

NORMATIVIDADE E COMPREENSÃO DETERMINATIVA DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

Caio Márcio Gutterres Taranto**

RESUMO: O presente estudo discute a adoção de compreensão determinativa dos precedentes judiciais pela práxis do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente judicial. Jurisdição constitucional. *Made-law theory*. Teoria determinativa. Legalismo.

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 - e 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, o que é diverso do poder de resguardá-la de dadas interpretações preconcebidas 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 de 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

* Enviado em 27/4, aprovado em 18/5 e aceito em 5/8/2011.

** Doutorando em Direito e Cidadania - Universidade Gama Filho; mestre em Direito - Universidade Estácio de Sá (RJ); juiz federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro; professor da graduação em Direito - Universidade Candido Mendes e Centro Universitário Serra dos Órgãos. Faculdade de Direito, Departamento de Pós-Graduação; Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: caio@jfrj.jus.br.

constitucionalidade, normatizam relações jurídicas e disciplinam as prerrogativas das demais instituições políticas.

1 O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição: o monopólio da última palavra em hermenêutica constitucional

Os postulados hermenêuticos propostos por Häberle (1997, p. 12-14) gravitam em torno da premissa de que quem vive a norma acaba por interpretá-la - ou ao menos cointerpretá-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 interpreta de forma isolada, pois muitos são os participantes do processo hermenêutico. Subsiste, no pensamento do autor (HÄBERLE, 1997, p. 14), a responsabilidade da jurisdição constitucional, necessária para a última palavra sobre a interpretação, com a ressalva do voto minoritário.

Häberle (1997, p. 14) 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, estejam 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 hermeneutas da Magna Carta e que o Pretório Excelso é o órgão constitucionalmente autorizado para interpretá-la.

Entretanto, até por força de outros dispositivos constitucionais - a exemplo da reserva de plenário (artigo 97) e do veto presidencial a projeto de lei (§ 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 “ultima palavra” em hermenêutica constitucional.¹ Nesse sentido, cita-se a exposição no Mandado de Segurança nº 26.603/DF, julgado em 4/10/2007, 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. (BRASIL, *Mandado de Segurança nº 26.603*, DJ: 15/10/2007, p. 35)

Essa justificativa é encontrada em outros precedentes do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.345/DF, relator Ministro Celso de Mello, julgamento: 25/8/2005. Nesse precedente, o Pretório complementa expondo que:

A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345*, DJ: 29/8/2005, p. 33)

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. (BRASIL, *Medida Cautelar na Reclamação nº 2.986*, DJ: 18/3/2005, p. 328)

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 15/9/2005), 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-se 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, insita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior".

A "última palavra" em hermenêutica decorre da jurisdição constitucional a partir da monoprocessualidade, como nas ações da fiscalização abstrata e mesmo do

juízo 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 e o desvalor no não acompanhamento da orientação do Supremo Tribunal Federal pelos demais tribunais.

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

2 Precedentes judiciais e jurisdição constitucional: a força normativa da Constituição como fundamento dos precedentes

Na leitura do próprio Supremo, o artigo 102 consagra-o 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 o 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.

A guarda da Constituição pelo Pretório materializa-se pelo julgamento de ações abstratas e 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 apresentam 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.

Ademais, uma sentença ou uma decisão judicial que não acolhe precedente do Pretório, mesmo que persuasivo, pode ser monocraticamente reformada nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil. Ao contrário, eventual recurso que tenha por objeto impugnar sentença ou decisão judicial que acolhe precedente do Supremo Tribunal Federal pode (*rectius*, deve) não ser admitido. Em outras palavras: os precedentes magnos produzem, também, autoridade impeditiva de recurso.

Essas constatações que decorrem dos instrumentos processuais de aplicação dos precedentes demonstram que 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. [...]

A interpretação restritiva, considerado esse modelo em que as questões constitucionais chegam ao Supremo tardiamente, cria uma inversão no exercício da interpretação constitucional. A interpretação dos demais tribunais e dos juízes de primeira instância acaba por assumir um significado muito mais relevante que o pronunciamento desta Corte. Não posso aceitar isso. Isto não é, por evidente, uma rejeição ao modelo difuso. O que quero enfatizar é que estamos aqui diante de uma distorção do modelo que merece ser corrigida. (BRASIL, *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328.812*, DJ: 24/3/2008, p. 83)

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, que fundamenta os precedentes.

