

DECLARATIVIDADE, NORMATIVIDADE E COMPREENSÃO DETERMINATIVA DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Caio Márcio Gutterres Taranto

Juiz Federal – 1a Vara de Colatina-ES
Professor da Universidade Cândido Mendes – campus Niterói
Professor da Unifeso - Teresópolis
Doutorando em Direito pela UGF
Mestre em Direito Público

RESUMO: O presente estudo aborda a adoção da compreensão determinativa dos precedentes judiciais pela prática do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Precedente judicial. Jurisdição constitucional. Made-law theory. Teoria determinativa. Legalismo.

1 INTRODUÇÃO

O intérprete constitucional, em perspectiva subjetiva, tem conhecimento absoluto de parte da realidade constitucional, que é relativa ou relativizada no tempo, no espaço, nas arenas públicas e políticas, nas compreensões acadêmicas e nas relações jurídicas. Em dadas circunstâncias, essa perspectiva subjetiva absoluta colide com a compreensão de outros intérpretes da Constituição.

Colisões de diversos intérpretes podem envolver pretensões nas mais diversas relações jurídicas, inclusive as tradicionalmente pertencentes ao

direito privado, como a relação empregado-empregador, atingir o conteúdo de direitos fundamentais ou prerrogativas de agentes ou instituições políticas como o Congresso Nacional. A Carta de 1988, seguindo a tendência do constitucionalismo do século XX, atribui a diversos órgãos do Estado o poder de defendê-la dos atos dos Poderes Constituídos, que é diverso do poder de resguardá-la de dadas interpretações pré-concebidas como “equivocadas”.

Seria possível a compreensão da realidade constitucional de forma absoluta ou vista sempre relativizada desprezando-se as práxis e a interpretação das instituições políticas criadas pela própria Constituição? O Poder Constituinte, no extraordinário momento de manifestação, teve que decidir a quem competiria a última palavra na interpretação de suas disposições. O artigo 102, portanto, consagrou que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

Quais seriam as consequências do exercício da jurisdição pelo Pretório, como guardião máximo e último, na realidade constitucional? Suas decisões apenas declarariam, por força da revelação, as normas constitucionais ou normatizariam as relações jurídicas? Seria juridicamente válida a regulação despojada de teor declaratório?

O presente estudo pretende introduzir e problematizar a compreensão dos precedentes pela perspectiva do Supremo Tribunal Federal a partir do questionamento e da observação de que, ao mesmo tempo que declaram normas constantes no bloco de constitucionalidade, normatizam relações jurídicas e disciplinam as prerrogativas das demais instituições políticas.

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO. O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA EM HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

Os postulados hermenêuticos propostos por Häberle¹ gravitam em torno da premissa de que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la, bem como que inexistente norma constitucional senão norma interpretada. A interpretação da Constituição, por conseguinte, não é exclusivamente estatal. O juiz constitucional já não

¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pg. 12/14.

interpreta de forma isolada, pois muitos são os participantes do processo hermenêutico. Subsiste no pensamento do autor² a responsabilidade da jurisdição constitucional, necessária para a última palavra sobre a interpretação, com a ressalva do voto minoritário.

Häberle contribui para esse questionamento a partir da premissa de que uma “análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso”, ressaltando que a teoria da interpretação constitucional esteve ligada a um modelo de uma ‘sociedade fechada’, ou seja, limitada à interpretação constitucional dos juízes. Propõe, então, que no processo de interpretação estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Apesar da simplicidade do texto, o artigo 102 da Constituição da República, ao dispor que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, consagra complexa norma. *A priori*, a redação pode conduzir à conclusão de que comungamos de regime fechado de hermenêuticas da Magna Carta e que o Pretório Excelso é o órgão constitucionalmente autorizado para interpretá-la.

O artigo 103-A, inserido no Texto Constitucional pela Emenda nº 45/2004, pode fomentar esse equívoco exegético, pois expõe a obrigatoriedade de seguimento de súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública a respeito de interpretação de normas determinadas, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Entretanto, até por força de outros dispositivos constitucionais, a exemplo da reserva de plenário (artigo 97), do veto presidencial a projeto de lei (parágrafo 1º do artigo 66), não só e somente só ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição. Constituímos experiência de abertura de intérpretes constitucionais pela pluralidade e difusão dos que vivenciam as normas constitucionais.

A compreensão proposta pelo próprio Pretório Excelso da norma do artigo 102 gravita em torno do monopólio da “última palavra” em hermenêutica constitucional. Nesse sentido, cita-se a exposição no

² *Idem*, pg. 14.

Mandado de Segurança nº 26.603/DF, julgado em 04 de outubro de 2007, que tratou da fidelidade partidária, *in litteris*:

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

Ainda nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, na Medida Cautelar na Reclamação nº 2.986/SE defendeu que

Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: ‘(...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais.’

A assunção do monopólio da última palavra em hermenêutica magna por parte do Pretório Excelso faz com que inadmita interpretação (autêntica) da Constituição por lei ordinária com o argumento de usurpação do referido monopólio e lesão ao artigo 102. Nesse sentido, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento de 15 de setembro de 2005, o Supremo consolidou que o §1º do artigo 84 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 10.628/2002, constitui hipótese de correção legislativa ao cancelamento da

Súmula nº 394 por decisão da Corte na Questão de Ordem no Inquérito nº 687, relator Ministro Sydney Sanches. Assentou que tanto o Verbete nº 394 quanto a decisão que a cancelou derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição e que

“Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”.

Essa premissa constante na argumentação dos Ministros do Supremo sofre relativizações a partir de várias perspectivas. A primeira delas decorre do fato de que a “a última palavra do Supremo” em hermenêutica constitucional nem sempre é ditada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, pois suas construções interpretativas são aplicadas por diversos órgãos com funções políticas e jurisdicionais para que prolatem decisões que, não necessariamente, serão confirmadas pelo próprio Supremo.

Em especial para órgãos jurisdicionais, a legislação processual é rica em instrumentos de aplicação dos precedentes que podem impedir que um processo chegue ao Pretório impossibilitando-o do monopólio da última palavra em hermenêutica constitucional, a exemplo do juízo impeditivo de recurso em sede de primeira instância, nos termos do artigo 518, § 1º

do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 11.276, de 07 de fevereiro de 2006.

A “última palavra” em hermenêutica decorre da jurisdição constitucional a partir da monoprocessualidade, como nas ações da fiscalização abstrata e mesmo do julgamento do recurso extraordinário, ou da pluriprocessualidade, a exemplo da edição de uma súmula com efeito vinculante. Seria, então, a “última” ou a “única” palavra em matéria constitucional apenas o exercício da *juris dicere* ou verdadeira construção normativa diversa da própria Constituição, pois produz a autoridade vinculante ou o desvalor no não acompanhamento da orientação do Supremo Tribunal Federal pelos demais tribunais.

Passamos, a partir de então, indagar a razão do desvalor atribuído pelo Pretório pelo não seguimento de seus próprios precedentes oriundos da “última palavra.”

3. PRECEDENTES JUDICIAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO COMO FUNDAMENTO DOS PRECEDENTES.

Na leitura do próprio Supremo, o artigo 102 o consagra como guardião máximo da Constituição. Logo, acolhe premissa essencial do paradigma neoconstitucional de centralização da Carta de 1988 no ordenamento jurídico como referência de validade e de compreensão de todo e qualquer ato normativo e concreto do Poder Público.

Conforme exposto, os precedentes do Supremo Tribunal Federal decorrem da jurisdição constitucional, pois são pronunciamentos do monopólio da última palavra em exegese magna. Essa premissa pode nos levar ao equívoco da existência de precedentes judiciais externos à jurisdição constitucional. Ora, se a Constituição é o ponto de partida para a compreensão de todos os atos normativos do Poder Público, o que inclui diplomas tradicionalmente voltados ao direito privado, como o Código Civil, toda questão de direito que venha a assumir a qualidade de *ratio decidendi* é uma questão constitucional, mesmo que oriunda de outro tribunal, como o Superior Tribunal de Justiça ou o Tribunal Superior do Trabalho.

Não há mais a classificação de “jurisdição constitucional” e “jurisdição ordinária”. Toda a jurisdição é constitucional. *Data maxima venia*, no direito brasileiro, qualificado pela existência de uma Carta rígida e de um Tribunal responsável por sua guarda, não há precedentes que não sejam oriundos da jurisdição constitucional, sob pena de desconsideração do paradigma neoconstitucional.

A guarda da Constituição pelo Pretório materializa-se pelo julgamento de ações abstratas, de ações originárias, pelo julgamento de recurso extraordinário e pela edição de súmulas com efeito vinculante, essas com a qualidade de precedentes pluriprocessuais. Algumas dessas ações possuem a autoridade vinculante. Nessa hipótese, o não seguimento da orientação fixada pelo Pretório enseja a propositura de reclamação sem o prejuízo de outras medidas, *ex vi* as disposições constantes nos artigos 102, I, “o” e 103-A.

Há um desvalor em nosso sistema em não acompanhar os precedentes do Supremo Tribunal Federal por ofensa à força normativa da Constituição. Vislumbra-se intensa reação da Corte pelo não acolhimento de seus precedentes. Nesse sentido, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 203.498, relator Ministro Gilmar Mendes, foi assentado que a interpretação do texto constitucional pelo Supremo deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. No voto dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328.812, o relator, também o Ministro Gilmar Mendes, firmou que

Considero, de qualquer modo, necessário avançar nessa linha de argumento, e enfatizar uma perspectiva específica, relacionada à posição de supremacia das normas constitucionais. Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. (...) Há um limite,

portanto, associado à segurança jurídica. Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. (...)

