

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

***Stare decisis*, Integridade e Segurança Jurídica:
Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos
Sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na Sociedade
Contemporânea**

TESE DE DOUTORADO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Curitiba
Fevereiro de 2011

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

***Stare decisis*, Integridade e Segurança Jurídica:
Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de *Common
Law* e *Civil Law* na Sociedade Contemporânea**

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação
em Direito da PUCPR como requisito parcial para
obtenção do título de Doutora em Direito

Orientadora: Prof. Dra. Katya Kozicki

Curitiba

Fevereiro de 2011

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

***Stare decisis*, Integridade e Segurança Jurídica:
Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de *Common law*
e *Civil law* na Sociedade Contemporânea**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em direito da PUCPR como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada

Prof. Dra. Katya Kozicki
Orientadora

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève
Convidado - UFPR

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
Convidado - UNB

Prof.^a Dr^a Vera Karam de Chueiri
Convidada – UFPR

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Convidado - PUCMG

Curitiba, 28 de fevereiro de 2011.

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz
B239s *Stare decisis*, integridade e segurança jurídica : reflexões críticas a partir da
2011 aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* / Estefânia Maria de
Queiroz Barboza ; orientadora, Katya Kozicki. – 2011.
264 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba,
2011
Inclui bibliografia

1. Precedentes judiciais. 2. Direitos civis. 3. Garantia (Direito). 4. Direitos
humanos. 5. Brasil. Constituição (1988). I. Kozicki, Katya. II. Pontifícia
Universidade Católica do Paraná de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.465

Agradecimentos

No período da tese tentamos, da nossa maneira, suspender a vida e deixar tudo para depois. No meu caso, isso não foi possível, Manuela não quis esperar a tese terminar para vir alegrar o mundo. É neste contexto que nós, mulheres, tentamos abraçar a vida e controlar o tempo, procurando esticá-lo para dar conta de alcançar a igualdade almejada, conciliar os afazeres profissionais e os familiares, porque não queremos abrir mão de nada, mesmo que isso custe sacrifícios para todos.

O prazer da pesquisa e da reflexão exigem do outro lado, momentos de solidão, privações, especialmente de fazer coisas de que gostamos e de ficar com as pessoas a quem amamos.

Com esse desabafo começo meus agradecimentos, que no meu caso são muitos, pois muitos se envolveram e se solidarizaram em pequenos atos ao longo destes quatro anos.

Primeiro gostaria de agradecer ao meu companheiro de vida, Marco Antônio Guimarães, por compartilhar as alegrias e aflições da vida. Aos meus amores: Rafaela, minha companheira e amiga, e Manuela, meu bebê, pelo prazer e por darem sentido à noção de família.

Aos meus pais, Ellen e Simplicio, pelo exemplo, pelo amor e pela presença.

A solidão no inverno canadense foi amenizada pelo carinho com que Karla e Fabiano me acolherem no período do doutorado sanduíche em Toronto.

Agradeço à Capes pela bolsa concedida para a pesquisa realizada no Canadá.

À Joanne Rappaport, pela atenção e agilidade para meu aceite pela Osgoode Hall Law School. Aos professores Bruce Ryder, Michael Mandel, Allan Hutchinson e Harry Arthurs, pela oportunidade das discussões.

Gostaria de agradecer a alguns professores que nos fazem acreditar que a academia vale a pena.

Ao professor Clèmerson Merlin Clève, pela responsabilidade no meu caminho pelo Direito Constitucional e também pela oportunidade de ter um espaço livre para transformar sonhos acadêmicos em realidade.

Ao professor Luiz Edson Fachin, pelas possibilidades de reflexão para além do direito. Ao professor Carlos Frederico Marés, pela provocação. À Vera Karam de Chueiri, por agregar e pela atenção.

Às professoras Fabiane Bessa e Cláudia Maria Barbosa, agradeço o exemplo acadêmico e a igualdade.

Com carinho, agradeço também à minha orientadora e amiga Katya Kozicki, pela liberdade e pela confiança.

Aos meus amigos, também professores, cúmplices nas dificuldades do doutorado, Ozias Paese Neves, Marcelo Conrado, Ilton Norberto Robl Filho, Andréa Rollof, Alexandre Godoy Dotta e Larissa Ramina, exemplos de amizade e solidariedade, cujo apoio foi essencial para chegar até aqui.

Agradeço, ainda, aos amigos Ana Cláudia Finger, Gisele Ricobom, Emerson Gabardo, Daniele Pontes, Frederico Glitz, Daniel Hachem, Marco Aurélio Marrafon, Carol Proner, Octávio Fischer, pela convivência acadêmica, pela confiança e pela torcida.

À Carolina Fonseca Wensersky, com carinho, agradeço a amizade e o profissionalismo, sua dedicação e competência me permitiu ficar três meses ausente do escritório, além disso, registro aqui sua especial ajuda na tradução das notas.

Do mesmo modo, agradeço a ajuda dos amigos Haroldo Alves Ribeiro Júnior, Fernanda Moro e Thierry Chozem Zamboni Kotinda.

Aos amigos apaixonados pelo Direito Constitucional, Eneida Desiree Salgado, Amélia Rossi, Miguel Godoy, Melina Fachin, Marcos Maliska, Paulo Schier e Luciane Moessa de Souza, pela possibilidade de dividir as dúvidas.

Cláudia Bergerson, Marco Aurélio Guimarães, Flávia Viana, Ludimila Stolle Figueiredo, obrigada pela amizade.

Para Manuela, Rafaela, Marco Antônio,
Ellen e Simplício.

Resumo

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz; Kozicki, Katya. ***Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica***: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de *Common law* e *Civil law* na Sociedade Contemporânea, 2011, 264p. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná

O estudo objetiva analisar o novo modo de interpretar e aplicar o Direito instaurado a partir da centralidade dos direitos humanos e fundamentais na segunda metade do século XX, que levou à preponderância do Poder Judiciário nas decisões políticas e morais do Estado, fazendo-o assumir o papel de *judge-made-law*, tradicional nos sistemas de *common law*. Pretende-se examinar as possibilidades de previsibilidade e de segurança jurídica no *common law*, que tem maior proximidade com o processo de construção do direito. Por essa razão, o trabalho aproxima os sistemas de *civil law* e *common law* no âmbito da Jurisdição constitucional, especialmente no controle material de constitucionalidade realizado com base nos direitos humanos ou fundamentais. Propugna pela utilização da doutrina do *stare decisis*, que, por sua vez, é compatível com o modelo do direito como integridade de Dworkin para a garantia de segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais na sociedade contemporânea. Para realizar tal reflexão, a tese está dividida em duas partes, uma voltada à fundamentação e outra, à proposição. A primeira parte do trabalho discorre historicamente sobre os sistemas de *civil law* e *common law*. Constata que a Revolução de Direitos Humanos e a Judicialização da Política constituem causas da expansão do *judicial review* em diversos países. Aponta que a fundamentalidade material dos direitos humanos tem conteúdo moral e serve de parâmetro para o *judicial review* em ambos os sistemas, estejam eles expressos, implícitos ou não escritos num documento constitucional. Na segunda parte estuda-se a doutrina dos precedentes vinculantes, bem como suas características e hipóteses de superação. A partir da leitura do “direito como integridade” de Dworkin, pode-se concluir que é factível a adoção da doutrina do *stare decisis* que aplique o princípio da integridade na decisão judicial no âmbito da Jurisdição Constitucional brasileira, o que garantirá coerência, estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica em relação a suas decisões.

Civil Law e Common Law – Judicialização da Política – Sociedade Contemporânea – Constitucionalismo Brasileiro – Direitos Humanos – Integridade – Segurança Jurídica

Abstract

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz; Kozicki, Katya. ***Stare decisis, Integrity and Certainty in Law***: Critical Considerations about the approximation of the Common Law and Civil Law Systems in Contemporary Society, 2011, 264p. A thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of Doctor of Law, Department of Law, Pontific Catholic University of Paraná.

This work analyzes the new interpretation and application of law introduced from the centrality of human and fundamental rights in the second half of the twentieth century, which led the preponderance of the judiciary in moral and political decisions of the State, assuming the role of *judge-made-law*, traditional to Common Law systems. In times of decoding, the rule only exists in practice and therefore legal security can no longer be found in written texts. This work will also show advocates for the use of the doctrine of *stare decisis*, which in turn is compatible with Dworkin's model of law as integrity, for the guarantee of legal certainty, predictability and stability of judgments. For this reason, the work brings the systems of civil law and common law within the constitutional jurisdiction, especially in the constitutional review based on human or fundamental rights. To support the thesis, the work is divided into two parts, a statement of reasons and one proposition. The first part of the study analyzes historically the systems of civil law and common law, also points to the Human Rights Revolution and the Judicialization of Politics as causes of the expansion of *judicial review* in several countries. It indicates that the material fundamentality of human rights has moral content and serves as a bellwether for *judicial review* in both systems, whether implied or not in a written constitutional document. The second part examines the doctrine of *stare decisis*, as well as their characteristics and chances of overcoming, like distinguishing and overruling. From the study of Dworkin's "law as integrity" concludes that it is possible to adopt the doctrine of *stare decisis* and apply the value of integrity in adjudication in the Brazilian Constitutional Jurisdiction, which will ensure consistency, stability, predictability and judicial security for its decisions.

Civil Law e Common Law – Judicialization of Politics – Contemporary Society – Brazilian Constitutionalism – Human Rights – Integrity– Certainty in Law

Résumé

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz; Kozicki, Katya. ***Stare decisis, Intégrité et Sécurité Juridique***: réflexions critiques sur la proximité des systèmes de Common Law and Civil Law dans la Société Contemporaine, 2011, 264p. Thèse du Doctorat – Doctorat en Droit, Pontificia Universidade Católica do Paraná.