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. (BRASIL, *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 382.298*, DJ: 28/5/2004, p. 59)

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 espanhola.

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; LAPORTA, 1997, p. 279)

Nessa linha, voltado para a experiência americana, Michael J. Gerhardt (2008, p. 3-8) propõe um significado constitucional dos precedentes. O autor conceitua-os 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 precedentes. Ainda em relação à experiência americana, Richard Posner (2008, p. 271) assevera que: "the declining ratio to Supreme Court to lower-court decisions may have another effect - that of feeding the widespread but inaccurate perception that a majority of the cases that the Court decides nowadays are constitutional cases".

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.

3 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. Por outro lado, a norma judicial diferencia-se da legislada como referência para as decisões judiciais e para as práticas jurídicas, pelo procedimento e pela intensidade de produção.

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*. Com propriedade, Richard Posner (2008, p. 83) 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".

Parte-se, então, para a 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.

A Constituição passa a assumir duplo aspecto (SORLI, 1994, p. 46). 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 apresenta diversos dispositivos a respeito de competências legislativas e do processo legislativo, consagrando-a como uma carta rígida por força de o artigo 60 prever exigências mais complexas para as emendas, como o quórum de três quintos e votação em dois turnos em cada uma das casas legislativas. A exaustão dessas normas na Constituição de 1988 confirma 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: são, 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.

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. (BRASIL, *Agravo de Instrumento nº 253.149*, DJ: 16/3/2000, p. 97)

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 30/4/2009, 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 incursionamento 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. (BRASIL, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130*, DJ: 23/9/2009, p. 14)

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, relator: ministro Ayres de Britto, julgamento de 29/5/2008, 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 embrionárias.

Tomemos como exemplo a Súmula Vinculante nº 2, na qualidade de precedente pluriprocessual editado na sessão plenária de 30/5/2007, que conta como referência as ações diretas de inconstitucionalidade nº 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 e sorteios”. Dessa forma, não teria a qualidade de fonte do direito, pois apenas declara o teor constante na Carta Magna.

4 A compreensão normativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal

Os argumentos expostos no item anterior poderiam nos conduzir à conclusão de que os precedentes do STF, na visão (autêntica) do próprio tribunal, 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 discutir outras questões constantes nas práxis 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. Doravante, problematizaremos mediante análise da decantação da *ratio decidendi* e da 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.

4.1 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 tribunal.

No sistema da *common law*, um precedente é dotado de, basicamente, dois elementos: a *ratio decidendi* (ou *holding*) e a *obiter dictum*.² A doutrina do *stare decisis* determina que apenas a *ratio decidendi* tem força obrigatória. Peter Tiersma, a respeito da diferença entre esses elementos, leciona:

English courts are bound only by the ratio decidendi of an earlier case on the same issue. They are not obligated to follow obiter dicta, or comments that are not directly on point. It is easy to see how a distinction between ratio and dicta would arise in a system where a reporter decides which of a judge's oral comments to memorialize for posterity. (TIERSMA, 2007, p. 1.187-1.278)

Cross e Harris (1991, p. 8) definem a *ratio decidendi*, 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*. 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.³

Em certos julgamentos, o Pretório Excelso expressamente discute o sentido e a específica *ratio decidendi* de uma decisão paradigma. Nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 194.662, 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. Confirma-se a ementa do acórdão:

- 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, DJ 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 por SINPER acolhidos.
 7. Embargos de declaração interpostos por SINDIQUÍMICA rejeitados. RE-ED 194.662 - dezembro de 2002. (BRASIL, *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 194.662*, DJ: 4/12/2002, p. 128)

Citando Winfried Schlüter, o ministro ressaltou em seu voto 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”.

Uma 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 nº 9.868/99) em 7/10/2008 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 *desestimatória* 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.

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 julgamento 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 ADI, expôs que:

Essa visão do fenômeno da transcendência - que esta Corte admitiu na decisão proferida na Rcl nº 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. (BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345*, DJ: 3/9/2010, p. 156)

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 2: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”. O auditório a que se dirige essa norma julgada 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.

Neil MacCormick defende que a unicidade de *ratio decidendi* em um precedente representa um nocivo dogma na *common law*:

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, 2006, p. 106)

Já na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é comum um precedente apresentar várias questões nucleares.⁴ A decantação da *ratio decidendi* mostra-se relevante, sobretudo para fins de identificação da matéria e da idêntica controvérsia em hipótese de repercussão geral (§ 5º do artigo 543-A, e artigo 543-B, ambos do Código de Processo Civil).

