidido pelos órgãos hierarquicamente superiores vincula — ao menos em regra¹⁹⁴ — os órgãos hierarquicamente inferiores.

¹⁹⁴ Diz-se “em regra” porquanto decisões de caráter provisório, a exemplo daquelas de natureza acautelatória, não são necessariamente vinculativas, podendo o juiz, diante de fatos novos ou mesmo após a dilação probatória, modificar o decidido pelas cortes superiores. A própria decisão antecipatória de tutela poderá ser modificada — quer no seu deferimento quer no seu indeferimento — pelo advento de novos elementos carreados aos autos que demonstrem uma alteração do paradigma contextual no qual foi proferida, a exemplo da incontrovérsia de pedidos, do abuso do direito de defesa, ou mesmo de modificações dos fatos que demandem a revisão do que fora estabelecido.

Esta distinção é imprescindível à constatação de que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante não são interdependentes nem necessariamente, ou umbilicalmente, correlacionados: dada decisão judicial pode ser dotada de eficácia *erga omnes* sem que também seja permeada de efeito vinculante; e, da mesma maneira, é possível que uma decisão tenha efeito vinculante, mas não seja oponível *erga omnes*. Esta distinção ganha relevo no estudo da reclamação porquanto, como já afirmado, esta espécie de remédio se destina à salvaguarda da eficácia vinculante das decisões judiciais e não ao efeito *erga omnes*. Daí a ideia de que a reclamação pode ser empregada mesmo como meio de assegurar a eficácia vinculante das decisões judiciais com efeitos *inter partes*.

No que importa ao presente estudo, cujo desiderato é averiguar exatamente os critérios para a determinação do conteúdo vinculativo dos precedentes oriundos da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, pouco destaque terá a diferença entre a eficácia *erga omnes* ou *inter partes* da decisão. Releva saber, isto sim, se, havendo um precedente vinculante, há critérios objetivamente auferíveis para a determinação do conteúdo vinculativo da decisão, pouco importando se tal conteúdo é oponível *erga omnes* ou *inter partes*.

2.1. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Consectária da súmula vinculante é a reclamação constitucional, eis que um instituto diferenciado como a súmula vinculante carece de um correspondente processual para assegurar sua eficácia vinculativa. Não foi, entretanto, o surgimento da súmula vinculante que possibilitou a existência da reclamação constitucional, remédio que tem raízes na jurisprudência remota do Supremo Tribunal Federal, que remonta à teoria dos poderes implícitos – *implied powers*¹⁹⁵. Inicialmente, portanto, a reclamação não era disciplinada expressamente por qualquer dispositivo legal, constitucional ou infraconstitucional, mas derivou de criação jurisprudencial do Supremo Tribunal

¹⁹⁵ Como foi possível observar anteriormente, a teoria dos poderes implícitos foi o que possibilitou à Suprema Corte estadunidense o reconhecimento de sua própria competência para a *judicial review*, que não se encontra expressa na Constituição estadunidense. No entanto, a teoria efetivamente foi sedimentada de modo explícito noutro caso também marcante do constitucionalismo estadunidense, *McCulloch vs. Maryland*, tornando-se, doravante, lugar-comum na teoria jurídica mundial. EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*. 70. ed. Washington: CQ Press, 2011. p. 145/153.

Federal¹⁹⁶. Somente no ano de 1957 — no exercício da atribuição constitucional do então vigente texto de 1946 que, conforme o inciso II do art. 97 —, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal passou a contemplar expressamente a reclamação. Com o advento da Constituição de 1967, conferiu-se “força de lei” ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, porquanto a alínea “c” do parágrafo único do art. 115 daquele Diploma assim o determinava¹⁹⁷.

Entretanto, foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o instituto finalmente ganhou expresso assento constitucional e, doravante, regramento infraconstitucional. Atualmente, a reclamação está prevista na alínea *l* do inciso I do art. 102, pelo §3º do art. 103-A e pela alínea *f* do inciso I do art. 105 da Constituição Federal. No âmbito infraconstitucional, também a contemplam os arts. 13 a 18 da Lei 8.038/90; a alínea *f* do inciso I do art. 6º da Lei 8.457/92; os arts. 584 a 586 do Código de Processo Penal Militar; o art. 13 da Lei 9.882/99; e o art. 7º da Lei 11.417/06. Por fim, no âmbito regimental, a reclamação também é disciplinada pelos regimentos internos de todos os Tribunais Superiores¹⁹⁸.

Inicialmente, a reclamação se destinava precipuamente à salvaguarda da integridade da competência do Supremo Tribunal Federal. Tanto o é que a modificação inicial do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que contemplou a reclamação, engendrou medidas voltadas principalmente à avocação de processos, não obstante, desde 1957, o RISTF já previsse a possibilidade de cabimento da reclamação para “assegurar a autoridade de seu julgado”. Nesse sentido, completamente compreensível, à época, era a preocupação primária da preservação de competência do Supremo Tribunal Federal, eis que, até então, o sistema de controle de constitucionalidade ainda orbitava principalmente o exercício do modelo difuso. Ademais, a possibilidade de inobservância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sempre foi restrita, dada a organização hierárquica do Poder Judiciário

¹⁹⁶ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 49. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. (atual.) Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 657.

¹⁹⁷ Constituição Federal de 1967: “Art. 115. O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em Turmas. Parágrafo único. O Regimento Interno estabelecerá: [...] c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”.

¹⁹⁸ Nesse sentido, conferir: arts. 6º, I, *g*; 9º, I, *c*; 149, III; e 156 a 162 do RISTF; arts. 11, X; 12, III; e 187 a 192 do RISTJ; arts. 190 a 194 do RITST; arts. 4º, I, *e*; 35, I, *r* e §1º; 46, §1º; 48, §3º e §4º; 105 a 107 do RISTM; arts. 15, parágrafo único, V; 16, §6º e 68 do RITSE. Discorrer-se-á, adiante, neste mesmo capítulo, sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a previsão da reclamação no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.



e a existência de um aparato de medidas, por vezes mais céleres e eficazes, para prevenir a inobservância das decisões superiores por parte dos membros hierarquicamente inferiores.

Ainda hoje, vale o lembrete, a reclamação ajuizada para assegurar a autoridade das decisões dos tribunais não constitui remédio destinado a conferir obediência à parte destinatária de julgado proferido em relação processual de natureza subjetiva: nesta hipótese, cabíveis serão as medidas executórias, de caráter punitivo-administrativas, ou simples requerimentos petitórios, sem prejuízo de eventual indenização por perdas e danos e sanções de caráter processual. Em essência, ao menos originariamente, a reclamação tem o desiderato de salvaguardar a própria organização da estrutura hierárquica do Poder Judiciário: seja evitando a usurpação da competência seja assegurando que os órgãos subordinados (juízes ou tribunais) conferirão eficácia e aplicabilidade às decisões proferidas pelos subordinantes¹⁹⁹. Nesse sentido, no âmago — repita-se, ao menos originalmente —, a reclamação foi concebida como remédio destinado exclusivamente à organicidade sistêmico-operacional do próprio Poder Judiciário.

Sintomática dessa tendência — de se conceber a reclamação principalmente para conservar a integridade da competência da Corte, e, apenas em segundo plano, para preservar a autoridade de suas decisões — é o fato de o Supremo Tribunal Federal, em fartos precedentes²⁰⁰, e mesmo durante os primeiros anos de vigência da Constituição Federal de 1988, não admitir reclamações no âmbito do controle concentrado e abstrato²⁰¹. Como será possível observar mais adiante,

¹⁹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 473: “Imagine-se, por exemplo, que alguém impetre mandado de segurança contra determinada autoridade federal perante um juiz federal de primeira instância. Denegada a segurança e confirmada tal denegação pelo respectivo TRF, suponha-se que o STF conheça e dê provimento ao recurso extraordinário para conceder a segurança. Caso a autoridade federal recuse cumprimento à ordem, desrespeitando a decisão proferida pelo STF, não cabe reclamação. Caberá o ajuizamento de simples petição ao próprio juízo de primeira instância para impor o cumprimento da ordem. A este cabe executar a ordem ou impor seu cumprimento, exatamente por ser o juiz natural da execução. Se, todavia, nesse mesmo exemplo, for o juiz de primeira instância que recusar cumprimento ao acórdão do STF, deixando de impor a ordem à autoridade administrativa, aí sim caberá a reclamação ao STF por afronta à autoridade de seu julgado.”.

²⁰⁰ Supremo Tribunal Federal: MS 20875. DJU 28/04/1989; Reclamações 136/DJU 01/11/1982, 224/DJU 18/09/1987, 208/DJU 06/12/1991.

²⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. (atual.) Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Maleiros, 2008. p. 672/673. No mesmo sentido, Supremo Tribunal Federal (QO na RCL 235. Rel. Min. Néri da Silveira. Pleno. J. 01/10/1987. Publicação em 29/11/1991): “Se o Tribunal concedeu mandado de segurança a particulares, aplicando lei estadual, cujos efeitos estavam suspensos, em

Continua...

hodiernamente a tendência se inverteu, isto é, tem mais ênfase o cabimento da reclamação para a garantia da autoridade das decisões do STF do que para assegurar a integridade de sua competência, ao menos no que se refere à relevância jurídica dos julgados.

2.1.1. NATUREZA JURÍDICA

O debate acerca da natureza jurídica da reclamação tem grandes proporções na doutrina, na jurisprudência, academicamente e na prática. Vários são os posicionamentos acerca da natureza jurídica da reclamação, circunstância bem revelada pela ementa da Reclamação 336, julgada pelo Pleno do STF, no ano de 1991, conforme se constata do trecho transcrito a seguir:

A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê – ação (Pontes de Miranda, “Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, “O Poder Judiciário e a Nova Constituição”, p. 80, 1989, AIDE), remédio incomum (Orosimbo Nonato, “apud” Cordeiro de Mello, “O processo no Supremo Tribunal Federal”, vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, “A Correição Parcial”, p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (José Frederico Marques, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3., 2. parte, p. 199, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, RTJ 112/518-522 – configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “I”) e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, “F”).

Não obstante a existência do acirrado debate noticiado pela ementa transcrita acima, hodiernamente, impera majoritariamente na doutrina o entendimento originariamente sustentado por Pontes de Miranda, de que a reclamação tem natureza jurídica de ação²⁰². De fato, ao menos após o advento da EC 45/04, as posições que

medida cautelar, em representação aforada pelo Procurador-Geral da República, o Estado deve adotar as medidas judiciais próprias para tentar suspender os feitos do ‘writ’ ou para cassá-lo. Reclamação não conhecida.”.

²⁰² Assim se posicionam, apenas para citar alguns, MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. (atual.) Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Maleiros, 2008. p. 661. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 459. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais, técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Continua...

sustentavam ser a reclamação identificada com os recursos, com os sucedâneos recursais ou com os incidentes processuais perderam sua possibilidade de acolhida, uma vez que a Constituição Federal admite o cabimento da reclamação para impugnar ato de natureza administrativa, que contrarie súmula de caráter vinculante: o pressuposto lógico dos recursos, sucedâneos recursais e incidentes processuais é a existência de uma decisão jurisdicional ou, no mínimo, de um processo judicial em curso. Assim, tornaram-se insustentáveis tais posicionamentos hodiernamente²⁰³. Restaram, doravante, duas posições: a que considera a reclamação como um remédio *sui generis* — isto é, dotada de natureza jurídica própria, que não se identifica com qualquer outro instituto jurídico — e a que, por outro lado, se lhe atribui a identidade de ação autônoma, tal qual quaisquer outros meios ordinários ou especiais de pleito jurisdicional.

Inclinou-se o Supremo Tribunal Federal pela primeira posição, conforme restou consignado no julgamento da ADI 2.212-1/CE²⁰⁴. Em julgamento unânime, a Corte firmou a orientação, que até o momento vem se repetindo noutros precedentes²⁰⁵, segundo a qual: “A natureza da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal.”. No entanto, não obstante as devidas críticas direcionadas ao posicionamento do STF, é inteligível — o que não quer dizer que seja justificável — que a Corte assim se pronunciasse acerca da natureza jurídica da reclamação, tendo em vista as peculiaridades do caso no qual analisava a questão.

Aqui vale abrir parêntesis para contextualizar, brevemente, a decisão: a ADI 2.212-1/CE fora ajuizada pelo então Governador do Estado do Ceará contra dispositivos da Constituição estadual cearense (alínea *i* do inciso VII do art. 108) e do regimento interno do Tribunal de Justiça do respectivo ente federativo (alínea *j* do inciso VI do art. 21) que atribuíam a esta corte local a competência para processar e julgar originariamente reclamação, com o desiderato de preservar sua competência e garantir a autoridade de suas decisões. Em síntese, a petição inicial da aludida ADI

p. 409. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 921.

²⁰³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 462/464.

²⁰⁴ ADI 2.212-1/CE. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 02/10/2003.

²⁰⁵ A exemplo da ADI 2.480 (DJE 15/06/2007) e do RE 405301 (DJE 17/04/2009).

elencava os seguintes argumentos contra as normas por ela impugnadas: a) sendo a reclamação uma ação e, portanto, de natureza processual, não poderia o Estado ter legislado sobre o assunto, sob pena de violação do inciso I do art. 22 da CF/88, que reserva a matéria à União; b) a CF/88 somente previu a reclamação no âmbito da competência do STF e do STJ (arts. 102 e 105), razão pela qual não se poderia estendê-la aos Tribunais de Justiça; c) o art. 108 da CF/88, que estabelece a competência dos Tribunais Regionais Federais, não previu a reclamação, de maneira que causaria disparidade entre os sistemas organizacionais do Poder Judiciário nos âmbitos federal e estadual.

A referida ADI teve liminar concedida, mas, no mérito, foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal. Fato é que, ao que tudo indica, parecia naquele momento ao STF que admitir a natureza de ação implicaria reconhecimento da inconstitucionalidade das normas da Constituição cearense, o que privaria o Tribunal de Justiça local da competência para conhecer as reclamações ajuizadas doravante. O ponto determinante do aludido julgamento foi a consideração de que — se a reclamação decorre dos poderes implícitos — não poderia a Constituição Federal circunscrever seu cabimento às competências do STJ e do STF. Logo, existindo previsão na Constituição estadual para o cabimento da reclamação — lei formal —, não há porque limitar a competência do Tribunal local, tão-somente em homenagem à natureza jurídica.

De fato, tal posicionamento, é de se concordar, atualmente implica assimetria entre os sistemas federal e estadual, porquanto os Tribunais Regionais Federais não têm competência para conhecer de reclamação, segundo o STF, por ausência de lei formal. Implica também, o posicionamento do STF, perplexidade, porquanto se sua premissa de que a reclamação derivasse do direito de petição aos órgãos públicos, seu cabimento independeria de previsão expressa e regulamentação formal. Equivocou-se o STF, na aludida ADI, na premissa de que reconhecer à reclamação a natureza de ação conduziria necessariamente à inconstitucionalidade das normas impugnadas. Poderia, sim, a Corte ter reconhecido que a reclamação é uma ação e, interpretando analogicamente o texto constitucional, reconhecer a constitucionalidade das normas impugnadas pela referida ADI, até por uma questão de simetria entre os paradigmas constitucionais federal e estadual (a cláusula poderia ter sido considerada como de reprodução obrigatória).

Fartos são os argumentos doutrinários que identificam a reclamação como uma ação²⁰⁶, similitude que demonstra que as peculiaridades eventualmente verificadas na reclamação não seriam suficientes para afastá-la dessa natureza²⁰⁷. Atualmente, portanto, embora de maneira mais fundamentada a doutrina majoritária ensine que a reclamação tem natureza jurídica de ação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permanece afirmando ser ela um remédio *sui generis*.

2.1.2. COMPETÊNCIA

A reclamação constitui demanda originária de tribunal — superior ou não —, sendo incabível na primeira instância. Conforme a alínea “l” do inciso I do art. 102 e a alínea “f” do inciso I do art. 105 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm competência para conhecer — processar e julgar — reclamação sempre que for necessário para a preservação das respectivas competências ou para garantir a autoridade das suas decisões. A alínea f do inciso I do art. 6º da Lei 8.457/92 também conferiu ao Superior Tribunal Militar a competência para processar e julgar reclamação para a preservação da respectiva competência ou para garantir a autoridade das suas decisões.

Por sua vez, os Tribunais de Justiça poderão conhecer de reclamação, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, apenas e tão-somente se existir

²⁰⁶ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional no direito brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 459/461: “O primeiro argumento em favor dessa possibilidade é o de que, não sendo incidente processual, como se viu, contém-se — fora da ordem administrativa — na competência originária das cortes às quais a Constituição ou a lei atribuem. O segundo está na impossibilidade de caracterizá-la como qualquer outra coisa [...] O terceiro reside na circunstância de que a reclamação se enquadra, perfeitamente, em todos os requisitos necessários à conceituá-la como ação [...] Tem-se, pois, indubitavelmente, que é uma ação.”. No mesmo sentido e agregando outros argumentos: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 464. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais, técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 409. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 921.

²⁰⁷ O fato de a reclamação — quando ajuizada com o desiderato de garantir a autoridade da decisão de tribunal — depender da prévia existência de decisão judicial, não descaracteriza sua natureza jurídica de ação, pois raciocínio contrário também demoveria a ação rescisória dessa natureza jurídica. Da mesma maneira, o fato de a reclamação — quando ajuizada para assegurar a integridade da competência de tribunal — depender, em regra, de processo em curso, também não descaracteriza sua natureza jurídica, pois, caso contrário, a reconvenção e a ação declaratória incidental também não poderiam ser reconhecidas como ações.

previsão para tal competência na Constituição estadual respectiva, vedada a possibilidade de previsão exclusiva no regimento interno do tribunal²⁰⁸.

A rigor, pela teoria dos poderes implícitos, a reclamação sequer precisaria ser prevista como cabível, eis que a preservação da competência e da autoridade das decisões dos tribunais constitui consectário lógico do exercício da respectiva atividade jurisdicional. Noutras palavras, como conceber que a Constituição atribua a determinado tribunal um âmbito específico de competência sem se lhe permitir zelar pela observância deste? E como conferir segurança jurídica sem assegurar que as decisões dos tribunais serão efetivamente cumpridas pelos órgãos judiciais que a eles se subordinam? A reclamação está implícita como integrante da competência dos tribunais porquanto decorre da necessidade lógica de que a estrutura hierárquica engendrada para o Poder Judiciário seja mantida e de que as causas sejam julgadas pelos respectivos juízes naturais: decorrências (deonto)lógicas dos axiomas processuais e estruturantes de assento constitucional²⁰⁹.

Dessa forma, entretanto, não interpreta o Supremo Tribunal Federal: no julgamento do recurso extraordinário 405.031-5/AL, datado de 15/10/2008, a Corte, à unanimidade (nos termos do voto do relator) declarou a inconstitucionalidade dos arts. 190 a 194 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, que tratavam da reclamação. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal por entender que, não havendo lei, no sentido formal e material, que autorizasse a inclusão da reclamação no rol das competências do TST, não há, conseqüentemente, possibilidade de que aquela Corte efetuasse autoampliação de suas atribuições, por meio do seu regimento interno²¹⁰.

Da mesma forma, não se reconhece aos Tribunais Regionais Federais a competência para processar e julgar reclamação, dada a ausência de lei federal que assim o permita. Curiosamente, o Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral

²⁰⁸ Assim ficou fixado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADI'S 2212/CE, 2480/PB e do RE 405301/AL; bem como, no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da QO no RESP 863055/GO e do AgRg na Recl. 2918/MG.

²⁰⁹ Em sentido contrário: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 305/315.

²¹⁰ Assim se depreende do voto vencedor proferido no julgamento do RE 405.031-5/AL (Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Pleno. J. 15/10/2008).

prevê a possibilidade de a Corte conhecer de reclamação, mas o Supremo Tribunal Federal ainda não foi provocado a se manifestar acerca da matéria²¹¹.

No entanto, não obstante fundamentadas lições no sentido de que todos os tribunais — dada a teoria dos poderes implícitos — deveriam estar aptos ao processamento e julgamento de reclamações, para salvaguardar as respectivas competências e a autoridade de seus julgados²¹², o panorama extraído a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é o seguinte: somente têm competência para conhecer de reclamação o próprio STF e o STJ (por expressa previsão constitucional), o STM (por expressa previsão infraconstitucional), o TSE (ao menos enquanto não houver declaração de inconstitucionalidade do respectivo regimento interno) e os Tribunais de Justiça, apenas e tão-somente se as respectivas Constituições estaduais assim o permitirem expressamente; por outro lado, o TST e os Tribunais Regionais Federais não podem conhecer de reclamação, dada a ausência de previsão legal expressa que os autorize²¹³. Na mesma senda de raciocínio, a ausência de previsão legal expressa impede que as Turmas Recursais dos Juizados Especiais conheçam de reclamação — e, neste caso, a própria natureza jurídica desta espécie de órgão judicial também pode se mostrar um empecilho ao conhecimento da reclamação, eis que nem sempre se lhe reconhece a natureza jurídica de “tribunal”²¹⁴.

2.1.3. HIPÓTESES DE CABIMENTO

A reclamação é cabível basicamente em duas hipóteses: a) preservar a integridade da competência do Tribunal; b) assegurar a autoridade das decisões do Tribunal. Reafirme-se, antes de se examinar as duas aludidas hipóteses, que a reclamação somente é cabível no âmbito dos tribunais, jamais perante a magistratura de primeira instância, qualquer que seja a natureza da causa — eleitoral, trabalhista, militar, penal, cível, comercial, tributária etc.

²¹¹ Nesse sentido, é de se dizer que o inciso XVIII do art. 23 do Código Eleitoral (Lei 4.737/65) atribui competência exclusiva ao Tribunal Superior Eleitoral para “tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”.

²¹² BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais, técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 410.

²¹³ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 925.

²¹⁴ A natureza jurídica de tribunal não é reconhecida às turmas recursais, por exemplo, para o fim de cabimento recurso especial.

2.1.3.1. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA

Para evitar a usurpação da competência de determinado tribunal, por vezes será necessário ao interessado o ajuizamento de reclamação, verificando que outro órgão do Poder Judiciário, que não o juiz natural da causa, poderá conhecer da demanda. Doutrina e jurisprudência são fartas em exemplos que elencam casos concretos nos quais a reclamação foi julgada procedente para que o tribunal avocasse a causa que, até então, era processada por outro órgão judicial. Apenas para aclarar, vale elencar algumas hipóteses concretas de reclamações ajuizadas para a preservação da competência de tribunal:

- a) O Supremo Tribunal Federal costuma julgar reclamações para assegurar sua competência no processamento e julgamento de causas relacionadas aos conflitos federativos, atribuição constitucional que lhe confere a alínea “f” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal.
- b) O Supremo Tribunal Federal também conhece de reclamações para definir sua competência em ações penais que envolvem autoridades públicas que se sujeitam diretamente à competência da Corte, conforme as alíneas “b” e “c” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal.
- c) Outrossim, já ocorreu de o Supremo Tribunal Federal conhecer reclamação para sustar o andamento de ação direta de inconstitucionalidade estadual em unidade federativa cuja Constituição permitia ao respectivo Tribunal de Justiça empregar como parâmetro do controle a Constituição Federal²¹⁵.
- d) Igualmente, permite-se a reclamação quando houver, nas cortes de origem, demora excessiva – que acarrete afronta aos princípios da razoabilidade e da celeridade processual – no julgamento do mérito, na aferição da admissibilidade ou da própria remessa de recursos especiais ou extraordinários (ou agravos interpostos contra a inadmissão destes) ao STJ ou ao STF²¹⁶.
- e) Noutros casos pontuais, o Supremo Tribunal Federal, da mesma maneira, julgou procedente a reclamação para preservar sua competência, a exemplo dos seguintes: extinguir ação rescisória ajuizada em confronto com regra de competência definida pelo critério material²¹⁷; avocar recursos extraordinários cujo seguimento fora negado por Turma Recursal de Juizados Especiais²¹⁸; avocar demandas

²¹⁵ Supremo Tribunal Federal. RCL. 595/SE. Pleno. DJ 23/05/2003

²¹⁶ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “Art. 161. Julgando procedente a reclamação, o Plenário ou a Turma poderá: [...] II – ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto”. Supremo Tribunal Federal: RCL. 1.933-AM. Rel. Min. Celso de Mello. J. 16.5.2002; RCL 1.004-AM. Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 25.11.1999.

²¹⁷ Supremo Tribunal Federal. RCL. 377/PR. Pleno. DJ 30/04/1993.

²¹⁸ Supremo Tribunal Federal. RCL. 1.025. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 28.2.2003; RCL. 2.132. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 14.2.2003; RCL. 634. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU 14.12.2001;

relacionadas à extradição²¹⁹; extinguir ações populares ou ações civis públicas cujo único desiderato constitua a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público – cessando, assim, a inadequação da via eleita e proscrevendo a utilização dessas demandas como substitutivas das ações de controle de constitucionalidade²²⁰.

É de se reiterar que não só ao Supremo Tribunal Federal compete a análise e o processamento de reclamação destinada à preservação da própria competência: também ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior Eleitoral, ao Superior Tribunal Militar e aos Tribunais de Justiça cabe conhecer de reclamações nas hipóteses em que as respectivas competências forem usurpadas pelos órgãos que lhes são hierarquicamente submetidos, desde que, quanto a estes últimos, haja expressa previsão na respectiva Constituição estadual.

2.1.3.2. GARANTIA DA AUTORIDADE DAS DECISÕES

Na hipótese de a reclamação ser ajuizada para salvaguardar a autoridade das decisões de determinado Tribunal, é preciso ter em conta que — ao menos no que se refere à sua concepção originária — a ação deve ser dirigida contra ato de órgão do Poder Judiciário que recuse conferir efetividade à decisão proveniente de órgão hierarquicamente superior. Ampliou-se, neste particular, com o advento da Emenda Constitucional 45/04 e a inclusão do art. 103-A ao texto constitucional, a abrangência do pedido reclamatório que almeja garantir a autoridade das decisões: além dos órgãos do Poder Judiciário —incluídos todos os juízes e tribunais do país, quer da justiça comum, estadual e federal, quer das especializadas, do trabalho, eleitoral ou militar, e o Conselho Nacional de Justiça — também a Administração Pública, em qualquer de suas esferas, estadual, municipal ou federal, poderá ser alvo de reclamação (CF, art. 103-A).

Vale destacar, entretanto, que somente se admite a reclamação contra ato da Administração Pública quando a ação se submeter, de maneira concomitante e necessária, aos seguintes requisitos: a) estar o entendimento jurisprudencial consubstanciado em enunciado de súmula vinculante — que pode ser editado

RCL. 1.574. Rel. Min. Nélson Jobim. DJU 5.12.2002; RCL. 2.514. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJU 4.6.2004.”.

²¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. (atual.) Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 669.

²²⁰ Supremo Tribunal Federal: Recl. n. 434. Rel. Min. Francisco Rezek, DJU 9.12.1994; Recl. n. 1.017. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 3.6.2005; Recl. n. 2.224. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 10.2.2006.

exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal; b) terem-se esgotadas as vias recursais administrativas (CF, art. 103-A, §3º; Lei 11.417/06, art. 7º). O requisito da anterior existência de súmula vinculante, para o cabimento da reclamação, será analisado com maior profundidade em capítulo próprio deste estudo, quando se realizar o cotejo dele com a teoria da transcendência dos motivos determinantes. No que se refere à exigência de prévio esgotamento das vias administrativas, é de se observar que tal requisito — que constitui verdadeira condição da ação reclamationária (inserida na adequação, inerente ao interesse de agir) — não fere o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário (inciso XXXV do art. 5º da CF): é que somente se exige o prévio esgotamento das instâncias administrativas para o ajuizamento da reclamação, mas não se impede que o prejudicado pelo ato administrativo contrário à súmula vinculante ajuíze ação ordinária, inclusive com pedido liminar, intentando fazer cumprir o enunciado por parte da Administração²²¹.

É de se observar que, também por causa do advento da EC 45/04, a reclamação é cabível contra ato — judicial ou administrativo — que contrariar decisão de mérito concedida em sede de controle concentrado e abstrato de normas (ADI, ADC ou ADPF)²²². Tendo em vista que as decisões de mérito em ADI, ADC e ADPF têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública (CF, art. 102, §2; Lei 9.882/99, art. 10, §3º), cabível será a

²²¹ Nesta hipótese – em que o prejudicado por ato administrativo contrário à súmula vinculante ajuíze ação ordinária –, tendo em vista que os demais órgãos do Poder Judiciário estão vinculados pelo enunciado cogente do Supremo Tribunal Federal, caberá reclamação contra a decisão judicial liminar que não der cumprimento à jurisprudência sumulada vinculativamente, ou aplicá-la incorretamente. MENDES, Gilmar Ferreira. *O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. In: Tratado de direito constitucional volume 1. (coord.) Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes; Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 329/330).

²²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. (atual.) Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 672/678: “O STF considerava, inicialmente, inadmissível a reclamação em sede de controle abstrato de normas. [...] Posteriormente passou o Tribunal a admitir o cabimento da reclamação em sede de ação direta de inconstitucionalidade, desde que ajuizada por legitimado para a propositura da própria ação direta de inconstitucionalidade e que tivesse o mesmo objeto. [...] Com o advento da EC n. 3/93, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico, admitiu-se expressamente a reclamação para preservar a autoridade da decisão do STF na decisão de mérito na ação declaratória. [...] Assim, se havia dúvida sobre o cabimento da reclamação no processo de controle abstrato de normas, a EC n. 3/93 encarregou-se de espancá-la, pelo menos no que concerne à ação declaratória de constitucionalidade. Subsistiu, porém, a controvérsia sobre o cabimento de reclamação em sede de ação direta de inconstitucionalidade. [...] A controvérsia restou definitivamente superada com o advento da EC n. 45/04, que expressamente estabeleceu que ‘as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal’.”

reclamação contra ato que ofender a autoridade das decisões proferidas no âmbito do controle abstrato.

Um pouco mais delicado é o debate acerca do cabimento da reclamação no que se refere à tutela liminar das ações abstratas: quanto à sua admissão contra o ato que contraria deferimento da tutela liminar não há debate — cabível é a reclamação²²³ —, no entanto, o mesmo raciocínio não se apresenta pacífico no que se refere à hipótese de indeferimento da liminar nessas demandas. Não obstante o que sustenta parte da doutrina, o ato que contraria o indeferimento da liminar em ação de controle abstrato de constitucionalidade não tem sido reconhecido como autorizativo do cabimento da reclamação²²⁴. Para esclarecer, vale exemplificar com o seguinte raciocínio, caso tenha sido ajuizada ação direta de inconstitucionalidade contra determinada norma, o indeferimento da liminar desta demanda do controle abstrato mantém momentaneamente — até a decisão final — a presunção de constitucionalidade da norma impugnada: daí parte da doutrina sustenta o cabimento da reclamação contra a decisão judicial ou ato administrativo que contrariar tal liminar, eis que tal ato, *a contrario sensu*, reafirma a aludida presunção²²⁵.

Todavia, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao que tudo indica, mostra-se alinhado à lógica processual. O entendimento doutrinário que sustenta o cabimento da reclamação contra o indeferimento de tutela liminar requerida na petição inicial de ação abstrata tem esteio na distinção entre as medidas iniciais antecipatórias e acautelatórias. A liminar concedida nas ações de controle abstrato, em regra — mormente no que se refere à ADC e na ADPF que pretende o reconhecimento de constitucionalidade da norma —, tem natureza acautelatória: com o mero condão de suspender o curso dos processos em trâmite que versem sobre a mesma matéria (Lei 9.868/99, arts. 11, 12-F, 21; Lei 9.882/99, art. 5º). Assim, não determinada a suspensão do trâmite processual das causas — individuais ou coletivas — que versem sobre a mesma matéria objeto de demanda abstrata, nada impediria que o magistrado, mesmo na

²²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. (atual.) Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Maleiros, 2008. p. 683 e 686.

²²⁴ Assim se constata do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 2.810/MG (DJ 18/03/2005), no qual a Corte assentou expressamente que: “o indeferimento de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, pouco importando o fundamento, não dá margem à apresentação de reclamação.”. No mesmo sentido foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal as reclamações 2509/BA (DJe 05/03/2013) e 2669/BA (DJe 03/06/2008).

²²⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 472.

ausência de ordem hierárquico-vinculante nesse sentido, sobrestasse o andamento do feito sob sua análise, com fulcro na alínea “a” do inciso IV do art. 265 do Código de Processo Civil. Todavia, diferentemente da liminar concedida em sede de ação declaratória de constitucionalidade — bem como na ADPF que pretender o reconhecimento da constitucionalidade de norma —, na qual a tutela liminar tem natureza eminentemente acautelatória, a tutela liminar da ADI pode ter natureza antecipatória: eis que pretende a suspensão da eficácia da própria norma impugnada no bojo da demanda²²⁶.

Tal distinção entre a natureza acautelatória ou antecipatória da decisão liminar — que pode variar de acordo com a ação de controle abstrato sob análise do STF — não elide, entretanto, a dicção constitucional, que somente confere eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às “decisões definitivas de mérito”. Por extensão, conseqüentemente, às decisões liminares em ações de controle abstrato também devem

²²⁶ Não obstante a nomenclatura empregada pelo legislador ordinário — “medida cautelar” — nas Leis 9.868/99 e 9.882/99, é de *communis opinio doctorum* a distinção entre liminar acautelatória da antecipatória, tanto pelos seus respectivos requisitos quanto por sua identidade com o provimento final da demanda. No que se refere aos requisitos, fala-se em possibilidade do direito na cautelar, eis que se exige a demonstração da boa aparência da pretensão (*fumus boni iuris*) e da urgência da tutela (*periculum in mora*); ao passo que, na tutela antecipada, exige-se a probabilidade do direito, isto é, a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações — o que, simplificada, importa demonstrar que o pedido tem grandes chances de provimento final. Quanto à identidade entre a liminar e a tutela definitiva, também se mostram distintas as características: na cautelar, o provimento final não se confunde com a liminar; já na tutela antecipada, o pedido liminar se identifica — senão no todo, ao menos em parte — com o provimento final pretendido pelo demandante. Note-se que, quando, numa ação declaratória de constitucionalidade, o autor pretende uma liminar para suspender o trâmite das várias demandas que versam sobre o mesmo objeto da ação abstrata, tal tutela tem natureza acautelatória, uma vez que este pleito não intenciona obter a declaração momentânea de constitucionalidade da norma: mas apenas impedir que os vários órgãos do Poder Judiciário que processam demandas de natureza distinta versando sobre a mesma matéria, até a decisão final do Supremo Tribunal Federal, afaste a aplicação da norma, objeto da demanda abstrata, por inconstitucionalidade. Hipótese diferente, entretanto, se verifica (ou, ao menos, pode se verificar) na ação direta de inconstitucionalidade: aquele que pleiteia a liminar pretende a suspensão da própria norma impugnada pela demanda, não o mero sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria. A liminar da ADC é, portanto, precipuamente acautelatória, enquanto que a natureza jurídica da liminar requerida na ADI é essencialmente antecipatória — eis que, naquele caso, o que é requerido *in limine litis* não se confunde com o que é requerido ao final, mas, nesta última hipótese, há confusão entre a tutela inicial e a definitiva. Em suma, o deferimento da liminar na ADI afirma momentaneamente a inconstitucionalidade da norma impugnada pela demanda, mas a concessão da liminar na ADC apenas suspende o trâmite das demais causas que versem sobre a mesma matéria, sem fazer com que o STF tenha de se posicionar, *a priori*, sobre a manifesta constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. Destarte, a liminar na ADC — assim como na ADPF que pretenda a declaração de constitucionalidade — tem eficácia jurídica distinta daquela proferida em sede de ADI, ou de ADPF que pretenda o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma fustigada. *Mutatis mutandis*, o efeito decorrente do indeferimento das liminares é distinto, a depender da ação abstrata: na ADI, o STF reconhece — com a negativa de tutela inicial — que a norma é provavelmente constitucional; ao passo que, na ADC, a Corte somente expressa que não há grande prejuízo caso os processos que versem sobre a mesma matéria permaneçam tramitando até o julgamento final da demanda abstrata.

ser reconhecidos iguais efeitos, sob pena de ineficácia da tutela inicial²²⁷. Entretanto, o indeferimento da tutela liminar, requerida na petição inicial da ação de controle abstrato, não tem eficácia *erga omnes* nem efeito vinculante: entendimento contrário poderia conduzir à ideia de que própria liminar das ações abstratas tem caráter dúplice — isto é, tanto seu deferimento quanto seu indeferimento geraria efeitos em relação ao reconhecimento do próprio pedido da demanda. Isso não ocorre porquanto quer o deferimento quer o indeferimento da tutela liminar levam apenas à formação perfunctória do juízo de convencimento acerca do implemento ou não dos requisitos autorizativos desta espécie de provimento jurisdicional — *fumus boni iuris e periculum in mora*, no caso da acautelatória (ADC), e verossimilhança das alegações e prova inequívoca, na hipótese da antecipatória (ADI). Com efeito, a manifestação do STF que concluir não estarem presentes os requisitos permissivos da concessão da tutela liminar antecipatória — mormente no que se refere à ADI e à ADFP com pretensão de inconstitucionalidade — não tem o condão de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, porquanto a Corte não exerce controle de constitucionalidade da norma em caráter liminar: apenas exercita juízo de convencimento acerca do implemento dos requisitos autorizativos da tutela inicial.