La thèse analyse la nouvelle façon d'interpréter et d'appliquer la loi provoquée par la centralité des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la seconde moitié du XXe siècle, qui a conduit à une prépondérance du pouvoir judiciaire dans les décisions politiques et morales de l'État, qui à la fois passe à jouer le rôle de judge-made-law, traditionnel aux systèmes de Common Law. En temps de décodification, la règle n'existe que dans la pratique et donc la sécurité juridique ne peut plus être trouvée dans des textes écrits. La thèse soutient l'utilisation de la doctrine du stare decisis, qui à son tour est compatible avec le modèle du droit-intégrité du Dworkin, pour la garantie de sécurité juridique, de la prévisibilité et de la stabilité des jugements. Pour cette raison, le travail analyse la proximité des systèmes de civil law et de common law dans la juridiction constitutionnelle, en particulier dans le contrôle de constitutionnalité fondé sur les droits humains ou les droits fondamentaux. La thèse est divisée en deux parties, un exposé des motifs et une proposition. La première partie de l'étude analyse de l'histoire des systèmes de civil law et de common law, aussi que la Révolution des droits humains et la judiciarisation du politique comme causes de l'expansion du contrôle judiciaire dans plusieurs pays. Il indique que le caractère matière fondamental de droits humains a contenu moral et sert comme un indicateur de contrôle de constitutionnalité dans les deux systèmes, même si les droits sont explicites ou implicites dans un document constitutionnel écrit. La deuxième partie examine la doctrine du précédent obligatoire, ainsi que leurs caractéristiques et leurs possibilités de révocation. À partir de l'étude du «droit-intégrité» de Dworkin cet travail conclut qu'il est possible d'adopter la doctrine du stare decisis et d'appliquer le principe de l'intégrité à la délibération judiciaire à la Jurisdiction constitutionnelle brésilienne, ce qui assurera la cohérence, la stabilité, la prévisibilité et la sécurité dans ses décisions.

Civil Law e Common Law – la judiciarisation du politique – Société Contemporaine
Constitutionnalisme Brésilien – Droits de l'homme – Intégrité – Sécurité Juridique

Sumário

Introdução	13
Parte I Aproximação dos Sistemas de <i>Civil Law</i> e <i>Common Law</i> no <i>Judicial Review</i>	26
1 As origens do <i>civil law</i> e <i>common law</i>	27
1.1 <i>Common law</i> inglês	28
1.2 <i>Common law</i> e Constituição nos Estados Unidos da América	41
1.3 O <i>civil law</i> no contexto europeu	51
2 Expansão do <i>Judicial Review</i>	60
2.1 Revolução dos direitos humanos no pós-guerra	61
2.2 Judicialização da Política	74
2.3 Os direitos humanos e o <i>judicial review</i>	86
3 Supremacia material dos direitos humanos e fundamentais	107
3.1 A Fundamentalidade e Conteúdo Moral dos Direitos humanos	108
3.2. Princípios não escritos, Constituição invisível e <i>Living Constitution</i>	130
Parte II A construção de um sistema de precedentes judiciais como um romance em cadeia: o direito como integridade como garantia da segurança jurídica	162
1 A doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios	163
1.1 Doutrina do <i>Stare decisis</i>	164
1.2 A descoberta da <i>ratio decidendi</i> e da <i>obiter dictum</i> de um precedente	184
1.3 Possibilidades de superação dos precedentes: <i>overruling</i> e <i>distinguishing</i>	191
2 Escrevendo um Romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica	200
2.1 Insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões judiciais no contexto brasileiro	201
2.2 O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais	212
2.3 O Princípio da Integridade na Decisão Judicial: Possibilidade de Garantia da Segurança Jurídica no Brasil	229
Considerações Finais	250
Referências bibliográficas	252

Introdução

A escolha de Constituições democráticas e rígidas, com catálogo de direitos fundamentais supremos e protegidos contra as maiorias parlamentares, acarretou um novo modo de interpretar e aplicar o Direito, o que, por sua vez, implicou um aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância deste Poder nas decisões políticas do Estado. Esta questão é, então, trazida ao centro do debate jurídico e político atual, levando a notáveis consequências no plano da compreensão e da operacionalização da teoria jurídica, que, a seu turno, deve ser repensada para dar conta dessa nova realidade.

Com exceção dos Estados Unidos, que adotaram o constitucionalismo desde sua origem, vários países vieram a adotar este modelo de Estado em meados ou fim do século XX. Essa mudança pode ser verificada com a adoção de Constituições democráticas por países europeus no pós-Segunda Guerra Mundial,¹ como modo de proteger alguns valores essenciais para a sociedade (prevalência dos direitos humanos) e limitação das maiorias representadas no Parlamento que se mostraram perigosas no contexto europeu, a exemplo do nazismo alemão e do fascismo italiano.

Já nos países da América Latina (incluindo o Brasil) e do Leste Europeu – em que o constitucionalismo foi adotado –, bem como na África do Sul, a opção pelo constitucionalismo se deu com a adoção de regimes democráticos após longo tempo de governos ditatoriais. É certo que a maioria dos países já havia adotado Constituições anteriormente, mas estas eram apenas documentos políticos, sem serem dotadas de força normativa. A ideia de constitucionalismo que se propõe não é a de adoção de uma Constituição apenas do ponto de vista formal, mas Constituição com catálogo de direitos fundamentais como limites às maiorias.²

No Brasil, a nova realidade de assunção de poderes políticos pelo Supremo Tribunal

¹ Ver a respeito: SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000.

² É certo que os direitos fundamentais desempenham outras funções além de limitar o Parlamento, eis que impõem ao Estado como um todo funções negativas (de abstenção) e positivas (de prestação) para sua garantia.

Federal tem sido central no debate sobre o esvaziamento do papel político do Parlamento e o protagonismo do Judiciário na decisão de questões centrais, porém não jurídicas de nossa sociedade.³

A judicialização da política, dessa forma, protagoniza o papel do Supremo Tribunal Federal para decisões importantes para a sociedade, que tradicionalmente seriam tomadas pelos poderes eleitos pelo povo. Não obstante, o que se verifica é que muitas vezes são os próprios poderes políticos (eleitos) que preferem transferir o debate para a arena do Judiciário, especialmente em casos sobre os quais não se têm maioria na arena política, ou porque não querem enfrentar temas antipáticos do ponto de vista eleitoral.⁴

Aliado a isso, tem-se no Brasil uma Constituição dirigente⁵ que, além de determinar diversos objetivos nos campos políticos, econômicos e sociais, também estabelece um amplo rol de direitos fundamentais e recepciona os Tratados internacionais de direitos humanos como verdadeiras normas constitucionais.

Nesse contexto, o STF vem sendo provocado, por exemplo, a decidir questões como pesquisa sobre células-tronco⁶, por envolver o direito à vida consagrado constitucionalmente; nepotismo⁷, relacionado ao princípio da moralidade administrativa insculpido na Constituição; fidelidade partidária⁸, por envolver o princípio democrático também protegido na Carta Constitucional. O que ocorre é que os direitos fundamentais são dotados de conteúdos morais

³ Questões que envolvem conteúdo moral como os casos do nepotismo e da Lei de biossegurança e outras que envolvem conteúdo político como os casos da fidelidade partidária e da Lei da ficha limpa foram julgados recentemente pelo Supremo Tribunal Federal.

⁴ Nesse sentido, confira-se: VIANNA, Luiz Werneck; et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁵ Constituição dirigente seria aquela que estabelece tarefas a serem desempenhadas pelo Estado, tanto no plano econômico quanto no plano social. Ao impor deveres de atuação ao legislador e ao administrador na realização dos direitos constitucionais, o que acabou por levar a uma preponderância do Poder Judiciário e a uma minimização das deliberações políticas. Em que pese ter sido anunciada a morte da Constituição dirigente por Canotilho, comunga-se aqui da posição de Eros Grau no sentido de que “a atual Constituição brasileira permanece dirigente”, na medida em que não é um “mero instrumento de governo, enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão somente um “estatuto jurídico do político”, mas sim um “plano global normativo” da sociedade e, por isso mesmo do Estado brasileiro”. O que também fica evidenciado nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição Federal de 1988. GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio da 2ª edição In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XX. Ver também: BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 dez. 2010.

⁶ STF – ADI 3510 – Rel. Ministro Carlos Ayres Britto – DJU 28.5.2010. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

⁷ STF – ADCMC 12 – Rel. Ministro Carlos Britto - DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

⁸ STF – MS 26603 – Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 18.12.2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2010

e abertos, os quais não são passíveis de ser definidos *a priori*, o que acaba por exigir que o Judiciário os densifique e lhes dê significado.

Por óbvio que não há uma uniformidade de opiniões sobre os significados de igualdade, moralidade, ou dignidade, inclusive talvez seus conteúdos nunca fossem definidos consensualmente no âmbito parlamentar. É certo também que o Judiciário não é eleito pelo povo, e que, em tese, caberia ao Parlamento dizer a vontade do povo, como pensavam os teóricos franceses pós-revolucionários. Mas, no Brasil, adotou-se o modelo constitucional democrático, e este modelo por sua natureza já limita o Parlamento, especialmente por meio dos direitos fundamentais que ficam fora dos debates deliberativos. E o modelo constitucional, quer seja formal, quer puramente material, vem dando papel de importância tanto ao Judiciário, por sua Suprema Corte, quanto a uma Corte Constitucional, especialmente para que se garanta a supremacia dos direitos humanos.

Por outro lado, o que se verifica é que, não obstante a finalidade honrosa de proteção e supremacia dos direitos humanos ou fundamentais, por conta do caráter aberto e abstrato e do conteúdo moral destes direitos, há uma margem muito grande para a decisão pelo Poder Judiciário, o que acaba por criar insegurança jurídica em razão de sua imprevisibilidade.