Ora, a guarda consagrada pelo artigo 102, na leitura do próprio Supremo, consubstancia a defesa da força normativa da Constituição. O não seguimento de precedente magno significa o desvalor à referida força normativa. Fundamentam-se os precedentes, pois, em nosso sistema, na força normativa da Constituição³.

O pensamento doutrinário também consagra a fundamentação dos precedentes na força normativa em sistemas que possuem Constituição rígida e jurisdição constitucional a exemplo do defendido por Alfonso Ruiz Miguel e Francisco J. Laporta para a experiência espanhola⁴. Nesse sentido, voltado para a experiência americana, Michael J. Gerhardt propõe um significado constitucional dos precedentes. O autor os conceitua como qualquer constitucional opinião, decisão ou evento anterior da Suprema Corte ou de agente não-judicial com autoridade normativa e nega a existência do direito constitucional sem precedentes⁵.

³ Nesse sentido, cita-se o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 382.298, ao expor que “ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não se pode, com a manutenção de decisões divergentes, diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes sobre o mesmo tema, em instâncias inferiores, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição.”

⁴ “*The formal bindingness of Constitutional Court precedents arises from the idea of the ‘normativity of the constitution’ together with the proviso of the first article of the Organic Statute of the Constitutional Court, which states that the Constitutional Court is the ‘supreme interpreter of constitution’. By ‘normativity’ or ‘normative force’ of the constitution it is usually understood that the constitution is not merely ‘programmatic’, as the historical constitutions in Spain used to be, but directly applicable by judges and authorities without intermediation of the legislature.*” [MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents: a comparative study.** England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, pg. 279]

⁵ GERHARDT, Michael J. **The power of precedent.** New York: Oxford University Press, 2008, pgs. 03 e 08.

Passamos, então, a indagar a qualidade declaratória ou normativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal problematizada pelo monopólio (e dever) da última ou única palavra em matéria constitucional.

4. COMPREENSÃO DECLARATÓRIA DOS PRECEDENTES. O SUPREMO APENAS INTERPRETA A CONSTITUIÇÃO?

A premissa que sustenta a qualidade meramente declaratória dos precedentes necessita de referenciais para ser compreendida. Os estudiosos do tema em matéria constitucional, especialmente os que propõem a existência de uma teoria, problematizam a qualidade de norma/fonte do direito ou meramente declaratória das decisões dos Tribunais Constitucionais. Diversas são as premissas a serem enfrentadas.

A primeira dessas premissas gravita em torno da filiação do sistema à *common law* ou à *civil law*. Parte do pensamento doutrinário no Brasil propôs o afastamento da qualidade normativa dos precedentes com o mero argumento do primado do direito legislado na *civil law*. Essa premissa, *data venia*, é relativizada a partir de observações mais densas. *A priori*, a prevalência do direito legislado como critério para a diferenciação dos sistemas é tratado por autores como se existisse desde o Direito Romano. Entretanto, essa construção remonta ao século XIX com a difusão do positivismo jurídico como paradigma de superação do direito natural.

O sistema brasileiro pertence sim à *civil law*, mas outros elementos devem ser ponderados para a indagação da natureza dos precedentes, mesmo porque são diversos os sentidos de *common law* e *case law*⁶. Parte-se, então, para análise de uma segunda premissa, cujo objeto de investigação é a regência, em nosso sistema, da Carta de 1988 na qualidade de constituição rígida dotada de um cerne petrificado. Em outras palavras, na metodologia do Direito Constitucional, nosso Estado foi criado em 1988 e há um bloco de constitucionalidade como requisito de validade para todos os atos normativos e políticas públicas. Esse bloco é composto pelo Texto Magno, as Emendas externas e tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

⁶ Com propriedade, Richard Posner defende que “*we must not confuse ‘common law’ with ‘case law’*. *Ours is a case law system that includes but is not exhausted in common law. Not only constitutional law (obviously), but also to a considerable extent statutory law, is shaped by judicial decisions, with occasional intervention from the ‘real’ legislators.* [POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, pg. 83]

A Constituição passa a assumir duplo aspecto. O primeiro representa o *status* de fonte suprema do direito, mesmo porque condiciona a validade dos demais componentes do bloco de constitucionalidade. Logo, não só integra o sistema jurídico, mas constitui a fonte máxima. Já o segundo aspecto consubstancia a qualidade de fonte de produção normativa, pois dirige-se ao legislador que deve implementá-la. Várias são as consequências dessa segunda premissa ligada à constitucionalização do direito, como o fim da dicotomia entre jurisdição constitucional e não-constitucional, a interpretação conforme de todos os demais atos normativos dentre outras.

A Constituição de 1988 possui diversos dispositivos a respeito de competências legislativas e do processo legislativo, consagrando-a como uma carta rígida por força do artigo 60 prever exigências mais complexas para as emendas, como o quórum de 3/5 e votação em dois turnos em cada uma das Casas Legislativas. A exatidão dessas normas na Constituição de 1988 confirmam nossa filiação ao sistema da *civil law* e de eventual primazia do direito legislado como fonte do direito. Poderíamos, então, concluir que os precedentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive os que produzem autoridade vinculante, apenas interpretam a Constituição ou o direito legislado conforme à Constituição, sendo, portanto, despojados de caráter criativo-normativo. Essa é, pois, a construção acolhida predominantemente pelo próprio Supremo Tribunal Federal, especialmente quando fundamenta a autoridade de suas decisões. Vejamos análise de alguns precedentes pluriprocessuais e de casos concretos.

No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 253.149, relator Ministro Celso de Mello, o Pretório Excelso assentou que a interpretação do ordenamento positivo não se confunde com o processo de produção normativa e que

“o ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade. A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal

de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais - por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais - não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República”.

O Supremo Tribunal Federal consagra a dicotomia entre interpretar e legislar atipicamente pela edição de precedentes mesmo perante a técnica de interpretação conforme a Constituição. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF, que trata da liberdade de imprensa, relator Ministro Carlos Britto, julgamento de 30 de abril de 2009, a Corte firmou que

“A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursão do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso”.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, relator Ayres de Britto, julgamento de 29 de maio de 2008, o Supremo assentou o afastamento da interpretação conforme para a propositura de precedente aditivo apto a

conferir à Lei de Biossegurança caráter regratório ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias⁷.

Apesar do *a priori* acolhimento de concepção declaratória dos precedentes judiciais, o Supremo não mais trata do caráter não-normativo de suas decisões utilizando-se dos critérios usados em momento anterior à nova Carta, oportunidade de edição de paradigmáticos precedentes, a exemplo do Verbete nº 339⁸, cujo texto expressa a impossibilidade do Poder Judiciário legislar.

Os precedentes editados a partir dos anos 90 demonstram a superação do pensamento (neo)positivista por parte do Pretório, sobretudo abandonando a premissa de que os precedentes não são fontes do direito por força das disposições constantes no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. A argumentação do Supremo nega a qualidade de fonte do direito por serem responsáveis pela declaração ou interpretação de disposições constitucionais, conforme exposto nos supra-precedentes acima.

Tomemos como exemplo a Súmula Vinculante nº 02 na qualidade de precedente pluriprocessual editado na sessão plenária de 30 de maio de 2007, que conta como referência as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.847, 3.147, 2.996, 2.690, 3.183 e 3.277. Seu texto expõe que “é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”. Podemos afirmar que esse precedente consubstancia o resultado interpretativo da norma constante no artigo 22, inciso XX, da Constituição, cujo texto expõe que “compete privativamente à União legislar sobre sistemas de consórcios

⁷ Na ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 consta: “afasta-se o uso da técnica de “interpretação conforme” para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da “interpretação conforme a Constituição”, porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.” Da mesma forma, uma das justificativas do Supremo Tribunal Federal para a revogação, em parte, do provimento de urgência na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que trata do direito ao abortamento de fetos anencefálicos, foi a, por meio dela, de outra modalidade de excludente de ilicitude no ordenamento jurídico.

⁸ Súmula nº 339: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. A Súmula foi editada na sessão plenária de 12 de dezembro de 1963.

e sorteios”. Dessa forma, não teria a qualidade de fonte do direito, pois apenas declara o teor constante na Carta Magna.

5. A COMPREENSÃO NORMATIVA DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os argumentos expostos no item anterior poderiam nos conduzir à conclusão final de que os precedentes do Supremo Tribunal Federal, na visão (autêntica) do próprio Pretório, não são fontes do direito, pois são oriundos de julgamentos que interpretam em última palavra a Constituição ou a lei conforme a Constituição. Terminaríamos o presente estudo com o silogismo da adoção de vertente neoconstitucional de *declaratory theory* dos precedentes judiciais.

Entretanto, em análise mais densa do tema, mostra-se necessário discussão de outras questões constantes nas praxis do Pretório Excelso aptas a relativizar algumas premissas constantes na argumentação dos votos. Questiona-se, então, se a teoria declaratória mostra-se apta a justificar a aplicação e imposição dos precedentes magnos.

A partir de então, problematizaremos mediante análise da decantação da *ratio decidendi* e a transcendência dos motivos determinantes, do efeito vinculante e do desvalor pelo não-seguimento da Jurisprudência Constitucional oriunda da última palavra em hermenêutica, das normas abertas, da mutação constitucional e do não-originalismo do Supremo Tribunal Federal e, por fim, dos precedentes manipulativos.

5.1 A RATIO DECIDENDI NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA EM HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

Os precedentes do Supremo surgem do monopólio da última palavra em hermenêutica constitucional. Logo, o caráter meramente declaratório deve ser inicialmente questionado a partir do sentido e aplicação da *ratio decidendi* empregada pelo próprio Pretório.