O simples fato de o 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 STF não se reportasse sempre diretamente às disposições constitucionais? Qual seria, ainda, a razão para que o Supremo exigisse que os demais órgãos do Poder Judiciário seguissem os precedentes e não se reportassem diretamente às disposições constitucionais? Logo, esses precedentes também necessitam ser interpretados pelo Supremo Tribunal Federal a ponto de serem discriminados das normas constitucionais a que se referem.

4.2 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, corrige-se a apontada invalidade.

Francisco Rubio Llorente (1988, p. 37), em estudo dos anos 1980 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 a redução do texto e o apelo ao legislador.

Precedentes aditivos são os que inserem comandos então inexistentes no ordenamento jurídico. Dissertando a respeito da experiência italiana, Riccardo Guastini (2007, p. 285) leciona que “costuma chamar de ‘aditivas’ (são) aquelas em que a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma dada disposição na parte em que não expressa uma certa norma (que deveria expressar para ser conforme a Constituição)”. 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 uma norma “constitucionalmente necessitada”:

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, 1993, p. 12)

A jurisdição constitucional, então, determina a medida que constitucionalmente deveria ser estabelecida e supre a omissão legislativa total ou parcial.

Apesar de o STF negar a possibilidade de sentença aditiva, a exemplo da argumentação constante na ADI 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 (DEMO, 2006, p. 35-39), inerente ao controle de inconstitucionalidade por omissão, bem como de forma atípica por outros precedentes, sobretudo decorrente de interpretação conforme (NOBRE JR., 2006, p. 85-126).

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

O precedente aditivo pode decorrer da modulação temporal de efeitos, sem que represente uma revogação prospectiva. Essa metodologia decisória foi proposta pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, publicação de 21/9/2007, 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 1998 - seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva”.

Já o precedente substitutivo, na lição de Paolo Casavola (1993, p. 12), é o que insere uma norma constitucionalmente adequada em uma norma legislada, após a declaração de inconstitucionalidade. A função substitutiva afronta a dogmática da 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.

A sentença substitutiva não 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 hermenêutico. 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.

Um 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. Esse artigo dispõe que, no caso de imissão prévia na posse em desapropriação, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, incidirão juros de até 6% ao ano sobre o valor da diferença a contar da imissão.

Apreciando o provimento de urgência, o STF, em decisão de 5/9/2001, suspendeu a expressão “de até 6% 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, identifica-se, com clareza, o duplo momento. Primeiro, o Supremo atua na qualidade de legislador atípico negativo perante a expressão “de até 6% 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.

4.3 Mutação constitucional e ativismo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Outra premissa apta a questionar a função meramente declaratória dos precedentes do Supremo Tribunal Federal consubstancia a possibilidade de mutação constitucional informal associada a ativismo judicial. A concepção jurídica de Constituição decorrente da política decisão de dot -la de forçá normativa permitiu a judicialização de questões eminentemente políticas.

Na decisão monocrática do Mandado de Segurança nº 26.915, o relator, ministro Gilmar Mendes, tratou com extrema maestria a judicialização da política decorrente da forçá normativa da Constituição. Gilmar Mendes expôs que:

A doutrina das questões políticas chegou ao Supremo Tribunal Federal com o famoso e pol mico julgamento do HC nº 300, impetrado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1891. Em sua petição inicial, Rui Barbosa defendeu, amparado na doutrina norte-

americana da “political questions”, criada por influência da decisão de Marshall no célebre caso “Marbury vs. Madison”, que “os casos, que, se por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem direitos individuais, não podem ser defesos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do executivo”. [...] Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição. Mantendo essa postura, o Supremo Tribunal Federal, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas, nas quais observa violação à Constituição. Os diversos casos levados recentemente ao Tribunal envolvendo atos das Comissões Parlamentares de Inquérito corroboram essa afirmação. (BRASIL, *Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 26.915*, DJ: 16/10/2007, p. 74)

O referido monopólio da última palavra em hermenêutica constitucional faz com que, praticamente, todas as hipóteses mutativas ensejam a formação de precedentes. Nesse sentido, no julgamento do Habeas Corpus nº 90.450,⁵ sessão de 23/9/2008, o relator, ministro Celso de Mello, expôs que a interpretação judicial (entenda-se interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal em última palavra) desempenha um papel de fundamental importância não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea. Vislumbra-se que, nessa primeira passagem do voto, apesar do exposto acolhimento de compreensão declaratório das decisões do Pretório, há um elemento problematizador decorrente do próprio reconhecimento da necessidade de adequação às novas exigências.