Na última década, no Brasil, o Direito Constitucional tem deixado para trás o positivismo jurídico⁹ e a codificação, para buscar um direito material principiológico que tem como supremacia os direitos fundamentais, e é aí que se passa a uma nova referência de decisões não mais baseadas apenas no direito escrito, mas em elementos extrajurídicos, na medida em que se assume que o texto constitucional tem conteúdo moral, aproximando o direito da ética. Nessa dimensão, é necessária uma leitura moral da Constituição, o que não significa desprezar o direito posto, nem buscar categorias metafísicas para sua justificação.

Na medida em que essas normas de caráter abstrato, apesar de estarem previstas na Constituição, reclamam que se densifique seu conteúdo, o Judiciário acaba por avocar para si papel importante no jogo político de definição do conteúdo moral dos direitos fundamentais.

É nesse viés que o Judiciário brasileiro assume, assim, o papel do *judge-made-law*, tradicional nos sistemas de *common law*, e é nessa perspectiva que se buscará investigar de que modo é possível um direito jurisprudencial aberto à moralidade política da comunidade, mas que ao mesmo tempo não fique num discurso vazio e descontrolado por parte de seus

⁹ Aqui entendido como aquele que compreende o direito como um sistema unitário e fechado de normas, que não admite a possibilidade de consideração ou apreciação ética, política, sociológica etc. e que permite aos juízes mera interpretação mecanicista da lei.

juizadores. Parte-se da noção de direito como integridade e do “romance em cadeia” de DWORKIN,¹⁰ para que se construa o direito a partir de seu contexto histórico e cultural sem rompimentos e sem sobressaltos. E em que medida isso é possível ou mesmo desejável numa sociedade cada vez mais complexa em que as mudanças sociais, econômicas, globais, exigem soluções cada vez mais rápidas dos poderes públicos?

A tese busca analisar o novo papel assumido pelo Poder Judiciário na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, bem como na tomada de decisões de conteúdo político e moral por parte de um poder não eleito. Outro problema a ser estudado se refere à possibilidade, segundo o sistema adotado no Brasil, de se admitir decisões contrastantes num mesmo Tribunal ou ainda decisões dos Tribunais inferiores diversas das já tomadas pelos Tribunais superiores.

Em ambos os casos há insegurança jurídica. Há insegurança quando o Poder Judiciário tem grande discricionariedade para decidir e dar significado ao conteúdo moral dos direitos fundamentais, assim como quando se imiscui em decisões políticas. Da mesma forma, decisões contrastantes de um mesmo Tribunal ou de Tribunais inferiores em relação aos Tribunais superiores também causam insegurança jurídica e instabilidade social.

Neste momento de decodificação¹¹ do direito e supremacia dos direitos humanos, não se tem mais segurança jurídica no texto escrito; na verdade, talvez essa segurança nunca tenha existido e nunca venha a existir, e é nesse sentido que a presente tese procurará extrair da metodologia utilizada pela doutrina de precedentes vinculantes nos sistemas de *common law* e *a priori* de que modo é possível uma maior coerência e segurança nas decisões da Suprema Corte, especialmente naquelas que possuem efeitos *erga omnes*.

A justificativa para utilizar a experiência de *stare decisis* e direito como integridade

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹¹ Ou constitucionalização do Direito. A decodificação do Direito Civil em vista de sua constitucionalização leva a uma mudança em seu fundamento, do Código, para a Constituição. Nesse sentido BARROSO, deixa claro que: “A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o Direito Civil. Há regras específicas na Constituição impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 65, n. 4, out./dez., 2007, p. 37-38. Tais mudanças relacionadas à constitucionalização do direito não ocorreram apenas em relação ao direito civil, mas também em relação aos diversos ramos do direito. Nesse sentido: FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de código civil na contramão da Constituição. *Revista trimestral de direito civil* 4: 243, 2000. TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil e a legalidade constitucional. *Revista Del Rey Jurídica*, 13:23, 2004.

do *common law*¹² se dá na aproximação dos sistemas de *civil law* e *common law* no âmbito da Jurisdição Constitucional. O que se tem observado em ambos os sistemas é a presença de um controle material de constitucionalidade, tendo como parâmetro os direitos humanos e fundamentais, quer estejam previstos num documento constitucional escrito, quer estejam previstos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, quer estejam previstos em lei formalmente ordinária, quer, ainda, não estejam previstos num documento escrito, mas numa Constituição não escrita do *common law*. Verifica-se, destarte, que o controle de constitucionalidade das leis não mais exige uma Constituição escrita e rígida, mas limites materiais com fulcro em direitos humanos.

Em que pese as teorias de DWORKIN da leitura moral da Constituição e do direito como integridade serem os marcos teóricos da presente tese, isto não impediu a utilização de outros referenciais teóricos necessários a sustentar o caminho traçado e a conclusão a que se chegou.¹³

É importante deixar claro que a presente tese, embora se utilize de casos e doutrina estrangeira, não é uma tese de direito constitucional comparado, eis que não foi adotada uma metodologia específica para comparação de sistemas nem para escolha de casos. É certo que o estudo comparado busca princípios comuns e analogias da jurisdição constitucional de alguns países de *common law* com outros de *civil law* para fins de enriquecimento da prática constitucional brasileira. Os casos foram estudados e utilizados na medida em que se fez necessária uma aproximação entre teoria e prática, exemplificando problemas ou soluções.¹⁴

Na medida em que uma comparação útil só pode existir se os sistemas jurídicos

¹² Utilizar-se-á, no presente trabalho, a expressão *common law* no masculino, seguindo-se a explicação de Criscuoli: “Il termine “law”, dal punto di vista técnico, non ha anche il significato di “legge”, típica espressione questa di normazione imposta dall’alto: questa, oggi, è indicata dal termine “statute” o “act”, mentre anticamente si usava anche la parola “Bill”, ormai riservata al “progetto di legge”. Per questa ragione non è opportuno usare l’espressione “common law” al femminile: Il *common law*, come avremo occasione di constatare in seguito, non ha il significato di “legge commune” che bisogna “subire”, ma quello di “complesso di norme” o “sistema normativo” di elaborazione giurisprudenziale che la società osserva con la convinzione della necessità del suo “rispetto” come manifestazione di autoregolamento ed intima espressione del proprio profondo senso sociale.” CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo Studio Del Diritto Inglese*. Le Fonti. 2. ed. [S. l.]: Giffrè Editore. 1994, p. 3.

¹³ No mesmo sentido que Clèmerson Merlin Clève assumiu a “utilização de conceitos oriundos não apenas de uma mesma teoria ou corrente teórica. Não nos preocupamos, nesse sentido, com a coerência limitadora; ao contrário, faremos uso da contribuição de autores que, considerados sob uma ótica orgânica e totalizadora, são inconciliáveis. É que arriscamos o uso de parte do universo conceitual deste autor, parte daquele, e parte daquele outro”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 185.

¹⁴ A respeito da metodologia a ser utilizada em estudos de direito constitucional comparado ver: HIRSCHL, Ran. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law. *American Journal of Comparative Law*, v. 53, 2005, p. 125-155.

tiverem uma base ideológica comum¹⁵, buscar-se-á demonstrar que essa consiste no controle de constitucionalidade material das leis (*judicial review*) que tem como parâmetro os direitos humanos.

É importante deixar claro, ainda, que a tese é uma reflexão sobre o fundamento da utilização da doutrina dos precedentes vinculantes que respeite a integridade no direito e, portanto, não é um estudo de aplicação¹⁶.

Para estudar o tema proposto separou-se a tese em duas partes, a primeira dedicada à fundamentação e a segunda, às proposições propriamente ditas.

Assim, no primeiro capítulo procurar-se-á estudar as origens do *Common law* inglês e estadunidense e do *civil law* ou Sistema Romano-Germânico no contexto europeu.

Pretende-se apontar as características e origens do *common law* inglês e do *common law* estadunidense, estudando especialmente o papel do Poder Judiciário e o sistema de precedentes judiciais,¹⁷ assim como o papel do Parlamento no *common law* inglês e da Constituição no desenvolvimento do *common law* estadunidense.

No segundo capítulo da tese pretende-se demonstrar que a expansão do *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis) se deve à Revolução dos direitos humanos e à adoção de constituições democráticas no pós-guerra e pós-ditaduras, bem como à judicialização da política.

Nessa dimensão, explorar-se-ão as causas e consequências da expansão do *judicial review* em diversos países¹⁸ do mundo. A Revolução dos Direitos Humanos após a Segunda Guerra Mundial surge como uma resposta às atrocidades cometidas pelo regime nazista e também pelos regimes ditatoriais, elevando os direitos humanos a uma categoria suprema no sistema jurídico, o que pode ser considerado uma das causas do protagonismo do Judiciário, que acaba por ter que interpretar e densificar o conteúdo destes direitos.

Outro ponto a ser estudado é o movimento de judicialização da política, que, junto com a revolução dos direitos humanos, é uma das causas da expansão do *judicial review* em diversos países ocidentais, na medida em que desloca para o Judiciário o foro de discussão sobre assuntos de natureza eminentemente ética e política.

Enquanto os direitos humanos transferem para o Judiciário questões que envolvem

¹⁵ BARAK, Aharon. *The judge in a Democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 198.

¹⁶ Para um estudo aprofundado a respeito da aplicação da doutrina dos precedentes no direito brasileiro, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora RT, 2010.

¹⁷ CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and Judicial review*. [S. l.]: University Press of Kansas, 1989.