No sistema da *common law*, um precedente é dotado de, basicamente, dois elementos, ou seja, a *ratio decidendi* (ou *holding*) e a *obiter dictum*⁹.

⁹ Há diversas propostas no *common law* para se identificar a *ratio decidendi*, como a proposta por

A doutrina do *stare decisis* determina que, apenas, a *ratio decidendi* possui força obrigatória. Cross e Harris¹⁰ a definem, apesar da ausência de uniformidade no Direito Inglês, como uma norma expressa ou implícita tratada como necessária para a obtenção da conclusão de um julgamento. O julgador, quando da prolação do precedente paradigma, não a decanta de eventual *obiter dictum*¹¹. Essa árdua tarefa cabe ao intérprete.

Atualmente, esses elementos não são correlacionados, apenas, ao sistema da *common law*. Na *civil law*, o juízo de validade dos atos normativos pela jurisdição constitucional identifica a *ratio decidendi* e as *obiter dicta* na argumentação das decisões dos Tribunais Constitucionais. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes¹² sustenta que a prática do *Bundesverfassungsgericht* revela, ainda, a ampla utilização de *obiter dicta*, com recomendações dirigidas ao legislador. A utilização de *obiter dicta* dá-se não só nas decisões confirmatórias da constitucionalidade da lei (sentença de rejeição da inconstitucionalidade), mas também na interpretação conforme a Constituição, na declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), e até mesmo nas decisões de índole cassatória (declaração de nulidade).

Em certos julgamentos, o Pretório Excelso expressamente discute o sentido e a específica *ratio decidendi* de um julgamento paradigma. Nos Embargos de Declaração nº 194.662¹³, julgamento em 10 de dezembro de

Arthr Goodhart. A respeito da diversidade de sentido de *ratio decidendi* nos sistemas jurídicos, objeto que transcende as propostas desse estudo, sugerimos a leitura da obra de Raio Siltala a partir da pg. 65. [SILTALA, Raimo. **A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law**. Oxford: Hart Publishing, 2000, pg. 65 e seguintes]

¹⁰ Original em inglês: “*the ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion.*” Tradução do autor. [CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law, 4th ed. Oxford University: 1991, pg. 8*]

¹¹ Cross e Harris lecionam que “*this statement is too concise because it does not indicate that the only part of a previous case which is binding is the ratio decidendi (reason for deciding).*” [CROSS, Rupert; HARRIS, J.W.. **Precedent in English Law, 4th ed. Oxford University: 1991, pg. 38**]

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador – *appellementscheidung* – na prática da Corte Constitucional Federal Alemã. Disponível no sítio <http://br.geocities.com/profpito/oapelogilmar.html>, acesso em 10 de abril de 2008.

¹³ Recurso extraordinário. Embargos de Declaração. 2. Efeito infringente ou modificativo do julgado. 3. Premissa equivocada capaz de alterar o julgado (EDRE nº 197.169/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J. de 9.9 .1997). 4. Distinção entre “*obiter dictum* e *ratio decidendi*” 5. Prevalência da lei federal superveniente, que altera o padrão monetário e fixa nova política salarial, em face de cláusula de acordo coletivo fixada sobre a matéria. 6. Embargos de declaração interpostos

2002, o relator para o acórdão, Ministro Gilmar Mendes, expôs o caráter fundamental da distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, tendo em vista a imprescindibilidade dos argumentos para formação da decisão obtida. Citando Winfried Schlüter, ressaltou que, embora existam controvérsias sobre a distinção entre os principais elementos do precedente, “é certo que um critério menos impreciso indica que integra a *ratio decidendi* premissa que não possa ser eliminada sem afetar o próprio conteúdo da decisão”.

Interessante aplicação de *ratio decidendi* no exercício da última palavra em hermenêutica constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.071. O relator, Ministro Menezes Direito, indeferiu a petição inicial (artigo 4º da Lei 9.868/99) em 07 de outubro de 2008 após a instrução com o fundamento de que, nos Recursos Extraordinários de nº 377.457 e 381.964, foi reconhecida a constitucionalidade do artigo 56 da Lei nº 9.430/96.

Trata-se de paradigmático exemplo de sentença *desestimatoria*¹⁴ que denota o desvalor no não respeito às decisões do Supremo em que a *ratio* de precedentes não obrigatórios orientaram o indeferimento monocrático de petição inicial de ação direta. Esse fato denota que o monopólio da última palavra em hermenêutica aproxima os efeitos vinculante e meramente persuasivo.

No exame final da Reclamação nº 1.987, relator Ministro Maurício Corrêa, o Pretório Excelso expressamente admitiu a possibilidade de se reconhecer, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da transcendência dos motivos que embasaram a decisão proferida em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria *ratio decidendi*, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, *in abstracto*, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, acatando, de forma implícita, a eficácia vinculante dos motivos determinantes.

O método de decantação da *ratio decidendi* para fins de produção de efeito transcendente foi também utilizado pelo Pretório Excelso no

por SINPER acolhidos. 7. Embargos de declaração interpostos por SINDIQUÍMICA rejeitados. RE-ED 194662.

¹⁴ Para César Landa, sentenças *estimatorias* são as que declaram inadmissível, improcedente ou infundada uma concreta controvérsia constitucional. [LANDA, César. **Las sentencias atípicas en la Jurisdicción Constitucional Latino Americana**. Disponível em www.juridicas.unam.mx. Acesso em 31 de dezembro de 2010, pg. 618]

juízo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345, figurando, como paradigma, o Recurso Extraordinário nº 197.917. O Ministro Celso de Mello, no voto da referida Ação Direta, expôs que

Essa visão do fenômeno da transcendência – que esta Corte admitiu na decisão proferida na Rcl 1.987/DF, Rel. Ministro Maurício Corrêa – reflete a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do julgado declaratório de inconstitucionalidade emanado do Supremo Tribunal Federal.

No provimento de urgência na Reclamação nº 5.442, relator Ministro Celso de Mello, a transcendência dos motivos determinantes foi, ao menos por ora, afastada sob o argumento de que o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*, que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor de novo ato legislativo sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do Pretório Excelso.

A construção do Supremo constante na Reclamação nº 5.442 encontra-se prejudicada pela possibilidade de edição de verbete obrigatório que aponte vício formal de um ato emanado do Poder Legislativo, como é o caso da Súmula Vinculante nº 2¹⁵. O auditório a que se dirige essa norma judicada representa não os demais órgãos do Poder Judiciário nem os pertencentes à Administração Pública, conforme determinado pelo artigo 103-A, mas sim o próprio Poder Legislativo nas esferas estadual, distrital e municipal.

¹⁵ Súmula Vinculante nº 02: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.”

Neil MacCormick¹⁶ defende que a unicidade de *ratio decidendi* em um precedente representa um nocivo dogma na *common law*. Nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, é comum um precedente possuir várias questões nucleares.¹⁷ A decantação da *ratio decidendi* mostra-se relevante, sobretudo, para fins de identificação da matéria e da idêntica controvérsia em hipótese de repercussão geral (parágrafo 5º do artigo 543-A e 543-B, ambos do Código de Processo Civil).

O simples fato do Supremo Tribunal Federal utilizar seus próprios julgamentos como paradigmas a partir da identificação de um núcleo essencial por si só não tornam normativos seus precedentes. Entretanto, qual seria a razão para que o Pretório não se reportasse sempre diretamente às disposições constitucionais? Qual seria, ainda, a razão para que o Supremo exija que os demais órgãos do Poder Judiciário sigam os precedentes e não se reportem diretamente às disposições constitucionais? Logo, esses precedentes também necessitam ser interpretados pelo Supremo Tribunal Federal ao ponto de serem discriminados das normas constitucionais a que se referem.

5.2. PRECEDENTES MANIPULATIVOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os precedentes manipulativos consubstanciam um gênero que tem como espécies os precedentes aditivos e os substitutivos. Normalmente, mas não exclusivamente, representam resultado da interpretação conforme a constituição como método hermenêutico-decisório. Possuem dois momentos lógicos (*doppia pronuncia*). No primeiro, limita-se a declarar uma inconstitucionalidade (por ação ou omissão). No segundo momento, corrige-se a apontada invalidade.

¹⁶ Neil MacCormick sustenta que “minha resposta é que um dogma desses é mera ficção e, na realidade, um ficção nociva. Ele pode suscitar uma falsa conversão, quando os que antes acreditavam no dogma, ao descobrir que alguns casos não possuem sequer uma única *ratio* que se possa expressar, incorrem na conclusão apressada de que nenhum caso possa ter uma. O equívoco é evidente.” [MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pg. 106]

¹⁷ A metodologia de identificação da *ratio decidendi* mediante as questões de direito que compõe o *thema decidendum* é amplamente utilizada pelo Tribunal Constitucional Português (Acórdãos 459/06, 105/2000, 611/07 dentre outros).

Francisco Rubio Llorente¹⁸, em estudo dos anos oitenta e com a autoridade de magistrado do Tribunal Constitucional Espanhol, aduz que a utilização das sentenças manipulativas pode ser aplaudida pelos que nelas identificam a única via razoavelmente rápida para acomodar os valores constitucionais, apesar de violenta ao máximo com o sistema de divisão de Poderes, que constitui um dos pilares da arquitetura constitucional. Argumenta que constituem instrumentos menos respeitosos com o legislador que a técnica da inconstitucionalidade sem redução do texto e o apelo ao legislador.