Também por essas razões, não é possível concordar com a proposta doutrinária intermediária que, embora reconhecendo expressamente a distinção entre as liminares antecipatórias e acautelatórias, em sede de ações de controle abstrato, sugere ser possível a suspensão do trâmite processual das demandas que versem sobre a mesma questão jurídica, por mera ocasião do indeferimento da tutela liminar²²⁸.

Por óbvio, o Supremo Tribunal Federal, beneficiando-se da a autorização concedida pelo §7º do art. 273 do Código de Processo Civil — que tem aplicação subsidiária aos procedimentos especiais das ações de controle abstrato (art. 272, CPC) — poderá, quando requerida a liminar antecipatória em ADI, para a suspensão da eficácia da norma impugnada, deferir liminar acautelatória, apenas para sobrestar o andamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria. Tal providência, entretanto, depende de manifestação expressa da Corte, no sentido de deferir a liminar — pelo quórum qualificado (art. 10 da Lei 9.868/99) —, ainda que esta tutela seja de natureza

²²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. (atual.) Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Maleiros, 2008. p. 678/681.

²²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. (atual.) Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Maleiros, 2008. p. 481/482 e 485/486.

diversa (acautelatória) da requerida na petição inicial (antecipatória). Entretanto, é exatamente por isso que não se pode concordar com a sugestão adrede mencionada: afigura-se incompatível com toda a lógica do sistema processual a ideia de que o simples indeferimento da liminar teria o efeito — automático ou *ipso facto* — de acarretar a suspensão dos demais feitos que versem sobre a mesma matéria que constitui objeto da ação de controle abstrato; como se a ausência de deferimento da tutela liminar pudesse equivaler-se, *a contrario sensu*, ao efetivo deferimento de tutela liminar diversa. Assim, reafirme-se, reputa-se escorreito e alinhado à lógica que permeia o sistema processual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual: somente se vislumbra o cabimento da reclamação para preservar a autoridade da decisão decorrente do provimento de tutela liminar, sendo incabível o pedido reclamatório contra suposta inobservância da decisão de indeferimento de tutela liminar (ainda que de natureza antecipatória) em ação de controle abstrato.

A reclamação para a garantia da autoridade das decisões de órgão hierarquicamente superior, entretanto, não tem seu cabimento circunscrito às hipóteses de inobservância do entendimento jurisprudencial consagrado por súmula vinculante ou de decisão em ação de controle abstrato de constitucionalidade: sempre que um órgão do Poder Judiciário deixar de dar cumprimento às decisões emanadas por outro órgão do Poder Judiciário hierarquicamente superior, caberá a reclamação²²⁹, desde que — ao menos no paradigma originário em que foi concebido o instituto — dentro do mesmo processo em que a decisão foi proferida²³⁰. É evidente, todavia, conforme já afirmado anteriormente, que nem todos os tribunais do país poderão conhecer da reclamação, mas àqueles aos quais se reconhece tal competência poderão, por meio do julgamento desta ação, sanar eventual inobservância de suas decisões pelos órgãos judiciais que lhes são subordinados.

2.1.4. LEGITIMIDADE

Quanto à legitimidade para o ajuizamento da reclamação, necessário é que se distinga entre as duas hipóteses de cabimento da ação reclamatória. Quando a

²²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. (atual.) Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Maleiros, 2008. p. 672.

²³⁰ É de se destacar, no particular, a Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual se permite o ajuizamento de reclamação contra decisão de Turma Recursal dos Juizados Especiais que esteja em conflito com a jurisprudência do STJ ou de orientação firmada no julgamento por amostragem (do art. 543-B do CPC).

reclamação é ajuizada para assegurar a competência do tribunal, somente as partes, o Ministério Público e o terceiro prejudicado deterão legitimidade para a causa. No entanto, quando a reclamação for ajuizada para salvaguardar a autoridade da decisão de dado tribunal, necessário é que se observe se a decisão-paradigma tem efeitos *inter partes* ou *erga omnes*: sendo legitimados, no primeiro caso, as partes, o Ministério Público e o terceiro prejudicado, e, no segundo caso, todo e qualquer jurisdicionado²³¹.

2.1.5. PROCEDIMENTO

O procedimento da reclamação é disciplinado principalmente pela Lei 8.038/90, sem prejuízo das disposições específicas e complementares estabelecidas pelos regimentos internos dos tribunais. A petição inicial da reclamação será dirigida ao Presidente do Tribunal — por meio eletrônico, quando se tratar do Supremo Tribunal Federal — e observará as exigências dos arts. 282, 283 e 39, I, do Código de Processo Civil²³². Não há necessidade de recolhimento de custas na ação reclamationária e também não há condenação do vencido nas verbas sucumbenciais²³³. A Petição deverá ser instruída com prova documental e deverá conter, em seus fundamentos, as razões pelas quais o ato impugnado usurpa a competência do tribunal ou viola a autoridade da decisão (art. 13, Lei 8.038/90).

Recebida pelo Presidente, a reclamação será distribuída ao relator — será, preferencialmente, prevento o mesmo magistrado que redigiu a decisão cuja autoridade se reputa violada²³⁴: no entanto, é de se observar relevante distinção efetuada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, se a decisão tem ou não eficácia *erga omnes* (art. 70, RISTF). Se a reclamação for ajuizada pela própria parte que integrou a relação processual no bojo da qual a decisão cuja autoridade se reputa violada, a demanda será distribuída ao mesmo magistrado que proferiu a decisão —

²³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. (atual.) Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Maleiros, 2008. p. 678 e 694.

²³² BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais, técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 415.

²³³ Supremo Tribunal Federal. EDCL na RCL 14.039/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. 2ª T. J. 24/06/2014. DJE 160 (19/08/2014). No mesmo sentido, pelo Supremo Tribunal Federal: EDCL no AGRG na RCL 16.418/RJ. Na doutrina, DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 480.

²³⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais, técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 415.

observadas, neste caso, as hipóteses de substituição e sucessão do ministro relator. No entanto, se a decisão supostamente violada for de caráter *erga omnes* ou estiver consubstanciada em súmula vinculante, a demanda será de livre distribuição, significando que não será distribuída por prevenção, mas aleatoriamente, segundo as regras gerais de distribuição — embora, eventualmente, ao mesmo relator da decisão tida por violada possa ser sorteado para a relatoria da reclamação²³⁵.

Ao despachar a petição inicial, o relator poderá determinar sua emenda (art. 284 e 39, I, do CPC) ou extinguir o feito, aplicando tanto o art. 295 do CPC quanto o art. 557 do CPC — este último dispositivo deve ser aplicado analogicamente à reclamação, tendo em vista a ampliação dos poderes do relator no processo civil²³⁶. Contra a decisão do relator que indefere a petição inicial da ação reclamationária (art. 295 do CPC), ou a julga liminarmente (art. 557 do CPC), é cabível o agravo regimental. Não sendo o caso de emenda — ou já tendo o autor emendado devidamente a petição — nem de sentença, o relator “requisitará informações à autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias” (inciso I do art. 14 da Lei 8.038/90)²³⁷. O relator poderá também deferir tutela liminar (antecipatória ou acautelatória), desde que requerido pelo autor na petição inicial, conforme autoriza o inciso II do art. 14 da Lei 8.038/90. Decorrido o prazo para informações, o Ministério Público terá vista dos autos pelo prazo de cinco dias, desde que não tenha sido ele o autor da ação reclamationária (art. 16 da Lei 8.038/90).

Qualquer interessado — isto é, terceiros em geral, que não tenham participação direta no processo ou interesse materialmente prejudicado pelo ato impugnado na reclamação (*amicus curiae*) — poderá impugnar o pedido do reclamante, conforme autorização do art. 15 da Lei 8.038/90. Dois pontos devem ser observados nesse particular: primeiramente, a lei é omissa quanto ao prazo para tal intervenção e, em segundo lugar, não cabe conferir interpretação restritiva ao dispositivo legal. Quanto ao primeiro ponto, deve-se ponderar que cabe ao regimento interno dos tribunais

²³⁵ Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal. QO na RCL 2.220. Rel. Min. Moreira Alves. Pleno. Publicação em 13/06/2003.

²³⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais, técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 416.

²³⁷ É importante observar que o prazo estabelecido pelo art. 157 do RISTF para a prestação das informações é de cinco dias, no entanto, prevalece, conforme remansoso entendimento, o interregno previsto na Lei Federal 8.038/90.

determinar o interregno de que disporão os terceiros para impugnar o pedido e a forma de ciência da existência do pleito — não havendo regulamentação, imperioso concluir que a manifestação dos terceiros pode ser realizada, por meio da juntada de documentos e memoriais, até a data do julgamento da demanda, desde que autorizado pelo relator. Por outro lado, não parece que o dispositivo permita apenas a impugnação do pedido do reclamante, mas igualmente a manifestação de terceiros que aceda ao pleito, porquanto a intervenção do *amicus curiae* demonstra a necessidade de viabilização do processo democrático, com grande participação dos jurisdicionados, mesmo daqueles cujos interesses não se encontram diretamente envolvidos na demanda. Por derradeiro, a intervenção dos terceiros parece ter lugar apenas nas reclamações em que se pretende assegurar a autoridade das decisões do tribunal, e não naquelas fundadas na garantia da integridade da competência.

2.1.6. DECISÃO DA RECLAMAÇÃO

Julgada improcedente a reclamação, o ato impugnado será mantido. Por outro lado, julgada procedente a demanda, necessário é, mais uma vez, diferenciar entre os fundamentos da reclamação. Se ajuizada fora a reclamação para a salvaguarda da competência do tribunal, poderá a corte, ao decidir a demanda, tanto avocar os autos, para julgar ela mesma o feito, quanto determinar a extinção do processo ou a anulação do ato que afronta sua competência, a depender da hipótese. Quando, entretanto, a reclamação se fundar na violação da autoridade, o Tribunal que a julgar procedente anulará o ato (judicial ou administrativo) e poderá adotar quaisquer providências para o cumprimento da decisão, determinando que outro ato (judicial ou administrativo) seja editado, com ou sem a aplicação do entendimento constante da decisão afrontada.

Nesse particular, é de se observar que o mais comum é que o ato impugnado afronte ou simplesmente ignore a decisão do tribunal, acabando por violá-lo ao adotar entendimento contrário àquele estabelecido pela Corte. No entanto, é possível que, em determinadas hipóteses, o ato aplique indevidamente ao entendimento constante de dada decisão do tribunal a caso que não permitiria sua incidência: nesta conjectura, o tribunal cassará o ato (judicial ou administrativo), determinando que outro seja proferido, sem que se faça nele incidir o entendimento constante do distinto pronunciamento prévio da corte.

3. O PAPEL INSTITUCIONAL DO STF E A RELEVÂNCIA SISTÊMICA DOS PRECEDENTES

Compreendidas as noções da *stare decisis* e da reclamação, necessário é que se esclareça o porquê de hodiernamente fazer tanto sentido destacar a relevância dos precedentes no direito brasileiro, sobretudo no que se refere ao Supremo Tribunal Federal: embora esta espécie esclarecimento normalmente seja realizada no capítulo inicial de estudos do mesmo jaez do empreendido aqui, as noções e categorias fixadas anteriormente mostram-se necessárias à compreensão do raciocínio desenvolvido neste capítulo, razão pela qual não se poderia encetar o trabalho com as considerações feitas a partir de agora.

Dado o sistema misto de controle de constitucionalidade, o STF cumula as funções de Corte e de Tribunal constitucional — respectivamente quando exerce os controles difuso e concentrado —, mas isso não diminui a o atrito entre as jurisdições ordinária e constitucional²³⁸: embora concentrada a jurisdição no mesmo órgão, a classicamente hermética distinção entre os âmbitos de controle impôs historicamente ao STF a tarefa de lidar com a coexistência das duas ferramentas, difusa e concentrada. Se, por um lado, a opção inicial pelo controle difuso — adotado na Constituição brasileira de 1891, com inspiração no modelo estadunidense — apaziguou os temores de submissão jurisdicional à atividade executiva e serviu para elidir o receio de retorno da concentração de poder num só órgão (a exemplo da Carta monárquica de 1824), por outro lado, também transformou o posicionamento do STF em uma força platônica: dotada de papel típico da jurisdição ordinária, circunscrita à função de compor interesses subjetivos, sem influência definitiva sobre as demais instâncias²³⁹. Na silhueta institucional da Constituição de 1891, portanto, não haveria razão para se conferir maior relevância ao estudo dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, eis que estes constituíam uma hermética e assistemática solução de casos individuais.

²³⁸ SEGADO, Francisco Fernández. *El recurso de amparo em España como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional*. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 211-262.

²³⁹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *O que resta ao Senado no controle difuso da constitucionalidade*. Observatório da Jurisdição Constitucional — OJC do Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-11/observatorio-constitucional-resta-senado-controle-difuso-constitucionalidade-leis-brasil>>.

A Constituição de 1934, embora tenha perpetuado o modelo importado da *common law* estadunidense, trouxe consigo elementos que, não obstante a curta longevidade da vigência daquele Diploma (que perdurou de 1934 a 1937), encetaram a composição do sistema misto estatuído no Brasil: a representação interventiva, a cláusula de reserva de plenário e a fórmula do Senado Federal. A partir de então, ulteriores reformas legislativas e a sucessão dos Diplomas constitucionais agregaram valor ao papel desempenhado pelos precedentes, mormente os do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional. A ausência de transposição da *stare decisis* à jurisdição constitucional e ao sistema normativo, como um todo, fomentou, inegavelmente, a busca do Direito nacional por alternativas que conferissem características idênticas ou similares àquela regra às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal²⁴⁰. Note-se, contudo, o relevante detalhe de que, embora os precedentes tenham conquistado destaque no cenário sistêmico, tal condição se alterou pela via legislativo-normativa: nenhuma modificação do papel dos precedentes no direito brasileiro, até então, fora efetivamente realizada a partir das próprias decisões judiciais. Trata-se da categoria ampla denominada “reforma”, expediente formal de alteração do sistema jurídico, não de verdadeira “mutação”²⁴¹. Vale dizer, nesse sentido, que a possibilidade de adoção de súmulas representativas da jurisprudência — mesmo que com eficácia meramente persuasiva —, aberta pelo advento de emenda ao Regimento Interno do STF, ocorreu de maneira normativa, em sessão administrativa da Corte, exigência que, à época, decorria do status jurídico-legislativo-normativo conferido ao RISTF.

²⁴⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Reclamação 4.335 e a busca do stare decisis*. Observatório da Jurisdição Constitucional — OJC do Instituto Brasileiro de Direito Público — IDP. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-25/observatorio-constitucional-reclamacao-4335-busca-stare-decisis>>.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123 e 130/131: “a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. [...] Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. [...] A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito.”

Releva observar que, no ordenamento jurídico brasileiro, as decisões com efeitos *erga omnes*, até antes da edição da Emenda Constitucional nº 3/1993, não eram dotadas, conforme o direito positivado, de efeito vinculante. A mudança, portanto, cujo início, no que se refere ao direito positivo, ocorreu com o advento da EC 3/93, operou também uma modificação nas fontes e, simultaneamente, encetou um movimento de maior concentração da atividade jurisdicional²⁴² e de efetivo protagonismo do Supremo Tribunal Federal no papel institucional de exercente da jurisdição constitucional — agora em contexto que o afastava do temor de subserviência ao Poder Executivo. É indiscutível que a disciplina da jurisdição constitucional sob a silhueta que lhe atribuiu o texto originário da Constituição Federal de 1988 alterou o parâmetro paradigmático, adrede imperante, de se cominar maior destaque ao controle difuso de constitucionalidade, conferindo-se, doravante, maior realce ao controle concentrado²⁴³.

A alteração verdadeiramente significativa, entretanto, começa a ocorrer quando as próprias decisões jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal passam a fomentar a modificação do paradigma sistêmico-precedencial, em atividade de mutação, ou alteração informal, do modo de se conceber a força dos julgados da Corte, do status dos precedentes e do próprio papel institucional do Tribunal. Nesse sentido, vale aqui analisar perfunctoriamente duas decisões do Supremo Tribunal Federal, anteriores ao advento da Emenda Constitucional 45/2004, que bem ilustram essa relevante faceta: a Questão de Ordem no Inquérito 687/SP (Rel. Min. Sydney Sanches. Pleno. J. 25/08/1999, DJ de 09/11/2001) e o Recurso Extraordinário 197.917-8/SP (Rel. Min. Maurício Corrêa. Pleno. J. 06/06/2002. DJ 07/05/2004).

No primeiro daqueles casos, houve verdadeiro *overruling*. Tratava-se, a Questão de Ordem no Inquérito 687/SP, de Denúncia ajuizada contra o ex-deputado federal Jabes Pinto Rabelo pela prática do delito de falsidade ideológica (art. 299, CP). Narrava a denúncia que o ex-deputado houvera, à época do exercício do seu mandato, entregue ao seu irmão, Abidiel Pinto Rabelo, carteira de assessor parlamentar da Câmara dos Deputados. A aludida carteira fora apreendida em 09/07/1991, ocasião em que Abidiel Pinto Rabelo fora preso em flagrante pela prática dos delitos de associação criminosa para o tráfico internacional de entorpecentes, falsidade ideológica e uso de

²⁴² Esta mudança efetuada pelo advento da EC 3/93 foi percebida, outrossim, pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no voto por ele proferido na relatoria da reclamação 4.335-5/AC.

²⁴³ Assim também observa o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento da reclamação 4.335-5/AC.

documento falso. A carteira apreendida contava com a assinatura do ex-deputado, continha a ideologicamente falsa declaração de o irmão do ex-parlamentar era assessor da Câmara dos Deputados e, conforme comprovado pela perícia, não fora expedida por aquela Casa Legislativa.

A Questão de Ordem, contudo, orbitara o enunciado de súmula número 394, aprovado pelo Supremo Tribunal Federal na Sessão plenária de 03/04/1964, segundo o qual: “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. Sustentou o então Ministro Relator que o aludido enunciado, aprovado ainda sob a égide da Constituição de 1946, não merecia subsistir sob o pálio das Constituições que lhe sucederam — a de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1/1969 e, principalmente, a Constituição de 1988. Argumentou que o texto constitucional de 1988 não autorizaria, pela exegese da alínea “b” do inciso I do art. 102, a conclusão de que os ex-exercentes de mandatos eletivos permaneceriam contemplados pelo foro por prerrogativa de função. Assim concluiu ser o Supremo Tribunal Federal incompetente para a apreciação da demanda, propondo subsecutivo cancelamento do enunciado 394, mas com ressalva à permanência da validade dos atos praticados pelo STF sob a égide da mencionada súmula. Afora a discordância dos Ministros Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim e Néri da Silveira, a maioria do Tribunal (representada pelos Ministros Moreira Alves, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Octavio Gallotti) acompanhou integralmente o voto do Relator, no sentido de conferir eficácia *ex nunc* à decisão de cancelamento do enunciado 394/STF.

A modulação de efeitos da decisão (neste caso, de natureza pró-futuro ou prospectiva), portanto, romperia o paradigma de separação entre as técnicas de decisão passíveis de adoção pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso e do controle concentrado. É inegável que esta aproximação entre as técnicas decisórias, ao menos no caso mencionado, também compreende mutação do status precedencial da decisão proferida no bojo do controle difuso de constitucionalidade: para o caso concreto, nenhuma influência tem o adendo “continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal com base na súmula nº 394”. A partir do momento em que o STF estabeleceu, na QO-INQ 687/SP, que o cancelamento do seu enunciado 394 somente produziria efeitos pró-futuro — excepcionando a regra

basilar do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro de que as tutelas da jurisdição constitucional teriam eficácia *ex tunc* —, ultrapassou os limites subjetivos da causa, isto é, os interesses individuais dos envolvidos.

Mutatis mutandis, também no caso do Recurso Extraordinário 197.917-8/SP — comumente referido como “RE de Mira Estrela” — o Supremo Tribunal Federal admitiu a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de Lei Municipal. Tratava-se, na hipótese, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, visando reduzir, de onze para nove, o número de vereadores da Câmara Municipal do Município de Mira Estrela — conforme o chamado “critério aritmético rígido”, decorrente da exegese do então vigente texto do art. 29 da Constituição Federal²⁴⁴.

²⁴⁴ Originariamente, a alínea “a” do inciso IV do art. 29 da Constituição Federal continha a seguinte redação: “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] IV — número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um dos Municípios de até um milhão de habitantes”. O critério aritmético rígido parte de uma fórmula de definição para o número de vereadores de cada município, variando-se somente na fórmula empregada para atingir tal quantitativo. Duas foram as fórmulas mencionadas pelo Ministro Maurício Corrêa (relator do Recurso Extraordinário 197.917-8/SP), sendo somente adotada por ele a segunda: a) se o número máximo de vereadores para municípios até um milhão de habitantes é vinte e um, então encontra-se o quociente necessário ao acréscimo de cada vereador por meio da divisão de um milhão por vinte e um (o resultado é 47.619, eliminadas as frações), assim, até 428.571 habitantes (nove vezes 47.619) o Município deveria contar com nove vereadores, acrescentando-se a esse número um vereador a cada 47.619 habitantes; b) há uma proporcionalidade aferível por meio de uma regra de três, em que um milhão está para vinte e um assim como um está para “x” (hipótese em que “x” equivale a 47.619 habitantes), sendo que, nos municípios cuja população é de até 47.619, o número de vereadores equivaleria a 9, acrescentando-se um vereador a cada acréscimo de 47.619 habitantes. O município de Mira Estrela, entretanto, contava com 2.651 habitantes e onze vereadores na Câmara Legislativa, o que violaria a alínea “a” do inciso IV do art. 29 da Constituição Federal, conforme este critério aritmético rígido adotado pelo relator. Em oposição a esta exegese do texto constitucional, existia o que se pode denominar aqui de “critério discricionário”, segundo o qual entendia-se que a Câmara Legislativa Municipal poderia fixar livremente o número de vereadores que a comporia, desde que, evidentemente, observados o piso e o teto fixados pelo texto constitucional — esta era a exegese empregada pelo Tribunal Superior Eleitoral até o julgamento do Recurso Extraordinário 197.917-8/SP, conforme se infere do voto do relator: “A Carta de 1988 (art. 29, IV), ao contrário das anteriores, introduziu novo conceito sobre o critério da proporcionalidade, referindo-se, agora expressamente, ao número de habitantes do Município. Criou, por outro lado, três faixas de classificação, sendo a primeira para os Municípios de até um milhão de habitantes; a segunda, para os de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; e a última, desse marco para frente. 10. Desde então, muita discussão tem sido travada na doutrina e na jurisprudência em relação ao número exato de Vereadores a ser fixado pelos Municípios. Uma corrente entende que, observados os parâmetros mínimo e máximo estabelecidos para cada uma das faixas, tem a Câmara de Vereadores autonomia para fixar seu número; a outra, sugere que a composição deve obedecer a valores aritméticos que legitimem a proporcionalidade constitucional. [...] O Tribunal Superior Eleitoral há muito tempo vem entendendo que a Constituição não estabelece critério aritmético para o cálculo

Continua...

Sustentava o Ministério Público que o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica (nº 226, de 31/03/1990) do aludido Município, segundo o qual se determinava a composição de onze vereadores na respectiva Câmara Legislativa, acarretava prejuízo ao erário público, merecendo declaração incidental de inconstitucionalidade, porquanto tal quociente não observaria a proporcionalidade exigida pela Constituição — a população de Mira Estrela era de 2.651 habitantes. Em primeira instância, a sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos para: declarar a inconstitucionalidade da norma mencionada; reduzir o número de vereadores; determinar a extinção dos mandatos excedentes à quantidade constitucionalmente permitida; e condenar os destituídos dos mandatos à restituição dos haveres percebidos, em virtude do cargo, após a prolação da sentença — restando indeferido apenas o pedido de devolução dos subsídios recebidos anteriormente (desde a posse até a decisão). Ao julgar a apelação interposta pela Câmara Legislativa de Mira Estrela, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou integralmente a sentença, declarando a constitucionalidade do preceito normativo municipal que fixara, em onze, o número de vereadores. Contra este acórdão o Ministério Público interpôs recurso extraordinário, pelos permissivos das alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, sob o argumento de ofensa ao inciso IV do art. 29 da CF e conseqüente inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela.

Ao apreciar o recurso extraordinário, o Ministro Relator, Maurício Corrêa, argumentou em seu voto que: dado o princípio exegético de que a lei não contém palavras vazias, a inserção do vocábulo “proporcional”, no inciso IV do art. 29 da Constituição Federal, deve conduzir o hermeneuta à conclusão de que o critério a ser adotado para a fixação do número de vereadores deveria ser o aritmético rígido, e não o discricionário; aduziu também que, em sua gênese, a discussão travada na Constituinte acerca da proporcionalidade do número de vereadores buscava um critério de racionalidade estrita — fórmula adotada, similarmente, para o estabelecimento da quantidade de deputados federais e estaduais; e que as reais disparidades geradas pela inobservância da relação proporcional entre o número de vereadores e a população dos municípios afrontaria o tratamento isonômico e a razoabilidade. Com efeito, o Ministro Relator conheceu e deu parcial provimento ao recurso extraordinário para: declarar a

dessa proporcionalidade, tendo o Município autonomia para fixa-lo, uma vez cumpridos os marcos das alíneas do inciso IV do art. 29.”.

inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela e determinar à respectiva Câmara Legislativa “que, após o trânsito em julgado,” adotasse “as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros ora fixados”.

Em voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes, também entendeu que o vocábulo “proporcional” demandaria o emprego do critério aritmético rígido, apenas ressaltando — conforme já consignado de maneira mais tímida no voto do relator — que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica de Mira Estrela deveria ter seus efeitos modulados. Sustentou, nesse sentido, ser aplicável o art. 27 da Lei 9.868/99 ao controle difuso de constitucionalidade, eis considerar que a modulação de efeitos constitui instrumentário da jurisdição constitucional, quer no âmbito do controle difuso quer na seara do controle concentrado de constitucionalidade. Ressalvados os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello, os demais integrantes do tribunal — Ministros Nelson Jobim, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso — aderiram ao entendimento esposado pelo relator.

O recurso extraordinário de Mira Estrela restou ainda mais representativo — no que se refere ao status precedencial das decisões do STF e ao papel institucional da Corte — do que a decisão da QO-INQ 687/SP, porquanto provocou efetiva alteração jurídico-normativa: logo em seguida ao julgamento, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 21.702 (DJU 12/04/2004) que, em seu art. 1º, estabelecia: “Nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917, conforme as tabelas anexas.”²⁴⁵. Fomentou, outrossim, a reforma do inciso IV do art. 29 da Constituição Federal — pela Emenda Constitucional 58/2009 —, que, como se sabe, hodiernamente estabelece uma descrição específica do número de vereadores de acordo com a população municipal.

Até esse ponto do contexto jurídico-histórico-institucional, a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal indicava clara expansão do papel da Corte

²⁴⁵ Esta resolução foi questionada por duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 3.345/DF e ADI 3.365/DF), posteriormente julgadas improcedentes (DJe 154, publicado em 20/08/2010).

no cenário sistêmico da divisão de poderes²⁴⁶, pela força e pelo alcance de seus precedentes e, outrossim, agregava forças ao movimento “objetivação” da prestação jurisdicional: uma mudança de conjuntura traduzida pelo distanciamento da “subjetivação” processual — característica embrionária das teorias da jurisdição, da ação e do processo²⁴⁷. Objetivação significa o efeito precedencial da decisão judicial, o caráter coerente e coeso da prestação jurisdicional: uma formação análoga ao instituto da *stare decisis lato sensu* que guarda em si um caráter *erga omnes* ou generalizante que intrinsecamente se contém em todas as decisões. Objetivação é a ideia de que as decisões judiciais não podem estar circunscritas à solução de uma controvérsia individual (*inter partes* ou subjetiva), mas devem, além disso, compor o sistema jurídico, integrando sua totalidade. O antagonismo aqui proposto entre objetivação e subjetivação pode ser traduzido pelo antagonismo de opções expressado por Mauro Cappelletti ao tratar da função jurisdicional²⁴⁸:

os tribunais — tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo — não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador. a) Recaindo a escolha na primeira alternativa, a autoridade judiciária ficará confinada ao tranquilo, embora apertado, campo das funções ‘protetoras’ e ‘repressivas’. A sua escolha não superará os que podem ser considerados, em sentido lato, conflitos privados (sejam civis ou penais), dado tratar-se sempre de conflitos que não envolvem as novas tarefas promocionais, agudas e usualmente discricionais do ‘Poder Político’ do Estado. [...] b) Recaindo a escolha, pelo contrário, na segunda alternativa — como aconteceu, sempre em linha de princípio e com muitas alternâncias e variantes, em vários sistemas de ‘Common Law’, especialmente nos Estados Unidos — assistir-se-á então ao emergir do Judiciário como um ‘terceiro gigante’ na coreografia do Estado moderno. Os tribunais judiciários ordinários — ‘o ramo menos perigoso’, segundo a célebre definição de Alexander Hamilton — passaram com audácia a aceitar a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada. Todos os juízes, e não apenas alguns daqueles novos juízes

²⁴⁶ O voto do Ministro Teori Albino Zavascki na Reclamação 4.335-5/AC bem ilustra a ocorrência de relevantes julgados do Supremo Tribunal Federal — depois do advento da EC 45/2004 — nos quais a corte também admitiu a modulação de efeitos de suas decisões.

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. In: Tratado de direito constitucional volume 1. (coord.) Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes; Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 320.

²⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (trad.) Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 47/49.

especiais (ou ‘quase-judiciais’), tornaram-se, dessa maneira, os controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos, como também dos ‘poderes políticos’, nada obstante o enorme crescimento destes no Estado moderno, e talvez justamente em virtude desse crescimento.

Em palavras simples, a objetivação, como anverso da subjetivação, traduz a pretensão de uma decisão judicial que simultaneamente resolva um problema individual, mas constitua uma operação hermenêutica de caráter *erga omnes* ou generalizante, que deve ser reverenciada dentro do contexto sistêmico. Destaque-se, nesse sentido, que inúmeros instrumentos, sobretudo de natureza processual, expressam, de maneira dissociada do STF e da jurisdição constitucional, essa preocupação intrínseca com o efeito precedencial das decisões. O encadeamento histórico-cronológico rumo à objetivação (valorização dos precedentes) é bem descrito pelo voto do Ministro Teori Zavascki na reclamação 4335-5/AC:

É interessante ilustrar a paulatina, mas persistente, caminhada do direito brasileiro no rumo da valorização dos precedentes judiciais, no âmbito da jurisdição geral (e não, exclusivamente, da constitucional, de que se tratará mais adiante) mencionando alguns de seus mais expressivos movimentos. Em 1963, o Regimento Interno do STF (art. 102) instituiu a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, instrumento prático ainda hoje importantíssimo para viabilizar a força persuasiva dos precedentes da Corte. No regime original do Código de Processo Civil de 1973, previu-se mecanismo de uniformização de jurisprudência e de edição de súmulas (art. 479 do CPC), a evidenciar a preocupação de dar tratamento isonômico aos demais casos semelhantes. Logo depois, a LC 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura — LOMAN), autorizou que, nos processos de competência do Tribunal Federal de Recursos (TFR), o relator negasse seguimento a recurso contrário a ‘súmula do Tribunal ou do STF’ (art. 90, § 2.º, da LC 35/1979), o que representou manifestação inequívoca da força expansiva desses enunciados. Seguiu-se, no mesmo sentido, a Lei 8.038/1990, que, em seu art. 38, autorizou o relator, no STF e no STJ, a negar seguimento a recurso contrário a ‘súmula do respectivo tribunal’. O movimento em direção à força subordinante dos precedentes (não apenas dos sumulados, mas também dos demais) foi acelerado com as reformas do Código de Processo Civil ocorridas a partir de 1994. A nova redação do art. 557 e de seus parágrafos autorizou o relator, nos tribunais, a, individualmente, negar seguimento a recursos, quando a decisão recorrida estiver adequada às súmulas ou à jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores; e a dar-lhes provimento, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores. Pelo art. 544, §§ 3.º e 4.º do CPC, foi atribuída competência ao relator de agravo de instrumento em recurso especial e em recurso extraordinário para, desde logo, invocando jurisprudência ou súmula do STJ ou STF, conhecer do agravo e prover o próprio recurso especial ou o próprio recurso extraordinário. O parágrafo único do art. 481 instituiu o sistema de

vinculação dos órgãos fracionários dos Tribunais aos seus próprios precedentes e, quando houver, aos do STF, nos incidentes de inconstitucionalidade. Em 1998, o parágrafo único do art. 120 do CPC trouxe autorização para o relator decidir de plano conflito de competência quando há ‘jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada’. Em 2001, o art. 475, § 3.º, do CPC, dispensou o reexame necessário das sentenças que adotam jurisprudência do plenário do STF ou súmula do tribunal superior competente. Na mesma época, o art. 741, parágrafo único, passou a atribuir a decisões do STF sobre a inconstitucionalidade de normas, mesmo em controle difuso, a eficácia de inibir a execução de sentenças a ele contrárias (verdadeira eficácia rescisória), o que foi reafirmado em 2005, pelo art. 475-L, § 1.º, do CPC. Em 2006, o art. 518, § 1.º, do CPC passou a considerar descabida a apelação contra sentenças proferidas com base em súmulas do STF ou do STJ (típica consagração da súmula impeditiva de recurso). No mesmo ano, os arts. 543-A e 543-B do CPC, ao disciplinarem a ‘repercussão geral’ para efeito de conhecimento de recursos extraordinários (art. 102, § 3.º, da CRFB/1988), reafirmaram notavelmente e deram sentido prático à força dos precedentes do STF. Em 2008, foi editada a Lei 11.672/2008, que acrescentou o art. 543-C ao CPC, instituindo, para recursos especiais repetitivos, um sistema de julgamento semelhante ao da repercussão geral. O sistema não apenas confere especial força expansiva aos precedentes do STF e do STJ, mas também institui fórmulas procedimentais para tornar concreta e objetiva a sua aplicação aos casos pendentes de julgamento. No âmbito dos juizados especiais federais, o regime de vinculação aos precedentes dos Tribunais Superiores vem desde a sua origem, com a Lei 10.259/2001. O seu art. 14 dessa Lei criou um mecanismo de ‘uniformização de interpretação de lei federal’, de competência de um órgão de caráter nacional (a ‘Turma de Uniformização’ – § 2.º), cujo referencial último é a observância da ‘súmula ou jurisprudência dominante no STJ’ (§ 4.º). Em caso de demandas repetitivas, instalado o incidente, ficam retidos os demais recursos (§§ 5.º a 8.º), os quais, após a definição da interpretação pelo órgão superior, serão julgados nas Turmas Recursais, que poderão ‘exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados’ (§ 9.º). Havendo recurso extraordinário, nos Juizados, ele será processado e julgado pelo mesmo sistema dos §§ 4.º a 9.º do art. 14 (art. 15), de modo que o precedente assim formado terá a força de impor julgamento idêntico aos demais recursos sobre a matéria decidida. Regime semelhante foi instituído pela Lei 12.153/2009 ao ‘Sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal’ (que inclui todos os órgãos dos Juizados, e não apenas os Juizados da Fazenda Pública – art. 1.º, parágrafo único): o ‘pedido de uniformização de interpretação de lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material’ (art. 18), será julgado, em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência de um desembargador (art. 18, § 1.º); e será julgado pelo STJ ‘quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça’ (art. 18, §3.º). Foi criado, também, o pedido de ‘manifestação’ do STJ, para dirimir divergência ‘quando a orientação acolhida pelas Turmas de Uniformização (...) contrariar súmula do Superior Tribunal de Justiça’ (art. 19). Nos casos do §3.º do art. 18 e do art. 19, em que é

provocado o pronunciamento do STJ, os pedidos semelhantes ficarão retidos (art. 19, parágrafo único); publicado o acórdão do STJ, esses pedidos ‘serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou os declararão prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça’ (art. 19, §6.º). Quanto ao recurso extraordinário, o processo e o julgamento obedecerão a esse mesmo método (art. 15), a significar, aqui também, que o precedente repercutirá no julgamento de todos os demais recursos em tema semelhante. Não bastasse essa intensa e explícita previsão normativa conferindo aos precedentes a eficácia ampliada para além das fronteiras da causa concretamente em julgamento, é importante considerar que certas decisões são naturalmente dotadas dessa eficácia *ultra partes*. É o caso, de um modo geral, das decisões produzidas no âmbito do processo coletivo, nomeadamente na ação civil pública (art. 16 da Lei 7.347/1985), nas ações coletivas (art. 103 da Lei 8.078/1990,) e no mandado de segurança coletivo (art. 22 da Lei 12.016/2009). São ações promovidas em regime de substituição processual, em que os autores, legitimados ativos indicados na lei, atuam em nome próprio na defesa de direitos individuais homogêneos ou transindividuais de interesse de uma pluralidade de pessoas. Assim, pela sua própria natureza, as sentenças nelas proferidas têm eficácia subjetiva que transcende aos partícipes da relação processual. O mesmo fenômeno ocorre no mandado de injunção, especialmente se considerado o perfil normativo-concretizador que hoje lhe atribui a jurisprudência do STF (MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, unânime, j. 30/08/2007, DJE 31/10/2008 MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, maioria, j. 25/10/2007, DJE 30/11/2007).