Citando Francisco Campos, o relator expõe que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas e em que, nos tribunais incumbidos da guarda de constituição, funcionava igualmente o poder constituinte. Completa o eminente ministro asseverando que na realidade, a interpretação judicial, ao conferir sentido de contemporaneidade à Constituição, nesta vislumbra um documento vivo a ser permanentemente atualizado, em ordem a viabilizar a adaptação do *corpus* constitucional às novas situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais surgidas em um dado momento histórico. Por fim, a argumentação do relator assenta que a “interpretação judicial há de ser vista como instrumento juridicamente idôneo de mutação informal da Constituição”.

Os precedentes mutativos são responsáveis pela consolidação do referido processo de transformação e (neo)normatização pelo exercício da última palavra em hermenêutica constitucional. Diferem-se dos aditivos e dos substitutivos pela ausência do duplo momento lógico (*doppia pronuncia*). Na mutação, não há prévio reconhecimento de inconstitucionalidade nem hipótese de interpretação conforme.

A mutação constitucional informal decorrente da última palavra em hermenêutica constitucional denota postura ativista não originalista do Supremo Tribunal Federal.

Ora, se essa atitude fosse meramente “declaratória”, a jurisdição não manteria “vivo” o sistema constitucional. Indubitavelmente, transformar o teor normativo da Constituição pela mutação informal consubstancia prática muito além da mera declaratividade por parte dos precedentes constitucionais. Entretanto, sua identificação, apesar de observada juntamente com a utilização de *ratio decidendi* e com a presença de sentenças manipulativas *lato sensu* na jurisprudência do Supremo, por si só não identifica o caráter normativo dos precedentes magnos.

Portanto, o tema deve ser problematizado a partir da autoridade de que gozam os precedentes decorrentes do monopólio da última palavra em hermenêutica constitucional e do dirigismo da *ratio decidendi* para os demais intérpretes da Constituição.

4.4 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 da jurisprudência do tribunal mais eventuais sanções e instrumentos processuais aptos a resguardar a autoridade das decisões magnas.

Uma decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, *verbi gratia*, pode produzir efeitos vinculantes, impeditivos de recurso e, até mesmo, persuasivos. A indicação de que o efeito do precedente depende do contexto da aplicação, hoje, é afirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Na aprovação do Enunciado da Súmula Vinculante nº 11, por força do Hábeas Corpus nº 91.952, relator: ministro Marco Aurélio, o STF estabeleceu que as súmulas vinculantes “passam a ser dotadas das características das súmulas impeditivas de recursos”.

A concepção de efeito vinculante construída pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, pelas emendas constitucionais nº 3/93 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*. Essa doutrina reiteradamente é delimitada como, apenas, uma política e uma prática, e não um estrito instrumento de produção de normas absolutas (*inexorable command*). Com propriedade, George Costello (2005, p. 1) expõe que ela significa a regra geral dos tribunais, ao identificar uma norma em um caso, ao aplicá-la em casos futuros com matéria de fato substancialmente similar. 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 obrigatória.

Ressalta-se, mais uma vez, as colocações do Supremo Tribunal Federal 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 descon sideram 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 Posner (2008, p. 19), 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 juizes. Prega que as decisões são determinadas pelo Direito, concebido como um corpo preexistente de regras previstas na Constituição, nas leis e nas decisões judiciais (POSNER, 2008, p. 41). É salutar a observação de Posner, ao tratar do *legalism behavior*, no sentido de que, quando um juiz segue precedente de um tribunal com competência hierárquica, o magistrado não está fazendo um julgamento político, mas sim respeitando a uma força superior. Gerhardt (2008, p. 68) também enfatiza a influência dos precedentes no comportamento dos juizes. Expõe que “those who favor, or combine, these models have long been conducting extensive empirical tests of precedent’s influence on judicial behavior”.

Nessa perspectiva, ponderando-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 behavior* por intermédio da jurisdição constitucional (HERNÁNDEZ, 2001, p. 267-299). Trata-se de imposição preponderante, mas não exclusiva.