5.2.1. – PRECEDENTES ADITIVOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Precedentes aditivos são os que inserem comandos então inexistentes no ordenamento jurídico. A demonstração prática da incompletude do direito legislado suscita, em diversas experiências constitucionais, decisões com caráter inovador. Paolo Casavola, com a autoridade de Presidente da *Corte Costituzionale* italiana, defende que o precedente aditivo introduz no ordenamento jurídico uma norma “constitucionalmente necessitada”¹⁹. A jurisdição constitucional, então, determina medida que constitucionalmente deveria ser estabelecida e supre a omissão legislativa total ou parcial, enunciando o critério normativo exigido.

Apesar de resistências contemporâneas, a concepção de um precedente que exerce a função aditiva deve ser dissociada da finalidade da jurisprudência de suprir lacunas. É verdade que Mauro Cappelletti²⁰ já estabelecera que

¹⁸ LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. **Revista española de derecho constitucional**, Año nº 8, Nº 22, 1988, pags. 9-52, pg. 37.

¹⁹ “Con esse si introduce nell’ordinamento una nuova norma costituzionalmente necessitata (risultato peraltro a cui pervengono anche decisioni formalmente caducatorie, quando dichiarano la incostituzionalità di disposizioni che espressamente escludono qualcuno da qualcosa). [CASAVOLA, Paolo. *La giustizia costituzionale nel 1992*. Conferenza Stampa. Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Disponível no site www.cortecostituzionale.it. Acesso 28 de outubro de 2007, pg. 12]

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, pg. 13.

a questão, apesar de antiga e por infinitas vezes debatida, ainda, é tratada perante o contexto de “função supletiva” dos juízes. Essa construção fora necessária para a demonstração de que a lei, na qualidade de fonte formal por excelência do Direito, não satisfaz à plenitude de normas aptas a reger a sociedade, conforme defendido por vertentes do positivismo.

Apesar do Pretório negar a possibilidade de sentença aditiva, a exemplo da argumentação constante na Ação Direta nº 3.510, a força normativa da Constituição aplicada pela Corte fomenta a produção de precedentes com essa peculiaridade, assim como nas demais experiências da *civil law* que contam com Tribunais Constitucionais. A função aditiva pode ser tipicamente exercida por institutos com esse mister, inerente ao controle de inconstitucionalidade por omissão, bem como de forma atípica por outros precedentes, sobretudo decorrente de interpretação conforme²¹.

Verbi gratia, a Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 27.931, relator Ministro Celso de Mello, pretende consolidar a orientação de que o efeito obstativo da pauta do Congresso Nacional pela não conversão de medidas provisórias atinja, apenas, as matérias que possam ser objeto dessas espécies normativas.

Essa norma judicial decorre de interpretação conforme à Constituição da Emenda nº 32/2001, que alterou o regime das medidas provisórias, limitando-se o prazo de eficácia em sessenta dias, permitindo-se uma única prorrogação. O texto original da Emenda nº 32/2001 não prevê quais matérias serão objeto do efeito obstativo da pauta do Congresso. Dessa forma, estamos perante precedente aditivo, pois o Supremo aplica o binômio decisório em que, primeiro, reconhece a inconstitucionalidade a partir do que deveria estar expresso na Emenda Constitucional nº 32/2001

²¹ Edílson Pereira Nobre Júnior leciona que “da interpretação conforme advêm consequências das mais variadas, dentre as quais, observa, com acuidade que lhe é peculiar, Garcia de Enterría, está algo além da mera exegese declarativa, importando naquela de colorido integrativo, destinada a colmatar insuficiência dos textos legais validados. Desse feito integrativo é que surge, exatamente, a sentença aditiva. Estas são consideradas as decisões que, num questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-la. [...] O foco da fiscalização da inconstitucionalidade recai não naquilo que a norma prescreve, mas, contrariamente, no fato desta não prever aquilo que deveria tratar para satisfazer ao reclamado pela Lei Máxima.” [NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Direito Federal** – Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, nº 85, ano 23, 3º trimestre de 2006, pg. 85/126]

para, *a posteriori*, suprir a incompletude aditando que, apenas, dadas matérias serão objeto do efeito obstativo.

Exemplo cujo resultado criativo é objeto de atual indagação por parte do Pretório Excelso consubstancia a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, relator Ministro César Peluso, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, sob o argumento de que, interpretando o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as auguras decorrentes do enquadramento no Código Penal (artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II) pela prática de “aborto” em caso de feto anencefálico.

Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade, bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica, a impetrante aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante.

Conforme exposto na Medida Liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, relator Ministro Marco Aurélio²², a demanda objetiva pretende a busca de interpretação conforme à Constituição dos dispositivos do Código Penal, gerando declaração de nulidade sem redução de texto. O Supremo Tribunal Federal, então, identificou a introdução, por meio da referida liminar, de outra modalidade de excludente de ilicitude no ordenamento jurídico. Todavia, os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Ellen Gracie pronunciaram-se pelo não conhecimento da ação por considerar que o pedido de interpretação conforme dos referidos dispositivos do Código Penal implicaria ofensa ao princípio da reserva legal, criando hipótese de excludente da punibilidade (Informativo 385).

O precedente aditivo pode decorrer da modulação temporal de efeitos, sem que represente uma revogação prospectiva. Essa metodologia decisória

²² Decisão prolatada em 1º de julho de 2004 e publicada em 02 de agosto de 2004 (Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 354)

foi proposta pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, publicação de 21 de setembro de 2007, em que fora assentado que “o *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo (os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998), seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.”

5.2.1.1 – PRECEDENTES ADITIVOS TÍPICOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO: MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.

Os institutos típicos da função aditiva, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, encontram-se em efetiva transformação. Representam instrumentos que atribuem ao Supremo Tribunal Federal a aptidão de corrigir omissões legislativas. Com extraordinária síntese, Roberto Luís Luchi Demo assevera que, quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção, também aplicável à ação direta por omissão, há três orientações no Supremo Tribunal Federal que, historicamente se sucederam. A primeira entende, simplesmente, que a mora legislativa, uma vez reconhecida em julgamento, deve ser comunicada ao impetrado. A segunda orientação estipula que, na medida em que a mora legislativa seja reconhecida, o pedido deve ser decidido, para que seja provido o exercício do direito constitucionalmente previsto, seja de maneira geral, seja para o caso em concreto.

No julgamento dos Mandados de Injunção nº 670 e 712, em de 7 de junho de 2006, o Supremo Tribunal Federal fixara a terceira orientação, no sentido de que seja reconhecida a mora legislativa, devendo o Congresso Nacional ser comunicado para que elabore a lei em um determinado prazo que, se descumprido, o Supremo poderá ser provocado por força de reclamação e dispor a respeito da matéria objeto da mora legislativa.

No voto-vista do Mandado de Injunção nº 670, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que deveria, enquanto não suprida a lacuna legislativa, ser aplicada a Lei 7.787/89, observado o princípio da continuidade do serviço público, ressaltando que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado

ao juízo impor a observância a regime de greve mais severo em razão de se tratar de serviços ou atividades essenciais, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei 7.783/89.

Sustentou o Ministro que a inércia do Poder Legislativo em regular o direito de greve dos servidores públicos acabou por gerar uma preocupante realidade em que se observam inúmeras greves ilegais com sérias consequências para o Estado de Direito. Por fim, concluiu que, considerando o lapso temporal dessa inércia, não resta alternativa para o Poder Legislativo quanto a decidir pela regulação ou não do tema e que cabe, por sua vez, ao Poder Judiciário intervir de forma mais decisiva, de modo a afastar a inoperância de suas decisões em mandado de injunção e atuar também nos casos de omissão do Poder Legislativo, haja vista as balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores.

No Mandado de Injunção nº 712, o relator, Ministro Eros Grau, defendeu que, enquanto a omissão não for sanada, cabe a aplicação da Lei nº 7.783/89, observado o princípio da continuidade do serviço público. Reconheceu, ainda o relator, que a mora, no caso, é evidente e incompatível com o previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição da República, e que constitui dever-poder do Supremo Tribunal Federal a formação supletiva da norma regulamentadora faltante, a fim de remover o obstáculo decorrente da omissão, tornando viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. Nesse precedente, o Pretório assentou que “talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora ‘solução constitucionalmente obrigatória.’”

5.2.2 – PRECEDENTES SUBSTITUTIVOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O precedente substitutivo, na lição de Paolo Casavola²³, é o que insere uma norma constitucionalmente adequada em uma norma legislada,

²³ “Ancora diverse dalle sentenze additive sono le decisioni sostitutive: quelle con cui la Corte trasferisce la norma costituzionalmente adeguata in una disposizione incostituzionale, previa dichiarazione di

após a declaração de inconstitucionalidade. A função substitutiva afronta a dogmática supremacia da lei, razão pela qual sua legitimidade gravita em torno da interpretação conforme à Constituição e da provocação do jurisdicionado. Não se deve, assim, confundi-la com a manifestação do Poder Judiciário na qualidade de legislador negativo ou com a não recepção de um dado diploma legal.

Não se trata de mero controle de inconstitucionalidade por omissão, mas de alteração expressa de norma legislada inválida por precedente que satisfaz aos anseios constitucionais através de um ato hermenêutico²⁴. Há, pois, duplo momento (*doppia pronuncia*). No primeiro, declara-se a inconstitucionalidade de um ato normativo, agindo o Poder Judiciário na qualidade de legislador atípico negativo. Posteriormente, no exercício da jurisdição constitucional, a Corte edita norma julgada que satisfaz ao comando constitucional, expondo como o Poder Legislativo deveria ter agido.