Tal recrudescimento do valor dos precedentes — decorrente da conjugação do fenômeno da objetivação (reforma) e do protagonismo creditado no exercício da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal (mutação) — resultou atrofiamento do originário papel sistêmico incumbido ao Senado Federal no contexto do controle de constitucionalidade. O caráter persuasivo-universalizante da resolução suspensiva do Senado Federal (art. 52, X, da CF de 1998) perdera, com o movimento de objetivação — expressado tanto por reforma quanto por mutação sistêmico-normativa do status dos precedentes —, o âmago de sua quintessência, isto é, de única ferramenta capaz de conferir efeito *erga omnes* às decisões proferidas no bojo do controle difuso. Tornou-se anacrônico, dado o atual contexto jurídico-constitucional — mormente após o advento da Emenda constitucional 45/2004, e a consequente positivação das súmulas vinculantes e da repercussão geral do recurso extraordinário —, falar-se em ampliação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal pelo Senado Federal: os julgados da Corte já são naturalmente dotados de eficácia *erga omnes*, eis que o movimento de objetivação, aparato inegavelmente integrante da própria conjuntura hodierna do sistema processual, confere aos precedentes essa eficácia universalizante. A ausência de resolução suspensiva do Senado Federal nem

agrega nem subtrai qualquer valor jurídico-sistêmico-normativo aos precedentes do STF²⁴⁹. Imperioso reconhecer-se, portanto, que assim como as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no bojo do controle difuso têm mera eficácia persuasiva — podendo ser contrariadas pelas instâncias ordinárias²⁵⁰ — a resolução suspensiva do Senado também pode ter sua incidência afastada pelos demais órgãos do Poder Judiciário²⁵¹.

O esvaziamento do inciso X do art. 52 da Constituição Federal, que é um dado de fato — decorrente de mera constatação — e o fenômeno da objetivação, aliado ao papel institucional do STF sob a égide da Constituição de 1988, certamente demonstram a relevância em compreender e assimilar a atual proeminência dos precedentes no direito brasileiro. Observe-se, todavia, que, com o advento da EC

²⁴⁹ Assim sustenta, dentre outros, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em voto proferido no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC.

²⁵⁰ Os institutos legalmente positivados por meio dos quais se exterioriza a objetivação da prestação jurisdicional operam no âmbito persuasivo, ou seja, não são dotados da mesma imperatividade, imposição, cogência de que são revestidas as decisões vinculativas (nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil volume 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 390.). Tome-se, por exemplo, os art. 285-A; 544, II, “b” e “c”, do Código de Processo Civil: o vocábulo “poderá” bem indica a facultatividade em seguir o entendimento precedencial. Outrossim, e sem nenhuma pretensão de exaurimento destes exemplos, o art. 543-B do Código de Processo Civil, que estabelece o regime de julgamento por amostragem dos recursos extraordinários, tem, nos seus parágrafos 3º e 4º, disposições que atestam a operabilidade persuasiva da decisão de mérito proferida no bojo daquele: o §3º estabelece que, uma vez reconhecida a repercussão geral e julgado o mérito, as cortes de origem “poderão” declarar prejudicados os recursos que versem sobre matéria idêntica ou “poderão” retratar-se; e o §4º, reforçando a facultatividade — e, portanto, a eficácia persuasiva daquela decisão meritória do STF —, estabelece que, mantendo o órgão *a quo* orientação contrária àquela fixada pelo STF, cassar ou reformar a decisão. O fato é que, mesmo que inegavelmente o sistema jurídico tenda a direcionar os julgados posteriores à aderência aos precedentes, reconhece, simultaneamente, a possibilidade de desarmonia ou contraposição entre essas decisões (no mesmo sentido: LOR, Encarnacion Alfonso. *Súmula vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 115/118.). Daí a ideia de que, embora o sistema jurídico brasileiro já esteja arraigadamente permeado da eficácia dos precedentes e de que estes, hodierna e indubitavelmente, constituam fonte do direito, a transição do modelo da *civil law* para a *common law* ainda não se integralizou.

²⁵¹ É de se verificar que a resolução suspensiva aprovada pelo Senado Federal tem o condão de expandir, *erga omnes*, a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal proferida no bojo do controle difuso (conforme leitura do art. 52, X da CF, tradicionalmente realizada pela doutrina, por todos: ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 812/813), mas não tem o caráter de atribuir-lhe afeito vinculante. Na prática, tal observação significa que, mesmo depois de aprovada resolução suspensiva de determinada norma, poderia o juiz de primeira instância aplicar, em dado caso, a norma suspensa, sustentado, v.g., a inconstitucionalidade da resolução do Senado Federal que a suspendeu. Caso a resolução suspensiva tivesse, por outro lado, efeito vinculante, uma vez aprovada, o juiz somente poderia deixar de aplicá-la por meio do emprego do *distinguishing* ou do *defiance*. E, mesmo quando harmônica com o devido processo legislativo, a resolução suspensiva do Senado Federal não tem sua inobservância protegida pela reclamação — que, conforme já explanado, constitui o remédio processual obstinado à salvaguarda do efeito vinculante. Assim sendo, conclui-se que o *binding effect* não constitui característica inerente à resolução suspensiva do Senado Federal.

45/2004, os precedentes do Supremo Tribunal Federal, consubstanciados em súmula aprovada por dois terços dos membros da Corte, passam a ser dotados de efeito vinculante. Note-se, no particular, que o mero esvaziamento da fórmula do Senado Federal não teve o condão de dotar as decisões do STF de *binding effect*, diferentemente da instituição da súmula vinculante. A questão para a qual se deve atentar, então, é que as súmulas, bem como as decisões proferidas pelo STF em processos de natureza objetiva, são dotadas de um comando: a parcela identificada com o dispositivo do acórdão que resolve a demanda de controle abstrato e o próprio enunciado sumular. No entanto, estes comandos, estabelecidos por aquelas decisões vinculativas (consubstanciadas em súmulas ou acórdãos de processos objetivos), não constituem normas dissociadas de um contexto corpóreo, mas, isto sim, vêm acompanhadas de um substrato fático-argumentativo-fundamentante. Resta, a partir de então, perscrutar em que medida a fundamentação que acompanha a decisão vinculativa (súmula ou julgado decorrente de processo de natureza objetiva) tem influência precedencial sobre os demais casos *sub judice*.

Esta mudança de foco, do dispositivo de dada decisão para a sua fundamentação, estabelece o marco a partir do qual o direito brasileiro mais se aproxima do sistema da *stare decisis*²⁵²: a reclamação, que, nacionalmente, é o termômetro do sistema de precedentes indica até que ponto a fundamentação pode também ser analisada como vinculante. Essa foi exatamente a força motriz — e simultaneamente a pedra-de-toque — do debate estabelecido no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC, que, por sua relevância, será analisada no tópico a seguir.

3.2. HC 82.959-8/SP E RECLAMAÇÃO 4.335-5/AC

Analisar a Reclamação 4.335-5/AC pressupõe o exame do julgado que lhe serviu como suposto baluarte de ajuizamento: o HC 82.959-8/SP. Assim, dever-se-á

²⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 232: “No civil law, ao contrário, cabendo aos tribunais apenas aplicar a lei, pouca importância se teria de dar à fundamentação, já que esta faria apenas a ligação entre os fatos e a norma legal voltada a regular a situação litigiosa. A fundamentação, assim, seria necessariamente breve e sucinta. Uma vez que a decisão deveria apenas dar atuação à lei, não haveria motivo para buscar na fundamentação o significado da decisão. A decisão que se limita a aplicar a lei não tem nada que possa interessar a outros, que não sejam os litigantes. É por este motivo que, no civil law, o que sempre preocupou, em termos de segurança jurídica, foi o dispositivo da sentença, que aplica a regra de direito, dando-lhe concretude. Não é por outra razão que, quando se pensa em segurança dos atos jurisdicionais, alude-se somente à coisa julgada e, especialmente, à sua função de tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença.”

examinar, ainda que perfunctoriamente, o conteúdo do acórdão proferido no HC 82.959-8/SP para que se possa vislumbrar a completude do debate travado no bojo da Reclamação 4.335-5/AC.

O HC 82.959-8/SP, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, foi impetrado por Oseas de Campos, tendo ele mesmo como paciente. O impetrante fora acusado da prática do delito previsto no art. 214, do Código Penal, combinado com os arts. 224, § 1º, I, 226, III, e 71, mesmo Diploma Legal. Após a condenação, interpôs apelação, provida parcialmente, pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para reduzir a pena a 12 anos e 3 meses de reclusão, mantido o regime integral fechado para o seu cumprimento. Em seguida, impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando, em síntese, que: o crime pelo qual havia sido condenado não poderia ser considerado hediondo, eis que, apesar de praticado com violência presumida, dele não resultara lesão grave ou morte; o §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos era inconstitucional ou, alternativamente, fora tacitamente revogado pela Lei 9.455/97.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça indeferiu o mencionado *habeas corpus* (então sob o registro HC 23.920) sob o fundamento de que: “os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado”. Acrescentando à decisão que “na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90”; e que “É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal”. Conforme consta do relatório do acórdão, ao impetrar o *habeas corpus*, o paciente sustentou que:

[...] o ato praticado deveria merecer enquadramento como obsceno e não como atentado violento ao pudor; que a violência presumida em relação à vítima menor de quatorze anos não qualifica o crime de atentado violento ao pudor como hediondo; a ausência de fundamentação do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça; a impossibilidade de aumento da pena em um sexto, por não

revelar a espécie crime continuado; a incoerência de ter-se progressão no regime de cumprimento da pena em se tratando de crime de tortura e não se lograr o mesmo na espécie. Requer a absolvição e, assim não se concluindo, a redução da pena e a progressão no regime de cumprimento.

Não obstante a amplitude dos assuntos suscitados na petição inicial do *habeas corpus*, a matéria conhecida pelo Supremo Tribunal Federal ficou adstrita às análises: do enquadramento do crime de atentado violento ao pudor como hediondo; da existência de fundamentação do aresto impugnado; e da constitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. O relator, no seu voto, embora rechaçando a ausência de fundamentação do acórdão recorrido, sustentou ser inconstitucional o §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, por duas razões: desarmonia com o princípio constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF); e afronta ao princípio da isonomia, tendo em vista que o §7º do art. 1º da Lei 9.455/97 permitiu a progressão de regime aos crimes de tortura — os quais recebem tratamento constitucional conjunto com os hediondos (inciso XLIII do art. 5º da CF) —, fato conducente à conclusão de que o dispositivo questionado fora tacitamente revogado pela Lei 9.455/97. Ademais, registrou considerar que o crime de atentado violento ao pudor somente se revestiria de natureza hedionda caso dele resultasse lesão corporal grave ou morte. Com estas razões, o Ministro Marco Aurélio concedeu a ordem de *habeas corpus* para cassar a decisão impugnada e permitir ao paciente a progressão de regime, com a consequente declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90.

O Ministro Carlos Velloso, no entanto, considerou hediondo o crime de atentado violento ao pudor, mesmo em sua forma simples ou com violência presumida, bem como reputou constitucional o §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 e, portanto, indeferiu o *habeas corpus*, sendo seguido integralmente pelo Ministro Joaquim Barbosa. Por sua vez, o Ministro Carlos Ayres Britto, embora tenha reputado hediondo o crime de atentado violento ao pudor, nos termos do voto do Ministro Carlos Velloso, seguiu o Ministro Marco Aurélio no que se refere à inconstitucionalidade do dispositivo legal questionado, concedendo a ordem para permitir a progressão de regime. O Ministro Cezar Peluso, em seu turno, ao proferir voto-vista, seguiu integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio, ao não considerar de natureza hedionda o crime de atentado violento ao pudor em sua forma simples — tal como ocorrera no caso —, e ao reconhecer a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Com efeito, concedeu a ordem para cassar o acórdão do Superior Tribunal de Justiça e permitir a

progressão de regime, além de minorar a pena, pela inaplicabilidade do inciso III do art. 226 do Código Penal.

Também em voto-vista — apresentado na sessão plenária do dia 02/12/2004 —, o Ministro Gilmar Mendes manteve a orientação de que o crime de atentado violento ao pudor seria de natureza hedionda, mas reconheceu a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Inovou, entretanto, ao conferir destaque ao precedente do próprio Supremo Tribunal Federal, o HC 69.657 (DJ 18/03/1993), em julgamento no qual a Corte reconhecera a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos. Manifestou, por isso, sua preocupação com os efeitos que o *overruling* do citado precedente poderia implicar, eis que inúmeros outros processos tiveram seu deslinde acorde com a exegese normativa estabelecida pelo julgado anterior. Por essa preocupação, o Ministro Gilmar Mendes conferiu eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, determinando a devolução dos autos ao juízo de execução para o exame do preenchimento dos demais requisitos necessários à concessão da progressão de regime.

A Ministra Ellen Gracie, em voto-vista, acompanhou integralmente a divergência iniciada pelo Ministro Carlos Velloso, ressaltando que a declaração de inconstitucionalidade proferida no bojo do controle difuso somente se aplicaria ao caso em análise. Manifestou discordância também com a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade com efeitos modulados para o futuro, sustentando que esta solução não se aplicaria ao caso examinado, uma vez que a sentença deste já fora prolatada. Em seguida, o Ministro Eros Roberto Grau aderiu integralmente ao voto do Ministro Gilmar Mendes, deferindo a ordem e declarando a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 com efeitos *ex nunc*. Já o Ministro Celso de Mello, embora também tenha acompanhado integralmente o voto do Ministro Carlos Velloso, ressaltou que, caso declarada a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime, tal decisão não deveria ter sua eficácia modulada, eis que, se assim o fosse, o Supremo Tribunal Federal poderia usurpar a competência do juízo da execução. Em seu turno, o Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou integralmente o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes e, finalizando a votação, o Ministro Nelson Jobim aderiu ao voto do Ministro Carlos Velloso.

Note-se que, conforme se depreende do acórdão, os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto e Cezar Peluso apenas declararam a inconstitucionalidade do

preceito legal questionado, sem a preocupação com os efeitos da decisão. Já os Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau e Sepúlveda Pertence modularam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Vale observar que os demais ministros — Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim — não concederam a ordem de *habeas corpus*, por considerarem constitucional a vedação à progressão de regime. Destes cinco votos vencidos, três se manifestaram expressamente contra a possibilidade de modulação de efeitos, bem como o próprio ministro relator. No entanto, o extrato de ata do acórdão do HC 82.959-8/SP consignou:

O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Note-se, entretanto, que a matéria da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 somente fora levada a debate a partir do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, tendo sido acolhida unicamente Ministro Eros Roberto Grau. Verifica-se, assim, que a decisão do HC 82.959-8/SP, em verdade, não teve efetivamente uma preocupação com seu efeito precedencial, tendo caráter meramente persuasivo no que se referiu à declaração de inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime.

Por sua vez, a reclamação 4.335-5/AC fora ajuizada, em 19/04/2006, pela Defensoria Pública do Estado do Acre contra decisão do juiz de direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco que indeferiu o pedido de progressão de regime a dez condenados pela prática de crimes hediondos. A petição inicial reclamationária argumentou que a decisão impugnada violara a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no *habeas corpus* 82.959/SP — julgado em 23/02/2006 —, no bojo do qual a Corte declarara a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Ao prestar informações no procedimento reclamationário, a Vara de Execuções Penais de Rio Branco opinou pelo descabimento da reclamação na hipótese: destacando que a decisão do STF proferida no bojo do controle difuso de constitucionalidade (HC 82.959/SP) tinha eficácia *inter partes*, a qual somente se oporia *erga omnes* na hipótese de edição da Resolução suspensiva do Senado Federal,

conforme demanda o art. 52, X, da Constituição Federal (RISTF, art. 178). Concluía, assim, a Vara de Execuções Penais de Rio Branco, que não houvera violação da autoridade da decisão proferida no HC 82.959/SP, eis que os reclamantes não figuraram como partes naquela demanda. A liminar requerida na reclamação foi concedida, em 21/08/2006, pelo relator — Ministro Gilmar Ferreira Mendes —, para que “mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, fosse afastada a vedação legal de progressão de regime” até o julgamento final da reclamação. A Procuradoria-Geral da República, em manifestação, “opinou pelo não-conhecimento do pedido, em virtude de inexistir decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal cuja autoridade deva ser preservada, e, portanto, ser manifestamente” descabida a reclamação.

Ao proferir seu voto, em 01/02/2007, o Ministro Relator, Gilmar Ferreira Mendes, estabeleceu ser necessária à solução da demanda a cisão do exame em duas parcelas: a primeira, destinada ao cabimento da reclamação; e, a segunda, ao mérito. Quanto à primeira parcela, elencou os seguintes argumentos, que seguem em forma de tópicos, para facilitar a análise:

- a) Ao julgar a questão de ordem no agravo regimental na reclamação 1.880, a Corte reconheceu a legitimidade de todos os que comprovassem prejuízo resultante das decisões contrárias ao entendimento fixado pelo STF nas decisões proferidas no seio do controle concentrado, de caráter vinculante e *erga omnes*.
- b) Em face da atual amplitude do controle concentrado, no bojo do qual é possível, inclusive, suspender liminarmente a eficácia de lei ou ato normativo, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a fórmula do Senado Federal (art. 52, X, CF) constitui reminiscência histórica e anacrônica. Nesse sentido, a Resolução suspensiva é limitada *vis-à-vis* as técnicas de decisão empregadas pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da jurisdição constitucional.
- c) O entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual se entende prescindível a aplicação da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) para a declaração de inconstitucionalidade, aproximou as decisões proferidas pela Corte no bojo do controle difuso daquelas prolatadas no âmbito do controle concentrado.
- d) Há uma contradição em defender-se doutrinariamente que a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de determinada tem eficácia *ex tunc*, mas a Resolução suspensiva é dotada apenas de efeito *ex nunc*. Uma vez acolhida a orientação de que a declaração de inconstitucionalidade implica nulidade do ato normativo impugnado, ter-se-ia de reconhecer o mero caráter publicístico da Resolução do Senado Federal.
- e) A ampliação dos poderes monocráticos do relator — ocorrida em virtude do advento da Lei 8.038/90 e da Lei 9.756/98, que introduziu o

§1º-A ao art. 557 do CPC — demonstra a eficácia *erga omnes* proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado. Consectário desta observação é o fato de o Tribunal ter aplicado, ao menos no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis municipais, eficácia *erga omnes* à fundamentação de suas decisões, permitindo aos relatores o julgamento monocrático de recursos que versem sobre leis que se enquadrem na própria *ratio decidendi*.

- f) As decisões proferidas no bojo de ações coletivas — mormente nas ações civis públicas — têm, *ipso facto*, eficácia *erga omnes*, o que acresce à argumentação, no sentido da desnecessidade da aplicação da Fórmula do Senado.
- g) O Supremo Tribunal Federal já conferiu eficácia *erga omnes* em decisões proferidas no bojo do controle difuso, como no caso do RE 197.917-8/SP e do próprio HC 82.959-8/SP.

Admitida, portanto, a reclamação, o Relator julgou procedente o pedido, ao estabelecer que a vedação ao benefício da progressão de regime, constante da decisão impugnada, violara a autoridade do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.959/SP.

Após o voto do Ministro Relator, pediu vista dos autos o Ministro Eros Roberto Grau, que, na sessão do dia 19/04/2007, manifestou-se de maneira convergente, também admitindo a mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal; no sentido de que o texto do referido dispositivo deveria ser interpretado como se dissesse competir ao Senado Federal dar publicidade às declarações de inconstitucionalidade, de lei ou ato normativo, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Entendeu, portanto, nos termos propostos pelo voto do Relator, que a reclamação deveria ser conhecida e provida, porquanto a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/92 — estabelecida no julgamento do HC 82.959/SP — seria suficiente, por si só, para suspender a execução do dispositivo legal.

Na mesma sessão de julgamento — realizada em 19/04/2007 —, entretanto, o Ministro Sepúlveda Pertence apresentou voto dissidente, rejeitando possibilidade de ocorrência da mutação constitucional. Entendeu, na ocasião, que, embora a fórmula do Senado Federal tenha se tornado obsoleta, constituiria um rompimento com o histórico da competência legislativa estabelecida pelas Constituições brasileiras. Argumentou, inclusive, ser desnecessário o reconhecimento da aludida mutação, eis que tal consideração sequer emprestaria maior eficácia às manifestações do

Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, dada a amplitude hodierna das decisões da Corte²⁵³. Com essas considerações, o Ministro Sepúlveda Pertence, no seu voto, não conheceu da reclamação, mas deferiu *habeas corpus* de ofício, para que o juízo reclamado examinasse os demais elementos da progressão de regime, sem o óbice do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90.

Também na mesma sessão de julgamento — realizada em 19/04/2007 —, o Ministro Joaquim Barbosa apresentou voto, aderindo à dissidência inaugurada pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Sustentou que a mutação constitucional, nos termos do voto do relator, encontraria óbice intransponível na literalidade do inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Argumentou que o instrumento da súmula vinculante seria suficiente para as hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal julgasse ser necessário, em virtude da relevância da matéria, obliterar o procedimento ditado pela fórmula do Senado Federal. Entendeu que a postura ativista decorrente do reconhecimento da mutação constitucional se encontraria na contramão das virtudes passivas de *self restraint* que demanda a separação dos poderes²⁵⁴. Com isso, o Ministro Joaquim Barbosa, seguindo a mesma conclusão da divergência iniciada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, não conheceu da reclamação, mas deferiu o *habeas corpus* de ofício para que o juízo da execução criminal, sem o óbice da Lei dos Crimes Hediondos, examinasse os demais requisitos da progressão de regime dos reclamantes.

Ainda na mesma oportunidade, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos, mas somente apresentaria seu voto-vista na sessão de julgamento do dia 15/05/2013. Outrossim, seguindo a linha da dissidência inaugurada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski rejeitou a interpretação

²⁵³ Ilustra este posicionamento o seguinte trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “o decreto de mutação constitucional proposto já não tem mais, hoje, por si, nem o desafio de emprestar maior eficácia às decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal. [...] Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto — concordo — esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado — com a permissão generosa dos dois Colegas — de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário. [...] Homenageio o brilho incomum de ambos os votos que me precederam, mas peço vênia aos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau para julgar improcedente a reclamação que, a meu ver, é o grande risco tsunâmico — eu diria — do Supremo Tribunal de hoje, porque, sem alargamentos, ela já tende a ser brevemente a via mais frequente de acesso ao Tribunal.”.

²⁵⁴ Assim se infere da leitura do seguinte trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa: “Reforça minha convicção a circunstância, revelada pelo próprio relator, de que o STF não depende mais do Senado para atribuir efeito erga omnes às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso. Isso justamente porque, se o STF entender, com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito. Esse dado me basta para que se mantenha a leitura tradicional do dispositivo.”.

de que teria ocorrido mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Argumentou, em sua manifestação, que o novo arcabouço de incumbências do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional estabelecido pela Constituição Federal de 1988 não mitigou a competência dos demais Poderes. Defendeu que a mutação constitucional, nos termos propostos pelo Relator, ultrapassaria os limites formais e materiais do texto constitucional. Outrossim, aderindo à conclusão iniciada pela divergência, o Ministro Ricardo Lewandowski não conheceu da reclamação, mas deferiu o *habeas corpus* de ofício, para que o juízo da execução criminal, sem o óbice da Lei dos Crimes Hediondos, examinasse os demais requisitos da progressão de regime dos reclamantes.

Após o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, pediu vista dos autos o Ministro Teori Albino Zavascki, que somente apresentaria sua manifestação na sessão de julgamento realizada em 20/03/2014, na qual se encerraria a apreciação da reclamação pelo Supremo Tribunal Federal. O voto do Ministro Teori Albino Zavascki inaugurou uma *concurring opinion*²⁵⁵ — que também pode ser designada como entendimento concorrente²⁵⁶ — ao conhecer da reclamação exclusivamente em virtude do advento da súmula vinculante número 26 do Supremo Tribunal Federal²⁵⁷. Argumentou que, conforme o art. 462 do Código de Processo Civil, o fato superveniente consistente na aprovação da referida súmula vinculante deveria ser computado para a aferição do cabimento da reclamação: por isso, conheceu e deu provimento ao pedido da reclamação, mesmo recusando a tese de mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal e afirmando, por conseguinte, que, à época em que fora proposta, a reclamação não deveria ter sido conhecida. Na sequência, acompanharam integralmente o voto do Ministro Teori Albino Zavascki os Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber. Outrossim, o ministro Celso

²⁵⁵ EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*. 70. ed. Washington: CQ Press, 2011. p. 714: “Concurring opinion. An opinion that agrees with the result reached by the majority, but disagrees as to the appropriate rationale for reaching that result.”.

²⁵⁶ Para os fins deste trabalho, considera-se a expressão “*concurring opinion*” como significante de voto que tem conclusão — nesta entendidos o dispositivo da decisão ou o resultado prático — idêntica a outro já proferido anteriormente, mas atinge esta conclusão por fundamentos parcialmente ou integralmente distintos dos articulados pelo voto anterior.

²⁵⁷ Consta da súmula vinculante número 26 do Supremo Tribunal Federal que: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo de execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

de Mello, último magistrado a votar na sessão de julgamento, acompanhou integralmente o voto concorrente do ministro Teori Albino Zavascki.

Antes, porém, do derradeiro voto do Ministro Celso de Mello, o Ministro Marco Aurélio Mello apresentou manifestação alinhada aos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski: rejeitando a mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal e, por conseguinte, negando conhecimento à reclamação, mas deferindo *habeas corpus* de ofício, para que o juízo da execução considerasse a inconstitucionalidade do óbice da Lei dos Crimes Hediondos à progressão de regime. Ressaltou, o Ministro Marco Aurélio Mello, que não poderia acompanhar a *concurring opinion* porquanto o cabimento da reclamação não poderia se sujeitar à futura possibilidade da aprovação de súmula vinculante como condição de cabimento — leia-se, possibilidade jurídica do pedido — da demanda. Noutras palavras, estabeleceu o Ministro Marco Aurélio Mello que o juízo da execução, à época do ajuizamento da reclamação, não poderia ser reputado como violador da decisão do Supremo Tribunal Federal constante de súmula vinculante que, até então, não havia sido editada²⁵⁸.

Em síntese, o resultado da votação, que restou consubstanciado no acórdão que resolveu a Reclamação 4.335-5/AC, pode ser ilustrado conforme demonstra o quadro abaixo:

MINISTROS	ADMISSIBILIDADE	MÉRITO
Gilmar Ferreira Mendes Eros Roberto Grau	Conhecem da reclamação pela admissão da mutação do art. 52, X, da CF: atribuindo efeito vinculante às declarações de inconstitucionalidade do STF em controle difuso.	Julgam procedente o pedido da reclamação, por entenderem que as decisões do STF em controle difuso têm eficácia vinculante.
Sepúlveda Pertence Joaquim Barbosa Ricardo Lewandowski Marco Aurélio Mello	Não conhecem da reclamação, rejeitando a mutação do art. 52, X, da CF.	Julgam improcedente o pedido da reclamação, mas concedem <i>habeas corpus</i> de ofício: reconhecendo a

²⁵⁸ É o que se constata do seguinte trecho da manifestação do Ministro Marco Aurélio Mello: “considerada a própria jurisprudência do Tribunal, não é dado admitir a reclamação. As proclamações têm sido no sentido da necessidade de ter-se o ato, que se diz inobservado, como anterior ao atacado. No caso, somente após a prática do ato impugnado é que surgiu o verbete vinculante da súmula. Estou cansado de negar sequência a reclamações e já trouxe, inclusive, agravos ao Plenário, e este subscreveu essa óptica. Não podemos pretender que o autor do ato questionado implemente premonição quanto a um pronunciamento futuro do Supremo, e dizermos simplesmente que, porque deveria presumir esse ato futuro, o teria inobservado.”.

		eficácia <i>erga omnes</i> da declaração de inconstitucionalidade do HC 82.959/SP.
Teori Albino Zavascki Luís Roberto Barroso Rosa Weber Celso de Mello	Conhecem da reclamação, em virtude do advento da súmula vinculante nº 26/STF, mas rejeitam a mutação do art. 52, X, da CF.	Julgam procedente a reclamação para que a decisão impugnada se alinhe à jurisprudência consignada em súmula vinculante.

Com efeito, percebe-se que a reclamação 4.335-5/AC foi conhecida e julgada procedente por seis votos a quatro. O resultado da votação, conforme se depreende do extrato da Ata, cumulou os votos dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau com os dos Ministros Teori Albino Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, embora a fundamentação destes quatro últimos votos tenha sido distinta daquela empregada pelos dois primeiros. Como será possível observar na análise efetuada no tópico seguinte, o próprio resultado do julgamento merece ser reavaliado, eis que, embora o Supremo Tribunal Federal não pareça ter aceitado a ideia de decisões vinculantes — no que se refere ao controle difuso —, a solução adotada indica o contrário.

3.3. UM NOVO OLHAR SOBRE A RCL 4.335-5/AC

É importante notar que o debate sobre o qual orbitou o julgamento da RCL 4.335-5/AC referia-se exclusivamente à ideia da transcendência dos motivos determinantes: teoria segundo a qual a parcela fundamentante de dada decisão é tida como dotada de eficácia vinculante, tal qual a coisa julgada que reveste o dispositivo da sentença (art. 469 do CPC). Um problema inicial que acarreta perplexidade quando se examina o julgamento da RCL 4.335-5/AC consiste na verificação de que o debate, por muitas vezes, se estende sobre elementos acidentais, perfeitamente dissociáveis do cerne da questão. A pergunta proposta pela petição inicial da mencionada demanda era: pode o juiz de primeira instância interpretar como constitucional dispositivo de lei declarado incidentalmente inconstitucional pelo STF? Ou, formulando maneira mais generalizante, as decisões do STF em controle difuso são dotadas de eficácia vinculante?

Muito se discutiu — em virtude da abertura efetuada pelo voto do Ministro Relator da RCL 4.335-5/AC — acerca da mutação constitucional da fórmula do Senado Federal. O fato, entretanto, é que essa parcela constituía dado meramente

acidental, mencionado pelo relator como mero reforço argumentativo. Conforme restou demonstrado no tópico inicial deste capítulo, o fenômeno da objetivação é a chave para a compreensão da alteração semântica do inciso X do art. 52 da Constituição Federal²⁵⁹. O esvaziamento do inciso X do art. 52 da CF não está aberto a debate: constitui um dado empírico, existente no âmbito fático. As limitações semânticas do texto constitucional²⁶⁰ não constituem óbice aos fatos. E mesmo que se pudesse cogitar ter restado indemne a fórmula do Senado Federal, tal afirmativa em nada alteraria o cabimento da reclamação²⁶¹: o art. 52, X, da CF trata de eficácia *erga omnes*, irrelevante ao cabimento da reclamação — cabível tanto contra decisões *inter partes* quanto contra julgados oponíveis a todos —, que somente se condiciona à existência de efeito vinculante. O conhecimento da Reclamação 4.335-5/AC, portanto, estava dissociado do resultado positivo do debate acerca da mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

Com efeito, percebe-se que o verdadeiro debate orbitava exatamente a superação do tradicional raciocínio da *civil law* — consagrado pelo art. 469 do CPC, segundo o qual se reputa somente o capítulo dispositivo da decisão (art. 458 do CPC) como dotado de efeito vinculante — para uma operação jurídica típica da *common law*: no seio da qual não só o dispositivo, mas também a fundamentação do julgado deverá ser dotada de *binding effect*²⁶². Essa modificação do raciocínio silogístico-subsuntivo da matriz romano-germânica e a propositura de uma operação hermenêutica comparativo-analítica da *common law* demandava, na RCL 4.335-5/AC, mais do que o reconhecimento do mero dado fático da eficácia *erga omnes* das decisões do STF: requeria, isto sim, um passo além, o atestado de instituição do *binding effect* aos julgados do STF proferidos também no controle difuso.

No entanto, a confusão, no julgamento da RCL 4.335-5/AC²⁶³, entre a eficácia *erga omnes*²⁶⁴ e efeito vinculante, impediu que o Supremo Tribunal Federal

²⁵⁹ Assim observa o Ministro Eros Roberto Grau, em voto no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC.

²⁶⁰ Apontado em sentido contrário, dentre outros, os votos dos Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Rosa Weber no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC.

²⁶¹ Como pretendeu correlacionar, no seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC.

²⁶² FELETTI, Vanessa Maria. *Súmulas vinculantes, hermenêutica e jurisdição constitucional*: um estudo sobre a interpretação e aplicação das súmulas vinculantes sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais na tarefa de julgar. Campinas/SP: Servanda, 2013. p. 87.

²⁶³ Bem caracterizada na seguinte passagem do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC: “De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na

Continua...

vislumbrasse a verdadeira controvérsia colocada em mesa, o que redundou no despercebido *overruling* do precedente consubstanciado na QO no AGR na RCL 1723-1/CE, no qual a Corte reconheceu, em votação unânime, que: “inexiste ofensa à autoridade de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal se o ato que se reclama é anterior à decisão emanada da Corte Suprema”. Tendo em vista que os Ministros Teori Albino Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello somente conheceram da Reclamação 4.335-5/AC em virtude do advento da súmula vinculante nº 26 — ulterior à decisão reclamada —, o próprio conhecimento da demanda implicou mudança orientativa da jurisprudência da Corte.

Talvez em virtude da relevância do julgamento e do longo interregno que entremeou as múltiplas sessões nas quais se debateu a RCL 4.335-5/AC, o STF incorreu, igualmente, noutra equívoco de julgamento: os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio acabaram por autorizar resultado diverso do pretendido. Embora estes magistrados não tenham conhecido da Reclamação 4.335-5/AC, por rejeitarem a mutação da fórmula do Senado Federal, concederam *habeas corpus* de ofício, para determinar o retorno dos autos ao juízo da execução, incumbindo a este a avaliação dos demais requisitos para a progressão. Com isso, entretanto, esses quatro votos se alinharam à tese da transcendência, pois, embora não conheçam da reclamação, admitem a eficácia vinculativa da declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, estabelecida no HC 82.959-8/SP.

Note-se que, conforme o texto constitucional (art. 5º, LXVIII), o *habeas corpus* é cabível quando se estiver diante de ilegalidade ou abuso de poder. Não se tratava a Reclamação 4.335-5/AC, como é evidente, de abuso de poder do juízo de execução, mas de ilegalidade. A questão é: que ilegalidade fora esta que autorizara a concessão da ordem de ofício? A resposta somente pode ser: a proscrição da progressão

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.”.

²⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 71: “A coisa julgada, como resultado da definição da relação processual, é obrigatória para os sujeitos desta. Mas, como todo ato jurídico, relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos; assim como contrato entre A e B vale com respeito a todos, como contrato entre A e B, assim também a sentença entre A e B vale com relação a todos enquanto é sentença entre A e B. todos, pois, são obrigados a reconhecer o julgado entre as partes; não podem, porém, ser prejudicados. Mas por prejuízo não se compreende um prejuízo de mero fato, e sim um prejuízo jurídico.”.

de regime pelo óbice do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. O problema do voto dos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio é que, ao concederem a ordem de ofício, reconheceram ser ilegal o posicionamento do juiz que não seguiu a jurisprudência do STF ao eliminar o preceito questionado, por sua inconstitucionalidade. Acrescente-se, aliás, que é assente na doutrina que a concessão do *habeas corpus* de ofício depende da competência do juiz ou tribunal²⁶⁵: ocorre que, anteriormente ao ajuizamento da Reclamação 4.335-5/AC, os reclamantes também impetraram *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado do Acre, contra o ato do juízo de execução, que ainda estava em tramitação à época do julgamento da aludida reclamação. Sublinhe-se, neste ponto, que o atalhamento das vias processuais ordinárias — tendo em vista que o processo somente deveria aportar no STF após eventual decisão denegatória da ordem pela instância inferior —, ao deixar de observar a competência constitucional da Corte para a apreciação do *habeas corpus* (art. 102, I, “d” e “i”) corrobora tal conclusão: se houve abreviação do trâmite processual comum, a Corte tinha competência para reformar o ato impugnado, mas não pela via do *habeas corpus* e sim pelo provimento da reclamação.

Por isso é que foi dito, no final do tópico anterior, que o resultado do julgamento da Reclamação 4.335-5/AC, constante do extrato de ata que integrou o acórdão, merecia reavaliação: em verdade, os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio foram vencidos quanto ao conhecimento da reclamação, mas, ultrapassada a barreira do cabimento da demanda, restaram vencidos os Ministros Teori Albino Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, eis que estes só conheceram da demanda pela ofensa da superveniente súmula vinculante nº 26. Aos votos dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, agregaram-se as manifestações dos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio: reconhecendo a transcendência da declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, adotando idêntica solução a do HC 82.959-8/SP.

Observa-se, desse modo, que o julgado da Reclamação 4.335-5/AC foi o primeiro precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal não só a abarcar a

²⁶⁵ BUSANA, Dante. *O habeas corpus no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 73: “A concessão do *habeas corpus* de ofício supõe a competência do juiz ou tribunal para expedir a ordem; se essa competência não existe, devem ser remetidas peças ao Ministério Público, para que considere a possibilidade de impetrar a ordem perante o órgão judiciário competente.”.

unificação da jurisdição constitucional da Corte — indistinção entre as qualidades, características, conteúdos e efeitos das decisões do controle difuso e concentrado — e a transcendência dos motivos determinantes, mas a agregar ao sistema: operando uma mutação na forma de decidir, originalmente inspirada no raciocínio silogístico-subsuntivo, para uma operação comparativo-analítica da *common law*.

É verdade, no entanto, que a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes pode conduzir a um novo período de crise do Supremo Tribunal Federal, eis que todas as decisões da Corte que implicaram exercício da jurisdição constitucional estariam sujeitas à violação, inclusive levando eventualmente à supressão de instâncias²⁶⁶. Todavia, este é também o primeiro passo para a implementação de um sistema de precedentes que se identifica de maneira mais umbilical com a *stare decisis* estadunidense. A decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de reclamação, dado o atalhamento das vias recursais ordinárias tende a impingir — desde que não proferida com grande lapso temporal em relação ao ato reclamado — maior noção da força precedencial de seus julgados nas instâncias subordinadas: o que induz à paulatina eliminação de atos divergentes da interpretação firmada pela Corte. Ademais, a transcendência também implica efeito simbólico²⁶⁷ no que respeita ao próprio papel do Supremo Tribunal Federal como um Poder jusgenerativo: impondo-lhe não só maior atenção com a congruência de seus precedentes, mas também responsabilizando-lhe pelos próprios resultados sócio-econômico-jurídico-culturais decorrentes das suas decisões²⁶⁸.

É verdade que a avaliação das decisões ulteriores ao julgamento da Reclamação 4.335-5/AC demonstra que o Supremo Tribunal Federal tem, na maioria das vezes, adotado uma postura de *self-restraint* no que se refere à aderência ao mencionado posicionamento²⁶⁹ e a doutrina também se mostra recalcitrante no que se

²⁶⁶ Esta é uma preocupação demonstrada expressamente no voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC.

²⁶⁷ RODRÍGUEZ-GRAVITO, César. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. In: Texas Law Review. Vol. 89. n. 1669. p. 1669/1698. Austin, 2011. p. 1680.

²⁶⁸ É evidente que a adoção do aludido posicionamento não implica, ou ao menos não integralmente, transição da matriz do *civil law* para a *common law*, nem institui completa absorção da regra do *stare decisis* no direito brasileiro, eis que somente as decisões do STF no exercício de sua jurisdição constitucional seriam envolvidas.

²⁶⁹ Como, aliás, parece ser o posicionamento da Corte de maneira geral. Nesse sentido foi a conclusão de outro estudo — embora com objeto diverso do que aqui se desenvolve — no qual se examinou a postura do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional: POGREBINSCHI, Continua...

refere à violação do contraditório²⁷⁰. O que releva observar, independentemente da concordância com o novo olhar aqui lançado sobre a RCL 4.335/AC, é que os precedentes são uma realidade incontestável no atual cenário jurídico-sistêmico-normativo brasileiro, dado o novo papel do STF na dinâmica dos poderes estatais²⁷¹. O problema colocado no início do presente estudo preocupa-se, portanto — uma vez fixada a inexorável proeminência dos precedentes —, em verificar a forma como o STF opera tais elementos e se o raciocínio decisório empregado pela Corte está ou não alinhado à matriz de onde se origina. Daí a importância de questionar-se o que o STF considera vinculante em seus precedentes e quais os critérios por ele empregados para identificar esta parcela vinculativa dos seus julgados.

3.4. PRÉVIA ABORDAGEM DO UNIVERSO DE PESQUISA: improcedência e eficácia

A reclamação é o melhor termômetro para analisar tais indagações porquanto ela constitui o remédio processual que mais constrange o Supremo Tribunal Federal à explicação dos próprios precedentes: a partir do momento em que o reclamante alega que dada decisão restou violada, a Corte tem então de estabelecer, caso reconheça razão ao pleito, qual parcela do julgado foi ofendida pelo ato impugnado na demanda. Sublinhe-se que, independentemente do atual destaque que os precedentes vêm angariando no cenário jurídico nacional, a reclamação sempre foi o meio processual por meio do qual o Tribunal foi demandado a realizar um cotejo analítico-operativo típico da *common law* entre a decisão-paradigma e o ato impugnado: o que,

Thamy. *Judicialização ou representação?*: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 35/37.

²⁷⁰ QUINTAS, Fábio Lima. *O mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal*: a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais. São Paulo: USP, 2013. p. 172/174; QUINTAS, Fábio Lima. *Em torno do julgamento da reclamação 4.335/STF*: ainda faz sentido a distinção entre os efeitos do controle difuso e concentrado de constitucionalidade nos julgamentos do STF? Observatório da Jurisdição Constitucional — OJC do Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/428/276>>; QUINTAS, Fábio Lima. *STF e Senado no controle de constitucionalidade*. Observatório da Jurisdição Constitucional — OJC do Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-20/observatorio-constitucional-stf-senado-controle-constitucionalidade>>.

²⁷¹ QUINTAS, Fábio Lima. *O mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal*: a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais. São Paulo: USP, 2013. p. 172/174.

por si só, já demonstraria a relevância de se atentar para o estudo da matriz precedencial e seus característicos.

Antes de encetar a análise das decisões do STF em reclamação, entretanto, dois esclarecimentos ainda se fazem necessários: ambos referentes à metodologia empregada na seleção dos julgados. Primeiramente, no que se refere à opção por restringir a pesquisa aos acórdãos que julgaram procedentes os pedidos reclamatórios e, secundamente, à indistinção entre a natureza *inter partes* ou *erga omnes* das decisões violadas.

O fato de a presente pesquisa excluir os acórdãos no quais os pedidos das reclamações foram julgados improcedentes pelo Supremo Tribunal Federal assenta-se na verificação de que os julgamentos de improcedência não têm o condão de delimitar o *holding* das decisões alegadamente violadas: no máximo, a improcedência indica o que não é o *holding*, ao efetuar-se o *distinguishing*. Noutras palavras: o que se pretende aqui é examinar o que o STF identifica como vinculante em seus precedentes, não aquilo que a Corte afirma não ser vinculativo. O objetivo deste trabalho, portanto, não é o de indicar as hipóteses em que o STF efetua *distinguishing* ou como ele o faz, mas o de saber como ele identifica o que é vinculante em suas decisões, objetivo ao qual o julgamento de improcedência nada agrega.

Para que se possa vislumbrar concretamente quão despicienda se mostra tal análise ao objeto de pesquisa, exemplifica-se com o breve exame de dois julgados de improcedência da reclamação. O primeiro é o da RCL 9.360/DF (Rel. Min. Dias Toffoli. 1ª T. J. 30/09/2014) ajuizada por João Sérgio Leal Pereira contra ato do CNMP, por pretensa violação à súmula vinculante nº 10/STF²⁷² e à ADI 3.227/MG. Alegava o reclamante que lhe fora aplicada a pena de demissão pelo CNMP por decisão colegiada de seis votos a três, o que, por afrontar o quórum qualificado de dois terços, conforme o art. 57, §2º, da LC 75/93, violaria tanto a decisão da ADI 3.227/MG quanto a SV 10/STF. Ao decidir a causa, a Turma verificou que a SV 10 somente se aplica aos Tribunais, excluindo-se, portanto, de sua incidência o CNMP e que a ADI 3.227/MG declarara a inconstitucionalidade de dispositivos da LC 59/MG que, violando a competência legislativa constitucionalmente estabelecida, criava hipóteses de demissão,

²⁷² Súmula vinculante nº 10/STF: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”.

remoção e disponibilidade compulsória de magistrados submetidos ao TJMG. Por sua vez, a RCL 467-8/DF (Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 10/04/1994) fora ajuizada pelo Conselho Federal da OAB contra o Governador do Estado do Espírito Santo, por suposta violação à liminar concedida pelo STF na ADI 881-1/ES. Alegava o reclamante que o STF houvera, na decisão-paradigma, concedido liminar para suspender a eficácia dos arts. 12 e 13 da LC nº 11/ES — que criou cargos de assessor jurídico do Estado — eis que violavam a prerrogativa exclusiva dos procuradores estaduais, estabelecida pelo art. 132 da CF, de representação judicial e consultoria jurídica dos Estados. Arguiu que o reclamado, após a decisão-paradigma, enviara à Assembleia Legislativa do Estado projeto de lei que resultou na LC nº 37/ES, que violaria o precedente da Corte. Ao examinar o caso, o STF percebeu que, em verdade, a LC 37/ES estatuiu cargos de assessor técnico, com atribuições completamente distintas do cargo de assessor jurídico, julgando, com efeito, improcedente a demanda.

Note-se que, em ambos os casos narrados acima, que bem representam o conteúdo de todos os demais julgamentos de improcedência das reclamações, o Supremo Tribunal Federal não realiza efetiva delimitação do *holding* da decisão violada, atendo-se ao reconhecimento da distinção entre as matérias tratadas no precedente e no ato reclamado. O simples atestado de diferenciação entre os casos paradigma e *sub judice*, por não impor ao STF a tarefa de estabelecer o exato conteúdo da parcela vinculativa do precedente, elide a possibilidade de se projetar conclusões acerca do *holding* dos seus julgados. Não há, portanto, identificação ou exposição de critérios pelos quais se estabelece como vinculativa determinada parcela do precedente, o que, como dito, em nada contribui para o esclarecimento do problema proposto neste estudo.

Por sua vez, outra opção metodologicamente relevante realizada no presente estudo refere-se à indistinção da origem eficaz — *inter partes* ou *erga omnes* — das decisões reputadas desobedecidas. Como foi antecipado no capítulo 2 deste trabalho, afigura-se inteiramente irrelevante ao exame da delimitação do *holding* e dos respectivos critérios de identificação a natureza *erga omnes* ou *inter partes* da decisão violada. É verdade, neste ponto, que o tradicional tratamento eficaz-normativo diferenciado das decisões oriundas do controle difuso e concentrado é exatamente a característica mais hermética do sistema misto ao qual se sujeita a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Ocorre, entretanto, que o

raciocínio decisório exigido pelo julgamento de procedência da reclamação mostra-se indiferente a tais características: estabelecer se dada decisão foi violada não tangencia a análise da abrangência do precedente, somente se mostra indissociável de tal exame, isto sim, a existência do efeito vinculante.

Poder-se-ia objetar, no que se refere ao ponto, que o cotejo analítico entre atos de eficácia *inter partes* agrega à operação hermenêutica um arcabouço fático que não estaria presente no exame de descumprimento de uma decisão oriunda de processo objetivo. A questão, entretanto, constitui um equívoco de perspectiva, eis que, mesmo em processos objetivos (ADI, ADC, ADPF), nos quais se resolve a coerência sistêmico-constitucional entre preceitos normativos abstratos, a causa envolve necessariamente um suporte fático: quer este seja representado pelos procedimentos legislativos para a edição dos preceitos em conflito, quer pelas hipóteses de incidência estabelecidas pelo próprio julgado. Com efeito, quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de dado ato normativo, a decisão não se resume a um comando abstrato consubstanciado no dispositivo do acórdão, mas envolve a análise conteudístico-procedimental do ato impugnado, exame de fatos, portanto. Ademais, na mesma conjectura, à declaração de inconstitucionalidade podem ser acrescidos elementos de natureza eficaz, relativos às hipóteses de incidência do julgado, como a modulação de efeitos, a ausência de pronúncia de nulidade ou o comando de sentença aditiva — que regulamenta provisoriamente dada situação. A eficácia, *inter partes* ou *erga omnes*, e a origem da decisão violada, se oriunda do controle difuso ou do controle concentrado, não interferem no efeito vinculativo do precedente, nem na delimitação do seu *holding*, e menos ainda na atividade de cotejo entre os objetos da reclamação. Daí ser possível, neste estudo, abordar, como um todo, as decisões de procedência dos pleitos reclamatórios julgados pelo Supremo Tribunal Federal e generalizar as conclusões extraídas do exame: visto que, ao menos neste sentido, o problema de pesquisa pode ser analisado sob o prisma unitário do efeito vinculante.

4. A ANÁLISE DAS DECISÕES: representatividade do universo de pesquisa

O emprego do vocábulo “reclamação” como argumento de pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal teve como resultado de busca: 4.534 acórdãos; 7 súmulas (persuasivas); nenhuma súmula vinculante; 15.551 decisões monocráticas; 1.177 decisões da presidência; 57 questões de ordem; 3 decisões em repercussão geral; e 523 decisões mencionadas em informativo. A grandeza numérica das decisões, por si só, já impediria uma pesquisa conteudístico-qualitativa dos julgados em reclamação — ao menos nos moldes propostos neste estudo. Mas, além disso, e principalmente, o resultado da busca com o emprego do verbete “reclamação” também apresenta dados que não se relacionam com os parâmetros estabelecidos pelos critérios metodológicos empregados neste trabalho, eis que expõe decisões: referentes a reclamações ajuizadas para a salvaguarda da integridade da competência do Supremo Tribunal Federal; que fazem menção a causas oriundas da Justiça do Trabalho, nas quais se cita a “reclamação trabalhista” que originou o *decisum* ou que este orbitou. Daí a razão para descartar-se, em levantamento prévio, o emprego singular do vocábulo “reclamação” como argumento de pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, a utilização do argumento de pesquisa “reclamação adj constitucional” teve como resultado de busca: 173 acórdãos; nenhuma súmula persuasiva ou vinculante; 4.306 decisões monocráticas; 174 decisões da presidência; nenhuma questão de ordem ou submetida à repercussão geral; e 10 decisões mencionadas em informativo. Esse argumento de pesquisa também não se mostrou suficientemente adequado ao levantamento das decisões que se enquadrariam nos parâmetros do recorte metodológico; eis que os resultados incluíam também processos de outra natureza (como mandados de segurança, suspensão de liminares, suspensão de segurança, recursos extraordinários etc.) que apenas fazem menção à reclamação constitucional, sem efetivamente constituírem decisões de ações reclamationárias ajuizadas para garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, refinou-se, novamente o argumento de pesquisa para: “reclamação prox10 autoridade adj4 (decisão ou decisões)”. Com tal argumento de pesquisa, resultaram da busca: 233 acórdãos; nenhuma súmula (quer de natureza persuasiva quer de natureza vinculante); 1.620 decisões monocráticas; 59 decisões da

presidência; 10 questões de ordem; nenhuma questão afetada ao regime da repercussão geral; e 39 decisões mencionadas em informativo. Pensava-se, neste ponto, ter-se encontrado o argumento de pesquisa adequado aos parâmetros estabelecidos pelo recorte metodológico empregado no presente trabalho. Contudo, ao se iniciar a análise, percebeu-se que o argumento de pesquisa eleito tinha como resultado de busca inúmeros julgados nos quais a reclamação não fora conhecida ou fora julgada improcedente.

Destarte, refinou-se ainda mais o argumento de pesquisa, resultando na fórmula definitiva que delimitou o universo de pesquisa deste trabalho, sendo este: “reclamação prox10 autoridade adj4 (decisão ou decisões) e procedente”. Com tal argumento de pesquisa, o universo de decisões objeto desta pesquisa teve com resultado da busca 87 acórdãos, 817 decisões monocráticas, 21 decisões da presidência e 15 mencionadas em informativo. Como decorre do recorte metodológico deste estudo, somente os acórdãos foram efetivamente analisados, à exclusão de 6 deles, eis que o resultado da busca, não obstante o refinamento do argumento de pesquisa, apresentou: 2 reclamações improcedentes; 1 reclamação que fora ajuizada não para a salvaguarda da autoridade de precedente, mas para assegurar a integridade da competência do STF; 1 que não foi conhecida; 1 acórdão de ADI; e 1 acórdão de embargos infringentes na representação de inconstitucionalidade. Ocorre, no entanto, que, durante a fase posterior ao levantamento inicial permitido por esse argumento de pesquisa, de análise contedutístico-qualitativa dos acórdãos, encontrou-se, em referência feita no bojo do aresto da RCL 781, outro acórdão de reclamação julgada procedente que não aparecera nos resultados da busca. Assim, dos 87 acórdãos apresentados pela busca, com o emprego do mencionado argumento de pesquisa, depois de subtraídos os seis aludidos resultados e acrescido o encontrado, restaram 82, os quais formaram todo o universo da pesquisa empírica aqui empreendida²⁷³.

²⁷³ Também foram empregadas variações do argumento de pesquisa, como “reclamação prox10 autoridade adj4 (decisão ou decisões ou acórdão ou acórdãos) e procedente”; “reclamação prox10 autoridade adj4 (decisão ou decisões) e (procedente ou provido ou provida ou provimento ou deferido ou deferida)”; “reclamação prox10 autoridade adj4 (decisão ou decisões ou acórdão ou acórdãos ou pronunciamento ou provimento) e (procedente ou provido ou provida ou provimento ou deferido ou deferida)”. Todas estas variações tiveram como resultado da busca número maior de acórdãos, no entanto, ao se examinar tais decisões, verificou-se o mesmo problema encontrado com os argumentos de pesquisa anteriores: o número maior de decisões que resultaram da busca se deveu exclusivamente ao acréscimo de acórdãos que não se alinhavam aos critérios metodológicos estabelecidos nesta pesquisa (de improcedência, de não conhecimento e que faziam meras citações das reclamações em processos doutras naturezas). O joeiramento desses resultados de busca — decorrentes das variações do argumento — e o cotejo com aqueles apresentados pelo argumento de pesquisa definitivamente

Continua...

Sabe-se, segundo estatísticas fornecidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que, no interregno 23 anos — entre 1990 e 2013 —, 2.375 reclamações foram protocolizadas no Supremo Tribunal Federal, 2.353 foram distribuídas e 3.880 foram julgadas²⁷⁴. A quantidade de reclamações que é julgada pelos órgãos colegiados do Supremo Tribunal Federal, no lapso temporal compreendido entre os anos de 2008 e 2014, é exposta pela planilha abaixo, de acordo com os dados constantes do site do Supremo Tribunal Federal.

Órgão \ Ano	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	TOTAIS
Plenário	134	193	182	201	59	418	368	1.555
1ª Turma	2	1	0	3	14	19	460	499
2ª Turma	7	4	2	4	3	7	254	281
Presidência	125	99	25	45	64	52	11	421
Ministros	2.077	3.207	1.879	2.139	2.184	3.287	3.594	18376
TOTAIS	2.345	3.504	2.088	2.392	2.321	3.783	4.687	21.123

Vê-se, portanto, que, na escalada quase sempre progressiva do número de reclamações, as Turmas são os órgãos que menos as julgam. A maioria esmagadora das reclamações (86,95%) é julgada monocraticamente pelos ministros. Daí perscrutar-se a legitimidade do universo de pesquisa delimitado no presente trabalho para representar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na identificação da parcela vinculante dos seus precedentes. Afora o argumento antecipado na introdução deste estudo, segundo o qual as decisões monocráticas tendem a seguir o posicionamento do colegiado — sendo

empregado desaguou na confirmação de que o universo de pesquisa estava realmente circunscrito aos 82 acórdãos originalmente apurados. Outrossim, vale dizer que o emprego do mesmo argumento de pesquisa definitivo — “reclamação prox10 autoridade adj4 (decisão ou decisões) e precedente” — durante o interregno compreendido entre julho do ano de 2014 e janeiro do ano de 2015 não apresentou alterações relevantes nos números exibidos como resultados da busca: excetuadas eventuais oscilações, meramente intermitentes e pouco significantes, decorrentes de dois fatores, o julgamento de novas causas — e conseguinte inclusão de processos na base de dados — e equívocos do próprio sistema de busca do Supremo Tribunal Federal. Por fim, necessário ressaltar também que o argumento de pesquisa “reclamação prox10 autoridade adj4 (decisão ou decisões) e improcedente” fora empregado como forma de levantamento dos julgados de improcedência dos pleitos reclamatórios — ulteriormente eliminados da pesquisa, por inadequação ao objeto de estudo, conforme demonstrado no último tópico do capítulo anterior —, tendo como resultado de busca: 24 acórdãos; 447 decisões monocráticas; 14 decisões da presidência; e 13 informativos; não tendo retornado nenhum resultado para súmulas (vinculantes ou persuasivas), questões de ordem ou repercussão geral. Após a atividade de joeiramento dos resultados da busca nas reclamações julgadas improcedentes, verificou-se que, dos 24 acórdãos: 5 eram de procedência, 1 consistia em uma ADI, e 2 eram, em verdade, de não conhecimento do pleito reclamatório, restando apenas 16 acórdãos de improcedência. Embora efetivamente analisados, o teor do exame destes acórdãos de improcedência não é consignado textualmente na presente pesquisa, à exceção dos dois já mencionados no capítulo anterior e de eventuais referências instrumentais/ilustrativas feitas no capítulo 2.

²⁷⁴ Dados extraídos do site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em 21/01/2015.

corrigíveis, pela via recursal, quando deste dissentirem —, há outro: as decisões monocráticas não podem expressar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal exatamente por serem proferidas por um só julgador. Pode parecer tautológico, mas não o é. A decisão monocrática não resulta de julgamento no qual se oportuniza o debate entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, mas de acórdão confeccionado com base na hermenêutica empreendida por um único julgador. Com isso, eventuais dissidências interpretativas singulares de dado Ministro não poderiam ser tomadas como representativas do entendimento sedimentado colegiadamente pelo Supremo Tribunal Federal. Destarte, nesse sentido, conclui-se ser significativamente representativo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal o universo de análise aqui delimitado, ainda que dele não sejam integrantes os acórdãos decorrentes das decisões monocráticas.

Foram, portanto, consideradas, na análise conteudístico-qualitativa dos julgados, tanto as decisões das Turmas do Supremo Tribunal Federal quanto as decisões proferidas pelo Plenário da Corte. Todas essas integram, destarte, o universo de pesquisa, desde que adequadas ao recorte metodológico: isto é, que tenham sido fruto de reclamações ajuizadas para a salvaguarda da autoridade de algum precedente do STF (ainda que tal precedente seja uma decisão monocrática) e cujo julgamento tenha sido de procedência.

Antes, entretanto de encetar a análise qualitativa dos julgados, é de se observar, brevemente, que das oito Questões de Ordem (QO) que resultaram da busca com o argumento de pesquisa inicialmente tido como adequado ao levanto das decisões — “reclamação prox10 autoridade adj4 (decisão ou decisões)” —, a matéria mais recorrentemente nelas debatida (62,5%) versava sobre o próprio cabimento da reclamação. Assim se expõe na tabela abaixo, que explicita por matéria estas decisões.

Classe/número	Matéria	%
QO na RCL 2220	Distribuição livre ou por prevenção (art. 70 do RISTF).	12,5%
QO na MC na RCL 397	Legitimidade ativa de pessoa prejudicada para a reclamação quando alegada a ofensa à decisão proferida no bojo de processo de natureza objetiva.	12,5%
QO na RCL 173	Sustação liminar de execução de julgado que permitiu a continuidade do pagamento de benefícios a funcionários públicos do Poder Judiciário, mesmo após a decisão do STF de declarar a inconstitucionalidade da lei que autorizava tais benefícios.	12,5%
QO na MC na RCL 2063;	Cabimento	62,5%

QO no AgRg na RCL 1880; QO no AgRg na RCL 1723; QO na RCL 385; QO na RCL 235		
--	--	--

Assim como a análise das Questões de Ordem, o argumento de pesquisa inicialmente empregado no levantamento dos acórdãos, resultou, como já afirmado, no montante de 233 acórdãos, total este reduzido para 82 arestos (universo pesquisado), após o emprego do argumento de pesquisa definitivo e da análise dos resultados da busca. Tal dado tende razoavelmente a indicar que, ao menos até o momento, o Supremo Tribunal Federal se mostra cauteloso ao permitir o atalhamento do trâmite processual ordinário pela via reclamatória, debatendo, antes de tudo, a viabilidade do remédio.

Outrossim, esse mesmo dado empírico parece delinear um cenário de duas possibilidades hipotéticas, cuja validade não é verificada neste ensaio: a) o instrumento da reclamação tem sido utilizado incorretamente pelos jurisdicionados, quer pelo descabimento da demanda quer pela ausência de identidade entre a decisão reclamada e o precedente; b) o Supremo Tribunal Federal tem empregado uma “jurisprudência defensiva” na análise das reclamações, a exemplo do que fizera em relação ao recurso extraordinário, sempre na tentativa de minorar os efeitos da sobrecarga de processos que sua competência lhe acarreta.

Independentemente, todavia, da confirmação de qualquer das hipóteses mencionadas, o que se ressalta com esta informação é que o provimento da reclamação ainda se mostra excepcional quando comparado ao volume de processos deste jaez que é julgado. A exemplo do que ocorre com as demais classes processuais analisadas pelo STF, a maioria das reclamações não chega sequer a ser conhecida e, mesmo quando o é, tal decisão resulta em improcedência do pedido. A questão que exsurge, a partir daí, é a de saber se o universo de pesquisa aqui delimitado atende ao objetivo de expressar, efetivamente — ainda que com as oscilações, decorrentes de uma miríade de fatores, a que se sujeita qualquer trabalho de natureza investigatória —, uma realidade aferivelmente relevante para sustentar as conclusões obtidas neste estudo e responder ao problema proposto.

Tudo indica que sim. O problema de pesquisa aqui formulado, traduzido em questionamento, perscruta: o que o Supremo Tribunal Federal diz ser vinculante em

seus precedentes? A este problema, antepõe-se a primeira premissa metodológica deste estudo: a melhor forma de analisar o problema é analisando o instrumento processual dirigido ao STF que mais lhe fomenta a examinar a própria jurisprudência, a reclamação. Concebe-se, então, que o STF, em regra, não explica sua jurisprudência por meio da reclamação, já que esta, em sua maioria não é conhecida ou é julgada improcedente — partindo-se aqui da ideia de que, nestes casos, o STF não chega a extrair a regra do precedente para aplicá-la a caso outro, que não aquele decidido anteriormente. Daí se extrai a regra geral — extensível, ao que demonstram outras pesquisas, a todas as classes processuais²⁷⁵ — de que as demandas dirigidas à Corte ou não são substancialmente robustas para serem analisadas ou, mesmo que o sejam, são dispensadas, pelo posicionamento defensivo do Tribunal, ainda hoje assombrado pela sobrecarga de trabalho. Nenhuma dessas hipóteses, todavia, infirma a conclusão de que, apesar de limitado o universo de pesquisa, relevante é sua expressão: quer por representar uma evolução dos jurisdicionados na compreensão da técnica processual — resultando o universo de pesquisa nestas hipóteses em que o pleito se mostra mais bem elaborado e o direito nele veiculado mais robusto; quer por representar a própria relevância da decisão, proferida apesar da orientação defensiva do STF — que renuncia à própria defesa contra a sobrecarga de processos em prol de algum elemento que considere merecedor desta renúncia.

Qualquer que seja a hipótese, a análise do grupo minoritário de reclamações no qual o Supremo Tribunal Federal dignou-se a explicitar sua própria jurisprudência demonstra quão caros — dada a sua própria raridade — e expressivos são esses pronunciamentos dentro de um universo massivamente ocupado por decisões de conteúdo negativo (improcedentes ou de não conhecimento). A dicção do Tribunal, nestes casos, indica, portanto, que o universo de pesquisa aqui delimitado mostra-se relevante para sustentar as conclusões aqui obtidas. Talvez se pudesse objetar, somente, que a delimitação aqui proposta não permitiria a apreensão da completude e da complexidade que envolve o problema. Ainda assim, é possível responder que a restrição do universo de pesquisa — tal como resultante dos parâmetros estabelecidos pelo recorte metodológico — propicia um concreto alicerce para o início desta análise: se parcial, pela restrição, é, por outro lado, relevante, por suscitar a questão e a ela,

²⁷⁵ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 35/37.

talvez pela vez primeira nos moldes propostos, oferecer uma resposta, sempre primando pela lisura, cautela e empenho da pesquisa.

4.2. ANÁLISE SUBSTANCIAL E METODOLÓGICA DO UNIVERSO PESQUISADO

Releva, oportunamente, analisar as duas questões mais essenciais ao presente estudo, a primeira de carácter substancial e a segunda de viés metodológico: 1 — O que o Supremo Tribunal Federal tem estabelecido como *holding* dos seus precedentes? 2 — Quais são os critérios empregados pelo Supremo Tribunal Federal para estabelecer esse *holding* dos seus precedentes?

Do universo de pesquisa sobre o qual se debruçou a presente análise, constatou-se que, em 76,83% das reclamações (63 processos), o ato impugnado violara decisão proferida em ADI ou ADC. Uma, única (1,22%), reclamação constante do universo de pesquisa tratava da violação de súmula vinculante, que, somada àquelas primeiras — por constituir demanda que questiona a incidência de um enunciado com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante —, totaliza 78,05% do universo de pesquisa. Apenas 18 acórdãos (21,95%) tratavam de reclamações ajuizadas para a garantia da autoridade de precedente com eficácia *inter partes*. Abaixo, a tabela mostra a relação em números absolutos, percentuais e por matéria destas reclamações.

N.A.	%	VIOLADA	ASSUNTO DA DECISÃO VIOLADA
43	52,44%	ADC 4/DF	Declarou a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97.
12	14,63%	MC na ADI 3.395/DF	Definiu a incompetência da Justiça Trabalhista, após o advento da EC 45/04, para conhecer de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores regidos por relação jurídico-estatutária.
3	3,65%	ADI 1.662/SP	Definiu somente ser possível o sequestro de verbas públicas na hipótese de preterição da ordem dos precatórios.
1	1,22%	SV nº 13	Proibiu a prática do nepotismo.
1	1,22%	ADI 1.127/DF	Reconheceu a constitucionalidade do inciso V do art. 7º da Lei 8.906/94, determinando que o advogado, quando preso provisoriamente, seja recolhido em sala de Estado Maior ou em prisão domiciliar.
1	1,22%	ADI 1.232/DF	Reconheceu a constitucionalidade de lei que fixa os critérios para o recebimento de benefício de salário mínimo por idosos e deficientes físicos.
1	1,22%	MC na ADI 1.898/DF	Suspendeu ato normativo do Presidente do CJF que baixava tabelas de remuneração de magistrados com base no valor dos subsídios dos Ministros do STF.
1	1,22%	ADI 598/TO	Inconstitucionalidade da expressão “inclusive para fins de

			concurso público de títulos e provas”, contida em dispositivos da Lei 157/90.
1	1,22%	ADI 658/PE	Inconstitucionalidade de ato normativo do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que estendeu a todos os juízes e servidores a ele submetidos o reajuste de 84,32% sobre os respectivos vencimentos.
1	1,22%	RE 141.081/PB	Possibilidade de exigência de concurso público específico para o cargo de professor titular em universidade pública.
1	1,22%	HC 91.187/SP	Competência do Tribunal de Justiça para julgar <i>habeas corpus</i> impetrado contra turma recursal dos juizados especiais.
1	1,22%	HC 90.216/PR	Concessão de <i>habeas corpus de ofício</i> para permitir a internação hospitalar de presos provisórios.
1	1,22%	RE 245.075/SP	Inaplicabilidade da aposentadoria compulsória dos notários e registradores após a EC 20/98.
1	1,22%	RE 202.097/SP	Possibilidade de desmembramento de categoria profissional.
1	1,22%	MS 24.414/DF	Requisitos para elaboração de lista tríplice de Tribunal Local na promoção por merecimento de juízes.
1	1,22%	HC 71.551/MA	Nulidade de sessão de julgamento que determina o desmembramento de processo criminal sem intimação dos acusados pelo diário oficial.
1	1,22%	RE 216.647/PI	Impossibilidade de aumento judicial dos vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.
1	1,22%	HC 81.959/MG	Nulidade da decisão de pronúncia que ultrapassa a função de atestar a viabilidade da denúncia.
1	1,22%	RE 227.378/SP	Impossibilidade do pagamento de benefícios previdenciários com base na auto-aplicabilidade do art. 202 da Constituição Federal.
1	1,22%	HC 81.025/RS	Reapreciação das circunstâncias desfavoráveis na operação de dosimetria da pena.
1	1,22%	SS 780/PI e SS 950/PI	Impossibilidade de aumento judicial dos vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.
2	2,44%	Sem Indicação	Suspensão de liminar em mandado de segurança.
1	1,22%	HC 73.390/RS	Nulidade da decisão condenatória que não atesta as razões de convicção da culpa na conduta do sentenciado.
1	1,22%	CJ 6.822/DF	Competência da justiça federal para julgar as ações trabalhistas que envolvam o CNPQ.
1	1,22%	AI 77.713/RJ	Extinção do processo de divórcio pelo falecimento superveniente de um dos cônjuges antes do trânsito em julgado.
1	1,22%	RE 38.909/RJ	Homologação de desistência de ação de investigação de paternidade.

Tais dados não só atestam que a reclamação tem maiores chances de ser julgada procedente quando suscitar ofensa à autoridade de decisão com eficácia *erga omnes*, mas também indicam que estas mesmas decisões tendem a ser as mais frequentemente violadas.

Essa observação poderia conduzir a ilações tendentes a conjecturar sobre a (in)efetividade das decisões dotadas de eficácia *erga omnes*. A realidade, entretanto, é

que a confirmação ou refutação de mencionadas conjecturas não se autoriza com base nos dados da pesquisa aqui desenvolvida: não só porque estas não constituem o objeto de estudo, mas, principalmente, porque o exame da efetividade das decisões vinculativas dependeria de um cotejo entre as consequências e desdobramentos jurídicos e sociais que destas decorrem em relação àqueles que se verificam derivados das decisões *inter partes*. Como se disse, o que se pode extrair concretamente desse dado empírico, de que a maioria das reclamações procedentes alega violação à autoridade de decisões com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, é que a afronta a tais decisões tem o condão estatístico de recrudescer a possibilidade de repressão do ato violador: e isto basta, no âmbito deste estudo.