Essa imposição – somada à decantação e aplicação constante da *ratio decidendi*, à produção de sentenças manipulativas, à consolidação da realidade constitucional viva apta a permitir mutações constitucionais informais, à 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: representam, sim, fontes normativas diversas da Constituição.

No entanto, como compreendê-los como fontes do direito se são repertórios obrigatórios de princípios e regras constitucionais decorrentes da jurisdição constitucional? Em outras palavras, a concepção pautada na *judge-made law theory* como construída por juristas e juizes 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.

5 Compreensão determinativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal

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*.

Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Geoffrey Marshall (1997, p. 330-335), 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 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 abertura dada pelo direito legislado. Durante os séculos XIX e XX, a visão positivista predominante empenhou-se em 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 princípios (PUERTO, 1999, p. 121-141), e não simples deduções nem discricionariedades. Precedentes, expõem os autores, são fontes, pois cada decisão determina o direito.

Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Geoffrey Marshall sugerem uma visão mais *holística* 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). (BANKOWSKI et al., 1997, p. 331)

Diversos doutrinadores apresentam construções determinativas de precedentes judiciais, sobretudo com a intenção de justificar o poder normativo dos tribunais constitucionais (BANKOWSKI et al., 1997, p. 481-485) a partir de técnicas interpretativas, da declaração de inconstitucionalidade e da edição de precedentes manipulativos. Pautado para o Direito Continental europeu, Rubio Llorente (1988, p. 38) assevera que, por meio 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.

Michael Gerhardt (2008, p. 64), na mesma perspectiva, explica que o pensamento doutrinário com *strong view* dos precedentes os considera 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.

Compreender de forma determinativa os precedentes consubstancia, em primeiro lugar, reconhecer o caráter normativo e de fonte do direito mas, ao mesmo tempo, condicionado a um outro caráter o qual tem o múnus de interpretar, declarar e regulamentar. Consagra, assim, uma concepção normativa de precedentes, mas que os subordinam à normas constitucionais. Em segundo lugar, há uma ruptura com a concepção de que o Poder Judiciário é “a boca que pronuncia a lei”.

Para que possamos continuar com a análise da compreensão determinativa dos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal, propomos a análise da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.946, relator: ministro Sydney Sanches. O artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/98 fixou o valor máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social em R\$ 1.200,00, devendo ser reajustado de forma a preservar 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 deva ser realizada “na forma desta Constituição” - ou seja, nos termos previstos no artigo 7º, XVIII, cujo texto garante o direito à licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias. A Previdência Social, na qualidade de política pública, está prevista a partir do artigo 201, cujo inciso II garante a proteção à maternidade.

O Pretório firmou que, caso se entenda que a Previdência Social responda apenas por R\$ 1.200,00 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 buscou combater, quando proibiu diferença de admissão por motivo de sexo” (artigo 7º, XXX). O Supremo assenta 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.” O Pretório julgou, então, procedente em parte a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.946 para se dar ao artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20 interpretação conforme a Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o artigo 7º, 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 legislação. A própria garantia do salário-mínimo (artigo 7º, 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.

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 de esta receber salário-mínimo por força da disposição constante no § 2º do artigo 201. O princípio da isonomia entre

homens e mulheres (artigo 5º, I); as normas constante no artigo 7º, 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 e segurada empregada, que é diversa da relação jurídica existente entre o empregador e a empregada.

Para fins de segundo exemplo, sugerimos análise da Súmula Vinculante nº 11. Identifica-se que o texto do verbete apresenta 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 Verbetes Obrigatório nº 11, considerando-se as três premissas, aproxima-se de técnica utilizada para o direito legislado.

Como referência atuaram o Recurso em Hábeas Corpus nº 56.465 e os hábeas corpus 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 Hábeas Corpus nº 56.465 data de 5/9/1978. 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 referência auxiliaram na confecção do texto do verbete, demonstrando que nosso sistema e praxis também as dotam de caráter normativo. No Hábeas 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. (BRASIL, *Hábeas Corpus nº 91.952*, DJ 20/8/2008, p. 19)

Na qualidade de *leading case* (apesar da ausência de ineditismo), confira-se a ementa do Hábeas Corpus nº 91.952:

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. (BRASIL, *Hábeas Corpus nº 91.952*, DJ: 20/8/2008, p. 19)

A argumentação do relator 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. Contudo, 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, III); a vedação ao tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III); a inviolabilidade à imagem (artigo 5º, X); o respeito à integridade física e moral dos presos (artigo 5º, XLIX); e a presunção de inocência (artigo 5º, LVII).