¹⁸ Especialmente Canadá, Inglaterra, Estados Unidos, Nova Zelândia e União Europeia.

conteúdo moral e político, verifica-se o fenômeno da judicialização da política, o que justifica a expansão do *judicial review* e do papel do Judiciário em diversos países, inclusive no Brasil, levando ao que alguns autores caracterizam como ativismo judicial.¹⁹

Ainda, neste capítulo, estudar-se-á de que maneira os direitos humanos vêm servindo de parâmetro material para o *judicial review*, inclusive em países como a Inglaterra e a Nova Zelândia que não possuem uma Constituição escrita. Veja-se a experiência da Inglaterra, onde

¹⁹ “The term ‘judicial activism’ is, however, much more commonly used to refer not to how busy a court is but to how willing its judges are to develop the law. In that sense it is a controversial concept, for two reasons. First, judges are (in most countries) not elected and in a liberal democracy the conventional view persists that only persons elected to Parliament, or serving in an executive, which is accountable to Parliament, should make laws. (The extreme form of this convention is the declaratory theory of law, according to which judges never create law at all – they merely find law which has always existed but been hidden from view under layers of misrepresentation. In the United Kingdom this ‘fairy tale’ was definitively debunked by Lord Reid in 1972). Secondly, what amounts to ‘developing’ the law can itself be a matter for considerable disagreement: is a fully reasoned decision to preserve an existing rule, taken after long deliberation, an example of activism or not, and in situations where the judges are agreed that the law should be developed, what criteria should be employed to assess whether the chosen development is the appropriate one? As has been noted by Justice Heydon of the High Court of Australia ‘the relevant factors are indeterminate and to some degree they can conflict’”. “O termo ‘ativismo judicial’ é, contudo, muito mais comumente utilizado para se referir não o quão ocupada é uma Corte, mas o quanto os juízes estão dispostos a desenvolver a lei. Nesse sentido, é um conceito controverso, por duas razões. Primeiro, porque os juízes não são (na maioria dos países) eleitos e numa democracia liberal a visão convencional permanece sendo a de que somente as pessoas eleitas ao Parlamento, ou servindo em um Executivo prestador de contas ao Parlamento, deveriam fazer leis. (A forma mais radical dessa concepção é a da teoria declaratória da lei, de acordo com a qual os juízes jamais criam leis – eles simplesmente se defrontam com leis que sempre existiram, mas que estiveram fora do alcance da visão, escondidas por debaixo de camadas de interpretações equivocadas. No Reino Unido este ‘conto de fadas’ foi definitivamente derrubado por Lord Reid em 1972). Segundo, que os próprios fatores determinantes para o ‘desenvolvimento’ da lei podem ser alvo de consideráveis controvérsias: uma decisão bem fundamentada no sentido de preservar uma regra existente, tomada após longa deliberação, é ou não um exemplo de ativismo judicial, e em situações em que os juízes estão de acordo quanto ao fato de que a lei deva ser desenvolvida, que critérios devem ser empregados de modo a se considerar se determinado desenvolvimento é o apropriado? Como notou o Magistrado Heydon da Corte Suprema da Austrália ‘os fatores relevantes são indeterminados e podem, em certos pontos, ser conflitantes’”. DICKSON, Brice. *Judicial Activism in The House of Lords 1995 -2007* In: DICKSON, Brice. *Judicial Activism in Common law Supreme Courts*. Oxford University Press, New York, 2007, p. 367. Cristopher WOLFE define o ativismo judicial convencional como aquele no qual “judges ought to decide cases, not avoid them, and thereby use their Power broadly to further justice- that is, to protect human dignity – especially by expanding equality and personal liberty. Activist judges are committed to provide judicial remedies for a wide range of social wrongs and to use their power, especially the power to give content to general constitutional guarantees, to do so.” “juízes deveriam decidir os casos, e não os evitar, e assim usar seu poder de modo amplo para fazer a justiça progredir – ou seja, para proteger a dignidade humana – especialmente expandindo a igualdade e a liberdade pessoal. Os juízes ativistas são comprometidos em providenciar remédios judiciais para uma vasta variedade de problemas sociais e em usar seu poder, especialmente o poder de dar conteúdo a garantias constitucionais em geral, para tanto.” WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?* Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997, p. 2. Mais a frente conclui que: “judicial activism may be defined in terms of either the relation of a judicial decision to the Constitution or the manner in which judges exercise what is conceded to be a broadly political, discretionary power. The definition on which I place the greater emphasis will be dissatisfying to most contemporary constitutional scholars, who subscribe to different conceptions of the nature of judicial power and of the evolution of judicial review in American history.” (...)“o ativismo judicial pode ser definido ou pela relação de uma decisão judicial para com a Constituição ou pela maneira pela qual os juízes exercitam o que se admite ser um amplo poder político e discricionário. A definição à qual eu dou maior ênfase não é satisfatória para a maioria dos acadêmicos constitucionais contemporâneos, que são adeptos de diferentes concepções sobre a natureza do poder judicial e da evolução da revisão judicial na história americana.” *Ibidem*, p. 31.

o controle de constitucionalidade é realizado com base nos Tratados de Direitos Humanos ratificados por aquele país, e da Nova Zelândia, onde uma lei formalmente ordinária estabeleceu seu Bill of Rights e passou a limitar as leis posteriores. Do mesmo modo será analisado o *judicial review* realizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos.²⁰

Buscar-se-á refletir sobre o *judicial review* no sistema de *common law* de forma a demonstrar sua recente aproximação com o sistema de *civil law*, especialmente no que diz respeito à adoção do *judicial review* por Cortes Constitucionais, mesmo em casos nos quais inexistem Constituições formais ou escritas.²¹

No terceiro Capítulo da Tese pretende-se justificar que a supremacia dos direitos humanos e fundamentais consiste em sua aceitação social e não apenas por estarem previstos em textos escritos, ou seja, a legitimação dos direitos humanos e fundamentais como supremos se dá com movimentos de luta, de emancipação de cada sociedade, acompanhando seu contexto histórico e social.

Busca-se, num primeiro momento, demonstrar que a fundamentalidade material dos direitos humanos tem base moral e que é este fundamento moral que tem sido o parâmetro material de constitucionalidade tanto nos países com tradição no *common law* quanto países com tradição no *civil law*

Para reforçar a justificativa acima, buscar-se-á examinar temas como princípios não escritos, *Invisible Constitution* e *Living Constitution*, demonstrando-se que os limites materiais para o *judicial review* estão para além do que está escrito nos textos normativos, ou seja, que há uma fundamentação moral dos direitos humanos e fundamentais.

Analisar-se-á de que modo princípios não escritos num texto constitucional formal podem ser utilizados como parâmetro material para o *judicial review*, utilizando-se especialmente da experiência canadense. Num segundo momento será estudada a obra “The Invisible Constitution”²² de Laurence Tribe, na qual o autor defende a existência de uma

²⁰ SUNKIN, Maurice. The United Kingdom. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 67-78. DICKSON, Brice. Judicial Activism in the House of Lords 1995 -2007. In: DICKSON, Brice. *Judicial Activism in Common law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 363-414.

²¹ Esse é o exemplo recente da Nova Zelândia, que adota o New Zealand Bill of Rights como lei formalmente ordinária que passa a servir de parâmetro material para controle do Parlamento pelo Judiciário. Nesse sentido, confira-se HARRIS, Bruce. Judicial Activism and New Zealand’s Appellate Courts. In DICKSON, Brice. (Ed.). Op. cit., p. 273 -322. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2004. Sobre o ativismo judicial na Inglaterra realizado pela The House of Lords, confira-se DICKSON, Brice. Judicial Activism in the House of Lords, 1995-2007. In: DICKSON, Brice. (Ed.). Op. cit.

²² TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

Constituição invisível ao da Constituição visível dos EUA.

Quando se fala em *living constitution*, tem-se a compreensão da Constituição como um instrumento vivo, para além do texto formal, ou seja, é possível falar que a Constituição é um instrumento dinâmico, cuja interpretação se modificará a cada época. Será necessário, assim, enfrentar o tema da mutação constitucional e de que modo as interpretações da Constituição pelo Judiciário refletem e dão conteúdo novo à Constituição.

A Constituição brasileira prevê, em seu artigo 5º, § 2º, a possibilidade de direitos fundamentais fora do catálogo, ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, o que significa aceitar normas materialmente constitucionais fora da Constituição, o que alguns autores chamam de bloco de constitucionalidade²³, mas que pode ser comparado aos princípios não escritos e à Constituição invisível dos países de *common law*.

Sob um aspecto material, verifica-se que o constitucionalismo absorve e aceita diversos valores morais, sociais, históricos e culturais, o que se verifica com a adoção de direitos fundamentais nas Constituições, bem como por estas virem com grande conteúdo principiológico normativo, o que demonstra uma reconciliação entre direito e moral, separados pelo positivismo jurídico. Dessa forma, defender-se-á a adequabilidade da leitura moral da Constituição.²⁴

Concluir-se-á a primeira parte da tese constatando-se que os direitos humanos e fundamentais são supremos, não por estarem previstos num Tratado de Direitos Humanos ou numa Constituição, mas por serem direitos morais aceitos por uma determinada sociedade em determinado momento e, portanto, o controle de constitucionalidade das leis não exige a adoção de uma Constituição escrita e rígida. Destarte, defender-se-á que os direitos humanos são o parâmetro material do *judicial review* tanto no sistema de *common law* como no sistema de *civil law*, e, portanto, é possível afirmar a aproximação material destes dois sistemas.

Partindo-se das conclusões apresentadas na primeira parte, no sentido de que tanto nos sistemas de *civil law* quanto nos de *common law* as jurisdições constitucionais utilizam os direitos humanos ou fundamentais como parâmetro material para o controle de constitucionalidade das leis provenientes do Parlamento, a segunda parte da tese propõe-se a

²³ Cf. Subcapítulo 3.2 da Parte I.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1996. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

analisar a doutrina do *stare decisis* para justificar sua utilização no Brasil, como uma possibilidade de se garantir integridade nas decisões do Supremo Tribunal Federal e com isso reduzir a insegurança jurídica.