Por outro lado, a análise substancial das reclamações integrantes do universo de pesquisa resultou na constatação de que o *holding* — aqui entendido este verbete como significativo da parcela do precedente à qual o STF atribuiu efeito vinculante para aplicação no ato *sub judice* — confundia-se, quase sempre (96,34% ou 79 acórdãos), com o próprio dispositivo do julgado.

A exposição analítica dessas reclamações não será feita aqui, caso-a-caso, porquanto seu exame pormenorizado se mostra prescindível, dado que em todas elas, listadas na relação anexa ao presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente o respectivo pedido, aplicou o dispositivo do precedente violado ao ato reclamado. A análise substancial dessas decisões — que perscruta qual parcela do precedente foi eleito como *holding* —, reafirme-se, resultaria reiteradamente na conclusão de que o Supremo Tribunal Federal atribuiu efeito vinculante ao próprio dispositivo da decisão violada.

O mesmo se diga em relação à análise metodológica — que perscruta quais critérios (como e por que) pelos quais se delimitou o *holding* do precedente. Em todos esses casos resultaria na mesma conclusão: estabeleceu-se o *holding* ao seguir-se o mandamento insculpido no art. 469 do Código de Processo Civil, que circunscreve o efeito vinculante ao dispositivo da decisão.

A exposição dos fatos, envolvendo cada uma das reclamações que integra este grupo de demandas — nos quais se identifica o *holding* com o dispositivo do precedente —, embora pudesse mostrar-se ilustrativa, afigura-se desnecessária: serviria apenas como atividade retórica, uma vez já extraídas daquele grupo as conclusões, substanciais e metodológicas, que interessam ao objeto de estudo. Com efeito, não se

exporá, neste trabalho, o contexto fático que circundou cada uma dessas demandas, sobretudo por ser desaconselhável, tal exposição, do ponto de vista didático-objetivo. Registram-se, apenas, dois casos, aqui expostos somente para demonstrar quão ociosa seria a atividade de prosseguir nestes escritos somente para reiterar redundantemente a mesma conclusão.

O primeiro destes casos é o da RCL 5.296-6/SP (Rel. Min. Cezar Peluso. 2ª Turma. J. 26/02/2008), ajuizada por Ademir de Souza e Silva contra decisão do TJSP no HC 2005.01.2003.002169-7, por ofensa à decisão do STF no HC 91.187/SP. Em decisão monocrática (HC 91.187/SP), o Ministro Cezar Peluso determinara a remessa dos autos ao TJSP, estabelecendo, no próprio dispositivo do acórdão, que era aquela corte a competente para conhecer de *habeas corpus* no qual figurasse como coatora turma recursal de juizado especial sob sua jurisdição²⁷⁶. Uma vez remetidos os autos ao TJSP, no entanto, o Relator, sem apreciar o pedido liminar constante do HC 2005.01.2003.002169-7, encaminhou os autos à Procuradoria de Justiça, com a finalidade expressa de que esta se manifestasse acerca da competência do TJSP para conhecer da ação. Desta decisão foi ajuizada a reclamação para o STF, que, julgando-a procedente — por violação ao que ordenava o dispositivo do HC 91.187/SP —, determinou que o relator apreciasse o *habeas corpus* independentemente da manifestação do Ministério Público.

O segundo dos casos é o da RCL 2.024-0/CE (Rel. Min. Gilmar Mendes. Pleno. J. 28/11/2002), ajuizada pelo Instituto Dr. José Frota contra ato da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, por ofensa à ADC 4/DF. Na decisão-paradigma, o STF declarou a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97 que, por sua vez, tem o resultado prático de impedir que o Poder Judiciário profira decisão liminar contra o Poder Público que implique majoração do vencimento de funcionários públicos. A decisão reclamada era uma liminar que concedia majoração do vencimento de servidores públicos municipais. Ao julgar procedente a reclamação, o STF entendeu que, embora não houvesse fundamentação específica neste sentido, a decisão reclamada declarara a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97, ofendendo o dispositivo do acórdão prolatado na ADC 4/DF.

²⁷⁶ Nas razões do acórdão HC 91.187/SP, encontra-se que o Ministro Cezar Peluso assim decidiu por força de orientação fixada em precedente do STF (HC 86.834/SP), acolhido no caso.

Esses dois casos, brevemente expostos aqui, servem somente para demonstrar que este trabalho prescinde da exposição de cada um dos acórdãos analisados para demonstrar ao leitor que as conclusões resultantes das análises substancial e metodológica de todos serão sempre as mesmas.

Por outro lado, verifica-se que, uma vez adotado pelo STF apenas o dispositivo da decisão como parâmetro para o estabelecimento do *holding*, simplifica-se sobremaneira o exame metodológico dos critérios empregados para a delimitação e extensão dessa parcela vinculativa: enquadram-se, tais hipóteses, na mesma essência na qual se assenta a genealogia do art. 469 do Código de Processo Civil, segundo o qual o *holding* de dada decisão confunde-se com seu dispositivo, ou seja, circunscrevendo-se a este o efeito vinculante. Logo, ainda que restrito o universo da presente pesquisa ao recorte metodológico a que se propôs, é razoável supor, nas amostras examinadas, que, em larga escala, o Supremo Tribunal Federal ainda se vê permeado da ideia, oriunda do próprio parâmetro de raciocínio silogístico-subsumitivo do *civil law*, de que o comando contido em dada decisão há de ser tomado como premissa dogmática. Assim, igualmente, simplifica-se sobremaneira a atividade do intérprete, que, de forma geral, não carece de maiores habilidades hermenêuticas para tentar “encaixar” o caso ao molde hipotético-dogmático do comando.

De qualquer forma, a partir desses dados, é de se afirmar aqui uma conclusão clara, alçada ao patamar de regra geral: quando o Supremo Tribunal Federal analisa dado precedente, para fim de aferição da norma que deste se pode extrair e transpor para aplicação noutro caso, o *holding* da decisão equivale ao seu dispositivo. Observe-se que esta conclusão também aponta para o fato de que o STF, ao julgar as reclamações, não difere nem entre decisões-paradigma oriundas das diferentes formas de controle por ele exercidas — difusa e concentrada — nem entre a carga eficaz (*inter partes* ou *erga omnes*) dos precedentes, aplicando, indistintamente, o mesmo critério para a delimitação da parcela vinculativa dos julgados (*holding*=dispositivo).

5. EXAME DAS CONCLUSÕES

A análise qualitativa, constante do capítulo anterior, permitiu duas conclusões: 1 — para o Supremo Tribunal Federal, o *holding* de dada decisão equivale ao seu dispositivo, devendo este ser levado em conta no momento de aplicação da norma precedencial ao caso *sub judice*; 2 — o critério empregado pelo STF para estabelecer o *holding* é o mesmo que inspira o art. 469 do Código de Processo Civil, segundo o qual, a parcela vinculante de uma decisão se circunscreve ao seu dispositivo. Lembre-se, agora, que esta pesquisa se iniciou com o seguinte problema: o que o Supremo Tribunal Federal diz ser vinculante nos seus precedentes? Encerra-se, respondendo: o dispositivo.

O problema desta perspectiva é que ela não atende à necessidade da ação reclamatória. A reclamação demanda um raciocínio de natureza diversa, que clama por operações lógico-linguístico-jurídico-hermenêutico-contextuais aptas a sustentar a delimitação do *holding* e os critérios pelos quais se identifica este *holding*: exatamente para que seja possível realizar a atividade de cotejo — com suas indissociáveis ponderações de similitudes e dessemelhanças, aproximações e distanciamentos —, própria do método de *case law*, que permita a incidência ou o afastamento da norma extraída do precedente ao caso em análise. A reclamação se apresenta *sui generis*, neste aspecto, exatamente por representar o remédio processual que exige um raciocínio decisório típico da regra da *stare decisis*, decorrente da *common law*. A ausência de apreensão dos parâmetros dentro dos quais se opera esse sistema, bem como a inabilidade de manejo das técnicas essenciais dos quais ele se instrumentaliza e atua, certamente resulta em distorção, incorreção e atecnia das conclusões obtidas nas operações decisórias.

Noutras palavras, quer-se dizer que olhar só para o dispositivo do precedente é desconsiderar sua autoridade, eis que, fazendo-se isso, efetua-se uma operação hermenêutica na qual somente se olha para uma resposta, sem se perscrutar a qual pergunta aquele dado dispositivo respondeu. É a similitude da pergunta que determina a aproximação ou o distanciamento das respostas. Basta imaginar que dada pessoa pode responder “sim” tanto para um pedido de casamento quanto para um apelo de seu filho para ganhar um presente: a perfeita identidade na resposta, contudo, não revela a completa disparidade da natureza e do contexto nos quais as diferentes

perguntas foram formuladas. Assim também ocorre com as decisões judiciais: para bem cotejá-las, é preciso perscrutar quais eram perguntas às quais cada uma pretendia oferecer resposta. Por outro lado, se somente se cotejar as respostas, corre-se o risco de se afirmar que o “sim” sempre será resposta à mesma pergunta — equívoco no qual o STF frequentemente incide. Noutras palavras, olhando somente o dispositivo de dada decisão (ou sua ementa, como é mais frequente) não se poderá ter noção da completude do caso julgado nem das idiossincrasias que o permearam: fazendo-se impossível dele extrair uma norma a ser aplicada noutro caso.

Não se quer dizer com isso que o dispositivo da decisão seja irrelevante ou deva ser desconsiderado. Longe disso! O dispositivo constitui parcela relevantíssima da decisão e indispensável à sua compreensão. É do dispositivo que se enceta a análise do precedente: analisam-se as razões à luz do dispositivo, para delas extrair as que a este conferem sustentação. O *holding* de dado precedente, portanto, somente é passível de delimitação a partir do dispositivo. O que se afirma aqui é que a decisão não se resume ao dispositivo e, por isso, não se pode presumir que ele tenha o condão de oferecer um resumo de toda a decisão — o que seria tomar a parte pelo todo —, principalmente quando se está diante de uma reclamação: demanda na qual é preciso cotejar contextos fático-jurídico-hermenêuticos para se concluir sobre a violação, ou não, da autoridade de dado precedente. O dispositivo representa um comando, uma determinação a ser seguida, mas são os motivos que o sustentam que fornecem sua essência, seu contexto e sua razão de ser. Delimitar o *holding* é olhar exatamente para estas razões, sem desconsiderar, obviamente, o seu resultado imperativo: o dispositivo.

Noutro aspecto, é de se rememorar que foi mencionado, no capítulo anterior, que, em 79 acórdãos — equivalentes a 96,34% do universo pesquisado —, o STF identificou como *holding* dos seus precedentes com o dispositivo da decisão: daí a extração da conclusão que encerrou o problema de pesquisa proposto no início deste trabalho. Mas, o que fez então o STF nos 3 (três) outros casos (3,66%), já que não aplicou o dispositivo do precedente? Essas três decisões — consubstanciadas nos acórdãos das RCL 3.488-7/SP, RCL 2.772-4/DF e RCL 2.190-4/MA — serão examinadas nos subtópicos seguintes deste capítulo. Para que a análise seja clara, e que seus parâmetros fiquem bem delineados ao leitor, é necessário, antes de examinar os três mencionados casos, que outras decisões de reclamações (também constantes do universo de pesquisa) sejam avaliadas. Encadeiam-se, assim, didaticamente, 8 casos

distintos, por meio dos quais se pretende construir um argumento acerca dos desdobramentos da adoção do critério *holding*=dispositivo.

Com esse desiderato, a primeira decisão analisada é a da RCL 2.109/MG, na qual o STF julgou procedente a reclamação, identificando o *holding* com o dispositivo do precedente violado. Por meio do exame deste caso, pretende-se, no tópico destinado à sua exposição analítica, demonstrar concretamente os parâmetros de como deve ser realizada a operação lógico-hermenêutico-contextual de *case law*. Não só para que o leitor possa compreender a forma como foram analisadas as decisões integrantes do universo de pesquisa — delimitado no capítulo anterior —, mas também para que se possa vislumbrar quão distante a técnica decisória empregada pelo STF se encontra do que dela se demanda.

A segunda decisão analisada, na cadeia construtiva do argumento concretamente embasado, é a da RCL 11.089/MT, que é a única da cadeia ajuizada contra o descumprimento de um precedente com eficácia *erga omnes*. Neste ponto, é de se dizer que, embora o cotejo dos casos *sub judice* com as decisões-paradigma com eficácia *erga omnes* apresentem os mesmos problemas verificados naquelas *inter partes*, o que torna universalizáveis as conclusões aqui extraídas, esta decisão mostra-se especialmente relevante por demonstrar uma particularidade: a regra *holding*=dispositivo fomenta obliteração da responsabilidade de fundamentação do julgado, desconstruindo o próprio alicerce em que se funda o sistema precedencial.

Por sua vez, a terceira decisão examinada é a da RCL 1.865-2/PI, que também foi julgada procedente pela aplicação do critério *holding*=dispositivo. O que se pretende demonstrar a partir da sua análise é exatamente a insuficiência do critério (*holding*=dispositivo) para o manejo dos precedentes.

Outrossim, em consonância com o critério geral foi, julgada procedente a RCL 718-9/PA. Por meio do seu exame, dá-se mais um passo da construção do argumento, empiricamente desenhado, de que a deturpação gerada pelo emprego da regra *holding*=dispositivo atinge o próprio instrumento processual, consubstanciado na reclamação.

A quinta decisão analisada é a última, da cadeia empírico-argumentativa aqui organizada, a observar a regra *holding*=dispositivo. É a RCL 5.064-5/PR. Por meio de sua avaliação, sustenta-se que o *distinguishing* não consegue se concretizar num

sistema regido pelo critério *holding*=dispositivo, somente restando ao exegeta a dicotomia decisório-restritiva representada pela opção entre o *upholding* ou o *overruling*.

Encerrado o argumento, no que se refere à demonstração da inabilidade operativa dos elementos de *common law* enxertados na matriz pátrio-romanista, emprega-se a análise das três aludidas decisões, nas quais o STF não observou o critério *holding*=dispositivo, como meio para a construção de nova parcela argumentativa: resumível na ideia de que, se é ruim com o critério, é ainda pior sem ele.

A análise da RCL 2.190-4/MA demonstra a total aleatoriedade com que decide o STF quando não observa a regra do *holding*=dispositivo, legislando abstratamente, em típica função legislativa, para supostamente corrigir erros pretéritos. Por sua vez, o exame da RCL 2.772-4/DF expõe como a insensibilidade aos elementos de operação hermenêutico-precedencial conduz à anarquia decisória, mais grave do que as consequências geradas pela observância do inadequado critério *holding*=dispositivo. Por fim, a avaliação do acórdão da RCL 3.488-7/SP encurrala indefeso o flanco da ausência de limites às decisões sem critério, que, desnordeadas, inovam para além: não só inobservando seus precedentes, mas reforçando a crença no absolutismo judicial.

As análises empreendidas nos tópicos a seguir observam a um padrão divisório repetitivo, exatamente para que o leitor possa célere e didaticamente encontrar os capítulos relevantes e cotejá-los com o resultado do exame. Assim, os tópicos seguem a seguinte lógica organizacional: identifica-se, resumidamente o caso, sob o título do tópico; expõe-se, sob a designação “decisão-paradigma” os fatos que circundaram o precedente; descreve-se, sob o cabeçalho “decisão reclamada” o contexto no qual se pôs o ato *sub judice*; em subdivisão nomeada “decisão da reclamação”, narra-se o que restou decidido pelo STF; por fim, realiza-se a “exposição analítica”, parcela na qual efetivamente se constrói, a cada caso, o argumento aqui sustentado.

5.2. O RACIOCÍNIO-PADRÃO, expondo o modelo: RCL 2.109-2/MG. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. J. 24/08/2004.

Ajuizada por Clério de Lemos, contra decisão do Juízo da Comarca de Santo Antônio do Monte/MG, por violação ao HC 81.959-1/MG (Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. J. 28/05/2002).

5.2.1. Decisão paradigma.

Clério de Lemos fora pronunciado pelo Juízo da Comarca de Santo Antônio do Monte/MG, pela prática do delito de homicídio duplamente qualificado. Impugnando a decisão de pronúncia, percorreu as instâncias até aportar no Supremo Tribunal Federal, perante o qual impetrou *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, contra decisão da 5ª Turma do STJ que mantivera a pronúncia. Por meio do *habeas corpus*, postulou a anulação, por excesso da decisão no que se refere ao juízo de culpa do denunciado, em alegada ofensa ao então vigente texto do art. 408 do Código de Processo Penal²⁷⁷. No julgamento do HC 81.959-1/MG, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, de fato, a decisão de pronúncia incidira no que designou de “eloquência acusatória”, isto é: tinha ultrapassado sua função de atestar simplesmente o preenchimento dos requisitos necessários à conclusão de que a causa deveria ser enviada ao julgamento pelo Tribunal do Júri. Com efeito, cassou a decisão de pronúncia e, por conseguinte, determinou que outra fosse prolatada, sem os excessos da primeira²⁷⁸.

5.2.2. Decisão reclamada.

Depois de oficiado do teor do acórdão-paradigma, o juízo de primeira instância proferiu nova decisão de pronúncia, agora, mais moderada — com pequenas sutilezas que, numa análise perfunctória, não seriam percebidas — na aferição dos requisitos de viabilidade da denúncia²⁷⁹. Se a fundamentação dessa nova decisão de pronúncia poderia, numa leitura mais apressada, ser tomada por válida, o mesmo, porém, não poderia ser dito do capítulo em que constava o relatório, assim redigido:

Após danças e contradanças, com a manutenção do juízo de admissibilidade pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e pelo

²⁷⁷ Atualmente, após o advento da Lei 11.689/08, o preceito mencionado encontra-se no art. 413, *caput* e §1º, do Código de Processo Penal: “Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. §1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.”.

²⁷⁸ É o que consta do dispositivo do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do HC 81.959/MG: “No ponto — conforme decidiu a Turma no mencionado HC 77.044, de que fui relator — é de deferir a ordem, para anular a pronúncia e determinar o seu desentranhamento, a fim de que outra se profira, com moderação e segundo os parâmetros do art. 408 do Código de Processo Penal.”.

²⁷⁹ Nesse sentido, inclusive, foi o parecer da Procuradoria-Geral da República, oferecido na RCL 2.109/MG.

Superior Tribunal de Justiça, o réu logrou junto ao STF anular a sentença de pronúncia, sempre agindo à undécima hora, com os naturais transtornos e adiamentos. Segundo comunicado telegráfico da Câmara do STF, teria havido imoderação na decisão de pronúncia; porém a este juiz não foi dado saber onde residiria o defeito. Tais filigranas não foram de maior repercussão, uma vez que, felizmente, pode ficar garantida a aplicação da lei penal com a manutenção da prisão do imputado. É o relatório.

Contra este capítulo da decisão, ajuizou-se a RCL 2.109/MG, alegando-se violação ao HC 81.959/MG, requerendo-se, portanto, a anulação da segunda sentença de pronúncia proferida pelo juízo de primeira instância.

5.2.3. Decisão da reclamação.

Ao julgar a RCL 2.109/MG, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, entendeu que a decisão reclamada merecia cassação, conforme fundamentou o voto do relator:

Conheço da reclamação: ao seu cabimento, basta a alegação de haver sido negada a autoridade da decisão do Tribunal. Saber se houve ou não o descumprimento dela já é questão de mérito. Resume-se esta ao cotejo entre a pronúncia anulada por destempero acusatório e a nova decisão prolatada. Ponho lado a lado o trecho considerado excessivo do HC 81959 e o que, na decisão reclamada, lhe corresponde. [...] É o bastante para evidenciar como a nova pronúncia repisou o vício da primeira e, com isso, desconheceu a autoridade da decisão que a anulara. Julgo procedente a reclamação para determinar o desentranhamento também da segunda pronúncia, cujo dispositivo será certificado nos autos.

5.2.4. Exposição analítica.

Para que se possa analisar adequadamente a decisão do STF na RCL 2.109/MG, é preciso que se estabeleça o raciocínio-padrão, a partir do qual se deve efetuar o manejo do precedente conforme se lhe exige no sistema de case *law*. Portanto, primeiramente, imperioso que se identifique qual fora o *holding* do acórdão proferido no HC 81.959/MG. Plano é o raciocínio para se delimitar o *holding* do precedente examinado: determinou-se, no dispositivo da decisão-paradigma, o refazimento da decisão de pronúncia, sem os excessos da primeira pronúncia. Pergunta-se: por quê? Porque, na primeira decisão de pronúncia, constaram da fundamentação elementos que diziam respeito à própria culpa do acusado, estranhos, portanto, ao ato, que somente deveria referir-se à análise dos requisitos de viabilidade da denúncia: tais como a existência de indícios de autoria e materialidade. Extraí-se, então a norma (*holding*) do

precedente: é nula a decisão de pronúncia que se manifesta sobre elementos estranhos ao mero exame do preenchimento dos requisitos de viabilidade da denúncia. Não termina aí, entretanto, a operação. É preciso, ainda, identificar a qual indagação, este *holding* apurado no precedente, pretendia conferir resposta adequada. Daí se conclui, ainda com base nos elementos do precedente, que este *holding*, oferece resposta à seguinte pergunta: como proferir uma decisão de pronúncia que não seja nula por configuração da “eloquência acusatória”?

Delimitado o *holding*, perscruta-se, então, de sua incidência à decisão reclamada. É dizer, este *holding* pode ser aplicado à mesma pergunta a que pretendia dar resposta o ato questionado? Note-se que, uma vez nulificada pelo STF a primeira decisão de pronúncia, incumbiu-se o juízo de primeira instância de prolatar nova decisão, agora, sem os excessos da primeira. A indagação à qual se pretendia responder-se com a nova decisão de pronúncia, portanto, era idêntica à proposta no precedente, isto é: como proferir uma decisão de pronúncia que não seja nula por configuração da “eloquência acusatória”? Uma vez estabelecida essa identidade entre os questionamentos, encerra-se o exame ao cotejar, em seguida, a resposta conferida pelo ato *sub judice* com aquela oferecida pela norma (*holding*) extraída do precedente, verificando-se se aquela está, ou não, alinhada a esta. Na hipótese, a decisão de pronúncia, veladamente em sua fundamentação, e abertamente em seu relatório, continha elementos expressivos de que o magistrado-redator estava convencido da culpa do pronunciado: não se atendo a decisão ao mero exame do preenchimento dos requisitos de viabilidade da denúncia. Logo, a resposta oferecida por esta segunda decisão de pronúncia está em desconformidade com o *holding* do precedente, por isso, merecendo anulação.

Estabelecido este raciocínio-padrão, a questão que se põe, tanto na análise substancial quanto na metodológica, é a de perscrutar se a decisão da RCL 2.109/MG seguiu este encadeamento hermenêutico-procedimental para atingir sua conclusão. É certo que o resultado decorrente da decisão da RCL 2.109/MG se coaduna com aquele obtido pela operação lógico-hermenêutico-contextual de cotejo entre o precedente e a decisão *sub judice*: resta saber se isso ocorreu por pura coincidência ou se efetivamente decorreu de exame atento ao método típico do *case law*. Aqui se tem um caso em que a análise metodológica e substancial da decisão se mostraria aparentemente intrincada, não fossem os sérios indícios que apontam para a resposta de

que a coincidência entre a conclusão do acórdão analisado e o resultado ditado pela sistemática precedencial ocorreu acidentalmente.

Diz-se isso porque, em primeiro lugar, o acórdão da RCL 2.109/MG não se preocupou em explicitar o caminho metodológico pelo qual encontrou o *holding* da decisão-paradigma: indicativo de que a consciência da necessidade de se motivar como se extrai do precedente a sua norma, não se afigurou suficientemente relevante para ser incluída na fundamentação. Além disso, do próprio dispositivo do HC 81.959/MG já constava o comando para que a nova decisão de pronúncia fosse proferida “com moderação e segundo os parâmetros do art. 408” do CPP: a tendência à identificação do dispositivo do precedente como seu *holding*, conforme já se demonstrou, inclusive estatisticamente, é latente, logo, agregando-se este dado ao anterior, pode-se vislumbrar a formação de um cenário no qual a preocupação com a ortodoxia dos precedentes não fora contemplada. Há mais. Agrega-se, a esses dois fortes indícios, terceiro e conclusivo elemento. Diz-se, na fundamentação do acórdão da RCL 2.109/MG, que, para responder se a decisão *sub judice* violou, ou não, o precedente deve-se realizar um “cotejo entre a pronúncia anulada por destempero acusatório e a nova decisão prolatada”. O cotejo, entretanto, e é nisto que se equivoca mais gravemente o acórdão — demonstrando indubitavelmente o acidental acerto de sua conclusão —, deve se realizar entre o precedente (consideradas a pergunta e a resposta nele estabelecidas) e a decisão *sub judice* (também considerando-se pergunta e resposta dele extraíveis). Não se efetua a comparação, como sugere o acórdão examinado, entre o ato nulificado pelo precedente — que, na maioria das hipóteses, sequer existe, constituindo mera particularidade deste caso — e a decisão *sub judice*, mas coteja-se, isto sim: entre o próprio precedente e a decisão reclamada. Somente dessa maneira — contrastando-se as duas decisões e analisando-se suas aproximações e distanciamentos, dentro do parâmetro lógico-hermenêutico-contextual de cada uma — é possível estabelecer uma correlação que atenda aos reclamos do método decisório atento à deferência aos precedentes.

5.3. HOLDING=DISPOSITIVO=DECISÃO INJUSTIFICADA: AGR na RCL 11.089/MT. Rel. p/ o acórdão: Min. Carmén Lúcia. Pleno. J. 13/06/2012.

Ajuizada pelo Estado do Mato Grosso, contra ato 1ª Vara do Trabalho de Rondonópolis/MT, por ofensa à MC na ADI 3.395-6/DF (Rel. Min. Cezar Peluso. Pleno. J. 05/04/2006).

5.3.1. Decisão-paradigma.

Após o advento da EC 45/2004, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) ajuizou ADI contra o novo conteúdo do inciso I do art. 114 da Constituição Federal. Alegava a AJUFE que a norma era formalmente inconstitucional, porquanto o texto promulgado não houvera sido aprovado pelas duas Casas Legislativas: a Câmara dos Deputados aprovara, e dois turnos, o texto, mas o Senado Federal, também em dois turnos, efetuara o acréscimo, ao final do inciso I, dos dizeres “exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação”. Sustentava, com isso, que a norma promulgada, por não contar com o acréscimo textual aprovado pelo Senado Federal, representava afronta ao art. 60, §2º, da CF, eis que idêntica à redação proposta pela Câmara dos Deputados. Alternativamente, caso não reconhecida a inconstitucionalidade formal, requeria a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do inciso I do art. 114 da CF: para que se lhe conferisse interpretação conforme, excluindo-se da competência material da Justiça Trabalhista a apreciação dos pleitos envolvendo “os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação”.

Ao referendar a liminar concedida pelo então relator, Ministro Nelson Jobim, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Ministro Cezar Peluso, afastou a inconstitucionalidade formal, mas entendeu ser alheio ao conceito de “relação de trabalho” o vínculo estatutário entre o Poder Público e seus respectivos servidores: daí não ser constitucional interpretação que autorize incluírem-se na competência da Justiça do Trabalho as demandas que versem sobre a relação jurídico-administrativa dos servidores públicos, excepcionados, na hipótese, aqueles contratados

temporariamente. Com efeito, vencido o Ministro Marco Aurélio, o STF julgou procedente a ADI, conferindo interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, para excluir qualquer exegese que resultasse na competência da Justiça do Trabalho para conhecer de causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários.

5.3.2. Decisão reclamada.

A 1ª Vara do Trabalho de Rondonópolis/MT dera seguimento à reclamação trabalhista ajuizada por Luzia de Araújo Lopo, na qual se buscava o reconhecimento de direitos trabalhistas decorrentes da rescisão injustificada do contrato de trabalho da ex-servidora pública estadual (na forma do art. 19 do ADCT). Contra esse ato fora ajuizada a RCL 11.089/MT.

5.3.3. Decisão da reclamação.

O relator originário da RCL 11.089/MT, Ministro Marco Aurélio, proferiu voto de não conhecimento do pleito: sustentando que o vínculo debatido na decisão reclamada seria de natureza trabalhista, sobre o qual não incidiria a decisão da ADI 3.395-6/DF. A Ministra Carmén Lúcia, prolatora da manifestação vencedora, proferiu o seguinte voto, que segue transcrito em sua integralidade:

A SENHORA MINISTRA CARMÉN LÚCIA — Senhor Presidente, vou pedir vênias ao Ministro Marco Aurélio, mas tenho decidido em sentido oposto, exatamente no sentido de que compete à Justiça comum julgar esses casos. Portanto, dou provimento ao agravo, com as vênias do Ministro-Relator.

Após o voto da Ministra Carmén Lúcia, o Ministro Marco Aurélio ainda efetuou o seguinte esclarecimento:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) — Presidente, na inicial da Reclamação, alega-se que teria havido a ruptura do vínculo empregatício e que são devidas as verbas trabalhistas. Agora, a Justiça do Trabalho dirá se há, ou não, o vínculo, julgando até mesmo, se for o caso, a parte interessada carecedora da ação proposta. Há essa peculiaridade.

O extrato de ata — do acórdão que contou com apenas oito páginas —, entretanto, consignou, logo em seguida, que o Pleno do STF, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Cezar Peluso, deu provimento ao agravo para julgar procedente a reclamação 11.089/MT.

5.3.4. Exposição analítica.

Note-se que aqui, seguindo a regra *holding*=dispositivo, o STF aplicou ao caso *sub judice* o comando emanado do julgamento da decisão-paradigma, aplicando o critério estabelecido pelo art. 469 do CPC. Ocorre — e este é um dos problemas que afetam indistintamente as decisões de reclamação que apreciam decisões-paradigma oriundas tanto do controle difuso quanto do controle concentrado — que a perpetuação da lógica hermenêutico-decisória que propugna o raciocínio silogístico-subsumtivo tende a corroborar uma operação exegético-jurídica indiferente, ou mesmo alheia, à fundamentação. Evidente é, no caso examinado, a completa despreocupação com o comprometimento metodológico da decisão: o voto vencedor expressa, simplesmente, a vontade de decidir de dada maneira porque já se decidiu desta mesma maneira anteriormente. O cotejo entre as decisões paradigma e *sub judice*, com isso, fica obnubilado pelo pálio de um dispositivo que simplesmente expressa um comando generalístico, como se fosse dissociado de um contexto fático-jurídico-hermenêutico, gerado do vácuo.

Eis o problema: a construção jurisprudencial do direito demanda preocupação com o encadeamento precedencial. Por essa razão, as escolhas decisório-metodológicas precisam ser expressadas, mormente no que se refere ao cotejo entre o precedente e o caso *sub judice*. Na hipótese examinada, o STF resta insensível à análise das idiosincrasias dos dois objetos que deveria analisar: será que as pessoas que atingiram a estabilidade, conforme o art. 19 do ADCT, mantêm uma relação jurídico-estatutária ou trabalhista com o Poder Público? Uma vez demitidas sem justa causa essas pessoas, o vínculo jurídico ainda pode ser considerado como de natureza estatutária? E se a pessoa que atingira a estabilidade, nos termos do art. 19 do ADCT, fora originalmente contratada em regime temporário, transmuda-se a natureza jurídica da relação que mantêm com o Poder Público?

Note-se que a pergunta à qual pretendia oferecer resposta a decisão-paradigma era: compete à Justiça do Trabalho o processamento de causas que envolvam a relação jurídico-estatutária entre o Poder Público e seus servidores? No entanto, o questionamento ao qual deveria responder a decisão reclamada sequer pode ser aferida no lacônico acórdão que resolveu a RCL 11.089/MT. Poder-se-ia objetar que, uma vez analisadas essas características, o STF chegaria à mesma conclusão de procedência da demanda: esse contraponto, contudo, não seria capaz de preencher o vácuo

metodológico deixado pela decisão. Assim como as decisões-paradigma, as decisões em reclamação guardam efeito precedencial. Se o STF admite dizer que, no bojo de dada reclamação, decide-se assim porque já se vem decidindo assim, independentemente da análise do arcabouço contextual que orbita o objeto analisado, propõe-se uma verdadeira arbitrariedade decisória que, embora possa encartar-se na regra *holding=dispositivo*, acoberta descalabro, menoscabo e malversação da responsabilidade decisória; sem mencionar a violação ao princípio constitucional de fundamentação das decisões.

O que, em última análise, se demonstra aqui é que o caminho percorrido pela decisão importa tanto quanto sua conclusão: daí a preocupação metodológica com opções realizadas pelo STF no julgamento das reclamações. A operação hermenêutico-jurídico-contextual demandada pelo sistema de precedentes fundamenta a própria legitimidade de sua existência: é por isso que a diligência no desempenho dessa incumbência e na exposição de suas opções afeta sobremaneira a segurança jurídica que se pretende alcançar por meio dela.

A regra do *holding=dispositivo* não contribui para a construção jurisprudencial do direito brasileiro, ao contrário: por fomentar a aplicação de comandos e o emprego do raciocínio silogístico-subsuntivo rompe com a possibilidade de uma paulatina e reiterada evolução do raciocínio jurídico-hermenêutico, eis que somente consegue apreender comandos abstratos — dissociados de qualquer vínculo fático-jurídico-contextual que os preencha a significância. É o que também se verifica na análise dos casos seguintes, que, embora oriundos de reclamações cujas decisões-paradigma têm eficácia *inter partes*, atestam que o critério *holding=dispositivo* é refratário à expansão da operação hermenêutico-decisória, sobretudo no que se refere ao exame do arcabouço contextual dos objetos cotejados.

5.4. INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO HOLDING=DISPOSITIVO, a cegueira ao distinguishing: RCL 1.865-2/PI. Rel. Min. Ayres Brito. 1ª Turma. J. 07/06/2005.

Ajuizada pelo Estado do Piauí, contra decisão proferida pela 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Teresina/PI, por ofensa ao RE 216.647-/PI (Rel. Min. Ilmar Galvão. 2ª Turma. J. 24/04/1998).

5.4.1. Decisão-paradigma.

Em 1994, Segisnando Messias Ramos de Alencar, Eulino Gomes da Silva, José Francisco Benício de Macedo e outros servidores do Estado do Piauí, todos ocupantes de cargo designado Assistente Jurídico Autárquico (do DETRAN/PI), impetraram, perante o TJPI, mandado de segurança (MS 1500/94), por meio do qual pretearam paridade remuneratória com os Procuradores daquele mesmo Estado. Contra a decisão concessiva da ordem, o Estado do Piauí interpôs recurso extraordinário (RE 216.647-/PI). A 2ª Turma do STF, à unanimidade, nos termos do voto do relator, conheceu e deu provimento ao RE 216.647-/PI, estabelecendo que o aresto recorrido violara o enunciado de súmula 339/STF e, por isso, não merecia prosperar.

5.4.2. Decisão reclamada.

Em setembro de 2000, os mesmos impetrantes do MS 1500/94 impetraram novo mandado de segurança, agora perante a 2ª Vara de Fazenda Pública de Teresina (MS 9.702/00), requerendo, neste, equiparação salarial com Alexandra Pereira Rodrigues Fontenelle de Araújo, ocupante do cargo de Assistente Jurídico Autárquico (do DETRAN/PI) a quem a Corte piauiense reconhecera o direito de equiparação salarial com os Procuradores do Estado. Vale aqui o destaque para o fato de que Alexandra Pereira Rodrigues Fontenelle de Araújo — que serviu de paradigma para o ajuizamento do MS 9.702/00 — também viu a decisão concessiva de segurança que lhe beneficiara ser posteriormente reformada, na decisão do RE 223.452/PI (Rel. Min. Dias Toffoli. J. 21/08/2012). No entanto, à época, a 2ª Vara de Fazenda Pública de Teresina concedeu a segurança, para equiparar salarialmente os impetrantes do MS 9.702/00 a Alexandra Pereira Rodrigues Fontenelle de Araújo. Foi contra esta decisão que o Estado do Piauí ajuizou a RCL 1.865/PI.