Interessante exemplo de precedente substitutivo editado pelo Supremo Tribunal Federal constitui a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332, relator Ministro Moreira Alves. O artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43/2000 introduziu o artigo 15-A no Decreto-lei nº 3.365/41, que dispôs que, no caso de imissão prévia na posse em desapropriação, havendo

illegittimità di quest'ultima (dichiara l'illegittimità nella parte in cui prevede qualcosa anziché prevedere etc.). I limiti di esperibilità di questo rimedio sono ancora più rigorosi di quelli propri delle additive." [CASAVOLA, Paolo. *La giustizia costituzionale nel 1992*. Conferenza Stampa. Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Disponível no site www.cortecostituzionale.it. Acesso 28 de outubro de 2007, pg. 12] Guastini leciona que "denomina-se sentença substitutivas aquelas em que a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma dada disposição na parte em que expressa uma certa norma ao invés de outra: uma norma distinta, que ela deveria expressar para ser caracterizada como conforme a Constituição. [GUASTINI, Riccardo. A 'constitucionalização' do ordenamento jurídico na experiência italiana. in **A Constitucionalização do Direito**, Fundamentos teóricos e aplicações específicas, obra coletiva; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SAMENTO, Daniel, coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, pg. 286]

²⁴ A sentença nº 429, relator Paolo Casavola, exemplo de sentença substitutiva, a *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana* assentou que "è dunque indispensabile intendere correttamente la nozione di "appartenenza alle Forze armate" accolta nella Carta costituzionale. La ricostruzione della intenzione del Costituente, in regime di costituzione rigida, è essenziale per misurare la compatibilità tra disposizione di legge e precetto costituzionale. L'ermeneutica costituzionale non può in alcun caso prescindere dall'ispirazione che presiedette al processo formativo della norma costituzionale assumendo in essa particolare rilievo la essenza storico-politica."

divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, incidirão juros de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença a contar da imissão.

Apreciando o provimento de urgência, o Tribunal, em decisão de 05 de setembro de 2001, suspendeu a expressão “de até seis por cento ao ano”, considerando relevante a Arguição de inconstitucionalidade fundada no Verbete nº 618 da Súmula da Jurisprudência, que dispõe que “na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano”.

Nesse precedente, identificam-se, com clareza, o duplo momento. Primeiro, o Supremo atua na qualidade de legislador atípico negativo perante a expressão “de até seis por cento ao ano”. Posteriormente, atua na qualidade de legislador positivo, fixando a alíquota dos juros em 12% em caso de desapropriação, sob pena de se infringir a garantia da justa e prévia indenização.

5.3 AUTORIDADE VINCULANTE E DESVALOR PELO NÃO SEGUIMENTO DOS PRECEDENTES DECORRENTES DA ÚLTIMA PALAVRA EM HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL IMPÕE O *LEGALIST BEHAVIOR*?

O questionamento do caráter normativo dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (*judge made-law theory*) exige reflexão quanto à obrigatoriedade de seguimento das decisões, o desvalor pelo desprezo, eventuais sanções e instrumentos processuais aptos a resguardar a autoridade das decisões magnas.

Da autoridade dos precedentes (força de incidência) decorrem os efeitos vinculantes, impeditivos de recurso e meramente persuasivos. Trata-se de classificação eminentemente jurídico-positiva, despojada de sentido em um prisma sociológico, fato reconhecido pelo próprio Pretório que, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 203.498, relator Ministro Gilmar Mendes, expôs que “a interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. (...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. (...)”

Cabe ressaltar que essa tipologia não considera a natureza em si do precedente, mas sim os respectivos efeitos, que podem variar conforme

o instrumento de aplicação. Essa premissa, igualmente, foi salientada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 921.469, decisão de 15 de maio de 2007, relator Ministro Teori Albino Zavascki, ao dispor que não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal que reconhecem a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).

Uma decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, *verbi gratia*, pode produzir efeito vinculante, impeditivo de recurso e, inclusive, persuasivo. A indicação de que o efeito do precedente depende do contexto da aplicação, hoje, é afirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Quando da aprovação do Enunciado da Súmula Vinculante nº 11²⁵, por força do *Habeas Corpus* nº 91.952²⁶, relator Ministro Marco Aurélio, o Pretório estabeleceu que as súmulas vinculantes “passam a ser dotadas das características das súmulas impeditivas de recursos”.

Um dado precedente produz efeito vinculante quando, obrigatoriamente, deve ser aplicado como paradigma pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública, independente da força argumentativa do debate intraprocessual. É previsto em números fechados no Direito brasileiro em questões envolvendo matéria constitucional, sendo inerente à ação direta de inconstitucionalidade, à ação declaratória de constitucionalidade, à Arguição de descumprimento de preceito fundamental, à súmula com efeito vinculante²⁷, ao recurso extraordinário aplicado nos termos dos

²⁵ Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

²⁶ Julgamento de 13 de agosto de 2008.

²⁷ A produção de efeito vinculante em relação à ação direta de inconstitucionalidade, à ação declaratória de constitucionalidade e à Arguição de descumprimento de preceito fundamental e à súmula vinculante é tema remansoso no Direito brasileiro. [SILVA, Celso de Albuquerque. **Do**

artigos 14 e 15 da Lei nº 10.259/2001 combinados com o artigo 321 do Regimento Interno do Supremo e nos termos do parágrafo 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil, inserido pela Lei 11.418/06.

O efeito vinculante é uma qualidade da sentença, leciona Teori Albino Zavascki²⁸, que vai além das suas eficácias comuns (*erga omnes*, coisa julgada, efeito preclusivo). Conclui que esse efeito confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, “com a consequência processual de assegurar, em caso de recalitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor o seu cumprimento.”

Mesmo antes da Carta de 88, a postura do Supremo Tribunal Federal quanto à vinculação aproxima-se da experiência alemã, apesar do teor do parágrafo 2º do artigo 102 do Texto Magno, que dirige o efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, sem ter força de lei (*Gesetzeskraft*).

A concepção de efeito vinculante construída pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, pelas Emendas Constitucionais nº 03/93 e 45/2004 e pelas Leis nº 9.868/99, 9.882/99, 10.259/01, 11.418/06 e 11.417/06 diferencia-se do *stare decisis*²⁹. Essa doutrina reiteradamente é delimitada como, apenas, uma política e uma prática e não um estrito instrumento de produção de normas absolutas (*inexorable command*)³⁰. Com propriedade, George Costello³¹ expõe que ela significa a regra geral dos Tribunais, ao identificar uma norma em um caso, em aplicá-la em casos futuros com matéria de fato substancialmente similar.

Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pg. 165/166]

²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pg. 37.

²⁹ *In Helvering v. Halloj*, 309 U.S. 109, 119 (1940), o Justice Frankfurter defendeu que o *stare decisis* é “um princípio de policiamento e não uma fórmula mecânica de seguimento da última decisão.” [Tradução do autor. Original em inglês: “*Stare decisis is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision*”.

³⁰ A Suprema Corte Americana, no caso *Agostini v. Felton* (U.S. 203,235-36 1997) expôs que coletar casos e seguir os precedentes não é um comando inexorável, mas uma política de julgamento. Tradução livre do autor. Original em inglês: “*collecting cases and stating that adherence to precedent is “not an inexorable command” but a “policy judgment*”.

³¹ COSTELLO, George. **The Supreme Court’s overruling of constitutional precedent: an Overview**. CRS Report for Congress, November 29, 2005. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w12913>. Acesso em 08 de março de 2009, pg. 01.

Já o efeito vinculante no Direito brasileiro possui caráter rígido com a possibilidade de utilização da reclamação e de outros instrumentos, como os recursos para a garantia da autoridade. Ao menos na atual consolidação do Supremo Tribunal Federal, apesar das necessárias críticas, o teor vinculante limita-se à parte dispositiva de decisões previstas em números fechados e em matéria exclusivamente constitucional (para fins de fixação da competência do Supremo), que deverá ser aplicada por dedução/subsunção.

Ressalta-se, mais uma vez, as colocações do Supremo Tribunal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 203.498, relator Ministro Gilmar Mendes, ao assentar que a interpretação do texto constitucional pelo Supremo deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. No voto dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328.812, o relator, também o Ministro Gilmar Mendes, expôs que a interpretação do texto constitucional pelo Pretório deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão.

Logo há um desvalor em não seguir os precedentes do Supremo Tribunal Federal e nosso sistema consagra um complexo de remédios para corrigir posturas que desconsideram a última palavra em hermenêutica constitucional, especialmente a reclamação (para os vinculantes) e o recurso extraordinário. Desse desvalor, conclui-se que o exercício da última palavra em hermenêutica constitucional faz com que todas as decisões que tenham por objeto matéria de direito sejam dotadas de eficácia *erga omnes*.

Richard Posner³², ao enumerar as nove teorias positivas de comportamento judicial, empregou grande ênfase à teoria legalista (*legalist theory*). O legalismo é compreendido como uma teoria positiva de comportamento dos juízes que prega que as decisões são determinadas pelo Direito, concebido como um corpo preexistente de regras previstas na Constituição, nas leis e nas decisões judiciais³³. É salutar a observação de Posner, ao tratar do *legalism behavior*, no sentido

³² POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, pg 19.

³³ *Legalism, considered as a positive theory of judicial behavior (it is more commonly a normative theory), hypothesizes that judicial decisions are determined by "the law", conceived of as body of preexisting rules found stated in canonical legal materials, such as constitutional and statutory texts and previous decisions of the same or a higher court, or derivable from those materials by logical operations.* [POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, pg 41]

de que, quando um juiz segue precedente³⁴ de um tribunal com competência hierárquica, o magistrado não está fazendo um julgamento político, mas sim respeitando a uma força superior.