A segunda proposição da tese aparecerá nesta segunda parte e defenderá que a segurança jurídica não está no texto da lei ou da Constituição, mas no direito como integridade. Justifica-se: como no *common law* as decisões devem partir de suas precedentes, presume-se que há uma maior coerência, equidade e segurança nas decisões judiciais deste sistema, na medida em que a doutrina do *stare decisis* exige um compromisso com as decisões passadas. Desse modo, os juízes não podem ignorar as decisões anteriores, o que significa que não podem partir do nada (*ex nihilo*), ou seja, mesmo em casos de superação do precedente por *overruling* ou *distinguishing*, deverá o juiz partir das decisões anteriores e justificar o motivo de sua não aplicação. Defender-se-á que, adotando-se o método de vinculação aos precedentes, é possível aplicar o princípio da integridade na prestação jurisdicional e, portanto, garantir maior previsibilidade das decisões judiciais, especialmente no que diz respeito à interpretação do texto constitucional.

Nos países de *common law* os precedentes judiciais têm força vinculante sobre as novas decisões que dizem respeito aos mesmos casos, o que evita um decisionismo²⁵ por parte dos juízes. Destarte, a superação dos precedentes se dá de maneira menos abrupta, devendo haver uma coerência entre as decisões (“romance em cadeia” de DWORKIN), o que, por sua vez, faz com que o direito jurisprudencial se transforme na medida da transformação da sociedade e com a hipótese de que haja uma maior segurança nas decisões nesse sistema do que nos sistemas de *civil law* no contexto do constitucionalismo.

O que se quer demonstrar é que com a tendência mundial a caminho de uma

²⁵ Decisionismo no sentido de liberdade dos juízes para decidirem um caso difícil de forma discricionária e sem necessária coerência com a visão do direito apresentado nas decisões anteriores.

Juristocracia,²⁶ com o protagonismo do Poder Judiciário na tomada de decisões cruciais também nos sistemas de *civil law*, não se pode mais pretender segurança jurídica no que está escrito nos textos normativos, já que a experiência tem demonstrado o afastamento de leis contrárias aos princípios e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição pelo Poder Judiciário, tomando o direito jurisprudencial nova dimensão.

Essa nova relevância dada ao direito jurisprudencial pode ser constatada no Brasil pela adoção das súmulas vinculantes ou de decisões com efeitos vinculantes em sede de controle difuso²⁷ e concentrado pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda, o projeto de lei para alteração do Código de Processo Civil também busca valorizar o modelo de precedentes vinculantes com o objetivo de desafogar o Judiciário. Verifica-se, assim, a tendência brasileira em adotar o modelo de *judge-made-law*, razão por que se deve buscar no *common law* a experiência de controle e segurança nesta nova perspectiva de primazia do Judiciário.

Explica-se: nos países de tradição do *civil law*, buscou-se, por meio da Codificação do Direito, garantir a previsibilidade e segurança nas leis, mediante a imaginável completude dos sistemas e dos códigos. Não obstante, com o Constitucionalismo, tal realidade não é mais possível, uma vez que as leis só serão válidas se compatíveis com a Constituição, que, por sua vez, é dotada de normas principiológicas e direitos fundamentais de caráter aberto e abstrato. Ainda, esta mudança de supremacia da lei para supremacia da Constituição leva a uma aparente insegurança, na medida em que o conteúdo aberto das Constituições não pode ser definido *a priori*, mas dependerá do contexto histórico, social, moral e cultural de cada sociedade. Ou seja, na medida em que os textos constitucionais possuem características vagas, abertas e abstratas, não há uma segurança na definição exata de seu conteúdo *a priori* para que se possa definir o limite material da constitucionalidade e validade da lei. Destarte, o fato

²⁶ HIRSCHL adota o termo “juristocracia” para identificar o movimento de judicialização da política decorrente das reformas constitucionais que ocorreram em diversos países e que, a partir desse novo modelo constitucional, deu poderes sem precedentes ao Poder Judiciário, transformando os tribunais em importantes órgãos de tomadas de decisões políticas. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*, Massachusetts: Harvard University Press, 2004. Do mesmo modo Kim Lane SCHEPPELE já utilizara o termo “*courtocracy*” ao se referir ao ativismo judicial promovido pela Corte Constitucional da Hungria, no qual a Corte não só declarava a inconstitucionalidade de 1 (uma) em cada 3 (três) leis editadas pelo Parlamento, como também exigia a atuação do mesmo nos casos de omissão inconstitucional, ou seja, quando, apesar de uma obrigação constitucional de agir, o Parlamento permanecia inerte. A respeito ver: SCHEPPELE, Kim Lane. *Declarations of Independence: Judicial reactions to political pressure*. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. (Eds). *Judicial independence at the crossroads: an interdisciplinary approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002, p. 263-264. Este tema será enfrentado no capítulo 2.2 da 1ª parte, quando do estudo da Judicialização da Política.

²⁷ Sobre o efeito vinculante das decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade ver: KOZIKOSKI, Sandro. *Limites e possibilidades do efeito vinculante advindo do controle difuso: neoconstitucionalismo, amicus curiae e a pluralização do debate*. Tese de Doutorado, Curitiba, UFPR, 2010.

de uma norma estar prevista num Código²⁸ não dá certeza de que ela será aplicada, nem de que modo o será, especialmente quando envolver questões relacionadas a princípios e direitos fundamentais.

Assim sendo, a segunda parte da tese estará dividida em dois capítulos. O primeiro pretende examinar a doutrina do *stare decisis*, bem como a descoberta da *ratio decidendi* e sua importância para o sistema de precedentes vinculantes.

Será importante explorar de que modo há a vinculação aos precedentes, a *binding* force ou força vinculante dos mesmos, bem como as hipóteses de superação, quais sejam o *distinguishing*, que ocorre quando os fatos do caso atual são diversos do precedente, e o *overruling*, quando o Tribunal reconhece que o entendimento no precedente deve ser alterado ou porque a decisão anterior estava errada, ou porque o contexto social se alterou levando a um novo entendimento.²⁹

O último capítulo pretende, após contextualizar a atual insegurança jurídica no âmbito dos Tribunais brasileiros, propor que a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, a ser escrito como um romance em cadeia pelos juízes ou Ministros do Supremo Tribunal Federal, será capaz de garantir previsibilidade, estabilidade, segurança jurídica e integridade ao sistema.

Na primeira parte demonstrar-se-ão como problemas a serem enfrentados a insegurança e a imprevisibilidade das decisões do Poder Judiciário no Brasil. Veja-se que, a partir da Constituição de 1988, o Judiciário assume um protagonismo dentre os Poderes do Estado, ao tratar de questões políticas e morais relacionadas ao conteúdo dos direitos fundamentais. Além disso, a falta de exigência de uniformidade em suas decisões ocasiona a profusão de decisões das mais variadas, tanto no âmbito do mesmo Tribunal quanto no âmbito de tribunais inferiores em relação aos tribunais superiores, causando insegurança jurídica para os cidadãos.

²⁸ Os Códigos também se modificam e passam a incorporar cláusulas gerais. MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol.15, Porto Alegre: UFRGS, 1998, p.134-135.

²⁹ *The House of Lords*, em 1966 admitiu a superação dos precedentes judiciais da própria casa, em certas situações: “It could not fairly be said of the modern English judiciary that they are timorous in developing the *common law* in accordance with contemporary ethical and social values or in standing as an impartial arbiter between government and the governed, and he goes on to upbraid Parliament and the government for not being more active in guaranteeing human rights”. “Não seria justo que se dissesse do moderno judiciário inglês que eles são temerosos em desenvolver o *common law* de acordo com a ética e os valores sociais contemporâneos ou em se portarem como árbitros imparciais entre governo e governados, e ele segue repreendendo o Parlamento e o governo por não serem mais ativos em garantir os direitos humanos” Lord Lester, *English Judges as Law-Makers* apud DICKSON, Brice. Op.cit., p 367.

Ainda, buscar-se-á aproveitar a experiência da *stare decisis* no *common law* e de que modo a vinculação dos juízes aos precedentes judiciais pode ou não gerar segurança jurídica, uma vez que esse modelo sempre aceitou a ideia de que a norma só existe no caso concreto. Dessa forma, nos sistemas de *common law* a segurança nunca esteve fundamentada na necessária existência de leis escritas, mas, ao contrário, sempre foi representada na doutrina dos precedentes judiciais vinculantes³⁰. Buscar-se-á identificar nos modelos canadense, britânico e americano (estadunidense)³¹ quais são os parâmetros materiais utilizados pelas Cortes Supremas no *judicial review*, bem como quais são as hipóteses e os critérios para uma eventual revisão dos precedentes, para adaptá-los à realidade e aos anseios da sociedade atual.

Nos sistemas de *common law* nunca se teve a ilusão de que o sistema jurídico seria completo e, portanto, admitindo-se sua incompletude também se aceita o processo de *judge-made-law*, segundo o qual o Judiciário buscará no direito como integridade a fundamentação para as novas decisões, o que se explicará a partir da ideia de coerência com o sistema, buscando-se a justificativa a partir do “romance em cadeia”³² de DWORKIN como método garantidor de uma previsibilidade e segurança nas decisões judiciais.

Por fim, propor-se-á a adoção pela Jurisdição Constitucional brasileira de uma ampla doutrina do *stare decisis*, que aplique o princípio da integridade na prestação jurisdicional no sentido de que os Ministros, tal como os escritores de um romance em cadeia, comprometidos com o que já foi escrito até o momento, devem levar em conta não só a *ratio decidendi* das decisões precedentes, mas também os princípios implícitos ou expressos que lhe deram fundamento, bem como devem ser coerentes com o conjunto de princípios que representa a moralidade política da comunidade brasileira.