5.4.3. Decisão da reclamação.

Nos termos do voto do relator, a 1ª Turma do STF entendeu que a decisão do TJPI, no MS 9.702/00, afrontara o julgado do RE 216.647-/PI, afirmando que:

Bem vistas as coisas, então, resta evidente que a causa de pedir do MS 1.500/94 é idêntica àquela existente nos autos do MS 9702/00. Como também não há dúvida de que os impetrantes da ação mandamental também figuraram no polo ativo daquele writ. Sendo assim, não tenho

como deixar de concluir que a concessão da segurança requestada no MS 9.702/00, em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública de Teresina, afronta o decidido no citado RE 216.647. [...] Nessa ampla moldura, o meu voto julga procedente a reclamação para cassar a decisão sob censura e determinar a extinção do MS 001.00.009702-1, em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Teresina. É como voto.

Considerou-se, portanto, que, sendo idênticas as partes e causa de pedir dos mandados de segurança 9.702/00 e 1500/94, houvera afronta à decisão que ultimou este segundo, consubstanciada no RE 216.647-/PI.

5.4.4. Exposição analítica.

Novamente, tanto a análise substancial quanto a metodológica ficam facilitadas, em virtude do o STF, na hipótese, ter empregado a regra *holding*=dispositivo, em consonância com o disposto no art. 469 do Código de Processo Civil.

Vale, entretanto, ilustrar como tal critério não é suficiente para oferecer uma resposta válida ao cotejo precedencial que se demanda na reclamação, eis que completamente indolente à possibilidade de *distinguishing*. Note-se que, no MS 1500/94, os impetrantes pleitearam a concessão da segurança para ver reconhecida a equiparação salarial entre as carreiras de Assistente Jurídico Autárquico do DETRAN/PI e de Procurador do Estado do Piauí. Há, nesta hipótese, carreiras jurídicas distintas, regulamentadas por diplomas legislativos diferentes, e é exatamente essa a *ratio essendi* do enunciado de súmula nº 339/STF: o Poder Judiciário não pode criar um diploma legislativo equiparando duas carreiras, com atribuições distintas. Daí a conclusão do RE 216.647-/PI corrigindo a decisão originalmente proferida no MS 1500/94.

O quadro muda de figura, entretanto, quando se trata da mesma carreira, sujeita às mesmas atribuições e regulamentada pelo mesmo diploma legislativo, tal o quadro do MS 9.702/00: neste, requeria-se a equiparação entre ocupantes do mesmo cargo, integrantes da mesma carreira, com as mesmas atribuições, hipótese que afasta a incidência do enunciado de súmula 339/STF²⁸⁰. No caso do MS 9.702/00, portanto, ao contrário do que afirmou o STF no julgamento da RCL 1.865/PI, a causa de pedir era distinta daquela verificada no MS 1500/94. Note-se que, se se tratassem de ações

²⁸⁰ Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal. RE 674.124/AL. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 26/09/2013.

idênticas, o juízo de origem poderia ter extinto sem resolução de mérito o MS 9.702/00, por verificar que, sobre a matéria já houvera coisa julgada. Havia então de ser feito um *distinguishing* entre a decisão reclamada e a decisão paradigma, julgando-se improcedente a RCL 1.875/PI.

Vale, por fim, observar que o fato de o mandado de segurança no qual a Assistente Jurídica Autárquica do DETRAN/PI, Alexandra Pereira Rodrigues Fontenelle de Araújo, ter ulteriormente ter denegado a segurança à impetrante em nada infirma a conclusão de que as decisões paradigma e reclamada, confrontadas na RCL 1.875/PI, tratavam de questões distintas. Veja-se que o MS 9.702/00 tramitava, à época do ajuizamento da RCL 1.875/PI, sob a 2ª Vara de Fazenda Pública de Teresina: o Estado do Piauí interpusera, concomitantemente à reclamação endereçada ao STF, apelação, dirigida ao TJPI, ambas estas ferramentas impugnativas da sentença de primeira instância. Não poderia, portanto, o STF, usurpando a competência do TJPI — em inconstitucional atalho processual —, decidir a RCL 1.875/PI estabelecendo nova regra para novo caso. Poderia, isto sim, embora julgando improcedente a RCL 1.875/PI, ter empregado seu poder geral de cautela para determinar o sobrestamento do MS 9.702/00, até ultimado o julgamento do RE 223.452/PI — processo no qual Alexandra Pereira Rodrigues Fontenelle de Araújo obtivera a concessão da segurança: visto tratar-se a equiparação salarial oriunda de relação jurídica condicional e precária, sujeita à mutação.

Imagine-se — apenas para ilustrar a diferença — se, depois de julgada a RCL 1.875/PI da forma como foi (determinando-se a extinção do MS 9.702/00), no julgamento do RE 223.452/PI, o Supremo Tribunal Federal decidisse efetuar o *overruling* do seu então consagrado enunciado de súmula nº 339/STF. Como ficaria a situação dos impetrantes do MS 9.702/00? Poderiam impetrar novo mandado de segurança? Teriam de ajuizar ação rescisória contra o julgado da RCL 1.875/PI, para conseguir o seguimento do MS 9.702/00? E se o prazo para a ação rescisória já tivesse se esvaído?

Como já foi dito anteriormente neste trabalho, o cotejo precedencial demandado pela ação reclamationária implica analisar a similitude das perguntas às quais as decisões ofereceram resposta. A pergunta formulada no MS 1500/94 — e, por conseguinte, no RE 216.647-/PI — era: pode-se equiparar remuneratoriamente a carreira de Assistente Jurídico Autárquico do DETRAN/PI com a carreira de Procurador

do Estado do Piauí? Por sua vez, a questão levada à exame no MS 9.702/00 fora outra: pode-se equiparar salarialmente uma ocupante do cargo de Assistente Jurídico Autárquico do DETRAN/PI com outros ocupantes do mesmo cargo de Assistente Jurídico Autárquico do DETRAN/PI?

É importante frisar: nada impediria que o Supremo Tribunal Federal — houvesse adotado a solução adequada na RCL 1.875/PI —, ao analisar futuro/eventual (e meramente conjectural) recurso extraordinário nos autos do MS 9.702/00, estabelecesse que: pelas razões X ou Y — a exemplo da distinção de funções exercidas no âmbito do DETRAN/PI ou de ocupações de diferentes níveis de colocação na carreira — os impetrantes não deveriam ser equiparados salarialmente a Alexandra Pereira Rodrigues Fontenelle de Araújo. No entanto, a decisão reclamada oferece resposta, como é evidente, à pergunta diferente daquela à qual respondeu o acórdão-paradigma. Repita-se, não se pode tomar a parte pelo todo: o método *holding*=dispositivo não atende aos anseios da reclamação, que exige um cotejo fático-contextual-hermenêutico apto a abranger todas as principais idiosincrasias das decisões contrastadas. Perceba-se que quando o intérprete se orienta pela regra *holding*=dispositivo jamais se lhe apresenta a possibilidade do *distinguishing*, ficando sempre limitado à dicotomia decisório-limitadora da opção alternativa entre o *upholding* e o *overruling*.

5.5. DETURPANDO O PRÓPRIO MEIO PROCESSUAL, um assassinato do criador pela criatura: RCL 718-9/PA. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 30/04/1998.

Ajuizada pelo Estado do Pará contra ato do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por violação à decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal que suspendeu liminar em mandado de segurança.

5.5.1. Esclarecimento.

Vale aqui registrar que a decisão-paradigma não foi encontrada pelas referências a ela feitas no acórdão da RCL 718-9/PA. Contudo, embora não seja possível analisar diretamente a decisão, seu teor é largamente reproduzido no corpo do acórdão da RCL 718-9/PA. Agregando a parcela reproduzida a outras informações também ali constantes, ainda que possa mostrar-se não ser absolutamente certa numa

investigação definitiva, é possível tomar como seguros os registros da decisão analisada. Por isso, a partir dela, presume-se razoavelmente segura a formação da moldura que contemplava a decisão-paradigma, o que se afigura suficiente para a construção do argumento aqui encadeado.

5.5.2. Decisão-paradigma.

Pelo que os dados constantes do acórdão da RCL 718-9/PA permitem compreender, foi ajuizado, no ano de 1996, mandado de segurança coletivo por um grupo de servidores que pretendia obter a segurança para evitar o desconto de uma contribuição previdenciária — designada IPASEP —, estatuída por lei estadual do mês de outubro do ano de 1996, que incidiria sobre os respectivos 13^{os} salários daquele mesmo ano. O TJPA, em 19/12/1996, deferiu a liminar antecipatória no mandado de segurança para evitar o desconto em folha, decisão contra a qual foi manejada a suspensão de liminar perante o STF. Ao decidir o pedido de suspensão de liminar, em 27/12/1996, a decisão-paradigma, prolatada pelo então presidente do STF assim consignou:

Parece inquestionável a plausibilidade jurídica de diversos pontos da fundamentação da impugnação do Estado à decisão liminar questionada. Assim, por exemplo, no âmbito do devido processo legal, o que diz com a falta de qualificação do Governador do Estado para responder, como autoridade coatora, o mandado de segurança contra ato de dirigente de autarquia e o relativo à violação do art. 2º da Lei 8.437/92, que impõe à concessão de liminar no mandado de segurança coletivo, a audiência do representante judicial da pessoa estatal interessada. Tenho assinalado, em casos similares, que lesa à ordem constitucional administrativa, prisma relevante da ordem pública, o desrespeito pelo órgão judiciário dos pressupostos, condições e limites do controle jurisdicional da atividade administrativa. No mérito, igualmente, é mais que ponderável a invocação pelo Estado, a legitimar a incidência da contribuição social previdenciária sobre o décimo terceiro salário dos servidores públicos — tal como sucede no plano federal —, do art. 201, §4º, da Constituição da República. De seu turno, o risco de grave lesão às finanças do sistema previdenciário local soma-se ao aparente atentado, já para recomendar a contracautela pleiteada. Defiro, pois, o pedido para suspender a eficácia das liminares, observado o art. 25, §3º, da Lei 8.038/90.

Note-se que o dispositivo dessa decisão fez menção expressa ao §3º do art. 25 da Lei 8.038/90, segundo o qual: “A suspensão de segurança vigorará enquanto pender recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado”.

5.5.3. Decisão reclamada.

Em 20/08/1997, sobreveio a decisão final do TJPA no mandado de segurança, resultando na concessão da ordem, conforme consta da ementa²⁸¹:

Mandado de segurança. Preliminar de ilegitimidade ativa ‘ad causam’. Comprovada a conexão entre a finalidade dos Sindicatos e os interesses de seus associados podem as entidades sindicais impetrarem o mandamus. Preliminar rejeitada à unanimidade de votos. Preliminar de ilegitimidade passiva ‘ad causam’. O Governador do Estado do Pará é o Chefe da Administração Pública e como tal responde pelos acertos e desacertos de sua administração. Preliminar rejeitada unanimemente. Mérito. O 13º salário deve ser pago integralmente não incidindo sobre o mesmo nenhum desconto. Segurança concedida á unanimidade de votos. Vistos, etc... Acordam, os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de ilegitimidade de ilegitimidade ‘ad causam’. No mérito, ainda unanimemente, conceder a segurança.

Contra esta decisão foi manejada nova suspensão de liminar pelo Estado do Pará, sendo convertida, de ofício, pelo Ministro Celso de Mello, na RCL 718-9/PA.

5.5.4. Decisão da reclamação.

O voto do relator, no acórdão da RCL 718-9/PA, fundamentou a procedência do pedido reclamatório nos seguintes termos:

O Tribunal reclamado, no entanto, ao conceder a ordem mandamental ora questionada, veio a ofender a autoridade da decisão proferida pela Presidência desta Suprema Corte, pois, com evidente transgressão à eficácia paralisante derivada do ato decisório fundado no pronunciamento do eminente Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Corte judiciária local “determinou a devolução do desconto, se efetuado, tornando (...) efetiva a medida liminar anteriormente deferida pelo Desembargador-Relator” (fls. 31). [...] Cabe enfatizar, por necessário, que o acórdão concessivo do mandado de segurança, que constitui objeto da presente reclamação, não só confirmou o conteúdo integralmente satisfativo da medida liminar deferida pelo Desembargador-Relator no processo mandamental, como também ordenou, ao Senhor Governador do Estado do Pará, a execução imediata da mesma providência definida naquele provimento cautelar (fls. 26/31). [...] julgo procedente a presente reclamação e, em consequência, determino a suspensão da eficácia executiva do próprio acórdão concessivo do mandado de segurança, emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará (acórdão nº 31.971), até que tal ato decisório, desde que regularmente mantido pelas instâncias superiores, transite em julgado.

²⁸¹ Em busca realizada no site do TJPA, somente foi possível encontrar a ementa da decisão, eis que — segundo informação do próprio site — o processo é físico e não foi digitalizado, o que impede, nesta pesquisa, a análise e transcrição do seu inteiro teor.

5.5.5. Exposição analítica.

Observe-se aqui, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a RCL 718-9/PA observou, substancialmente, a regra *holding*=dispositivo e, metodologicamente, a *ratio essendi* do art. 469 do CPC.

Note-se, portanto, a deturpação do próprio instrumento processual reclamatório pelo emprego do método decisório *holding*=dispositivo. A reclamação, conforme demonstrado no segundo capítulo deste trabalho, tem o desiderato de assegurar a autoridade dos precedentes, mais especificamente, sua eficácia vinculante. Também foi dito no segundo capítulo deste trabalho — o que se alinha ao art. 17 da Lei 8.038/90 — que, quando a Corte julga procedente a reclamação ajuizada para a garantia da autoridade dos seus precedentes, não há opção: o ato questionado deve ser cassado. Note-se que aqui, na RCL 718-9/PA, o STF julgou procedente a reclamação não para cassar o ato impugnado, mas para suspender a eficácia deste mesmo ato, até ulterior trânsito em julgado.

Sublinhe-se que à decisão-paradigma propunha-se a indagação de saber se o processo deveria ficar sobrestado, até seu trânsito em julgado, para evitar grave lesão à economia pública do Estado do Pará (art. 25 da Lei 8.038/90). Ao passo que a decisão reclamada pretendia responder se o ato que instituiu a contribuição previdenciária incidente sobre o 13º salário dos servidores era ou não legítimo. Questões distintas e respostas igualmente diferentes.

Perceba-se que, mesmo a decisão reclamada tendo tornado efetiva a liminar anteriormente concedida — sobre a qual versava a decisão paradigma — e ordenado o Governador à execução imediata daquele provimento, tais prescrições constavam apenas do acórdão. Vale transcrever novamente, agora com o destaque da parte que importa, este ponto da fundamentação do voto, seguido à unanimidade pelo STF, do Relator da RCL 718-9/PA:

Cabe enfatizar, por necessário, que **O ACÓRDÃO** concessivo do mandado de segurança, que constitui objeto da presente reclamação, não só **confirmou o conteúdo integralmente satisfativo da medida liminar** deferida pelo Desembargador-Relator no processo mandamental, **como também ordenou**, ao Senhor Governador do Estado do Pará, **a execução imediata da mesma providência** definida naquele provimento cautelar [...].

Aquilo que se consubstancia no acórdão — enquanto documento constante dos autos que contém o teor da decisão — não tem o condão de efetivar-se por si mesmo, ainda que se trate de demanda de natureza mandamental, como é o mandado de segurança. Para efetivar-se o comando constante da decisão reclamada, necessário seria, no mínimo, a expedição de ofício ao Governador do Estado para que este impedisse o órgão de seguridade estatal de realizar os descontos da contribuição. Se for isso o que ocorreu, não se preocupou a decisão da RCL 718-9/PA em expressá-lo. Da forma como se compreende a decisão da RCL 718-9/PA, depreende-se que a mera previsão do acórdão reclamado de efetividade dos seus próprios comandos fora suficiente para reputá-lo ofensivo à decisão-paradigma.

Todavia, se a correlação entre o descumprimento da decisão-paradigma pela reclamada já fora completamente descabida, a solução proposta para o acertamento da questão mostrou-se ainda mais. Se um ato ofende a parcela vinculativa do precedente, este ato deve ser cassado! A suspensão da eficácia do ato não resolveria a desarmonia sistêmica gerada pelo descumprimento do precedente.

Note-se que a decisão da RCL 718-9/PA é, em quase tudo, inócua: eis que suspende a eficácia de ato já previamente suspensa pela decisão-paradigma, em nada inalterada nesse sentido. A parcela da decisão da RCL 718-9/PA que efetivamente tem sentido é que a desvirtua completamente o instituto da reclamação, permitindo que esta seja não só ajuizada contra ato que em nada se relaciona com a decisão-paradigma, mas também que lhe seja permitido provimento suspensivo que não se alinha ao seu desiderato: dar linearidade à aplicação do precedente, corrigindo as decisões daquele dissonantes pelas respectivas cassações. Vê-se, com efeito, que o critério *holding*=dispositivo mostra-se, de todo, alheio aos reclamos do próprio instrumento processual que mais lhe confere visibilidade: operando — como sugere o título deste tópico, uma espécie de assassinato do criador pela criatura.

5.6. SEM DISTINGUISHING, SEM LAR: RCL 5.064-5/PR. Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Pleno. J. 10/05/2007.

Ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra decisão do TRF da 4ª Região no HC 2007.04.00.003907-5/PR por ofensa à autoridade da decisão do STF proferida no HC 90.216-2/PR (Rel. Min. Eros Grau. 2ª Turma. J. 06/02/2007), na qual se indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva dos pacientes, mas, de ofício, se

lhes concedeu a ordem para assegurar-se-lhes o direito de contratar hospital de sua confiança e escolha até o final do respectivo tratamento, sob vigilância policial externa.

5.6.1. Decisão-paradigma.

Na causa originária, o HC 90.216-2/PR, o pedido de *habeas corpus* foi impetrado perante o STF em favor de dois pacientes, contra decisão proferida pela Sexta Turma do STJ no HC 65.064/PR que indeferira ordem de *habeas corpus* pretendendo a revogação da prisão preventiva, decretada pelo juízo de primeira instância e confirmado pelo TJPR. Alegava-se, na petição inicial do *habeas corpus* o não-implemento dos requisitos autorizativos da prisão preventiva (art. 312 do CPP) e a ausência de fundamentação válida da decisão impugnada (violação ao inciso IX do art. 93 da CF): destacando-se a urgência da liminar pleiteada em face de precário estado de saúde dos pacientes que acarretaria risco à vida em caso de ausência, fazendo juntar atestado de junta médica particular, contratada pelos pacientes, e declaração, do próprio Diretor do Complexo Médico Penal no qual se encontravam segregados, no sentido de que os pacientes precisam de cuidados permanentes que o Estado não poderia prestar. O pedido de *habeas corpus* foi integralmente indeferido no tocante à pretensão revocatória da prisão preventiva, mas concedido de ofício para, nos termos do voto vencedor:

[...] garantir o direito dos pacientes de contratar hospital de sua confiança e escolha, para ali permanecerem internados enquanto for necessário e às suas próprias expensas, sob a supervisão de médico de sua confiança e sob vigilância policial externa.

5.6.2. Decisão reclamada.

Ocorre que, após o julgamento do HC 90.216-2/PR pelo STF, sobreveio decisão do TRF da 4ª Região, em *habeas corpus* (HC 2007.04.00.003907-5/PR) impetrado nesta Corte, cinco dias antes da decisão-paradigma (do STF), contra nova decisão do juiz de primeira instância que negara o direito à prisão domiciliar. Ao apreciar este pedido, o TRF da 4ª Região concedeu aos pacientes a prisão domiciliar — em decisão proferida cerca de um mês depois (em 13/03/2007) da paradigmática. Deste aresto foi ajuizada a Reclamação 5.064/PR alegando-se ofensa à autoridade do HC 90.216-2/PR.

5.6.3. Decisão da reclamação.

Conforme se depreende dos debates e votos que integraram o acórdão da Reclamação 5.064/PR, o Tribunal Pleno discutiu primordialmente se o contexto fático no qual foi proferida a decisão-paradigma fora o mesmo no qual se prolatou o aresto reclamado: chegando à conclusão de que nenhum fato novo entremeara os dois julgados, razão pela qual reputou violada a decisão-paradigma, que, ao contrário da reclamada — concedendo prisão-domiciliar —, permitia aos pacientes o direito à internação hospitalar.

5.6.4. Exposição analítica.

Este caso é mais um exemplo no qual se percebe que a adoção da regra substancial *holding*=dispositivo e do critério metodológico do art. 469 do CPC elimina qualquer possibilidade de o intérprete efetuar o *distinguishing*. Neste caso, entretanto, a eliminação do *distinguishing* e a limitação encurralante oferecida pelas opções autoexcludentes *upholding* e *overruling* não se dirigem à deturpação da própria reclamação, enquanto remédio processual, tal como foi possível observar na hipótese anteriormente examinada. Agora, é a própria sistemática hermenêutico-decisória que se autolimita, proscrevendo-se à perspectiva mais ampla que se lhe demanda.

Note-se, no que se refere ao julgamento do HC 90.216-2/PR, o pedido, consistente na revogação da prisão preventiva dos pacientes, fora originado da impugnação da decisão de primeira instância que decretara a medida cautelar; a esta sucedendo-se, respectivamente, as decisões do TRF da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, ambas reconhecendo a higidez dos fundamentos da prisão preventiva e recusando a arguição de ausência de fundamentação. À mesma conclusão, aliás, chegou o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o HC 90.216-2/PR, que denegou a ordem, também por atestar a lisura da fundamentação e das razões do julgado que decretara a prisão preventiva. Sublinhe-se, como é evidente, que o objeto debatido fora a revogação da prisão preventiva.

Por outro lado, embora diante do mesmo contexto fático, o pedido a partir do qual o TRF da 4ª Região concedera a prisão domiciliar fora outro: o de substituição da prisão preventiva por medida mais adequada ao estado de saúde dos pacientes. Destaque-se que, embora não tenha se modificado em nada o grave estado de

saúde dos pacientes, já constatado pelo Supremo Tribunal Federal — ensejador do deferimento de ofício do *habeas corpus* para permitir a internação hospitalar sob custódia —, a causa fora alterada e, portanto, o enfoque da prestação jurisdicional deveria conduzir-se de maneira diversa. É importante notar o detalhe de que, enquanto se impugnava nas sucessivas instâncias a prisão preventiva — repita-se, por carência dos requisitos autorizadores e ausência de fundamentação — fora formulado novo pedido na primeira instância: este novo pedido, traduzido didaticamente, reconhecia a higidez das razões que decretaram a preventiva, mas perscrutava a possibilidade de substituição dessa medida excepcional por outra menos gravosa e mais adequada ao estado de saúde dos pacientes. Foi neste segundo contexto que o juízo de primeira instância denegou a substituição, dando azo ao *habeas corpus* impetrado perante o TRF da 4ª Região, no qual, diante desta nova conjectura, permitiu-se a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Vale ressaltar que, caso, conforme reputou incorretamente o STF no julgamento da Reclamação 5.064/PR, o pedido do HC 2007.04.00.003907-5/PR fosse idêntico àquele formulado no HC 90.216-2/PR, o remédio sequer mereceria conhecimento pelo TRF da 4ª Região, eis que ausente qualquer fato novo a justificar seu cabimento. Em síntese, a decisão do Supremo Tribunal Federal não fora afrontada (*defiance*), por se tratar de demanda distinta — com causa de pedir e pedido diferentes — da decidida pelo aresto reclamado²⁸².

Fato é, portanto, que, ao contrário da decisão do STF na RCL 5.064/PR, o julgamento do HC 2007.04.00.003907-5/PR em nada se relaciona — a exceção da identidade dos pacientes — com a decisão proclamada no HC 90.216-2/PR, clara hipótese de *distinguishing* entre as decisões reclamada e paradigma.

²⁸² Tal conjectura, aliás, lembra muito aquela descrita em monografia dedicada à crítica do sistema de precedentes no direito brasileiro. RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27: “Uma juíza brasileira, ao analisar situação em que dois indivíduos foram presos em flagrante ao invadirem a casa de uma pessoa manifestamente pobre e tentarem furtar objetos com valor estimado em R\$ 100,00 (mais um aspirador de pó, que não chegou a ser avaliado), rejeita a denúncia oferecida pelo Ministério Público, sob o fundamento de que o fato seria insignificante, e arrima a sua decisão somente em uma ementa de julgado exarado por um Tribunal de Justiça, assim: ‘Furto. Rejeição da denúncia. Princípio da insignificância. Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando a aplicação do princípio da insignificância. Apelo provido’. Ao se analisar o acórdão usado como precedente pela magistrada para guiar sua decisão, descobre-se que os dois fatos estão em total incompatibilidade: ao contrário do caso presente (em que os agentes foram presos depois de invadirem residência alheia, o que por si já configuraria o crime do artigo 150 do Código Penal, se não estivesse consumido pela tentativa de furto), o aresto pretérito dizia respeito a uma subtração praticada por empregada doméstica na residência de classe média onde trabalhava, e a res furtiva limitava-se a uma oração de Santo Expedito e dois porta-retratos.”

Tais observações explicitam o pouco traquejo do Poder Judiciário — na hipótese, representado por seu órgão máximo — em lidar com o hodierno período de transição: traduzido na flexibilização do sistema da *civil law*, que oferece respostas quase que pré-concebidas, consubstanciadas em dispositivos de lei e enunciados sumulares, para outro, de jaez aproximado à *common law*, no qual é preciso efetuar cotejos, envolvendo aproximações e distanciamentos, entre um caso e outro. O raciocínio decisório não se altera pela mutação legislativo-constitucional, nem mesmo pelo movimento de objetivação da prestação jurisdicional, se os magistrados fomentam e perpetuam a técnica subsuntiva na qual foram acostumados a trabalhar. A incorporação de elementos típicos da *common law* ao sistema pátrio não facilita a tarefa do intérprete — em especial do magistrado aplicador da norma —, ao contrário, a dificulta: demandando dele a capacidade plena de conhecer e operar dentro das regras de cada modelo.

O ecleticismo do organograma paradigmático que caracteriza o sistema processual brasileiro sempre enfrentou os ônus decorrentes da reunião das dificuldades ínsitas a cada um dos modelos nos quais se inspira: a junção de duas matrizes distintas num só gera a dificuldade hermenêutica de ter-se a obrigação de empreender grande habilidade e conhecimento na apreensão dos parâmetros díspares nos quais se assenta, mas operando, efetivamente, num universo de *tertium genus*, resultante da fusão de duas concepções, por vezes, antagônicas. Daí a preferência do próprio Supremo Tribunal Federal em atribuir, como regra, efeito vinculante apenas ao dispositivo das decisões tidas por violadas na via reclamationária (*holding*=dispositivo), que representa uma espécie de resposta pré-concebida à situação em análise, bastando-se uma operação silogística para a aferição da adequação ou inadequação do ato reclamado em relação ao seu parâmetro. O problema desta simplificação se mostra em casos como o da Reclamação RCL 5.064/PR, em que o resultado de tal operação simplificativa gera não só prejuízos ao jurisdicionado, como também à própria organicidade da prestação jurisdicional e, em última análise, à constitucionalidade do que fora decidido.

**5.7. LEGISLANDO ABASTRATAMENTE PELA ALEATORIEDADE:
RCL 2.190-4/MA. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. J.
23/08/2005.**

Ajuizada por Geraldo Hipólito da Silva, contra ato da 1ª Vara Criminal da Comarca de Imperatriz/MA, por ofensa à decisão do HC 71.551-6/MA (Rel. Min. Celso de Mello. 1ª Turma. J. 06/12/1994).

5.7.1. Decisão-paradigma.

Na origem, Geraldo Hipólito da Silva fora denunciado (na data de 18/10/1993), em conjunto com outros quatro corréus — Antônio Sousa da Silva, Arnaldo Chaves Barbosa, Geraldo José da Silva e Edmilson Vieira de Paula —, perante a 1º Vara Criminal da Comarca de Imperatriz: pela suposta prática do delito de homicídio, em concurso de pessoas (art. 121, §2º, I e IV, c/c art. 29 do Código Penal), da vítima, então Prefeito do Município de Imperatriz/MA, Renato Cortez Moreira. Após o recebimento da denúncia, a 1ª Vara Criminal de Imperatriz/MA, percebendo que dois dos acusados estavam presos e os demais se encontravam em liberdade, determinou — para evitar problemas no regime de preferência na tramitação processual — o desmembramento do feito, que passara a tramitar, doravante, sob duas numerações distintas: 150/93, para os acusados segregados, e 155/93 para os acusados em liberdade — encontrando-se, dentre estes últimos, Geraldo Hipólito da Silva. Em 12/04/1994, o Ministério Público do Estado do Maranhão ajuizou nova denúncia, contra Damião Benício dos Santos, Ronaldo Machado Arantes, Saulo Antônio Gomes e Salvador Rodrigues de Almeida, pela prática do mesmo crime que vitimara Renato Cortez Moreira, em processo que recebeu a numeração 193/94. Ao analisar esta segunda denúncia, a 1ª Vara Criminal de Imperatriz notou que o denunciado Salvador Rodrigues de Almeida tornara-se prefeito do Município de Imperatriz, por ocasião do falecimento da vítima, e, assim, declinou a competência (art. 29, X, CF) para o TJMA, com a consequente remessa de todos os autos (150/93, 155/93 e 193/94) nos quais se processava aquele crime.

Aportando ao TJMA, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, que, reiterando os termos da denúncia contra Salvador Rodrigues de Almeida, requereu o desmembramento do feito, para que os

demais denunciados, que não gozavam do foro por prerrogativa de função, voltassem a ser processados pelo juízo de primeira instância, juiz natural da causa. Em sessão plenária, realizada em 04/05/1994, para a qual os acusados não foram intimados por publicação no Diário de Justiça, o TJMA decidira acolher integralmente o pedido formulado pelo Ministério Público estadual: recebendo a denúncia contra o Prefeito de Imperatriz e desmembrando o feito em relação aos demais corréus, determinando, por conseguinte, o retorno de todos os autos (150/93, 155/93 e 193/94) ao juízo de origem²⁸³. Seguindo-se o processo 155/93, Geral Hipólito da Silva restou pronunciado pela 1ª Vara Criminal da Comarca de Imperatriz, em decisão proferida na data de 24/06/1994 e ulteriormente confirmada pelo TJMA, na data de 23/03/1995.

Todavia, quatro corréus (dentre os quais não se encontrava Geraldo Hipólito da Silva) impetraram *habeas corpus* perante o STF (HC 71.551-6/MA), requerendo a anulação da referida sessão de julgamento do TJMA que determinou o desmembramento do feito e o refazimento deste ato processual, com a devida intimação dos acusados: dada a nulidade que o eivara, consubstanciada na ausência de publicação da sua realização no Diário de Justiça. Ao analisar o HC 71.551-6/MA, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal destacou que, além da violação apontada pela petição inicial do *habeas corpus*, o acórdão decorrente da sessão de julgamento que resolveu o desmembramento houvera incorrido em vício formal: a ausência de relatório. Além disso, sublinhou o STF a grave violação do postulado da ampla defesa, pela ausência de intimação dos acusados ao aludido ato processual, que sequer puderam exercer o direito à sustentação oral, elemento de concretude daquele postulado. Também foi grifado pelo STF o desequilíbrio processual gerado pelo ato cuja ocorrência partiu de uma só das partes (MP), sem que a outra fosse notificada a dele participar, resultando em disparidade processual inadmissível sob o prisma do princípio da isonomia²⁸⁴. Com estas razões, o STF concedeu a ordem de *habeas corpus* para anular o julgamento

²⁸³ Eis a transcrição do dispositivo desta decisão do TJMA: “O Tribunal, atendendo à solicitação da Procuradoria Geral da Justiça, decidiu, por maioria, se manifestar, independentemente da publicação da pauta, sobre a competência do Tribunal para julgar todos os réus, contra os votos dos Desembargadores João Manoel e Nilo Cruz, tendo a Egrégia Corte, decidido, também por maioria, pelo desmembramento do processo, a fim de que sejam julgados, pelo Tribunal, apenas, o Prefeito, e os demais pelo Tribunal do Júri da Comarca, contra o voto do Des. José Filgueiras.”.

²⁸⁴ Assim foram as razões do voto, referendado à unanimidade, do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 71.551-6/MA.

realizado pelo TJMA e todos os atos processuais subsequentes à nulificação deste ato²⁸⁵.

5.7.2. Decisão reclamada.

No dia posterior ao da prolação da decisão do HC 71.551-6/MA, isto é, em 07/12/1994, a 1ª Turma do STF, por intermédio do seu então Presidente, Ministro Moreira Alves, expediu ofício ao TJMA, determinando o cumprimento do comando contido acórdão do HC 71.551-6/MA. O TJMA, entretanto, não realizou novo julgamento, omissão que deu azo a que fosse ajuizada, em 30/10/1996, por Geraldo Hipólito da Silva, a Reclamação 636-1/MA (Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. J. 04/12/2001): na qual se requereu a anulação de todos os atos processuais ulteriores ao julgamento ultimado na sessão plenária do TJMA, de 04/05/1994, dentre os quais os de instrução e de pronúncia do reclamante, no bojo dos autos 155/93. Deferida a liminar na RCL 636-1/MA, em 19/12/1996, para que o processo fosse sobrestado na origem até que se ultimasse o julgamento da reclamação, o TJMA prestou informações dizendo que: não tinha explicações para o fato de o Desembargador-relator do processo, mesmo depois de informado da decisão do HC 71.551-6/MA, não ter requerido a inclusão em pauta para que se realizasse novo julgamento, tendo, este mesmo magistrado, apenas determinado o retorno dos autos ao juízo de primeira instância.

Originariamente, a RCL 636-1/MA fora distribuída por prevenção ao Ministro Celso de Mello, em virtude de sua relatoria no HC 71.551-6/MA. No entanto, o processo fora redistribuído ao Ministro Sepúlveda Pertence, na data de 26/11/2001, que suscitou, em 04/12/2001, questão de ordem à Turma, sobre a possibilidade de se julgar prejudicada a Reclamação. Na QO na RCL 636-1/MA, decidiu a 1ª Turma do STF, acolhendo unanimemente o voto do relator, que, embora fosse evidente o descumprimento da decisão do HC 71.551-6/MA, ocorrera fato superveniente que tornaria “ociosa [...] a procedência da reclamação”. Tal fato consistiria no término do

²⁸⁵ Eis o dispositivo do voto do Ministro Celso de Mello e, portanto, do próprio HC 71.551-6/MA: “defiro o pedido de *habeas corpus*, para o efeito de anular o julgamento ora impugnado, realizado na Sessão de 04/05/94 (Ação Penal nº 00089/94 – Imperatriz, fls. 46), a fim de que outro venha a ser proferido, publicando-se, previamente, a pauta respectiva e dela sendo intimadas as partes, assegurando-se a todos os sujeitos parciais da relação processual, inclusive aos ora pacientes, nos termos do Regimento Interno daquela Corte Judiciária (art. 281), o direito à sustentação oral, expedindo-se, em favor dos que se acham privados de sua liberdade individual, alvará de soltura, se por al não estiverem presos. Como consequência desta decisão, ficam invalidados todos os atos processuais, que, subsequentes ao julgamento ora impugnado, tenham sido praticados em primeira ou em segunda instâncias.”.

mandato de Prefeito do corr eu Salvador Rodrigues de Almeida, que, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal nesta QO na RCL 636-1/MA, tornaria inócuo o comando contido no HC 71.551-6/MA que determinara ao TJMA a realização de novo julgamento acerca do desmembramento do feito: eis que, conforme entendimento sedimentado, a prerrogativa do foro somente perdura durante o exercício do mandato eletivo, findo o qual. Com efeito, julgou-se prejudicada a RCL 636-1/MA, determinando-se o seguimento dos processos nos quais se examinava o homicídio. Assim se constata da leitura do dispositivo do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da QO na RCL 636-1/MA:

Esse fato extintivo da competência do Tribunal de Justiça para a ação penal contra um dos corr eus — o único que a determinava, por prerrogativa de função —, que   superveniente ao julgamento do HC 71551, ocorrido em 06.12.94, faz sem objeto a indagação sobre, se, ao tempo, aquela competência atraía ou não as ações penais contra os corr eus. Logo, não faz sentido devolver a questão a uma nova decisão do Tribunal local. Esse o quadro, julgo prejudicada a reclamação, a fim de que prossigam os diversos processos relativos ao mesmo homicídio, incluindo aquele a que responde o reclamante: É o meu voto.