Nessa perspectiva, poderando-se a práxis do Supremo Tribunal Federal em exigir o seguimento de sua orientação jurisprudencial, com o argumento de que seus precedentes representam a última palavra em hermenêutica magna e que postura diversa representa violação à força normativa da Constituição, conclui-se que o Pretório impõe o *legalism* não-originalista através da jurisdição constitucional³⁵. Trata-se de imposição preponderante, mas não exclusiva.

Essa imposição somada à decantação e aplicação constante da *ratio decidendi*, a produção de sentenças manipulativas, a consolidação da realidade constitucional viva apta a permitir mutações constitucionais informais, a existência de remédios para consolidar o desvalor pelo não seguimento das decisões do Supremo (que os dota de eficácia *erga omnes*), desmistifica a premissa de que os precedentes apenas possuem teor interpretativo e declaratório das disposições constitucionais, constituindo, sim, fontes normativas diversas da Constituição.

Entretanto, como compreendê-los como fontes do direito se são repertórios obrigatórios de princípios e regras constitucionais decorrentes da jurisdição constitucional? Em outras palavras, concepção pautada na *judge-made law theory* como construída por juristas e juízes da *common law* não se mostra apta a explicar e justificar os precedentes do Supremo Tribunal Federal como normas, razão pela qual passaremos a tratar de terceira proposta para compreendê-los.

6. COMPREENSÃO DETERMINATIVA DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

³⁴ Gerhardt também enfatiza a influência dos precedentes no comportamento dos juízes. Expõe que “those who favor, or combine, these models have long been conducting extensive empirical tests of precedent’s influence on judicial behavior.” [GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, pg. 68]

³⁵ Cumpre ressaltar que, em sentido oposto à experiência americana, o *legalism* aplicado pelo Supremo normalmente é não originalista. A respeito da relação entre legalismo e originalismo vide: HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. **Anuário de Filosofia del Derecho**, XVIII, 2001, pg. 267/299.

6.1 POSTULADOS PRELIMINARES DA TEORIA DETERMINATIVA

Pertence ao campo da filosofia jurídica a investigação de consubstanciarem, ou não, os precedentes judiciais fontes do Direito. Os diversos autores que trataram do tema polarizam duas teorias (*rectius*, dois gêneros de teorias), quais sejam, a declaratória (*declaratory theory*) e a normatia (*judge make-law theory*). Para a defesa de adoção de uma ou de outra, várias questões são relativizadas pelos estudiosos dos precedentes, como a filiação, ou não, à *common law*.³⁶

Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Geoffrey Marshall³⁷, em aprofundado estudo, após exporem as duas principais teorias, propõem uma terceira visão que denominam de teoria determinativa (*determinative theory*). Tendo-se como referência a *common law*, a *judge-make law theory* decorre da militância do positivismo jurídico em oposição à *declaratory theory* voltada para o direito natural. Asseveram os mencionados autores que, para o positivismo, os precedentes representam um fonte subordinada do direito, ou seja, subordinada à legislação. O espaço para a produção judicial do Direito é a abertura³⁸ dada pelo direito legislado. Durante os séculos XIX e XX, a visão positivista predominante empenhou-se em

³⁶ Refere-se, aqui, apenas aos autores que admitem a possibilidade de teorias a respeito do precedente. Por todos, cita-se o estudo de Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski e Alfonso Ruiz Miguel, ao firmarem que “*there is a fundamental distinction to be drawn at the outset of any comparative discussion of the rationale for respecting precedents. This concerns the power of the courts to create law: does a given legal system formally acknowledge the existence of judge-made law or not? If so, two further questions that arise are how extensively does the judge-made law create precedents, and what sort or degree of normative force have these precedents for judges and courts other than the original decision maker?* [BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, pg. 481].

³⁷ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, pg. 330/335]

³⁸ O texto expõe que “*The space for judicial law making is only in the gaps of legislation properly so-called; judges do make law, but only ‘interstitially.’*” Opta-se em não traduzir o termo “*gaps*” como lacuna com o fim de evitar associações com a “teoria das lacunas”, não tratada pelos autores. [BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, pg. 331]

metodologias para a exata identificação das normas criadas por precedentes a partir da elucidação do sentido de *ratio decidendi*. Propõem, para questões contemporâneas, que as normas judiciais, assim como as legisladas, devem ser compreendidas como determinações de princípios³⁹ e não simples deduções nem discricionariedades. Precedentes, expõem os autores, são fontes, pois cada decisão determina o direito.

Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Geoffrey Marshall⁴⁰ propõem uma visão mais *holistic* dos sistemas jurídicos em decorrência da determinação valorativa dos princípios a partir do processo decisório que geram precedentes judiciais. Assim, expõem que:

Doctrines like the ‘determinative theory’ which suggest a more holistic approach to legal systems or, more likely, to particular branches of law, favour the development of a strong sense of underlying principles proper to particular fields and branches of law, and the taking of a coherent view of legal doctrines as congeries of principles, values (‘policies’) and their determination through decision making which is truly sensitive to the full particularity of contexts of decision. See, for example, Dworkin (1986); MacCormick (1984); Bankowski (1991); Jackson (1988).

Diversos doutrinadores expõem construções determinativas de precedentes judiciais, sobretudo com a intenção de justificar o poder normativo dos Tribunais Constitucionais⁴¹ a partir de técnicas interpretativas, declaratória

³⁹ O proposto pelos mencionados autores foi objeto de apreciação por diversos doutrinadores, com ênfase para Dworkin e Friedmann. A respeito do tema: PUERTO, Manuel J. Rodríguez. Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve. *Anuário de Filosofia del Derecho*, n° XVI, 1999, pg 121/141.

⁴⁰ Obra citada, pg. 331.

⁴¹ Por todos, Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Alfonso Ruiz Miguel, em artigo denominado *racionales for precedent*, defendem que “*In standard accounts of such legal systems, doctrines concerning ‘the sources of law’ therefore accord to judicial precedent a place, albeit one subordinate to the constitution (where relevant) and enacted statute law, among the criteria of validity or ‘formal sources’ of law*”. Mais à frente, a partir da observação de experiências jurídicas que contam com Constituição rígida e Tribunal Constitucional como a alemã, a italiana, a espanhola, a polonesa, a americana, além da francesa, expõem que “*as in the case of national constitutional adjudication and adjudication in relation to general clauses in codes and statutes, frequently involved giving concrete*

de inconstitucionalidade e de edição de precedentes manipulativos. Pautado para o Direito Continental europeu, Rubio Llorente⁴² assevera que, através dessas técnicas, a jurisdição constitucional cria direito inovando o ordenamento jurídico de forma diversa da realizada pelo legislador. Essa normatização não procede de considerações de oportunidade. Não é criação livre, mas vinculada à declaração de um direito preexistente, cujo conteúdo concreto como regra de solução do caso necessita da atuação do Tribunal Constitucional.

Mauro Cappelletti⁴³ leciona, nesse sentido, que não está dito que a legislação cesse de ser tal simplesmente porque deve se conformar, a sua vez, com vínculos bastante precisos, constitucionais ou de justiça constitucional, não menos claros e detalhados, por sua vez, dos que de modo mais frequentes se impõem aos juízes, não apenas para delimitar negativamente, mas também, em larga medida, para determinar positivamente o conteúdo da própria lei. Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a 'natureza' dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito.

Michael Gerhardt⁴⁴, na mesma perspectiva, expõe que o pensamento doutrinário com *strong view* dos precedentes os consideram como a principal, se não a única, fonte de sentido da Constituição. A Suprema Corte Americana, para essa vertente doutrinária, decide casos ou controvérsias e "casos ou controvérsias são precedentes". São, assim, expressões do direito constitucional.

meaning to quite vague concepts and texts. Here, where the judicial contribution operates by way of working out the underlying principles and giving them concrete effect in series of landmark decisions, it seems almost artificial or even fictional to draw a line between interpretative and law-making precedents". [BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents: a comparative study.** England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, pgs. 481 e 485]

42 LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año nº 8, N° 22, 1988 , pg. 38.

43 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, pg. 26/27. Sob certo aspecto, Kelsen já sustentara essa premissa. [KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**, tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pg. 258]

44 *Support for a strong view of precedent derives from all the traditional sources of constitutional meaning. For instance, Article III explicitly empowers the Supreme Court to decide cases or controversies, and decided cases or controversies are precedents."* [GERHARDT, Michael J. **The power of precedent.** New York: Oxford University Press, 2008, pg. 64] O autor propõe uma moderada visão dos precedentes como uma alternativa entre as perspectivas *weak* e *strong* [pg. 79].

Compreender de forma determinativa os precedentes consubstancia em, primeiro, reconhecer o caráter normativo e de fonte do direito mas, ao mesmo tempo, condicionada a uma outra ao qual possui o múnus de interpretar, declarar e regulamentar. Consagra, assim, uma concepção normativa de precedentes, mas que os subordinam à normas Constitucionais. Segundo, há uma ruptura com a concepção de que o Poder Judiciário é “a boca que pronuncia a lei”.

6.2 – COMPREENSÃO DETERMINATIVA E AS METODOLOGIAS INTERPRETATIVA, DECLARATÓRIA, DECISÓRIA E NORMATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Para que possamos continuar com a análise da compreensão determinativa dos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal pelo próprio Supremo Tribunal Federal, propomos a análise da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.946, relator Ministro Sydney Sanches, julgamento de 04 de abril de 2003. O artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/98 dispõe que o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social que trata do artigo 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 devendo, a partir da data da publicação da referida Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real.