³⁰ BARBOSA, Cláudia Maria. *O Processo de Legitimação do Poder Judiciário do Brasil*. Anais Conpedi. Disponível em: <<http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2010.

³¹ Justifica-se o estudo desses três modelos por serem os mais influentes. Não se aprofunda cada um dos modelos, mas se utilizam as experiências de cada um na medida em que dão suporte e fundamento para a presente tese. O modelo inglês, porque baseado primordialmente numa *unwritten constitution*; o modelo americano baseado numa *written constitution* e o modelo canadense que aceita a ideia de convivência de uma *written constitution* com uma *common law unwritten constitution*. Ressalta-se que a Nova Zelândia também será objeto de estudo para demonstrar a possibilidade de *judicial review* sem Constituição.

³² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275 et. seq. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217 et. seq.

Parte I**Aproximação dos Sistemas de *Civil Law* e *Common Law* no *Judicial Review***

As origens do *civil law* e *common law*

Quando se fala nos grandes sistemas do direito contemporâneo, cabe ressaltar que não existem apenas³³ os sistemas de *civil law* e *common law*, mas para a presente tese interessam apenas estes.

É importante salientar que as questões culturais influenciam as tradições legais e, por isso, estudar-se-á muito mais as tradições legais do *civil law* e *common law*, do que propriamente os sistemas. Enquanto cada país tem um sistema de direito próprio, quando se fala numa tradição, pode-se apontar características em comum de cada uma destas tradições.³⁴

Quando se tem uma tradição legal, segundo MERRYMAN, não se está a falar num conjunto de regras de direito sobre contratos, família ou crimes. Na verdade, o conjunto de regras decorrerá da própria tradição, entendida como atitudes sobre a natureza do direito historicamente enraizadas, sobre o papel do direito na política e na sociedade, sobre a organização e operacionalidade de um sistema legal. Desse modo, a tradição legal coloca o

³³ Existem ainda outras concepções da ordem social e do Direito, como os Direitos Socialistas, o Direito Muçulmano, que se liga estritamente à religião, o Direito da comunidade Hindu, Direitos do Extremo Oriente como o Direito Chinês e o Direito Japonês. Para saber mais, consultar DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 141-272; 407-552. Para uma visão mais detalhada a respeito dos sistemas de direito contemporâneo e os Estados que os adotam, consultar JURIGLOBE: Groupe de Recherche sur les systèmes juridiques dans le monde da Universidade de Ottawa. Disponível em: <<http://www.juriglobe.ca/fra/index.php>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

³⁴ “In a world organized into sovereign states and organizations of states, there are as many legal systems as there are such states and organizations.” “Em um mundo organizado em Estados soberanos e organizações estatais, existem tantos sistemas legais, como existem Estados e organizações.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford University Press, Califórnia, 2007. p. 1.

sistema jurídico numa perspectiva eminentemente cultural.³⁵

Destarte, no presente capítulo estudar-se-á o histórico do *common law* inglês, especialmente o desenvolvimento do direito jurisprudencial e os limites do *common law* à suposta supremacia do Parlamento britânico.

Por outro lado, examinar-se-á o desenvolvimento do *common law* nos Estados Unidos, verificando-se o papel do Poder Judiciário e da Constituição escrita na história desse país.

Em paralelo, também será examinado o desenvolvimento histórico do sistema de *civil law*, que teve em sua origem a preocupação com a completude do sistema jurídico a ser realizado por meio da codificação.

1.1

Common law inglês

As origens do *common law* remontam à conquista normanda da Inglaterra no ano de 1066,³⁶ com a Batalha de Hastings, que levou à centralização do governo,³⁷ incluindo a administração da justiça, trazendo para a Inglaterra um poder que, além de forte e centralizado, também tinha larga experiência administrativa. Nesse período, surge o feudalismo na Inglaterra e desaparece a época tribal.³⁸

³⁵ “A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspectives” “Uma tradição legal, ao contrário do que o termo indica, não é um conjunto de regras de direito sobre contratos, corporações, e crimes, embora tais regras sejam quase sempre, em certo sentido, um reflexo dessa tradição. Ao invés disso, é um conjunto profundamente enraizado e historicamente condicionado de atitudes a respeito da natureza da lei, a respeito do papel da lei na sociedade e na polis, a respeito da própria organização e operação de um sistema legal, e a respeito do modo pelo qual a lei é ou deveria ser feita, aplicada, estudada, aperfeiçoada, e ensinada. A tradição legal relaciona o sistema legal à cultura da qual ela é uma expressão parcial. Ela coloca o sistema legal em perspectivas culturais” Ibidem, p. 2.

³⁶ Quando se fala em direito inglês não se pode confundir com direito britânico, nem com direito do Reino Unido, é o direito do Reino da Inglaterra, o qual faz parte Galles e a Ilha de Wight. Para saber mais, ver: CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo Studio Del Diritto Inglese*. Le Fonti. 2. ed. [S. l.]: Giffre Editore. 1994, Cap. I, p. 1-2.

³⁷ KELLY, Margaret R. L. L. *Common law Constitutionalism - A Different View* (June 2006). Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1147423>>. Acesso em: 12 dez. 2009. p. 5.

³⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 50; DAVI, René. Op. cit., p. 285.

Os conquistadores normandos estabeleceram Cortes Reais e um sistema de justiça real que gradualmente foi substituindo as antigas Cortes e regras feudais. Nesse processo de centralização da justiça, os juízes desenvolveram novos procedimentos e remédios, bem como um novo corpo de direito substantivo que seria aplicado a todos os cidadãos ingleses, o que justifica o nome de *common law*, como direito comum a todos, em oposição aos costumes locais.³⁹ Ou seja, *common law* significava o direito comum a todo Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Desse modo, o *common law* se opunha a todos os direitos locais que se baseavam nas tradições e eram distintos de um local para outro. Mais tarde, o *common law* passou a fazer contraste com o *statute law* e com a *equity*.⁴⁰

O *common law* passou a ter regras procedimentais rígidas, bem como remédios preestabelecidos; entretanto, aqueles que não estivessem satisfeitos com as decisões poderiam recorrer ao Rei para que ele reformasse a decisão, uma espécie de perdão realizado pelo Chefe do Executivo atualmente.⁴¹

Ainda, paralelamente ao *common law*, também se desenvolveu, no direito inglês, um conjunto de regras jurídicas chamado *equity*. MERRYMAN explica que aqueles que não aceitavam as decisões podiam peticionar para o Rei, pedindo-lhe uma reconsideração a respeito, uma espécie de perdão. Com o aumento destas petições foi necessária a indicação de um tipo de Conselheiro do Rei (*chancellor*) que atuava como a “consciência do Rei”, a quem foi dado o poder de decidir diferente do direito (tal como definido pelas decisões do *common law*), no interesse da justiça, criando-se assim um Tribunal paralelo ao *common law*, uma Corte de Equidade (*Court of Chancery*).⁴² Quando o Chanceler entendia que a petição estava suficientemente fundamentada, ele expedia uma ordem (*writ*) ao xerife ou lord local.⁴³

³⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 50 A respeito da distinção entre precedentes e costumes: “Finally, perhaps the most decisive evidence that precedent and custom are different forms of legal authority is the *common law* itself, for (...) the *common law* existed as a form of customary law long before there was a doctrine of precedent.” “Finalmente, talvez a evidência mais decisiva de que precedente e costume são formas diferentes de autoridade legal é o próprio *common law*, pois (...) o *common law* existiu como uma forma de direito costumeiro muito antes de existir a doutrina dos precedentes.” Cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 9.

⁴⁰ DESCHEEMAER, Eric. La question de la fusion de lo *common law* et de l’*equity* en droit anglais. À propôs de l’ouvrage *Equity* de Sarah Worthington. *Thémis*, 41, 2007, p. 635. Disponível em: <<http://www.heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/revjurns41&id=639>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

⁴¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p.50.

⁴² Ibidem, p. 295-297.

⁴³ Talvez isso explique uma maior preocupação pelo *common law* com a justiça do que meramente com as questões formais. Nesse sistema, os valores da justiça e da equidade eram pensados para garantir a segurança jurídica e estabilidade.

O direito inglês desenvolveu-se especialmente no campo processual, com um sistema de writs, de ações judiciais sob a forma de ordens do rei. Dessa maneira, em caso de litígio era necessário encontrar o writ adequado ao caso, sendo o processo considerado mais importante do que o direito substantivo: *remedies precede rights*⁴⁴. Só poderia fazer valer seus direitos se fosse encontrado o remédio processual adequado.⁴⁵

Do ponto de vista político, ressalta HESPANHA que a *equity* foi apoiada pelos interesses absolutistas dos últimos Tudors e Stuart, que buscavam apoiar-se no direito romano e contrapor-se ao *common law*, especialmente às suas limitações impostas à atividade legislativa do rei ou do Parlamento.⁴⁶

Assim, por alguns séculos, dois sistemas jurídicos existiram lado a lado na Inglaterra, as Cortes de Justiça e o *common law*, de um lado, e a Corte de Equidade (ou Jurisdição do Chanceler) e a Equidade, de outro lado. Geralmente a *equity* acabava por funcionar de modo supletivo ao *common law*, quando não havia um remédio adequado ou mesmo de modo a aprimorar aquele sistema, quando este não atendia aos anseios sociais.⁴⁷ Desse modo, não contrariava explicitamente as soluções do *common law*, mas estabelecia outras soluções consideradas mais justas às partes. A *equity* era, por sua vez, inspirada no direito canônico e romano e seu processo era escrito e secreto, diverso do *common law*, que era oral e público.