Uma vez comunicada   1  Vara Criminal da Comarca de Imperatriz a decisão da QO na RCL 636-1/MA, este juízo deu seguimento ao processo, abrindo vista dos autos ao Ministério Público para o oferecimento do libelo acusatório. Contra esta decisão foi ajuizada, por Geraldo Hipólito da Silva, a RCL 2.190/MA (decidida em conjunto com a RCL 2.123/MA, ajuizada, contra o mesmo ato, por Damião Benício dos Santos), alegando afronta à decisão do HC 71.551-6/MA e requerendo a anulação de todos os atos processuais posteriores   sessão plenária do TJMA, realizada em 04/05/1994.

5.7.3. Decisão da reclamação.

No julgamento da RCL 2.190/MA, a 1  Turma do STF, nos termos do voto do relator, assentou, primeiramente, que, embora o reclamante Geraldo Hipólito da Silva, não tivesse impetrado o HC 71.551/MA, a decisão ali proferida o alcançara, bem como a todos os corr eus das ações penais 150/93, 155/93 e 193/94; razão pela qual se reconhecia a legitimidade do ocupante do polo ativo e se conhecia da Reclamação. Segundamente, estabeleceu que, com o julgamento do HC 71.551/MA, todos os atos processuais subseqentes foram anulados, quer os praticados em primeira quer os praticados em segunda instância. Terceiramente, o STF fixou que todos os atos

processuais praticados após o término do mandato do Prefeito de Imperatriz/MA, ocorrido em 01/01/1997, eram válidos, eis que “induviosa” a competência do juízo de primeira após a perda da prerrogativa do foro em virtude da função²⁸⁶. No entanto, e por fim, entendeu o STF que os atos processuais praticados entre a data da nulificada decisão do TJMA — na sessão plenária, realizada em 04/05/1994, que decidiu o desmembramento do feito sem a intimação dos acusados — e a data do término do mandato do Prefeito (ocorrido em 01/01/1997), estava proscria a prática de atos processuais²⁸⁷. Com isso, julgou parcialmente procedente a RCL 2.190/MA, para anular todos os atos decisórios havidos entre 04/05/1994 e 01/01/1997 e os que destes decorreram²⁸⁸.

5.7.4. Exposição analítica.

Tendo em vista que a decisão da RCL 2.190/MA agregou parcelas de dois outros julgados, o HC 71.551/MA e a RCL 636/MA, faz-se necessário estabelecer correlação que estes dois precedentes tem entre si e para com a RCL 2.190/MA. Note-se, primeiramente, que, no HC 71.551/MA, estabeleceu-se, como *holding*, três premissas: a) é nulo o acórdão que não tem relatório; b) é nulo o julgamento para o qual as partes não foram intimadas; c) é nula a decisão que atende o pedido de uma parte sem

²⁸⁶ Assim se constata do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da RCL 2.190/MA: “mesmo com o julgamento do HC 71551, apenas os autos em que o Prefeito era parte permaneceram no Tribunal local, continuando o curso das demais ações penais no Juízo de primeiro grau, incluindo a prática de atos decisórios. Estes atos, contudo, dependiam da solução da controvérsia relativa à competência do Tribunal de Justiça, solucionada apenas em 1º de janeiro de 1997, com a extinção do mandato do Prefeito, o que — tal como mencionado na RCL 636 — fez sem objeto a ‘indagação sobre se, ao tempo, aquela competência (por prerrogativa de função do Prefeito) atraía ou não as ações penais contra os corréus’. É o que basta para — apesar de inexistente declaração formal do reestabelecimento da competência do Juízo de primeiro grau —, considerar válidos os atos praticados após a extinção do mandato do Prefeito, em 1º de Janeiro de 1997, tendo em vista que, a partir de então, manifesta a competência do juízo local.”

²⁸⁷ É o que se conclui a partir da leitura do voto do relator, no julgamento da RCL 2.190/MA: “Daí, contudo, não resulta a validade dos atos decisórios praticados entre 4.5.94 e 1.1.97, nem os que decorreram deles. Certo, na parte dispositiva do voto-condutor que proferi na RCL 636 — no que me acompanhou a Turma —, determinei o prosseguimento dos ‘diversos processos relativos ao mesmo homicídio, incluído aquele a que responde o reclamante’, não em razão de suspensão deles pelo HC 71551, mas por decisão nesse sentido do Juízo de primeiro grau, em 12 de abril de 1999. Entre 4.5.94 e 1.1.97, pois, impedida estava a prática de quaisquer atos processuais em relação não só ao reclamante, mas também quanto a todos os corréus.”

²⁸⁸ Eis o dispositivo do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da RCL 2.190/MA: “Julgo, pois, em parte procedentes as reclamações, para anular os atos decisórios praticados entre 4.5.94 e 1º.1.1997 e o que deles dependam, em relação aos reclamantes e a todos os corréus das ações penais 150/93, 193/94, 155/93, que ainda não tenham sido julgados ou condenados com pena ainda não extinta, salvo quanto ao então Prefeito, Salvador Rodrigues de Almeida, em relação ao qual, no período entre 4.5.94 e 1.1.97, nenhum ato foi praticado no juízo local: é o meu voto.”

a prévia oitiva da outra. Perceba-se que esta terceira premissa, empregada pela fundamentação do acórdão do HC 71.551/MA, acabou suprimida pelo próprio dispositivo da decisão. É que, se a decisão reputou ofensiva à isonomia processual o fato de o TJMA ter realizado o julgamento somente em virtude do pedido do MP, deveria não só ter anulado a decisão, mas determinado que: antes de proferido novo julgamento, todos os acusados fossem instados a se manifestar (por escrito) sobre o pedido de desmembramento do feito, para só então determinar-se a realização de novo julgamento, em sessão para qual também fossem intimados os acusados. Restaram, assim, duas premissas, que compuseram o *holding* do HC 71.551/MA: a nulidade formal do acórdão, pela ausência de relatório, e a nulidade do próprio julgamento, pela ausência de intimação dos acusados.

Se a decisão proferida na QO na RCL 636/MA tivesse identificado corretamente o *holding* do HC 71.551/MA, teria observado que o precedente não se dirigia à fixação da competência para a ação penal ou ao desmembramento do processo em virtude da especialidade do foro pela função ocupada por um dos corréus: isto sim, à nulidade do aresto proferido pelo TJMA e da sessão de julgamento na qual fora prolatado. Com isso, deveria ter julgado procedente a reclamação e determinado a nulidade de todos os atos processuais subsequentes àquela decisão do TJMA na, igualmente nula, sessão de julgamento, realizada em 04/05/1994. Tal, contudo, não ocorreu. Entendeu o STF, no julgamento da RCL 636/MA, que o dispositivo do precedente (HC 71.551/MA) dirigira-se à fixação da competência do TJMA e do desmembramento do processo, destarte, julgando prejudicado o pedido e reputando inócua a determinação, constante do dispositivo do HC 71.551/MA, de que outra decisão fosse proferida pelo TJMA.

Fato é que, mesmo neste ponto, a decisão da RCL 636/MA ultrapassou sua própria premissa, formulando nova regra de direito para o caso, segundo a qual: a competência para processar as causas criminais envolvendo o reclamante, a partir de 01/01/1997 — data em que se encerrou, como meramente se supôs à época da decisão na RCL 636/MA²⁸⁹, o mandato do Prefeito —, seria do juízo de primeira instância. Este

²⁸⁹ É o que consta do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da RCL 636/MA: “Por isso mesmo, extinto — é de se supor que em 1º de Janeiro de 1997 — o mandato do Prefeito denunciado, os autos foram devolvidos ao Juízo de primeiro grau, como informa o seu titular.”

fato também foi observado pelo Ministro Marco Aurélio, nos debates do julgamento da RCL 2.190/MA, conforme se constata da seguinte passagem:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Senhor Presidente, o argumento de Vossa Excelência é irresistível. Realmente, a Turma, mesmo declarando prejudicada a reclamação, e talvez tenha sido pedagógica, foi além para assentar, em que pese ao prejuízo, que a competência seria, a partir de 1º de janeiro de 1997, do Juízo.

Note-se que, no ponto, a decisão da RCL 636/MA transformou a reclamação em verdadeiro atalho processual — pejorativamente falando —, usurpando a própria competência do juiz natural da causa, na espécie, o TJMA, em pronunciar-se sobre sua competência. No particular, a RCL 636/MA afrontou, ela própria, a autoridade do HC 71.551/MA, negando vigência ao *holding* e ao próprio dispositivo do precedente, ao estabelecer esta nova regra de direito para o caso. A partir disso, faz-se lícito concluir que a decisão da RCL 636/MA, efetuou verdadeiro *overruling* daquela proferida no HC 71.551/MA: enquanto esta inquina de nulidade todos os atos processuais praticados a partir de 04/05/1994, aquela estabelecia não haver nulidade a ser reconhecida, e, por isso, determinava o seguimento dos processos. Sob esta ótica, então, o julgamento da RCL 2.190/MA deveria ter sido de não conhecimento, porquanto o paradigma apontado na petição inicial fora o HC 71.551/MA, que, conforme se demonstrou, não mais regia a situação jurídica em questão, já que substituída pela decisão da RCL 636/MA. Como se viu, no entanto, não foi o que ocorreu.

Substancialmente, a decisão da RCL 2.190/MA agregou dois dispositivos distintos, para formular, ela também, nova regra jurídica para o caso. Estabeleceu-se, pela decisão da RCL 2.190/MA, a nulidade dos “atos decisórios” praticados entre 04/05/1994 (data da sessão de julgamento do TJMA que determinou o desmembramento do feito penal, declarada nula pelo HC 71.551/MA) e 01/01/1997 (data a partir da qual a RCL 636/MA fixou como competente o juízo de primeira instância). A amálgama, entretanto, formada pela decisão da RCL 2.190/MA não se mostra coesa, eis que nem opta pela nulidade dos atos processuais, declarada pelo HC 71.551/MA, nem pela higidez daqueles mesmos atos processuais, afirmada pela RCL 636/MA.

Formula, ainda, nova regra jurídica, a decisão da RCL 2.190/MA, ao estabelecer que somente os “atos decisórios”, praticados no interregno que ela própria

determinou, seriam nulos. Note-se que este ponto também fora alvo de debate durante o julgamento da RCL 2.190/MA:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Agora, pergunto a Vossa Excelência, a retirada do mundo jurídico dos atos primeiros, anteriores à cessação do mandato, não repercute nesses atos subsequentes? O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) — Salva-se alguma coisa.

Deixa, a decisão da RCL 2.190/MA, entretanto, de esclarecer que espécies de atos processuais “não decisórios” seriam aproveitados a partir do seu julgamento: preocupação à qual incumbiria a ela regulamentar caso atinasse para o fato de que estava a estabelecer novo regramento jurídico. Perceba-se que o dispositivo do HC 71.551/MA fora claro ao nulificar todos os “atos processuais”, mas a RCL 2.190/MA apenas anulou os “atos decisórios”. O problema deste novo regramento é que ele gera reflexos de natureza prática: uma vez informado o juízo de primeira instância, não deverá ele anular os atos instrutórios — tais como o interrogatório do réu ou a oitiva de testemunhas —, mas, se dado documento foi declarado falso no bojo da instrução, deverá tal prova ser reavida como válida? E se dado juiz foi afastado por suspeição, deverá a ele ser reconduzida a presidência do processo?

Pois bem, visto que, na análise substancial da RCL 2.190/MA, o STF engendrou nova regra jurídica, deixando de reverenciar as normas extraíveis dos seus próprios precedentes, poder-se-ia imaginar que, o exame metodológico desta mesma decisão seria inócuo: sim, pois, inexistindo um núcleo identificado como vinculativo, não há que se perscrutar dos critérios empregados para delimitar este mesmo núcleo vinculativo do precedente. A miscelânea metodológica da decisão da RCL 2.190/MA, no entanto, pretende expor os critérios para o estabelecimento de um interregno dentro do qual os atos processuais seriam considerados nulos, assim dizendo:

Daí, contudo, não resulta a validade dos atos decisórios praticados entre 4.5.94 e 1.1.97, nem os que decorreram deles. Certo, na parte dispositiva do voto-condutor que proferi na RCL 636 — no que me acompanhou a Turma —, determinei o prosseguimento dos ‘diversos processos relativos ao mesmo homicídio, incluído aquele a que responde o reclamante’, não em razão de suspensão deles pelo HC 71551, mas por decisão nesse sentido do Juízo de primeiro grau, em 12 de abril de 1999. Entre 4.5.94 e 1.1.97, pois, impedida estava a prática de quaisquer atos processuais em relação não só ao reclamante, mas também quanto a todos os corréus.

Eis a “lógica” do raciocínio: são nulos os “atos decisórios” praticados entre 04/05/1994 e 01/01/1997; a decisão da RCL 636/MA determinou o

prossequimento dos processos não porque o HC 71.551/MA houvera sobrestado seus andamentos, mas porque o juízo de primeira instância determinara, em decisão datada de 12/04/1999, o sobrestamento destas tramitações; logo, nula esta decisão de sobrestamento de primeira instância e nulos os “atos decisórios” praticados entre 04/05/1994 e 01/01/1997.

Observe-se que a liminar da RCL 636/MA fora deferida, em 19/12/1996, pelo então relator da causa, Ministro Celso de Mello, exatamente para sobrestar o trâmite processual da ação penal na primeira instância: daí a ser inócua uma decisão da primeira instância, proferida em 12/04/1999, para o sobrestamento do mesmo feito, adrede já paralisado pela liminar deferida pelo STF, é dizer o óbvio. A gravidade do critério para se estabelecer o interregno nulificante como aquele compreendido entre 04/05/1994 e 01/01/1997, resulta do fato de que, como se infere, este atingiria dada decisão de sobrestamento proferida fora do seu intervalo de regência (e posterior a ele), isto é, em 12/04/1999. A total ausência de critério metodológico — mesmo o decorrente da comprovadamente inadequada regra *holding*=dispositivo —, para a delimitação da parcela vinculativo-precedencial somente agrega indícios às conclusões de que o Supremo Tribunal Federal: não opera adequadamente a construção jurisprudencial do direito, pois não se preocupa em prestar deferência aos próprios precedentes, e, quando chamado a decidir operando raciocínio típico da *stare decisis*, decide aleatoriamente, ao completo arrepio da segurança jurídica.

O raciocínio inerente à adequada operação dos precedentes e à primazia pela regra da *stare decisis* imporia ao STF, no julgamento da RCL 2.190/MA, a assunção da própria responsabilidade no erro. A verdade é que preciso seria, para atender a estes reclamos, efetuar o *overruling* da decisão proferida na RCL 636/MA, reconhecendo-se, a partir daí, o erro de julgamento em que houvera incorrido a Corte. Com isto, reestabelecer-se-ia, num efeito repristinatório, a autoridade do precedente consubstanciado no HC 71.551/MA, que deveria incidir, como *controlling precedent holding*, à espécie *sub judice*.

No entanto, eis a aleatoriedade verificada no encadeamento das decisões: assenta-se o precedente, HC 71.551/MA; diz-se, em seguida que o precedente está incorreto, operando-se seu *overruling* e conseqüente substituição por outro, a RCL 636/MA; por fim, atesta-se a correção de ambos os precedentes, tanto o HC 71.551/MA quanto a RCL 636/MA, mas, nem aplicando um nem aplicando outro, cria-se terceira

regra, agora derivada da conjugação lotérico-arbitrária/discricionária que, em verdade, substitui-se, inexplicavelmente, a ambos os precedentes que conclama. Imperiosa, portanto, é a necessidade de o Supremo Tribunal Federal abandonar o método silogístico-subsuntivo-romanista resultante na regra *holding*=dispositivo, não em prol da total anarquia decisória, mas, isto sim: a favor de um futuro no qual a construção jurisprudencial do direito, por ele encabeçada, observe aos reclamos de respeito no encadeamento lógico dos seus precedentes, inerente ao sistema da *stare decisis*.

5.8. ANARQUIA DECISÓRIA, julgando por puro alvedrio: RCL 2.772-4/DF. Rel. Min. Cezar Peluso. Pleno. J. 24/11/2005.

Ajuizada por Maria Auxiliadora Barros Medeiros Rodrigues, juíza do trabalho, contra ato do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, do Tribunal Superior do Trabalho e do Presidente da República, por violação à decisão do STF no MS 24.414-3/DF (Rel. Min. Cezar Peluso. Pleno. J. 03/09/2003).

5.8.1. Esclarecimento.

Antes de examinar a decisão-paradigma, vale abrir parêntesis para explicar, brevemente, como é o modelo, segundo a interpretação do STF na ADI 581/DF (Rel. Min. Marco Aurélio. Pleno. J. 12/08/1992), dirigente da escolha, para fins de promoção por merecimento, dos juízes de primeira instância. O art. 93 da Constituição Federal, conforme se infere dos seus incisos II e III, estabelece duas formas de promoção dos juízes: ou por antiguidade ou por merecimento²⁹⁰. No primeiro caso a regra é constitucional adota critério objetivo: promove-se o juiz que for mais antigo na última ou única entrância, salvo se recusado pelo voto fundamentado de 2/3

²⁹⁰ Constituição Federal: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] II — promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento; b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; III — o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância”.

do Tribunal — em procedimento próprio que lhe assegure a ampla defesa —, sendo exemplo de fundamento justo para esta recusa a retenção injustificada de autos em poder deste juiz mais antigo (alínea “e” do inciso II do art. 93 da CF). No caso da promoção por merecimento, entretanto, a Constituição Federal exige do juiz três fatores: um, a que nomeia “requisitos” (estabelecidos pela alínea “c” do inciso II do art. 93), e dois outros, que designa “pressupostos” (constantes da alínea “b” do inciso II do art. 93).

Os “pressupostos” para a promoção por merecimento consistem na exigência de que o juiz tenha “dois anos de exercício na respectiva entrância” e integre “a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta” mesma entrância. O cálculo envolvido na análise do cumprimento destes “pressupostos” depende de operação fático-aritmética na qual, primeiramente, individualize o “grupo” (G), destacando-se de toda a coletividade de juízes submetidos a determinado tribunal o conjunto de juízes que atua em dada entrância; secundamente, se divida o número do “grupo” por cinco, identificando-se, assim, o “núcleo-decano-base” (NDB), composto pelos mais antigos integrantes — isto é, que exerçam suas atividades há mais tempo na respectiva entrância — deste segmento resultante da quinta parte do “grupo”; e, finalmente, que se aplique um “critério de subtração” (CS), excluindo-se dos integrantes no “núcleo-decano-base” os magistrados que têm menos de dois anos na entrância, resultando na formação do “universo elegível” (UE), quer dizer, aos quais seja reconhecido o direito de concorrer para a promoção, por reunirem concomitantemente os “pressupostos” de dois ou mais anos de exercício na entrância de comporem a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta mesma entrância. Note-se que, aqui, o “universo elegível” consiste apenas no conjunto de juízes que pode concorrer à promoção, o que não significa que todos os integrantes deste “universo elegível” serão necessariamente promovidos. Para colocar em forma de equação o cálculo constitucional do “universo elegível”: $NDB - CS = UE$; $NDB = G/5$.

Apenas para esclarecer, agora mais didaticamente, e acrescentando um dado relevante: imagine-se que tenha ocorrido a vacância do cargo de desembargador para dado Tribunal, a quem, uma vez declarada a aludida vacância, incumbirá a elaboração de uma lista com três nomes de juízes (tríplice) a ser encaminhada para o Presidente da República, que deverá decidir qual destes três juízes merecerá a promoção para o cargo de desembargador. Nesta hipótese, para determinar o “grupo”, idealize-se

que há 300 juízes subordinados ao Tribunal no qual a vaga de desembargador fora declarada vaga. Suponha-se agora, para delimitar o “grupo”, que apenas 50 juízes, daquela totalidade de 300, esteja exercendo suas atividades na última entrância. Dividindo-se este quociente (de 50, que é o número de juízes da última entrância) por cinco, distinguem-se os 10 juízes que compõem o “núcleo-decano-base”, isto é, a parcela do “grupo” (formada de sua primeira quinta parte) que há mais tempo exerce a judicatura de última entrância. Conjecturando-se agora que 4 dos juízes que integram o “núcleo-decano-base” não exercem a judicatura de última entrância, aplica-se o “critério de subtração” e chega-se ao quociente de 6 juízes, que compõem o “universo elegível”. Como já adiantado, não acaba aí, entretanto, o processo de escolha do promovido.

Deste “universo elegível” o Tribunal deve selecionar 3 nomes para a composição da lista (com óbvio designativo de tríplice) a ser enviada ao Presidente da República, que, dentre estes, promoverá apenas 1, para o preenchimento da vaga do cargo de desembargador daquele Tribunal. O problema — que foi exatamente o que deu azo ao ajuizamento da ADI 581/DF — é a inexistência de parâmetro constitucional expresso que oriente o procedimento a ser seguido pelo Tribunal para a composição da lista tríplice. No julgamento da ADI 581/DF, o STF proclamou este parâmetro. Parafraseando esta decisão, é possível desdobrar-se o expediente de composição da lista tríplice em três passos. (a) Fixado o “universo elegível”, o Tribunal deverá compor a lista tríplice votando individualmente para a colocação de cada vaga, isto é, os desembargadores já integrantes do tribunal farão um escrutínio, circunscrito aos juízes componentes do “universo elegível”, e indicarão o nome do mais votado, por critério de maioria simples, para a ocupação da primeira colocação na lista tríplice. (b) Em segundo lugar, os desembargadores já integrantes do Tribunal realizariam novo escrutínio, que, agora, teria um “universo elegível” com menos opções, eis que se excluiria, nesta segunda votação, a possibilidade de voto naquele juiz que já fora colocado na lista tríplice. (c) Depois de incluído na lista tríplice o juiz mais votado no segundo escrutínio, eger-se-ia, também por critério de maioria simples, o primeiro juiz mais votado em terceira e derradeira seleção, excluídos desta os nomes dos juízes já alocados na lista tríplice. Até aqui, embora complexo, o raciocínio para a composição da lista tríplice não apresenta maiores dificuldades.

O problema se apresenta quanto se atenta, em toda e regulamentação, para duas prescrições constitucionais que trazem idiossincrasias que somente

recrudescem a complexidade do expediente de escolha dos juízes para a promoção. A primeira destas prescrições se encontra alojada na alínea “d” do inciso II do art. 93 da Constituição Federal, que faculta ao Tribunal, mas somente pelo voto fundamentado de 2/3 dos seus membros, em procedimento que permita o contraditório, não promover seu juiz mais antigo. A segunda destas prescrições refere-se à parte final da alínea “b” do inciso II do art. 93 da Constituição Federal, que torna desnecessário o implemento dos seus “pressupostos” (NDB – CS = UE; NDB = G/5) quando e “se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago”.

Tais prescrições constitucionais apresentam dois problemas de natureza distinta. O primeiro consiste na constatação de que, na modalidade de promoção por merecimento, a verificação dos “pressupostos” por esta exigidos envolve, sobremaneira, o critério da antiguidade: na definição do “grupo”, elege-se a última entrância, ocupada pelos juízes que já passaram pelas entrâncias iniciais e que, portanto, ingressaram há mais tempo na carreira da magistratura²⁹¹; na delimitação do “núcleo-decano-base”, escolhe-se a quinta parte do “grupo” que há mais tempo exerce a judicatura na respectiva entrância; na discriminação do “universo elegível”, excluem-se do “núcleo-decano-base” os magistrados com menos de dois anos de judicatura na entrância (“critério de subtração”). Diante dessa constatação, de que a promoção por merecimento se apresenta indissociável da promoção por antiguidade, põe-se a questão de estabelecer se, no processo de escolha por merecimento, também poderia o Tribunal recusar — observado o inerente procedimento específico — promoção ao juiz mais antigo. A esta questão a ADI 581/DF ofereceu resposta: o Tribunal pode, mesmo na promoção por merecimento, recusar juiz que atenda a todos os requisitos e pressupostos constitucionais, desde que, para isso, observe o procedimento cujos parâmetros constam da alínea “d” do inciso II do art. 93 da Constituição Federal.

O segundo problema consiste na ressalva dos “pressupostos” para a promoção por merecimento quando atrelados a contexto fático no qual o “universo elegível” seja composto por apenas 1 juiz. A questão que se coloca aqui é se este magistrado deveria, ou não, ser promovido automaticamente ou se a promoção por

²⁹¹ É de se observar que esta fase de identificação do “grupo” é a única integrante da modalidade de promoção por merecimento que não envolve, sempre e necessariamente, o critério da antiguidade. É que, se se cogitar da promoção de juízes da primeira para a segunda entrância — a exemplo da promoção do cargo de juiz-substituto para o cargo de juiz-titular —, o “grupo” será constituído exatamente por aqueles juízes que há menos tempo exercem a magistratura, integrantes da primeira entrância.

merecimento demandaria a convocação de outros juízes para a composição do “universo elegível”, permitindo, desse modo, o exercício de escolha pelo Tribunal. A esta pergunta, a ADI 581/DF também ofereceu resposta, que pode ser resumida em regras — e como em toda sua análise efetuada neste estudo, por razão de didática, é parafraseada²⁹². (a) Se o “universo elegível” for composto integralmente por juízes em número superior a três, somente por integrantes deste universo elegível poderá ser composta a lista tríplice. (b) Se o “universo elegível” for composto exatamente por três juízes, não haverá necessidade de eleição, sendo a lista integrada exatamente por estes três membros do “universo elegível”, salvo se qualquer destes recusar a promoção ou se o Tribunal recusar — por procedimento específico — qualquer destes, hipótese em que se observará a próxima regra e suas duas sub-consectárias. (c) Se o “universo elegível” for composto por apenas dois juízes ou somente por um juiz, estes integrarão automática e necessariamente a lista tríplice, realizando-se escrutínio apenas para o preenchimento da única colocação remanescente da lista tríplice, no primeiro caso (de dois integrantes do “universo elegível”, pois sobrarão apenas um espaço na lista), ou somente para completar as duas posições de preenchimento da lista, no segundo caso (de um único juiz compor o “universo elegível”, sobrando duas colocações na lista tríplice); (c-1) na votação desta(s) colocação/colocações a ser(em) preenchida(s) por juiz/juízes que não tenha(m) reunido todos os “requisitos” e “pressupostos” constitucionais para a promoção por merecimento, deverão ser considerados, como possibilidades eletivas, nesta ordem, os integrantes: do “núcleo-decano-base”, do “grupo” e, por fim, da totalidade de juízes submetidos ao Tribunal; (c-2) na ordem estabelecida na regra anterior, c-1, somente se poderá passar à categoria seguinte se e quando no conjunto analisado não houver juízes (por efetiva ausência, por recusa do Tribunal ou por negativa dos que houver), ou não os houver em número suficiente, para possibilitar o preenchimento das colocações faltantes da lista tríplice. (d) sendo o “universo elegível” um conjunto vazio — ao qual nenhum elemento integra —, a composição da lista será efetuada integralmente na forma estabelecida pelas regras c-1 e c-2.

²⁹² As categorias que neste estudo se denominam “grupo”, “núcleo-decano-base”, “critério de subtração” e “universo elegível” sequer foram mencionadas no acórdão da ADI 581/DF e se acidentalmente o foram (o que, salvo melhor juízo, não ocorre), não tem o mesmo significado que aqui lhes emprega. Aliás, não poderia ser de outro modo, eis que este trabalho foi escrito anos depois da aludida decisão.

Feitos esses esclarecimentos e fixadas estas categorias — indispensáveis à compreensão deste particular precedente —, voltam-se os holofotes, por oportuno, à análise do caso.

5.8.2. Decisão-paradigma.

Tratava-se, o processo primitivo, de mandado de segurança originário do STF (MS 24.414-3/DF). Alegava-se que o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região elaborara lista tríplice, para o preenchimento de vaga de Juiz do próprio Tribunal, sem a observância do critério estabelecido pelo texto constitucional e pela decisão da ADI 581/DF.

Dos fatos efetivamente comprovados no MS 24.414/DF extrai-se que: a impetrante, Maria Auxiliadora Barros Medeiros Rodrigues, juíza do trabalho, Titular da 4ª Vara do Trabalho de Natal/RN, à época da abertura da vaga, compunha, ao lado de dois outros magistrados, Joaquim Sílvio Caldas, Ronaldo Medeiros de Souza, o “universo elegível”. Demonstrou-se que o aludido Tribunal, ao realizar o expediente para a composição da lista tríplice, efetuara primeiro escrutínio, para a colocação dos nomes na mencionada listagem, no qual sagrou-se vencedor o juiz Ronaldo Medeiros de Souza. Em segunda votação, todavia, embora se tenha mantido como possibilidade eletiva os dois mesmos juízes que não foram eleitos no primeiro escrutínio, convocou-se terceiro magistrado — não integrante do “universo elegível”, eis que neste conjunto só havia, agora, dois juízes, após a primeira votação —, componente do “núcleo-decano-base”, para com aqueles concorrer, sendo este o eleito em segunda votação. Em terceira votação, repetiu-se o expediente, convocando-se outra magistrada integrante do “núcleo-decano-base” para concorrer com os dois mesmos juízes — únicos do conjunto “universo elegível” —, tendo o nome destes sido, mais uma vez, preterido²⁹³. Contra este expediente do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região é que foi impetrado o MS 24.414/DF.

No julgamento do MS 24.414/DF, o Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do ministro-relator, Cezar Peluso, confirmou as violações apontadas pela petição inicial da impetração. Com efeito, concedeu parcialmente a ordem para que, mantida a colocação do nome do Juiz Ronaldo Medeiros de Souza como primeiro

²⁹³ É o que consta do relatório MS 24.414/DF.

integrante da lista tríplice — e somente nesta parcela denegada a ordem —, o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região engendrasse nova listagem, agora observando os parâmetros estabelecidos pelo voto condutor, do Ministro Cezar Peluso, no MS 24.414/DF. É o que se depreende da leitura do dispositivo da decisão:

Feriu-se de morte, em resumo, direito líquido e certo da impetrante, que é o de, em companhia do juiz Joaquim Sílvia Caldas, ser votada para o segundo lugar ou ser ainda indicada sozinha para o terceiro lugar da lista de merecimento, a qual é nula quanto à escolha do segundo e terceiro nomes, devendo, como tal, ser refeita com observância da orientação agora firmada. 5. Daí, concedo, em parte, a segurança, para, nos termos já expostos, anular apenas a escolha do segundo e terceiro nomes da lista tríplice encaminhada ao Presidente da República, determinando, em consequência, que outra seja elaborada, com observância dos preceitos estabelecidos neste voto.”. Manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence durante os debates, que integraram o acórdão do MS 24.414/DF: “Onde está dito que o Tribunal escolhe? O Tribunal compõe a lista tríplice, mas a Constituição colocou uma restrição grave, que é o quinto da antiguidade. Antigamente, lembre-se V.Ex.^a. — só por ter lido, é claro, mas nós, que aprendemos sob a Constituição de 46, nos lembramos — o Tribunal podia incluir na lista de merecimento o juiz de primeira entrância. Veio a Constituição [de 1988] e fez essa grave concessão à antiguidade, achando que os Tribunais não estavam muito criteriosos na escolha por merecimento, que devia ser a mais ampla possível, prescreveram os constituintes: ‘Não, vão escolher, sim, mas, aqui, no primeiro quinto de antiguidade’. Se há três no primeiro quinto de antiguidade, não tem votação, encaminham-se os três para o Presidente da República. Em rigor, a meu ver, nessa hipótese, não se precisa votação se são só três que reúnem os pressupostos. Agora, pode o Tribunal dizer: este aí não. Exijo que seja submetido à votação, para excluí-lo da lista, porque é um juiz contra o qual há isto, isso, aquilo e, conseqüentemente...”

5.8.3. Decisão reclamada.

Cerca de doze meses depois de proferida a decisão do MS 24.414/DF, o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região elaborou nova lista tríplice, na qual, mais uma vez, preteriu-se o nome a requerente. Sob o baluarte de que, no interregno compreendido entre a data da impetração e a de elaboração da nova lista tríplice, intercorreria alteração do contexto fático: alguns dos juízes, que, até então, integravam o “núcleo-decano-básico”, ascenderam ao “universo elegível”, dada a possibilidade de reunião dos “requisitos” e “pressupostos” para a promoção por merecimento por ocasião do decurso de tempo entre uma lista e outra. Com efeito, neste novo contexto temporal, outros juízes — que até então não o eram — tornaram-se concorrentes da impetrante à colocação dos nomes na lista tríplice, dado o atingimento, por eles, das condições de

elegibilidade para integrarem o “universo elegível” a que se circunscreveria o escrutínio que determinaria a colocação dos dois lugares nulificados pelo MS 24.414/DF. Instado a prestar informações, o TRT da 24ª Região aduziu ter interpretado a decisão do MS 24.414/DF não como um comando de inclusão compulsória da então impetrante, ora reclamante, na lista tríplice, mas como uma determinação para que a lista fosse refeita, em expediente de composição alinhado aos ditames constitucionais exteriorizados pela hermenêutica estabelecida pelo STF no aludido julgado.

5.8.4. Decisão da reclamação.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a reclamação, à unanimidade, nos termos do voto do relator, cassou o ato impugnado, sob o fundamento de que: a decisão mandamental-paradigma fora proferida visando o contexto temporal no qual foi engendrada a primeira lista tríplice, eivada de inconstitucionalidade, não podendo deste se dissociar a segunda lista, cuja elaboração fora determinada pelo MS 24.414/DF. Com isso, determinou a Corte que o TRT da 24ª Região elaborasse terceira, e nova, lista tríplice, fazendo nesta incluir o nome da reclamante.

5.8.5. Exposição analítica.

Em análise substancial da decisão, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal — que, neste caso, tinha tudo para seguir sua tradicional regra *holding*=dispositivo — elegeu como vinculativa nem a parcela dispositiva do acórdão-paradigma nem a parcela fundamentante do acórdão, mas, isto sim, o *rationale*.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal poderia ter, na Reclamação 2.772/DF, apenas identificado — como o faz predominantemente — que o dispositivo do MS 24.414/DF já reconheceria à reclamante “direito líquido e certo [...] que é o de [...] ser votada para o segundo lugar ou ser ainda indicada sozinha para o terceiro lugar da lista de merecimento”. A afronta do TRT dirigira-se exatamente a esta parcela da decisão, ao não incluir o nome da reclamante na lista, enquanto o dispositivo do MS 24.414/DF assim o determinara. Nas razões de decidir, também o MS 24.414/DF não faz qualquer referência ao contexto fático-temporal no qual se insere — seria até estranho se o fizesse, como que antevendo o próprio descumprimento — apenas atestando a inconstitucionalidade do expediente por meio do qual o TRT elaborou a lista tríplice: que, por isso, conforme consta do dispositivo, foi nulificada parcialmente, para

que o nome da então impetrante fosse incluído numa das duas colocações cujo preenchimento irregular fora desconstituído.

O anteposto lógico da razão de decidir (*rationale*) é que foi identificado pela Reclamação 2.772/DF como a parcela vinculativa do julgado-paradigma. Noutras palavras, o pressuposto de que a decisão, proferida no MS 24.414/DF, fora dirigida à conjectura fático-temporal que se destinara a regulamentar, constitui condição de existência da própria decisão: não fossem aqueles fatos, naquela dada época, a decisão sequer teria existido. Este é um *rationale*, que serve como condição alicerçante dos próprios fundamentos que compuseram o julgado-paradigma. O problema de se eleger o *rationale* como parcela vinculante da decisão é que, em regra, uma miríade de elementos pode servir como tal: desde a existência do Estado até a condição de os próprios julgadores estarem vivos. Sim, porque, não houvesse Estado, não haveria Constituição, nem Poder Judiciário nem TRT ou STF nem composição de lista tríplice... nem decisão! A questão é que o *rationale* pode ser identificado como um conjunto multifacetado de circunstâncias que compõe o anteparo lógico da fundamentação de dada decisão, sem que se possa, ao menos de maneira objetivo-generalizante, estabelecer qual desses fatores se mostrou mais indispensável à fundamentação.

Mais preocupante, todavia, é a análise metodológica da decisão da Reclamação 2.772/DF: embora substancialmente o Supremo Tribunal Federal tenha eleito o *rationale* do MS 24.414/DF como sua parcela vinculativa, não foram explicitados os critérios pelo quais tal contexto fático-temporal fora relevado na hipótese. Noutras palavras, o “como” e o “porquê” de se identificar o *rationale* da decisão-paradigma com sua parcela vinculativa são totalmente omitidos: o que, além de indicar afronta ao princípio da fundamentação das decisões — e, em última análise, do próprio Estado Democrático de Direito —, também aponta para a total aleatoriedade do julgamento.