No julgamento dessa ação direta, o Pretório asseverou que a Constituição de 1988 trata da proteção à gestante como benefício previdenciário e não trabalhista. Declarou que o artigo 6º determina que a proteção à maternidade deve ser realizada “na forma desta Constituição”, ou seja, nos termos previstos no artigo 7º, inciso XVIII, cujo texto garante o direito à licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. A Previdência Social, na qualidade de política pública, está constitucionalmente prevista a partir do artigo 201, cujo inciso II garante proteção à maternidade, especialmente à gestante.

O Pretório firmou que, caso se entenda que a Previdência Social responda apenas por R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês durante a licença da gestante e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora, abrindo-se margem à

“discriminação que a Constituição bucou combater, quando proibiu diferença de admissão por motivo de sexo” (artigo 7º, inciso XXX). Em sua argumentação, o Supremo firma que essa proibição “é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.” Julgou, então, o Pretório Excelso procedente em parte a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946 para se dar ao artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme a Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição.

Ora, o Supremo reconheceu que a proteção à maternidade da empregada não consubstancia direito trabalhista, mas sim previdenciário. Benefício previdenciário e salário são conceitos diversos no Texto da Constituição e na legislação⁴⁵. A própria garantia do salário mínimo (artigo 7º, inciso IV) representa referência para a diferenciação desses dois institutos, mesmo porque o artigo 201, § 2º, permite o valor de benefício previdenciário inferior a um salário mínimo, desde que não substitua o salário-de-contribuição nem o rendimento do trabalho do segurado.

Não consagram o Texto da Constituição nem o do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/98 que o salário-maternidade não poderá ser inferior ao salário percebido pela segurada empregada, salvo na hipótese da mesma receber salário-mínimo por força da disposição constante no §2º do artigo 201. O princípio da isonomia entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I), as normas constantes no artigo 7º, incisos XVIII e XXX, e a norma do artigo 201, II, foram as referências de campo de abertura para que o Supremo Tribunal Federal normatizasse a simetria entre o valor do salário-maternidade e o salário. Trata-se, pois, de norma judicial emanada de interpretação conforme que gerou precedente aditivo e vinculante.

Dessa forma, a Ação Direta nº 1.946, ao mesmo tempo que declara complexo normativo constitucional (artigos 5º, I, 7º, XVIII e XXX, e 201, II) normatiza relação jurídica entre o Instituto Nacional do Seguro Social

⁴⁵ O teor da Súmula Vinculante nº 4 auxilia na referida diferenciação na própria Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”

e segurada empregada, que é diversa da relação jurídica existente entre empregador e empregada.

Para fins de segundo exemplo, sugerimos análise da Súmula Vinculante nº 11, cujo texto expõe que só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Identifica-se que o texto do Verbete nº 11 possui três preceitos. O primeiro expõe que “só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros”. O segundo preceito consubstancia verdadeira sanção pelo descumprimento do primeiro preceito, ao assentar que “justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere”. Por fim, o terceiro preceito estende eventual responsabilidade civil ao Estado. O texto do Verbete Obrigatório nº 11, considerando-se as três premissas, aproxima-se de técnica utilizada para o direito legislado.

Possui como referência, na qualidade de precedente pluriprocessual, o Recurso em Habeas Corpus nº 56.465 e os Habeas Corpus de nº 71.195, 89.429 e 91.952. A premissa de que texto legislado não se confunde com norma também se aplica aos precedentes judiciais. O julgamento do referido Recurso em Habeas Corpus nº 56.465 data de 05 de setembro de 1978. Apesar de anterior à Carta de 1988, atuou na concepção do Supremo Tribunal Federal como elemento de repetição e de conteúdo constitucional. As *obiter dicta* dos precedentes de referência⁴⁶ auxiliaram na confecção do texto do Verbete, demonstrando que, ao contrário da experiência da *common law*, nosso sistema também as dota de caráter normativo.

⁴⁶ No Habeas Corpus nº 91.952, o Ministro Eros Grau defendeu, em seu voto, que “eu diria, no *obiter dictum*, que talvez incumbisse à Corte deixar isso bem claro. Vamos sugerir que o direito seja aplicado. Se o direito for aplicado, seguramente viveremos todos em melhor harmonia. Bastaria isso para que conquistássemos a harmonia: dar plena eficácia a todos os preceitos legais que convivem com a Constituição.”

Merece ênfase o Habeas Corpus de nº 91.952, na qualidade de *leadin case* (apesar da ausência de ineditismo), relator Ministro Marco Aurélio, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

“ALGEMAS – UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga.
JULGAMENTO – ACUSADO ALGEMADO – TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório.”

No voto, o relator expôs parte do princípio da não-culpabilidade e que o réu merecia tratamento devido aos humanos que vivem em um Estado Democrático de Direito. Assevera que segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a “dignidade da pessoa humana. Da leitura do rol das garantias constitucionais – artigo 5º -, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso. A ele é assegurado o respeito à integridade física e moral – inciso XLIX.”

O Ministro Carlos Britto, em seu voto, expõe que

“a força normativa da Constituição é suficiente, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana; fundamento da república lembrado pelo eminente relator. Mas, se desfilarmos pela passarela da Constituição, nesse âmbito mesmo dos direitos individuais e, portanto, fundamentais, encontraremos outros dispositivos que cimentam o juízo da excepcionalidade do uso das algemas.”

As normas constitucionais cuja abertura são objeto de declaração por parte da argumentação utilizada pelo Pretório são o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a vedação ao tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III), a inviolabilidade à imagem (artigo 5º, inciso X), o respeito à integridade física e moral dos presos (artigo 5º, inciso XLIX) e a presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII).

O trabalho interpretativo dessas normas constitucionais construíram, sobretudo a partir das *obiter dicta* dos precedentes de referência, o teor do Verbete Obrigatório nº 11 que, ao mesmo tempo que declara normas como a dignidade da pessoa humana, a vedação ao tratamento desumano e o respeito à integridade física e moral dos presos, normatiza e regulamenta a utilização das algemas não só em sessão plenária do Tribunal do Júri e prevê, ainda, a eventual nulidade e a responsabilidade civil e criminal de agentes e autoridades, além da responsabilidade civil do Estado.

Para fins de um terceiro exemplo, reportamos mais uma vez à Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.332, relator Ministro Moreira Alves, na qualidade de sentença substitutiva, em que o Supremo Tribunal entendeu inválido o artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43/2000, que introduziu o artigo 15-A no Decreto-lei nº 3.365/41, especialmente ao fixar juros de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença entre o preço ofertado e o valor do bem fixado na sentença na hipótese de imissão prévia na posse em desapropriação.

Apreciando o provimento de urgência, o Tribunal, em decisão de 05 de setembro de 2001, suspendeu a expressão “de até seis por cento ao ano”, considerando relevante a Arguição de inconstitucionalidade fundada no Verbete nº 618 da Súmula da Jurisprudência, que dispõe que “na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano”. As normas constitucionais objeto de interpretação consubstanciam as garantias do direito de propriedade (artigo 5º *caput* e inciso XXII) e da justa e prévia indenização em dinheiro para a possibilidade de desapropriação (artigo 5º, inciso XXIV).

Nesse paradigmático exemplo, a interpretação e aplicação dessas normas constitucionais permitem a edição desse precedente de teor substitutivo, cuja normatividade regula a extensão da alíquota de juros moratórios, fixando que, apenas, é constitucionalmente adequada a de 12% ao ano.

Assim, o exercício da jurisdição constitucional pela práxis do Supremo Tribunal Federal rompe com a clássica concepção formal de legalidade, associada à atividade parlamentar de edição de normas legisladas⁴⁷. Busca-

⁴⁷ Com certa indignação, Mauro Cappelletti, citando Lord Radcliffe, expõe que “em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘*law-making*’. Ainda nas

se, dessa forma, a construção de uma nova compreensão do referido princípio, no sentido de que, ao mesmo tempo em que mantém a qualidade de garantia, admita outros mecanismos para que o Poder Público, pautado em comandos determinados pelo Texto Constitucional, edite normas jurídicas, dotadas, também, de coercitibilidade e abstração.

Trata-se, pois, de uma visão material de legalidade ou normatividade, cuja missão é de organização das fontes do Direito. A adoção de compreensão determinativa dos precedentes pelo Pretório qualifica a Carta Magna como fonte do Direito e fonte de produção normativa. Voltando-se para a experiência espanhola, Juan-Sebastián Piniella Sorli leciona que

Hemos visto em los dos apartados anteriores, como al Constitución determina su propia primacía respecto al ordenamiento jurídico que integra y, además, como 'norma normarum' establece la regulación de las restantes fuentes y sus relaciones entre sí. El principio de legalidad postula una estructuración organizativa de las fuentes, para que pueda determinarse la relación entre las mismas, y esto se consigue mediante el principio de jerarquía normativa consagrado em el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Um olhar na práxis do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional denota que seus precedentes, ao mesmo tempo que declaram normas constitucionais ou interpretam normas oriundas do direito legislado a partir de princípios, normatizam relações jurídicas. As normas judiciais que emanam da Jurisprudência magna diferenciam-se das normas legisladas basicamente pela fonte, pelo procedimento de formação⁴⁸ e pela estrutura semântica.

palavras de Lord Radcliffe 'jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?' [CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, pg. 24/25]

⁴⁸ Alessandro Pizzorusso utiliza o procedimento de formação como critério para diferenciar um precedente de um ato legislado na experiência italiana. Leciona que "a questo scopo, occorre cominciare con l'osservare Che, seppure il provvedimento 'sentenza' possa venir utilizzato come forma di qualunque tipo di decisione, indubbiamente la sua struttura - e soprattutto il suo procedimento di formazione, ossia il 'processo' - presentano caratteristiche profondamente diverse d quelle proprie dell' 'atto normativo' e, rispettivamente, del procedimento di formazione di esso - tanto nella

É a práxis do Pretório no exercício da jurisdição constitucional que interpreta de forma aberta a Constituição e, a partir da abertura, edita precedentes com teor normativo. Portanto, o acolhimento de compreensão determinativa das normas jurídicas decorrentes dos precedentes judiciais do Pretório Excelso altera o plano normativo de abstração. Dessa forma, em ordem decrescente, temos os princípios, as regras (tanto legisladas quanto judicadas), as normas judicadas a respeito da validade, do alcance e do sentido de uma norma legislada⁴⁹ ⁵⁰ (inclusive um princípio) e, por fim, o caso concreto. O resultado final da alteração do campo de abstração e de abertura é, conforme exposto pela análise de casos concretos, eminentemente normativa e criativa.