Com o passar do tempo, o Chanceler, que passa a ser na maior parte das vezes jurista, deixa de fundamentar suas decisões nas leis morais, e suas decisões, baseadas primeiramente na “equidade do caso particular”, tornam-se pouco a pouco mais sistemáticas, aplicando-se doutrinas equitativas de forma supletiva ou corretiva aos princípios aplicados pelos Tribunais Reais.⁴⁸

Esse contexto histórico justifica a estrutura dualista do direito inglês, que ao lado das regras de *common law*, criadas pelos Tribunais Reais de Westminster (ou tribunais de *common law*), também apresenta soluções de *equity*, que vieram a melhorar, aperfeiçoar e completar o *common law*.⁴⁹

Os dois sistemas foram unificados pelos *Judicature Acts*, de 1873 e de 1875. Houve,

⁴⁴ GLISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 5. ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 210-211.

⁴⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 182-183.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 183.

⁴⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *Op. cit.*, p. 51.

⁴⁸ DAVI, René. *Op. cit.*, p. 296.

⁴⁹ RADBRUCH, Gustav. *O espírito do Direito inglês e a jurisprudência anglo-americana*. Tradução de Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 53-54.

na verdade, uma fusão procedimental, mas não substantiva do *common law* em sentido estrito e da *equity*, ou seja, apesar de os Tribunais terem se unificado, os dois corpos de direito subsistiram. Dessa forma, todas as jurisdições passaram a ter competência para aplicar as regras de *common law* ou de *equity*, diversamente da situação mais antiga em que era necessário recorrer a Tribunais distintos.⁵⁰

No direito interno da Inglaterra, excetuando-se o direito proveniente da Comunidade Europeia, uma regra pode ser proveniente de um ato do Parlamento (direito Legislativo) ou das Cortes de Justiça do Reino (direito pretoriano), no primeiro caso se fala em *statute* (ou *statutory*) *law*, no segundo, de *common law* em sentido lato. O *common law* acabou tendo um papel primordial no direito inglês, servindo o *statute law* apenas para promover adequações do *common law*.⁵¹ Hoje, a realidade é outra, sendo muito mais comum a atividade do Parlamento.

O *common law* no sentido lato, por sua vez, se subdivide em *common law* no sentido estrito e a *equity*.⁵²

A *equity* foi importante na formação do direito inglês, especialmente para estabelecer princípios gerais do direito, além de promover a justiça e os anseios da sociedade.

Já o *common law* se desenvolveu com base nas decisões judiciais, com pouco ou quase nenhuma influência do direito romano, podendo se apresentar as seguintes distinções do *civil law*: i) é um direito histórico, sem rupturas; ii) é um *judge-made-law*, em que a jurisprudência exerce papel de grande importância no sistema jurídico; iii) é um direito Judiciário; iv) é um direito não codificado⁵³; v) sofreu pouca influência do direito romanista.

Importante ressaltar que o direito inglês moderno, diversamente do *civil law*, é muito mais um direito histórico, sem rupturas entre o passado e o presente como aconteceu nos direitos de tradição *civil law* da Europa Continental, especialmente na França que rompeu com o direito preexistente com a Revolução Francesa.

Como explica CRISCUOLI, a Inglaterra não conheceu Revoluções, Declarações de

⁵⁰ DAVI, René. Op. cit., p. 300.

⁵¹ DESCHEEMAEKER, Eric. Op. cit., p. 635.

⁵² Confirmam-se as distinções feitas por Gustav RADBRUCH: “(i) Common Law e Civil Law, em que Common Law é igual à lei da Inglaterra, a lei do país, contrapondo-se a ela, na lei civil, o Direito Romano; (ii) Common Law e equidade: nessa antinomia frente a um ordenamento estrito, o direito de equidade se impõe para a correção daquele; por fim, (iii) Common Law e Statute Law: nesse significado, o Direito dos juízes contido nas decisões judiciais, o “direito casuístico” (Case Law) aparece ao lado do Direito legal, o Direito escrito no mesmo plano que o não escrito.” RADBRUCH, Gustav. Op. cit., p. 47

⁵³ Ressalta-se que o direito inglês é eminentemente não codificado, embora não raro se encontrem consolidações de leis sobre determinada matéria específica. Cf. CRISCUOLI, Giovanni. Op. cit., p. 15.

Independência ou Codificações, eventos que romperam com o passado como aconteceu na Europa Continental.⁵⁴ Além disso, o direito não pode ser considerado em si mesmo, mas como um produto da sociedade na qual está inserido e de sua história.

Diferente do *civil law*, no qual a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulgou, no *common law* a autoridade do direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações.⁵⁵ Por essa razão admite-se a autoridade do direito construído jurisprudencialmente.

A jurisprudência tem, desse modo, papel determinante tanto em sua origem quanto em sua evolução. CRISCUOLI afirma que nos quatro grandes períodos históricos do direito inglês, a jurisprudência teve importante função: i) no período anglo-saxão, anterior à conquista normanda, garantiu-se o respeito aos costumes locais; ii) no segundo período, que vai de 1066 até 1485, com o surgimento da Dinastia dos Tudors, trabalhou-se na elaboração jurisprudencial dos costumes locais e de outras fontes menores do direito, desenvolvendo-se nessa época o *common law*; iii) durante o terceiro período, que vai da segunda metade do século XV até 1875, consolidou-se o *common law* paralelo a *equity*; iv) por fim, no quarto período, que vai das últimas décadas do século XIX até os dias de hoje, a atividade judiciária passa a lidar com um maior número de leis, bem como com as normas supranacionais da Comunidade Europeia.⁵⁶

Repise-se que não houve no direito inglês nenhuma grande reforma com o estabelecimento de uma codificação geral. Acrescenta-se a isso o fato de que a legislação sempre teve um papel complementar ao direito, em respeito às fontes judiciárias, ressaltando-se, que, em caso de conflito, as decisões judiciais deveriam prevalecer sobre a lei, tendo em

⁵⁴ “Il diritto inglese assomiglia ‘to the ship that by often mending had no piece of the first materials or (...) the house that is so often repaired ‘ut nihil ex pristina matéria supersit’: richiama, cioè, l’idea di una nave o di una casa, che, per i frequenti aggisusti, reinfreschi e rinnovi, pur mantenendo la vecchia fisionomia, non conserva alcunché del suo originale materiale di costruzione”. CRISCUOLI, Giovanni. Op. cit., p. 10.

⁵⁵ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 37-38. “Legal rules that have been worked out over an extended period can claim obedience for that reason alone. For the same reason, according to the common law approach, you cannot determine the content of the law by examining a single authoritative text or the intentions of a single entity. The content of the law is determined by the evolutionary process that produced it. Present-day interpreters may contribute to the evolution – but only by continuing the evolution. Not by ignoring what exists and starting anew. Characteristically, the law emerges from this evolutionary process through the development of a body of precedents.” “As regras jurídicas que foram trabalhadas por um extenso período podem, apenas por esta razão, demandar obediência. Do mesmo modo, de acordo com a perspectiva do *common law*, não se pode determinar o conteúdo do direito pelo exame de um único texto de autoridade ou das intenções de uma única entidade. O conteúdo do direito é determinado pelo processo evolucionário que o produziu. Os intérpretes atuais podem contribuir para a evolução – mas apenas continuando com a evolução. E não ignorando o que existe e começando de novo. Tipicamente, o direito emerge desse processo evolucionário pelo desenvolvimento de um corpo de precedentes.”

⁵⁶ CRISCUOLI, Giovanni. Op. cit., p. 18.

vista sua especialidade. Além disso, as leis só são efetivamente incorporadas no direito inglês, a partir de sua aplicação pelos Tribunais, e na medida de sua interpretação.

Ainda não há, no direito inglês, uma Constituição escrita. O que os ingleses chamam de Constituição, na verdade, é o conjunto de regras de origem jurisprudencial ou legislativa que garantem as liberdades e os direitos fundamentais e estabelecem limites às autoridades. Mais recentemente, como será enfrentado mais adiante, pode-se afirmar que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pela Inglaterra também fazem parte de sua Constituição material⁵⁷.

Dizer que o direito inglês é predominantemente Judiciário significa dizer que a fonte primária do seu direito são as decisões judiciais, sendo de extrema importância o papel criador⁵⁸ de seus juízes (*judge-made-law*), dando-se reconhecimento à autoridade de seus precedentes. Destarte, a legal rule no direito inglês não se confunde com a regra do direito nos sistemas de *civil law*. O *statute law* tem função apenas complementar, porque pressupõe a existência dos princípios gerais criados pela jurisprudência, ou seja, as leis só possuem sentido em relação ao *common law*, não de forma autônoma.

Ainda, dizer que o direito inglês é um direito Judiciário significa dizer que ele é primordialmente prático, pragmático, casuístico. O direito inglês não é um direito acadêmico e, portanto, não tem princípios abstratos nem juristas teóricos; ao contrário, é um sistema de *case-law*, em que os juízes são práticos e cuja função é de aplicar a justiça e não alguma fórmula de direito preestabelecida. A cada nova situação corresponde uma nova regra, e a ligação ao passado existe para transmitir o procedimento que permite ao juiz chegar à novidade normativa que, por sua vez, não vem a ser criada *ex nihilo*, mas é elaborada com base nas regras jurídicas já formadas pelos precedentes, devendo o juiz apresentar as razões e

⁵⁷ “The British Constitution is in the process of transformation, departing from the doctrine of parliamentary sovereignty in favor of a legislature effectively limited by unwritten and written constitutional principles enforceable by judicial review”. “A Constituição britânica está em processo de transformação, partindo da doutrina da soberania parlamentar a favor de um Legislativo efetivamente limitado por princípios constitucionais escritos e não escritos e exigíveis por meio de controle de constitucionalidade das leis”. JENKINS, David. From Unwritten to Written: Transformation in the British Common-Law Constitution. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 36, n. 3, 2003, p. 958

⁵⁸ “Num sentido trivial, é inquestionável que os juízes “criam novo direito” toda vez que decidem um caso importante, anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição (...) Em geral, porém, apresentam essas “novas” formulações jurídicas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido. Alegam, em outras palavras, que a nova formulação se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que isso não tenha sido previamente reconhecido, ou tenha sido, inclusive, negado.”⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 9.

os fatos que distinguem ou não o caso atual daquele já julgado anteriormente.⁵⁹

O *common law* pode ser considerado um sistema aberto⁶⁰, na medida em que é possível encontrar a solução jurídica mais adequada *a posteriori*, pois normas são elaboradas e reinterpretadas continuamente, baseadas principalmente na razão. Em contrapartida, o *civil law* pode ser considerado fechado, eis que presume que, para cada lide, pelo menos em tese, deve haver uma norma aplicável⁶¹.