O trabalho interpretativo dessas normas constitucionais construiu, sobretudo a partir das *obiter dicta* dos precedentes de referência, o teor do Verbete Obrigatório nº 11, que - ao mesmo tempo em 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 ADI nº 2.332, relator: ministro Moreira Alves, na qualidade de sentença substitutiva, em que o Supremo Tribunal entendera 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 6% 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 STF, em decisão de 5/9/2001, suspendeu a expressão “de até 6% ao ano”, considerando relevante a arguição de inconstitucionalidade fundada no Verbete nº 618 da Súmula da Jurisprudência, que assim dispõe: “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, cáput e XXII) e da justa e prévia indenização em dinheiro para a possibilidade de desapropriação (artigo 5º, XXIV).

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 legisladas. Busca-se, dessa forma, construir uma nova compreensão do referido princípio, no sentido de que, ao mesmo tempo em que mantém a qualidade de garantia, admite outros mecanismos para que o Poder Público, pautado

em comandos determinados pelo Texto Constitucional, edite normas jurídicas, dotadas, também, de coercitividade e abstração.

Trata-se, portanto, de uma visão material de legalidade ou normatividade, cuja missão é organizar as 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. (SORLI, 1994, p. 42)

Um olhar na práxis do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional denota que seus precedentes, ao mesmo tempo em 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 formação e pela estrutura semântica.

É a práxis do STF 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 legislada (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.

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 puede 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, 2003, p. 35)

Já Lenio Streck (1998, p. 169) procede ao estudo de súmulas de teor tautológico. Sustenta 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”.

Ao gravitar 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, assim, coerente, estável e previsível, ao reproduzir o direito vivo.

Conclusão

A prática 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 prática 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; a 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, até 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 prática do Pretório no exercício da jurisdição constitucional acolhe compreensão determinativa dos precedentes, à medida que, ao mesmo tempo em que interpretam, declaram e revelam normas constitucionais, normatizam relações jurídicas e 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 torna-o 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. Entretanto, nem sempre é na luz que se encontra o que se procura.

DETERMINATIVE AND NORMATIVE UNDERSTANDING OF BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT PRECEDENTS

ABSTRACT: The author comments on the determinative theory in the Brazilian Federal Supreme Court precedents.

KEYWORDS: Precedent. Judicial Review. Made-law theory. Determinative theory. Legalist behavior.

Referências

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth; Ashgate, 1997. p. 17-64.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth; Ashgate, 1997. p. 315-354.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth; Ashgate, 1997, p. 481-502.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*. Relator: ministro Ayres de Britto, Decisão: 1º/8/2007. DJ: 21/9/2007. p. 38.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946*. Relator: ministro Sydney Sanches. Decisão: 3/4/2003 DJ: 10/04/2003. p. 150.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332*. Relator: ministro Moreira Alves. Decisão: 5/9/2001. DJ: 13/9/2001. p. 89.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345*. Relator: ministro Celso de Mello. Decisão: 25/08/2005. DJ: 29/8/2005. p. 33.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.071*. Relator: ministro Menezes Direito. Decisão: 7/10/2008. DJ: 13/10/2008. p. 33.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 253.149*. Relator: ministro Celso de Mello. Decisão: 29/2/2000. DJ: 16/3/2000. p. 97.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 382.298*. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Decisão: 4/5/2004. DJ: 28/5/2004. p. 59.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130*. Relator: ministro Carlos Britto. Julgamento: 30/4/2009. DJ: 23/9/2009. p. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 194.662*. Relator para acórdão: ministro Gilmar Mendes. Decisão: 10/12/2002, DJ: 4/12/2002. p. 128.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328.812*. Relator: ministro Gilmar Mendes. Decisão: 6/3/2008. DJ: 24/3/2008. p. 83.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus nº 71.195*. Relator: ministro Francisco Rezek. Decisão: 25/10/1994. DJ: 4/8/1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus nº 89.429*. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Decisão: 22/8/2006. DJ: 1º/9/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus nº 90.450*. Relator: ministro Celso de Mello. Decisão: 23/9/2008. DJ: 6/2/2009. p. 300.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus nº 91.952*. Relator: ministro Marco Aurélio. Decisão: 7/8/2008. DJ: 20/8/2008. p. 19.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.603*. Relator: ministro Celso de Mello. Decisão: 3/10/2007. DJ: 15/10/2007. p. 35.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 27.931*. Relator: ministro Celso de Mello. Decisão: 16/12/2009. DJ: 1º/2/2010. p. 156.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 26.915*. Relator: ministro Gilmar Mendes. Decisão: 9/10/2007. DJ: 16/10/2007. p. 74.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação nº 2.986*. Relator: ministro Celso de Mello. Decisão: 11/3/2005. DJ: 18/3/2005. p. 328.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 1.987*. Relator: ministro Maurício Corrêa. Decisão: 1º/10/2003. DJ: 30/5/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Hábeas Corpus nº 56.465*. Relator: ministro Cordeiro Guerra. Decisão: 5/9/1978. DJ: 6/10/1978.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 203.498*. Relator: ministro Gilmar Mendes. Decisão: 9/4/2003. DJ: 6/2/2009. p. 115.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CASAVOLA, Paolo. La giustizia costituzionale nel 1992. Conferenza Stampa. Palazzo della Consulta, 22 febbraio 1993. *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_490.do>. Acesso em: 28 out. 2007.