O artigo 103-A da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, consagra a existência desses planos, apesar de

variante applicata agli atti legislativi delle assemblee parlamentari, cioè alla 'legge' in senso stretto. [PIZZORUSSO, Alessandro. Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Unam. Disponível no site <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/29.pdf>. Acesso em 03 de março de 2009]

⁴⁹ Lênio Streck, procede ao estudo de súmulas de teor tautológico, sustentando que “grande número de Súmulas – talvez a maioria – vale muito mais pelo fato de serem Súmulas do que pelo seu conteúdo. Esse fenômeno ocorre também no campo da jurisprudência não sumulada e na própria doutrina. Ou seja, para a ‘segurança jurídica’, algumas ‘obviedades’ devem ser ditas para evitar a ‘demasia’ das redefinições interpretativas. [...] Daí que, em alguns casos, a matéria pode, em chegando aos tribunais superiores, uma vez provocando o incidente de uniformização de jurisprudência, originar a edição de uma Súmula. Assim, por exemplo, vale citar algumas Súmulas que se enquadram na espécie: Súmula 281, do STF, que diz ser inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada. Essa Súmula nada mais diz do que já dissera a Constituição; Súmula 365, do STF, que veda pessoa jurídica a propor ação popular, o que nada mais é do que repetir a Constituição, que assegura somente aos cidadãos a legitimidade para a referida ação; [...]” [STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro** - eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante, 2ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.]

⁵⁰ Com maestria, Eugenio Bulygin, professor da Universidade de Buenos Aires, leciona que “*la separación tajante entre la función del poder legislativo como creador de las normas generales y el poder judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible. No por la crítica de Kelsen, es decir, no porque los jueces dicten normas individuales, que difícilmente pueden considerarse como creación del derecho, sino porque los jueces crean también normas generales. [...] De acuerdo a la tesis defendida aquí, la creación judicial del derecho se produce tanto en los casos de lagunas normativas, como en los de conflictos de normas.*” [BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿ crean derecho?, in **La función judicial** – ética e democracia. MALEN, Jorge; OROZCO, Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, pg. 35]

prever um grande paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que omite o caráter normativo de uma súmula com efeito vinculante, admite que o respectivo objeto constitui a validade (a interpretação) e a eficácia de normas legisladas, com o específico fim de evitar controvérsia e insegurança jurídicas.

Gravitando-se nesses planos, uma norma judicial assume a função de confirmar, declarar, aditar, substituir, revogar, mudar e distinguir, seja em relação a outra norma julgada já editada, seja em relação à Constituição ou a norma legislada constitucionalmente interpretada. Quando um precedente confirma a orientação de outro precedente, consagram-se os princípios da isonomia e da segurança jurídica, pois atribui-se a mesma resposta jurisdicional a jurisdicionados na mesma situação. A prestação jurisdicional torna-se, pois, coerente, estável e previsível, reproduzindo-se o direito vivo.

A compreensão determinativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal gera alteração vertical do bloco de constitucionalidade. Assim, a referência da jurisdição constitucional constituída horizontalmente pelo Texto da Carta Magna, pelas Emendas à Constituição e pelos Tratados em Direitos Humanos e disposições materialmente constitucionais constantes nas leis passa a sofrer a influência da alteração vertical por força dos precedentes, que além de possuírem teor normativo, reportam-se a normas constitucionais. Os precedentes dos demais tribunais também decorrem da jurisdição constitucional. Entretanto possuem limitações para que correspondam a exigências de validade por conta do monopólio da última palavra em hermenêutica constitucional.

7. CONCLUSÃO

A práxis do Supremo Tribunal Federal em editar precedentes judiciais denota dissociação com a argumentação no discurso de justificação. O monopólio da última palavra em hermenêutica constitucional apresenta o Pretório como o revelador último da realidade constitucional em um dado momento consubstanciado pela sessão de julgamento.

O argumento da força normativa da Constituição gera um desvalor pela desconsideração dos precedentes do Supremo Tribunal Federal que, mesmo os despojados da autoridade vinculante, passam a gozar da eficácia *erga omnes*. Apesar do discurso, a práxis do Pretório não segue

compreensão meramente declaratória dos precedentes judiciais (*declaratory theory*). Práticas como a decantação da *ratio decidendi* e a transcendência dos motivos determinantes, a prolação de decisões vinculantes e o desvalor pelo não seguimento da Jurisprudência Constitucional oriunda da última palavra em hermenêutica, o reconhecimento de normas abertas, a mutação constitucional e postura não-originalista e a prolação de sentenças manipulativas denotam, também, teor normativo dos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

O Pretório, na qualidade de intérprete constitucional, em perspectiva subjetiva, também tem conhecimento absoluto de parte da realidade constitucional, que é relativa ou relativizada no tempo e no espaço, mesmo porque nem mesmo a Constituição o consagra como “intérprete fundamental e absoluto conhecedor” da referida realidade. Entretanto, é dele o múnus decisório das colisões hermenêuticas.

Denota-se que a práxis do Pretório no exercício da jurisdição constitucional acolhe compreensão determinativa dos precedentes, a medida em que, ao mesmo tempo que interpretam, declaram e revelam normas constitucionais, normatizam relações jurídicas e as prerrogativas das demais instituições políticas, relativizando cada vez mais a realidade constitucional. Várias são as consequências do acolhimento da *determinative theory*, como a alteração dos planos de abstração das normas jurídicas pela consideração dos precedentes e a alteração vertical do bloco de constitucionalidade.

A natureza humana do intérprete o torna um cego na escuridão. Um olhar da realidade constitucional na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal compreendida a partir da *determinative theory* representa uma busca em ambiente em que há luz. Mas, nem sempre, é na luz que se encontra o que se procura.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY; Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, *in* MACCORMICK, Neil. SUMMER, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, pg. 26/27.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMER,

Robert S. (org). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.

BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho?, *in La función judicial – ética e democracia*. MALEN, Jorge; OROZCO, Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A coisa julgada no controle direto da constitucionalidade, in SARMENTO, Daniel, organizador.. **O controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CASAVOLA, Paolo. La giustizia costituzionale nel 1992. **Conferenza Stampa**. Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Disponível no site www.cortecostituzionale.it. Acesso 28 de outubro de 2007.

CLÈVE, Merlin Clèmerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTELLO, George. The Supreme Court's overruling of constitutional precedent: an Overview. **CRS Report for Congress**, November 29, 2005. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w12913>. Acesso em 08 de março de 2009.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W.. **Precedent in English Law**, 4th ed. Oxford University: 1991.

DEMO, Roberto Luís Luchi. As “medidas provisórias” do Poder Judiciário. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, nº 35, pg. 35-39, out/dez de 2006.

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

GIFIS, Steven H.. **Law Dictionary**, 5th ed. New York: Barron's, 2003

GUASTINI, Riccardo. A 'constitucionalização' do ordenamento jurídico na experiência italiana. *in* **A Constitucionalização do Direito**, Fundamentos teóricos e aplicações específicas, obra coletiva; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SAMENTO, Daniel, coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. **Anuario de Filosofía del Derecho**, XVIII, 2001.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**, tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LANDA, César. Las sentencias atípicas en la Jurisdicción Constitucional Latino Americana. Disponível em www.juridicas.unam.mx. Acesso em 31 de dezembro de 2010.

LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. **Revista española de derecho constitucional**, Año nº 8, Nº 22, 1988 , pags. 9-52.

MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador – *appellementscheidung* – na prática da Corte Constitucional Federal Alemã. Disponível no sítio <http://br.geocities.com/profpito/oapelogilmar.html>, acesso em 10 de abril de 2008.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). Interpreting precedents: a comparative study.* England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula Vinculante.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Direito Federal** – Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, nº 85, ano 23, 3º trimestre de 2006.

PIZZORUSSO, Alessandro. Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo. **Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Unam.** Disponível no site <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/29.pdf>. Acesso em 03 de março de 2009

POSNER, Richard A. **How judges think.** Cambridge: Harvard University Press, 2008.

PUERTO, Manuel J. Rodríguez. Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve. **Anuário de Filosofia del Derecho**, n. XVI, 1999, pg 121/141.

SILTALA, Raimo. **A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law.** Oxford: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SORLI, Juan-Sebastián Piniella. **Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad.** Encrucijada de competencias. Barcelona: Bosch, 1994.

STERN, Klaus. **Jurisdicción constitucional y legislador.** Madri: Dykinson, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

____ **Súmulas no direito brasileiro** - eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante, 2ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy, *in* MACCORMICK, Neil. SUMMER, Robert S. (org.) Interpreting precedents: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, pg. 154/155.

TIERSMA, Peter M. The textualization of precedent. **Notre Dame Law Review** V. 82:3, pg. 1187/1278. Paper nº 2007-28, April 2007.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Jurisdição Constitucional Brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZANDER, Michel. **The law-making process**, 6ª edição. Cambridge University Press.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Luis Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correa de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil** V.1, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.