Poder-se-ia objetar aqui que o resultado prático da identificação deste específico *rationale* neste peculiar caso concreto não se alteraria caso o STF tivesse identificado o verdadeiro *holding* ou mesmo o dispositivo do aresto-paradigma como vinculativos. É certo que o resultado prático seria o mesmo. Mas o resultado sistêmico não! O emprego de dado critério para a determinação do núcleo vinculativo de determinada decisão tem efeito precedencial, bem como a completa despreocupação com tal critério. A construção jurisprudencial do direito depende da apreensão do ideal

da *stare decisis*, segundo o qual: aquilo que é decidido hoje influencia o que se decidirá amanhã, positiva ou negativamente. Cada decisão se inclui num sistema mais amplo, que, por sua vez, integra a estrutura ainda mais abrangente e assim sucessivamente, até a completude do que se conhece por Direito. O Todo (Direito) depende do comportamento de cada uma de suas partes, influenciando-as e por elas sendo influenciado, de modo que a percepção do Direito resulta do que dele se faz²⁹⁴. Se, aleatoriamente, se afirma que qualquer parcela do julgado pode ser eleita como vinculativa por qualquer razão — o que deriva do silêncio metodológico de todas as decisões do STF em reclamação —, diz-se, em verdade, “qualquer coisa sobre qualquer coisa”: um estado de total anarquia arbitrário-decisionista. Daí empreender-se tão veementemente o presente estudo na busca de sentidos e clamar por essa mesma busca por parte das decisões.

5.9. CRIANDO PARA ALÉM DOS PRECEDENTES, a obliteração da figura do legislador e a paulatina concentração de poder: RCL 3.488-7/SP. Rel. Min. Ayres Britto. 1ª Turma. J. 09/05/2006.

Ajuizada pela Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo contra decisões de cinco juízos distintos — 5ª VT de Vitória/ES, 17ª VT de Curitiba/PR, 8ª VT de Recife/PE, 4ª VT de

²⁹⁴ Embora referindo-se a outro problema, também chega à mesma conclusão, FONSECA, Eduardo Giannetti da. *Auto-engano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 187/188 e 195/196: “se cada motorista — ou um número razoável deles — se arvora no direito de julgar em causa própria e de arbitrar se vai ou não acatar no seu caso específico determinada regra, o resultado agregado dessas decisões individuais será um sistema de trânsito não apenas imprevisível e anárquico, mas desnecessariamente perigoso e violento. É um exemplo irretocável de falácia da composição. A tentativa de cada uma das partes de fazer o que é melhor para si redundará numa situação que é pior para todas elas. A confiança de cada um nos demais e no respeito geral às regras desaba. As ações dos motoristas individuais se combinam de tal modo no cadinho do sistema viário que todos terminam ficando em situação bem pior do que aquela em que poderiam estar caso agissem de outro modo. O todo nega, frustra e faz literalmente picadinho da inflação moral das partes. É o paraíso (infernus) dos tolos. [...] O sentimento sincero e generalizado de cada uma das partes quando olha para si própria e ao redor de si é o de que ela não tem nada a ver com o mal que percebe à sua volta. O mal que ela encontra fora de si, contudo, não passa no fundo do resultado agregado de uma miríade de ações divergentes, cada uma delas minúscula em si mesma diante do todo social, mas conjuntamente e ao longo do tempo poderosas o suficiente para erodir o estoque de confiança interpessoal e configurar um quadro de incerteza, adversidade e violência que, se não chega a arruinar por completo, seguramente prejudica e empobrece de forma sensível o relacionamento humano na vida prática e efetiva. [...] Nas palavras de Sólon, o grande legislador e poeta ateniense responsável pelas reformas constitucionais que criaram as bases da primeira experiência democrática na história da humanidade: ‘Cada um de vós em separado, admito, tem a alma astuta da raposa; mas todos juntos sois como um tolo de cabeça oca’.”.

Uberlândia/MG e 1ª VT de Uberaba/MG — por ofensa à decisão proferida pelo STF no RE 202.097-4/SP (Rel. Min. Ilmar Galvão. 1ª Turma. J. 16/05/2000).

5.9.1. Decisão-paradigma.

A decisão-paradigma (RE 202.097/SP) fora proferida entre a Federação dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo no Estado de São Paulo e a Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo (que, na verdade, constitui uma Confederação²⁹⁵). Nela se reconheceu que a categoria mais ampla de “trabalhadores do comércio de minérios e derivados do petróleo” — na qual incluíam-se desde trabalhadores de empresas de lavagens de carro (“lavas-jato”) até os envolvidos em atividades de pesquisa mineral²⁹⁶ — poderia ser legítima e constitucionalmente desmembrada para outra, mais específica, de “trabalhadores dos postos de combustível”, representada por correlata entidade sindical.

5.9.2. Decisões reclamadas.

Por outro lado, as aludidas varas trabalhistas permitiram, nas ações em que proferidas as decisões reclamadas, prolatadas em processos tramitando sob sua responsabilidade, que dados sindicatos locais, afiliados à Federação Nacional dos Trabalhadores do Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo, permanecessem representando os interesses dos empregados de postos de combustível na base territorial respectiva.

5.9.3. Decisão da reclamação.

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Reclamação 3.488/SP para cassar as decisões reclamadas, à exceção da proferida pela 1ª Vara do Trabalho de Uberaba, processo no qual — entremeando a data do ajuizamento da RCL 3.488/SP e a de seu respectivo julgamento — reestabeleceu-se a representatividade da entidade

²⁹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 710: “As federações são entidades sindicais de grau superior organizadas nos Estados-membros. Não existe federação nacional, mas confederação. A federação tem âmbito estadual. Poderão ser constituídas desde que congreguem número não inferior a cinco sindicatos, representando a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas (art. 534 da CLT). [...] As confederações são entidades sindicais de grau superior de âmbito nacional. São constituídas de no mínimo três federações, tendo sede em Brasília (art. 535 da CLT).”

²⁹⁶ Assim se constata da leitura do voto do Ministro Ilmar Galvão, relator do RE 202.097-4/SP.

reclamante, em virtude de acordo judicial, sendo, nesta parcela, prejudicado o objeto da reclamação. Reconheceu a Corte que, ao permitir a representação pelos sindicatos, as decisões proscreveram o direito da reclamante de representar os interesses dos empregados de postos de combustíveis, com isso, negando a legitimidade a ela reconhecida pela decisão-paradigma.

5.9.4. Exposição analítica.

Na análise substancial, a decisão da RCL 3.488/SP indica que o STF não identificou o *holding* do aresto-paradigma com o que restou indicado em seu dispositivo, restrito à mera declaração de lisura do procedimento de desmembramento da categoria: aqui, a decisão da RCL 3.488/SP foi além, conferindo eficácia vinculante aos consectários decorrentes da declaração constante do acórdão-paradigma, inclusive com eficácia *erga omnes*.

Para esclarecer, percebe-se, inicialmente, que, conforme já anotado, a decisão-paradigma fora proferida entre a Federação dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo no Estado de São Paulo e a Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo. O processo debatia, como se percebe do acórdão, o desmembramento da categoria no que se refere à base territorial do Estado de São Paulo, ali se reconhecendo que tal subdivisão da categoria inicial era constitucional, mas apenas no atinente àquele Estado. Assim bem delimita o relatório do RE 202.097-4/SP ao referir-se às entidades sindicais “de segundo grau”, observando a distinção entre sindicatos (primeiro grau de entidade coletiva trabalhista, de âmbito local), federações (segundo grau de entidade coletiva trabalhista, de âmbito estadual) e confederações (terceiro grau de entidade coletiva trabalhista, de âmbito nacional): dizendo versar sobre a possibilidade de “constituição de entidade de mesma natureza” e “na mesma base territorial”. Conforme se constata da sua leitura (destacando-se estes trechos):

Recurso que, pela letra ‘a’ do permissivo constitucional, foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que conclui pela impossibilidade de desmembramento **de entidade sindical, de segundo grau**, representativa da categoria dos trabalhadores no comércio de minérios e derivados de petróleo, para fim de constituição de **entidade de mesma natureza**, representativa dos trabalhadores em postos de serviço de combustíveis e derivados de petróleo (‘frentistas’), **na mesma base territorial**.

As decisões reclamadas, entretanto, foram proferidas em juízos radicados nos mais diversos Estados do Brasil (ES, PR, PE e MG), nenhum deles sendo São Paulo. Assim, em primeiro lugar, tal reclamação reconheceu, ainda que implicitamente, a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no RE 202.097/SP, com efeito vinculante a todos os demais órgãos do Poder Judiciário. Note-se que muito se debateu, no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC a possibilidade de se reconhecer eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à interpretação constitucional do STF realizada no bojo do controle difuso, sendo rejeitada (expressamente, mas não na prática, como se demonstrou, em capítulo próprio, neste trabalho) pela maioria dos componentes da Corte. Aqui, entretanto, numa decisão, datada de 2006, oriunda de órgão fracionário, a Primeira Turma, o Supremo Tribunal Federal reconhece — ainda que, talvez, por uma falta de atenção — exatamente que dada decisão proferida no controle difuso é dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Note-se que tanto a decisão-paradigma quanto a proferida na RCL 3.488/SP foram proferidas pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: a decisão-paradigma com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, conforme assentado no julgamento da RCL 3.488/SP.

Em segundo lugar, a decisão-paradigma fora jungida ao atestado de constitucionalidade do desmembramento da categoria profissional e da criação nova entidade sindical para a representação desta nova subdivisão da categoria²⁹⁷. Ocorre que a decisão da RCL 3.488/SP, muito além disso, atestou não serem legitimados os sindicatos locais à representação dos interesses dos frentistas que prestassem serviços nos limites territoriais destas mesmas entidades sindicais, caso afiliadas à federação da categoria mais ampla. Note-se que, durante os debates que se sucederam ao voto do Ministro Relator, Ayres Britto, na RCL 3.488/SP, foi dito, em mero esclarecimento, que onde não houvesse sindicato representante da categoria específica, a representação ficaria a cargo da federação. Vale transcrever aqui este ponto específico do debate no julgamento da RCL 3.488/SP:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) — Parece-me que o reconhecimento da legitimidade da cisão da categoria, no plano da Federação, impede que, no plano dos Municípios, haja um sindicato cumulativo das duas categorias.

²⁹⁷ Esclarecedor do objeto do RE 202.097-4/SP é o seguinte trecho do voto do Ministro Ilmar Galvão (relator): “Resume-se a controvérsia, neste caso, à questão de se saber se se está, ou não, diante de categoria profissional única, insuscetível de desmembramento.”

Então, ou há um sindicato dessa categoria específica, ou não há sindicato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Quando não há sindicato da categoria, se existir federação de âmbito nacional, a ela cabe a representação.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) — Onde continue a haver um sindicato daquela categoria abrangente, esta representatividade foi cortada com relação aos frentistas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Foi cortada, porquanto, vejam, esses sindicatos estariam congregados pela Federação Nacional dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados. Dizemos que o desdobramento é constitucional, ante a unicidade mitigada, porque, quando os seguimentos se reuniram, não havia como se ter entidade sindical específica.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) — A partir daí, onde não houver – Vossa Excelência que é do ramo me corrija – sindicato dessa categoria específica, a representação é da federação, que consideramos legítima.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Não há – pelo menos percebi assim – qualquer pronunciamento, coberto pelo manto da coisa julgada, em sentido contrário.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) — Sim, pode haver em questões particulares, Brasil afora, mas isso, efetivamente, não está em causa aqui.

Mas esse *obiter dictum* da decisão, em verdade, estabeleceu o *holding* do julgado-paradigma: eis que proscreeu aos sindicatos, entidades trabalhistas coletivas de âmbito local, que não afiliados à confederação representativa da categoria específica dos empregados de postos de combustíveis, a defesa judicial dos interesses destes trabalhadores. A decisão-paradigma, todavia, em nenhum momento tratou do assunto da representação judicial dos interesses da categoria quando, em dada localidade, não houvesse sindicato especificamente filiado àquela.

Se as decisões reclamadas, à similitude do que ocorrera, questionassem exatamente a legitimidade, constitucionalidade, correção ou lisura do desmembramento da categoria, seria, aí sim, possível estabelecer uma relação entre os julgados paradigma e fustigados. Não foi, entretanto, o que ocorreu. As decisões reclamadas foram oriundas de demandas nas quais os sindicatos, pressupondo sua legitimidade postulatória na defesa dos interesses da categoria, ajuizaram ações em busca de proteção destes mesmos interesses. Note-se bem que a pergunta à qual foi resposta o julgado-paradigma era: pode-se reconhecer, no âmbito do Estado de São Paulo, como alinhado aos ditames constitucionais o desmembramento da categoria de “trabalhadores no comércio de

minerais e derivados do petróleo” noutra, mais específica, de “empregados de postos de combustíveis”? A decisão paradigma respondeu que sim. Por outro lado, a pergunta que deveria ter respondido o acórdão da reclamação deveria ter sido: permitir a defesa judicial dos interesses da categoria dos “empregados de postos de combustíveis” por sindicatos afiliados à confederação que representa a categoria dos “trabalhadores no comércio de minerais e derivados do petróleo” afronta a autoridade do precedente que reconheceu legítimo o desmembramento destas categorias no território do Estado de São Paulo?

No entanto, a Corte acabou por responder outra pergunta, ao dizer que as decisões reclamadas, ao permitirem aos sindicatos a defesa judicial dos interesses dos empregados de postos de combustíveis, *a contrario sensu*, proscreveram o direito de a reclamante representar a categoria, negando, *ipso facto*, a legitimidade de sua representação²⁹⁸. O problema desta resposta é que ela não se adequa à pergunta: a decisão paradigma não atestou a legitimidade de a reclamada representar os interesses da categoria dos empregados de postos de combustíveis, pronunciando-se apenas sobre o destacamento desta mesma categoria daquela mais ampla. Também não versou a decisão-paradigma, como não poderia ser diferente, sobre o impedimento dos sindicatos, até então representantes daquela categoria mais abrangente — na qual se incluía a mais restrita, dos frentistas — em perpetuarem a representação desta categoria noutras bases territoriais. Perceba-se que os sindicatos locais, situados noutros estados, foram prejudicados, a partir da exegese do precedente (RE 202.097/SP), mesmo na condição de terceiros completamente alheios à relação jurídico-processual-paradigmática: sem que se lhes reconhecesse o direito à ampla defesa e ao contraditório, inerentes à posição jurídica que ocupavam em relação àquele processo.

É verdade que se poderia dizer que o reconhecimento do desmembramento da categoria e da possibilidade de constituição de uma entidade

²⁹⁸ É o que se constata da leitura do seguinte trecho do voto do Ministro Ayres Britto no RCL 3.488/SP: “Bem vistas as coisas, averbo que, ao menos em parte, a decisão tomada no RE 202.097 restou desrespeitada. Isto porque, mesmo diante do entendimento esposado pelo STF no julgamento do precitado apelo extremo, os atos decisórios proferidos pelos Juízes da 8ª Vara do Trabalho de Recife, da 4ª Vara do Trabalho de Uberlândia e da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba determinaram à Federação-reclamante que ela se abstinhasse de representar, administrativa e/ou judicialmente, os interesses dos empregados em postos de serviços de combustíveis e derivados de petróleo. Noutros termos, essas decisões reclamadas negaram a legitimidade então reconhecida pela Suprema Corte à Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo.”

sindical que a representasse — tal como fora assentado, e a isto circunscrito, o pronunciamento do STF no RE 202.097/SP — implicaria, como suposta decorrência lógica, na regra exteriorizada pela decisão da RCL 3.488/SP. O fato, entretanto, é que tal regra não se encontra nem no dispositivo do julgado-paradigma, nem como pressuposto ou alicerce sem o qual o dispositivo não se sustentaria (*ratio decidendi*), nem como anteposto lógico-necessário das razões de decidir (*rationale*).

Esse resultado do exame substancial da RCL 3.488/SP torna totalmente infrutífera a tarefa de perscrutar metodologicamente pelos critérios de identificação do *holding* e da parcela vinculante do julgado-paradigma, eis que, em verdade, o STF criou nova regra — decorrente de operação aleatório-anárquico-arbitrária — que elegeu como violada. Disso se sobressai a observação de que a falta de empenho na delimitação do *holding* das decisões supostamente violadas e o descaso com a necessidade de estabelecimento de critérios para tal delimitação constitui grande risco não só ao sistema processual como também ao próprio Estado de Direito e à Ordem Democrática. A aleatoriedade com que o STF, neste caso, delimitou o *holding* e a completa anarquia metodológica com que o fez atestam a inabilidade para o manejo de operações complexas envolvendo o cotejo analítico típico do sistema precedencial.

Operações decisórias como as verificadas aqui tendem à obliteração da necessidade de se incumbir à legislação outro órgão do Estado que não seja o próprio Poder Judiciário. Se o intérprete pode, simultânea-intercalada-e-intercorrentemente, criar, executar e resolver quaisquer problemas hermenêuticos relativos à norma, sem nenhuma ferramenta que lhe proscruva a renovação criativa e a substituição de uma norma por outra, conforme lhe satisfaça o alvedrio, flagrante se mostra a concentração do poder num único órgão: o próprio hermeneuta. O caráter indissociavelmente absolutista que permeia tais decisões, como a da RCL 3.488/SP, faz recrudescer a crença de que tudo pode o todo-poderoso Poder Judiciário.

Reverter tal crença, empírica e simbolicamente, demanda o indicativo da adoção de novas posturas, aptas à apreensão da realidade jurídica que se estabelece. Nada que equivalha à “antenação” aos modismos, mas um posicionamento que efetivamente tenha o condão de demonstrar que o Poder Judiciário brasileiro, representado pelo órgão de cúpula, entendeu o recado da hodierna sistemática, que lhe emulsifica, cada vez mais, a incumbência de operar e estabelecer o Direito de maneira coesa e responsável. Deixando-se de lado as expressões de valor axiológico, requer-se

uma jurisprudência que opere critérios claros, isto é, passíveis de verificação (confirmação/refutação), e adequados, ou seja, sensíveis à particularidade de cada causa a ser decidida.

6. À GUISA DE CONCLUSÃO: responsabilidade decisória e direito jurisprudencial, um antagonismo?

Desde o primeiro caso, que encetou o controle de constitucionalidade no mundo, *Marbury vs. Madison*, estabeleceu-se a premissa de que o Poder Judiciário diz o que é o Direito²⁹⁹. A própria etimologia do verbete jurisdição, ou *juris + dicção*, já o associa à atividade de pronunciar o Direito. Discutir a quadratura do círculo, recaindo-se no senso-comum do anacrônico debate que antagoniza a declaração à criação do Direito pelo Poder Judiciário, não só afigura-se ocioso, como também obsoleto, a par do que já propugnava Mauro Cappelletti há três décadas³⁰⁰: é preciso mudar o foco do debate, evoluindo-se em seu âmago, para a questão de como controlar quem controla³⁰¹. Para tal, no entanto, é preciso que se estabeleça, antes, o que faz quem controla, para se vislumbrar, somente em seguida, o “como”.

Atento a esse panorama geral, este estudo delimitou uma pequena parcela do incomensurável universo de possibilidades pelas quais se poderia perscrutar o que faz quem controla. Circunscrevendo-se, com efeito, o trabalho investigativo à questão de desvendar o que o Supremo Tribunal Federal identifica como *holding* dos seus precedentes. A trabalhosa tarefa de fixação das categorias, que antecedeu a igualmente árdua incumbência de empregar atenção e cautela à pesquisa empírica, mostrou-se fecunda não só para esclarecer ao leitor os conceitos manejados, mas também por agregar valor às conclusões: o cuidado metodológico, qualquer que seja a atividade, decisória ou de pesquisa, demanda preocupação daquele que pretende dialogar abertamente com seu interlocutor, sem recorrer ao exercício de dialética erística.

²⁹⁹ Assim se expressa o Ministro Eros Roberto Grau (voto proferido no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC): “Sucedee que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina (=discurso sobre o direito) é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.”. E, no mesmo sentido (também em voto proferido no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC), o Ministro Luís Roberto Barroso: “As normas jurídicas são um produto da interação entre o enunciado normativo e a realidade. Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é.”.

³⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (trad.) Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

³⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* (trad.) Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989. p. 91.

O resultado obtido a partir dos padrões empiricamente auferidos, demonstrou que a inquietude, simbolicamente percebida pelo senso-comum da comunidade jurídica — sempre perfunctoriamente assessorado —, assenta suas arestas num dado concreto: existe previsibilidade no manejo dos precedentes, eis que a regra *holding*=dispositivo permite vislumbrar clara e expressiva margem de acerto (**96,34%!**), mas não há adequação. A conclusão de que o Direito jurisprudencial construído no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal se apresenta previsível, não demonstra, em absoluto, que sua operabilidade (operação + habilidade) esteja alinhada aos anseios que o sistema jurídico pátrio hodiernamente lhe acredita. Ao contrário. A previsível imutabilidade que se perpetua a cada decisão também indica insensibilidade às mutações sócio-jurídico-econômico-constitucionais.

O remédio? Atualizar-se, deixar de ser infenso à dinâmica sempre voraz, que demanda, a cada vez em ritmo mais acelerado, a habilidade de reformular a si e às próprias escolhas, justificando-se sempre, quer para reconhecer os próprios louros quer para assumir os próprios erros. E o caminho? Preocupar-se com o método. Não com um qualquer. Mas com aquele que se eleja, ponderada e refletidamente, adequado ao alcance do desiderato. O método empregado neste estudo, sobretudo no que se refere à análise do universo pesquisado, não guarda a pretensão de elevar-se ao patamar de paradigma-generalizante, proposto como solução ao atendimento das múltiplas e complexas operações às quais é conclamado o Direito jurisprudencial. Foi empregado, simplesmente, com o fito de sublinhar, numa afirmação de princípio — que urge pelo aprimoramento —, quão indispensável é a preocupação metodológica à atividade hermenêutico-jurisdicional: indissociável da coesa construção e operabilidade do Direito jurisprudencialmente concebido.

A responsabilidade decisória de que se fala aqui é exatamente aquela que se preocupa com a transparência de suas escolhas hermenêuticas. A decisão precisa explicitar, ela mesma, o caminho que percorreu até ultimar sua conclusão. Dizer que se decide com base no precedente X ou art. Y é o mesmo que ocultar as escolhas. Se por preguiça, medo, má-fé, ou qualquer que seja a razão, o caminho percorrido até a conclusão decisória não se explicita, a decisão, por mais escorreito o seu desfecho, será sempre antidemocrática, por não se lançar à prova e à contraprova analítica.

Conclui-se, com isso, que a responsabilidade decisória é antes um pressuposto indissociável à construção jurisprudencial do Direito. Somente se concebe

uma verdadeira evolução do pensamento quando os caminhos das ideias anteriores podem ser revisitados, repisados e, se necessário, redirecionados. Mas, disso depende a consciência do intérprete de que seu interlocutor não se restringe às partes, ou aos interessados, ou mesmo à integralidade de jurisdicionados: o interlocutor pode estar a séculos de distância, quiçá repisando o caminho de hoje, que para ele é uma longínqua outrora, com o desafio de compreender o contexto histórico e ultrapassar as barreiras da língua. O estabelecimento de alicerces metodológicos firmes representa, em última e derradeira análise, a maior prova de honestidade e lealdade que pode ofertar o Direito jurisprudencial à ordem democrática. São essas as considerações que este trabalho, singelamente, agrega ao debate que visa imprimir maior concretude à dinâmica jurídico-evolucionária do Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Reclamação 4.335 e a busca do stare decisis*. Observatório da Jurisdição Constitucional — OJC do Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-25/observatorio-constitucional-reclamacao-4335-busca-stare-decisis>>.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. (trad.) Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2012.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven/MA, London/UK: Yale University Press, 1962.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Nello Morra (compilador). Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues (trad.). São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *A teoria das formas de governo*. 9. ed. (trad.) Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. (trad.) Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. (rev.) Cláudio de Cicco. Brasília: UNB, 1999.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais, técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUSANA, Dante. *O habeas corpus no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CANON, Bradley C. *Judicial activism*. Judicature. Volume 66. Number 6. December-January, 1983.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (trad.) Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- _____. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. (trad.) Aroldo Plínio Gonçalves. (rev.) José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- _____. *Juízes irresponsáveis?* (trad.) Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *O que resta ao Senado no controle difuso da constitucionalidade*. Observatório da Jurisdição Constitucional — OJC do Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-11/observatorio-constitucional-resta-senado-controle-difuso-constitucionalidade-leis-brasil>>.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- COSTA, João. *Jurisdição constitucional: um breve panorama sobre algumas novidades*. Brasília: Senado Federal, 2013.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. (trad.) Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil volume 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- _____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.
- _____; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil volume 4: processo coletivo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. *Capítulos da sentença*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. *Instituições de direito processual civil I*. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico universitário*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. Jeferson Luiz Camargo (trad.). Gildo Sá Leitão Rios (rev.). São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- _____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. (trad.) Jussara Simões. (rev.) Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- _____. *Levando os direitos a sério*. (trad.) Nelson Boeira. (rev.) Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. Rev. Alonso Reis Freire; Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- EMANUEL, Steven L. *Emanuel law outlines: civil procedure*. 24. ed. New York: Walters Kluwer Law & Business, 2011.
- EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*. 70. ed. Washington: CQ Press, 2011.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Outline of the U.S. legal system*. George Clark; Rosalie Targonski; Mildred Solá Neely (org.). Washington: United States Department of State, 2004.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/381/479>>. Acesso em: 15/09/2014.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>>. Acesso em: 15/09/2014.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/91-744.ZO.html>>. Acesso em: 15/09/2014.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/case.html>>. Acesso em: 15/09/2014.

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.
<<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537>>. Acesso em 15/09/2014.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.
<<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483>>. Acesso em 15/09/2014
- FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- _____. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review. Volume 76. Number 570. Year 2001.
- FARBER, Daniel A. *the rule of law and the law of precedents*. Minnesota Law Review. Volume 90. Number 1173. Year 2006.
- FEITOSA, Denílson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2008.
- FELETTI, Vanessa Maria. *Súmulas vinculantes, hermenêutica e jurisdição constitucional: um estudo sobre a interpretação e aplicação das súmulas vinculantes sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais na tarefa de julgar*. Campinas/SP: Servanda, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. (trad.) Eduardo Saldanha. (rev.) Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- FONSECA, Eduardo Giannetti da. *Auto-engano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- FRANCISCO, Balaguer Callejón. *A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico*. Paulo Roberto Barbosa Ramos (trad.). São Paulo: Saraiva, 2014.
- FRIED, Charles. *Saying what the law is: the Constitution in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.
- FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia; DIDIER JUNIOR, Fredie; *et alii*. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. (trad.) Alonso Reis Freire. (rev.) Elza Maria Gasparotto, Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- GLENDON, Mary Ann. *Rights talk: the impoverishment of political discourse*. New York: Free Press, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; *et alii*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. 2. ed. (trad.) Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. (trad.) Denílson Luís Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. (trad.) Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

- HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2. ed. (trad.) Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- IMHOF, Cristiano. *Código de Processo Civil interpretado: anotado artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- JAMES, William. *Pragmatismo*. (trad.) Jorge Caetano da Silva. Sumaré: Martin Claret, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. (trad.) João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LAWSON, Gary. *The constitutional case against precedent*. Harvard Journal of Law and Public Policy. Volume 17, Number 1. Winter 1994.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LOR, Encarnacion Alfonso. *Súmula vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *Sociologia do direito II*. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. (atual.) Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Maleiros, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. In: Tratado de direito constitucional volume 1. (coord.) Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes; Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. (trad.) Jean Melville. Sumaré: Martin Claret, 2002.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. rev. e ampl. (trad.) Peter Naumann. (rev.) Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Escritos sobre direito*. (trad.) Noéli Correia de Melo Sobrinho. São Paulo: Loyola, 2009.
- _____. *A vontade de poder*. (trad.) Marcos Sinésio Pereira Fernandes, Francisco José Dias de Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

- PAULA, Alexandre Sturion de. *Ativismo judicial no processo civil: limites e possibilidades constitucionais*. Campinas: Servanda, 2012.
- PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?* The Yale Law Journal. Volume 109. Fall 2000.
- PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- QUINTAS, Fábio Lima. *O mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. São Paulo: USP, 2013.
- _____. *Em torno do julgamento da reclamação 4.335/STF: ainda faz sentido a distinção entre os efeitos do controle difuso e concentrado de constitucionalidade nos julgamentos do STF?* Observatório da Jurisdição Constitucional — OJC do Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/428/27>>
- _____. *STF e Senado no controle de constitucionalidade*. Observatório da Jurisdição Constitucional — OJC do Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-20/observatorio-constitucional-stf-senado-controle-constitucionalidade>>.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Boston: Harvard University Press, 2005.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- RODRÍGUEZ-GRAVITO, César. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. In: Texas Law Review. Vol. 89. n. 1669. p. 1669/1698. Austin, 2011.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. (trad.) Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007.
- SARAIVA, José. *O recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review. Vol. 39. Issue 3. Rev. 571. February 1987.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e como representação 1º Tomo*. (trad.) Jair Barboza. São Paulo: UNESP, 2005.
- SEGADO, Francisco Fernández. *El recurso de amparo em España como vía de generacón conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional*. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 211-262.
- SHREVE, Gene R.; RAVEN-HANSEN, Peter. *Understanding civil procedure*. 4. ed. Washington – DC/USA: Lexis Nexis, 2009.
- SILVA, Adailson Lima e. *Ação declaratória incidental de inconstitucionalidade*. São Paulo: Pillares, 2009.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- THOREAU, Henry David. *Civil disobedience and other essays*. New York: Dover Publications Inc., 1993.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004.
- TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil volume 1: parte geral*. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.
- VIAFORE, Daniele. *As ações repetitivas no direito brasileiro: os comentários sobre a proposta de “incidente de resolução de demandas repetitivas” do projeto de novo código de processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- XIMENES, Júlia Maurmann. *O comunitarismo & dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil volume 2: execução*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ANEXO

DECISÕES ANALISADAS

1. RCL 9.284/SP. Rel. Min. Dias Toffoli. 1ª Turma. J. 30/09/2014.
2. AGR na RCL 11.325/CE. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli. 1ª Turma. J. 06/05/2014.
3. AGR na RCL 13.710/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli. 1ª Turma. J. 06/05/2014.
4. AGR na RCL 11.089/MT. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão: Min. Carmen Lúcia. Pleno. J. 13/06/2012.
5. AGR na RCL 10.587/MG. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão: Min. Luiz Fux. Pleno. J. 13/04/2011.
6. AGR na RCL 10.649/RN. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão: Min. Luiz Fux. Pleno. J. 13/04/2011.
7. AGR na RCL 7.481/MG. Rel. Min. Dias Toffoli. Pleno. J. 08/04/2010.
8. AGR na RCL 8.110/PI. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão: Min. Carmen Lúcia. Pleno. J. 21/10/2009.
9. AGR na RCL 8.107/GO. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão: Min. Carmen Lúcia. Pleno. J. 08/10/2009.
10. AGR na RCL 5.924/CE. Rel. Min. Eros Grau. Pleno. J. 23/09/2009.
11. AGR na RCL 7.208/ES. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão: Min. Carmen Lúcia. Pleno. J. 16/09/2009.
12. RCL 4.464/GO. Rel. Min. Ayres Britto. Rel. p/ Acórdão: Min. Carmen Lúcia. Pleno. J. 20/05/2009.
13. AGR na RCL 4.489/PA. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão: Min. Carmen Lúcia. Pleno. J. 21/08/2008.
14. RCL 2.280/RJ. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 2ª Turma. J. 01/04/2008.
15. RCL 5.296/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. 2ª Turma. J. 26/02/2008.
16. RCL 5.064/PR. Rel. Min. Eros Grau. Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Pleno. J. 10/05/2007.
17. RCL 4.535/ES. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Pleno. J. 07/05/2007.
18. RCL 4.190/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. J. 07/11/2006.
19. RCL 3.488/SP. Rel. Min. Ayres Britto. 1ª Turma. J. 09/05/2006.
20. RCL 2.772/DF. Rel. Min. Cezar Peluso. Pleno. J. 24/11/2005.
21. RCL 2.190/MA. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. J. 23/08/2005.
22. RCL 1.865/PI. Rel. Min. Ayres Britto. 1ª Turma. J. 07/06/2005.
23. RCL 1.903/MS. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Pleno. 07/01/2004.
24. RCL 2.109/MG. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. J. 24/08/2004.
25. AGR na RCL 2.303/RS. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 13/05/2004.
26. RCL 2.223/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 02/10/2003.
27. RCL 1.987/DF. Rel. Min. Maurício Corrêa. Pleno. J. 01/10/2003.
28. RCL 935/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Pleno. J. 28/04/2003.
29. RCL 1.789/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 24/12/2002.
30. RCL 2.024/CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. Pleno. 28/11/2002.
31. RCL 2.047/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. 2ª Turma. 12/11/2002.
32. RCL 808/DF. Rel. Min. Maurício Corrêa. Pleno. J. 24/10/2002.
33. RCL 951/MG. Rel. Min. Maurício Corrêa. Pleno. J. 24/10/2002.
34. RCL 996/MS. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 03/10/2002.
35. RCL 1.128/SP. Rel. Min. Moreira Alves. Pleno. 05/09/2002.
36. RCL 1.535/RN. Rel. Min. Sydney Sanches. Pleno. J. 07/08/2002.
37. RCL 762/RJ. Rel. Min. Sydney Sanches. Pleno. J. 07/08/2002.
38. RCL 1.769/RN. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 07/08/2002.

39. RCL 1.685/ES. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 07/08/2002.
40. RCL 753/RS. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 07/08/2002.
41. RCL 1.817/RN. Rel. Min. Sydney Sanches. Pleno. J. 07/08/2002.
42. RCL 1.793/RN. Rel. Min. Sydney Sanches. Pleno. J. 07/08/2002.
43. RCL 1.481/SP. Rel. Min. Sydney Sanches. Pleno. J. 07/08/2002.
44. RCL 1.147/RN. Rel. Min. Sydney Sanches. Pleno. J. 07/08/2002.
45. RCL 1.215/RJ. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 07/08/2002.
46. RCL 2.043/CE. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 07/08/2002.
47. RCL 1.755/RN. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 07/08/2002.
48. RCL 754/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. Pleno. J. 07/08/2002.
49. RCL 1.575/ES. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 05/06/2002.
50. RCL 899/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 05/06/2002.
51. RCL 1.271/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 29/05/2002.
52. RCL 1.770/RN. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 29/05/2002.
53. RCL 1.416/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 29/05/2002.
54. RCL 1.217/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 29/05/2002.
55. RCL 952/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 29/05/2002.
56. RCL 861/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 29/05/2002.
57. RCL 1.623/ES. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 16/05/2002.
58. RCL 1.694/ES. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
59. RCL 1.135/RS. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
60. RCL 767/RJ. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
61. RCL 759/RJ. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
62. RCL 775/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
63. RCL 1.214/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
64. RCL 1.498/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
65. RCL 1.531/RN. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
66. RCL 1.032/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
67. RCL 1.478/RJ. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
68. RCL 1.196/PB. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
69. RCL 1.276/RS. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
70. RCL 1.840/RN. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. J. 09/05/2002.
71. RCL 1.953/RS. Rel. Min. Ilmar Galvão. 1ª Turma. J. 16/04/2002.
72. RCL 777/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Pleno. J. 10/04/2002.
73. RCL 1.135/RS. Rel. Min. Octavio Gallotti. Pleno. J. 01/06/2000.
74. RCL 644/PI. Rel. Min. Carlos Velloso. Pleno. J. 28/05/1998.
75. RCL 718/PA. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 30/04/1998.
76. RCL 626/RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Pleno. J. 01/04/1998.
77. RCL 556/TO. Rel. Min. Maurício Corrêa. Pleno. J. 11/11/1996.
78. RCL 399/PE. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Pleno. J. 07/10/1993.
79. RCL 429/SC. Rel. Min. Octavio Gallotti. Pleno. J. 14/10/1993.
80. RCL 294/DF. Rel. Min. Octavio Gallotti. Pleno. J. 23/02/1989.
81. RCL 129/RJ. Rel. Min. Moreira Alves. Pleno. J. 02/09/1981.
82. RCL 75/RJ. Rel. Min. Décio Miranda. Pleno. J. 06/09/1978.