COSTELLO, George. The Supreme Court's overruling of constitutional precedent: an overreview. *CRS Report for Congress*. November 29, 2005. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w12913>>. Acesso em: 8 mar. 2009.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4. 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*, n. 35. Brasília, out./dez. 2006. p. 35-39.

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

GUASTINI, Riccardo. A "constitucionalização" do ordenamento jurídico na experiência italiana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, 2001. Madrid: Sociedade Española de Filosofía Jurídica y Política. p. 267-300.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 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 dez. 2010.

LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año n. 8, n. 22, 1988. p. 9-52.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O apelo ao legislador - appellellentscheidung - na prática da Corte Constitucional Federal Alemã*. Disponível em: <<http://br.geocities.com/profpito/oapelogilmar.html>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. 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*. Aldershot: Dartmouth; Ashgate, 1997, p. 259-292.

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

NOBRE JR., Edílson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil - Ajufe*. Brasília, n. 85, ano 23, 3º trim. 2006, p. 85-126.

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 em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/29.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2009.

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

PUERTO, Manuel J. Rodríguez. Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho: una reflexión breve. *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. XVI. Madrid: Sociedade Española de Filosofia Jurídica y Política, 1999. p. 121-141.

SILTALA, Raimo. *A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*. Oxford: Hart, 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*. Madrid: Dykinson, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função. In: A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante, 2. 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*. Aldershot: Dartmouth; Ashgate, 1997. p. 141-188.

TIERSMA, Peter M. The textualization of precedent. *Notre Dame Law Review*, v. 82-83, april 2007. p. 1.187-1.278.

ZANDER, Michel. *The law-making process*. 6. ed. Cambridge University, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 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*. 8. ed. São Paulo: RT, 2006.

Notas

¹ A qualidade de “guardião máximo” foi ressaltada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, relator: ministro Cezar Peluso, ao dispor a preeminência deste tribunal, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho Nacional de Justiça, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional por força do artigo 102, caput, I, “r”, e § 4º, da Constituição.

² Há diversas propostas no *common law* para se identificar a *ratio decidendi*, como a proposta por Arthr Goodhart. A respeito da diversidade de sentido de *ratio decidendi* nos sistema jurídicos, objeto que transcende as propostas desse estudo, sugerimos a leitura da obra de Raio Siltala (2000, p. 65 et seq.).

³ Enfrentamentos dos elementos dos precedentes judiciais são, hoje, demasiadamente comuns, como por exemplo, nos acórdãos do Tribunal Constitucional português (e.g. Acórdão nº 100/08, conselheiro José Borges Soeiro; Acórdão nº 67/04, conselheira Maria Fernanda Palma; Acórdão nº 459/06, conselheira Maria João Antunes); nas sentenças do Tribunal Constitucional espanhol

(*e.g.* Sentencia nº 258/2007, Sentencia nº 238/2007, Sentencia nº 168/2006); nas sentenças da Corte Constitucional italiana (*e.g.*, Sentenze nº 429, res. Casavola) e nas decisões do Tribunal Constitucional alemão (*e.g.* BverfGE 4, 250 (269); BverfGE 91, 335 (340)).

⁴ 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).

⁵ A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é rica em precedentes que associam a última palavra em hermenêutica e mutação constitucional, a exemplo, também, dos *habeas corpus* nº 94.695 e 86.009, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345.