Explica-se: o direito inglês é fundamentalmente um direito jurisprudencial (*case law*) e, portanto, suas regras são aquelas que se encontram na *ratio decidendi* das decisões dos Tribunais Superiores da Inglaterra. Numa decisão é possível distinguir a *ratio decidendi* da *obiter dicta*; enquanto a *ratio decidendi*⁶² é a questão nuclear e impositiva da decisão⁶³, as *obiter dicta* são as declarações que não são estritamente necessárias para a solução do conflito⁶⁴.

Foi necessário buscar um caminho para o *common law* entre a ideia normativa do direito natural e os fatos empíricos dos costumes sociais. O *common law* foi fundado segundo um discurso racional nos quais os juízes, guiados pela coerência ou harmonia da razão no direito, aplicavam as máximas do direito às infinitas diversidades das questões humanas que

⁵⁹ Ibidem, p. 21-22.

⁶⁰ “A natureza do pensamento inglês, que ganhou sábia influência, especialmente, do pensamento de Francis Bacon, pode ser caracterizada pelas palavras ‘empirismo’ ou ‘indução’. O pensamento inglês não tem a tendência de suplantar os fatos por meio da razão; ele busca a razão nas coisas, a razão é a sua ‘natureza da coisa’. Esse senso inglês para os fatos também não costuma fundamentar conclusões na expectativa de fatos futuros; ao contrário, ele deixa que os fatos venham até ele para então decidir oportunamente na sua presença. Ele não confia na fantasia nem no cálculo de situações futuras. A situação real é sempre bem diferente; ao contrário, ele espera até que a própria situação traga ou force a decisão. Ele também não se sente comprometido com a consequência, a persecução do caminho errado só porque uma vez tomou essa direção. Não se sente obrigado a elegância da linha clara para evitar um curso em zigue-zague; pelo contrario, mantém-se imparcialmente aberto a cada novo momento, as teorias de cada nova situação. Sua força reside em poder informar-se sobre cada situação e a ela adaptar-se. (...)” RADBRUCH, Gustav. Op. cit., p. 34.

⁶¹ A ideia de um sistema fechado no *civil law* se modifica no contexto do constitucionalismo, no qual o caráter vago e abstrato das normas constitucionais também não permite uma verdadeira previsão das normas que serão aplicadas no caso concreto. Ver também nota 58, supra.

⁶² O tema é aprofundado no capítulo 1.2 da Parte II da presente tese.

⁶³ Nesse sentido: “It must be observed that at the *common law* not every opinion expressed by a judge forms a Judicial Precedent. In order that an opinion may have the weight of a precedent, two things must concur: It must be, in the first place, an opinion given by a judge, and, in the second place, it must be an opinion the formation of which is necessary for the decision of a particular case; in other words, it must not be *obiter dictum*”. GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. 2. ed, 1921, p. 261 apud GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2 dez. 1930, p. 161. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

⁶⁴ Ver capítulo 1 da Parte II.

lhes eram confrontadas. Assim, o *common law* moderno emergiu de uma confluência de costumes antigos, direito natural e razão jurídica.⁶⁵

Por outro lado, quando se fala em *common law* como direito jurisprudencial, tem-se que ele é baseado em decisões escritas e, portanto, não é um direito não escrito no sentido que tinham os costumes imemoriais ou o direito natural,⁶⁶ mas um direito não escrito quando em oposição a um texto positivo.

Os verdadeiros fundamentos do direito não estariam todos expressos em palavras publicadas, mas deixados implicitamente nos casos já decididos. Desse modo, em novos casos, haverá respostas jurídicas esperando para serem desenhadas a partir dos casos antigos⁶⁷.

Além disso, reitere-se que o direito inglês sofreu pouca influência do direito romanista. Em que pese ter havido uma recepção do direito romano, especialmente no período dos Tudors (1485-1603), inclusive com a introdução do ensino do mesmo em Oxford e em Cambridge por Henrique VIII, ressalta HESPANHA que esta influência se deu de forma marginal, uma vez que não conseguiu influenciar os tribunais de *common law*, que tinham pessoal com formação própria e nos quais predominava o “velho direito feudal de origem normanda”.⁶⁸

Outro ponto de rejeição do direito romano pela Inglaterra se dá na medida em que aquele estava ligado à questão religiosa e com a Reforma anglicana, rejeitou-se qualquer direito que estivesse ligado aos canonistas ou ao Papado.⁶⁹

Outra característica que merece ser destacada em relação ao desenvolvimento histórico inglês é a supremacia do Parlamento. CAPPELLETI ressalta que Edward Coke, na primeira metade do século XVII, defendia que a lei não fosse criada, “mas somente afirmada ou declarada pela vontade do Soberano”.⁷⁰ O *common law* era soberano sobre o *statutory law* e o Legislativo, este, por sua vez, poderia complementar o *common law* mas nunca violá-lo. Essa doutrina de Edward Coke prevaleceu até 1688.⁷¹ Com a Revolução Gloriosa, em 1689,

⁶⁵ WALTERS, Mark D. Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism. In: HUSCROFT, Grant (Ed.) *Expounding the Constitution*. Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 247.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 249.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 253.

⁶⁸ HESPANHA, António Manuel. *Op. cit.*, p. 262.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 263.

⁷⁰ CAPPELLETI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 58.

⁷¹ Ver nota 99 infra sobre Dr. Bonham's Case.

foi adotado o princípio da Supremacia do Parlamento.⁷² Entretanto, a noção de supremacia do Parlamento não significou sua supremacia absoluta ou ilimitada, uma vez que o Parlamento e a lei continuaram submetidos ao *common law*.⁷³

Para DICEY, a supremacia do Parlamento seria uma característica dominante das instituições políticas da Inglaterra e significaria que o Parlamento teria, sob a Constituição Inglesa, o direito de elaborar ou revogar qualquer lei e, além disso, que a ninguém seria dado o direito de revogar ou deixar de aplicar a legislação elaborada pelo Parlamento.⁷⁴ Tal supremacia não significou algo autoritário, uma vez que o Parlamento além de passar a ser um corpo eleito, sendo representado por diferentes grupos e interesses⁷⁵, continuaria a ter limites no *common law*.

Perceba-se que o *common law* refletia a convicção compartilhada de que era a maior expressão da razão natural desenvolvida e descrita pelo desejo coletivo de várias gerações, e

⁷² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 58-60.

⁷³ FIORAVANTI analisa tal aspecto da seguinte forma: A reconstrução historicista do modelo inglês culmina na evolução do século XVII com figuras como Edward Coke (1552-1634) e John Locke (1632-1704) e a conhecida revolução gloriosa (1689). A soberania parlamentarista (consolidada a partir da revolução gloriosa) não degenera jamais em soberania ilimitada, há um regime de *checks and balances* que exige a participação das três ordens (Reys, Commons y Lords). Não se pode lesionar os direitos dos *englishmen*. Desse modo, Coke é visto como um elemento importante no moderno controle de constitucionalidade ao tutelar constitucionalmente as liberdades, enquanto elaborada pela jurisprudência e expressada em regras do *common law* – o chamado *higher Law* - que não podem ser suprimidas pelas vontades contingentes dos que ostentam o poder político. Desse modo, o modelo inglês permite livrar o pensador historicista da oprimente imagem medieval, intolerável para os modernos, da imutabilidade natural das coisas. Situa-a na longa duração e escapa a ação do legislador.

O modelo inglês parte o poder do Parlamento entre rei, nobres e comuns, funda sua autoridade na história e não na vontade constituinte (concepção radical), por isso, tem dificuldade em entendê-la. FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*. 3.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 33.

⁷⁴ DICEY, Albert Venn. *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8. ed. [S. l.] Macmillan, 1996, p. 38 apud ELLIOTT, Mark. United Kingdom: Parliamentary sovereignty under pressure. *International Journal of Constitutional Law*, 545, 2, 2004. p. 545.

⁷⁵ “And yet, while the United Kingdom’s “constitution” of custom and tradition is accorded special status in the system of laws and practices within which ordinary affairs are conducted, the fact that it lacks the formality and concreteness of a unique written text seems of a piece with the recognized Power of the British Parliament to alter the structure of government or its relationship with the people and their “rights” merely by enacting a Law, the supremacy of which is treated as axiomatic. Indeed, this very plasticity might be said to be a defining feature of the British “constitution”, under which Parliament reigns supreme”. “E ainda, enquanto a “Constituição” de costumes e tradições do Reino Unido recebe um status especial dentro do sistema de leis e práticas com que os assuntos cotidianos são conduzidos, o fato de que ela não tem a formalidade e a concretude de um texto escrito único parece um fragmento do reconhecido poder do Parlamento britânico para alterar a estrutura do governo ou sua relação com o povo e seus “direitos” simplesmente editando uma Lei, cuja supremacia é tratada como axiomática. De fato, esta plasticidade poderia ser considerada como a característica definidora da “Constituição” Britânica, sob a qual o Parlamento reina supremo”. TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 13-14. Discorda-se do apontamento feito por Tribe, uma vez que o Parlamento inglês sempre encontrou limites no *common law* e, ademais, recentemente os direitos humanos também passaram a limitar o Parlamento via judicial review.

que era visto como um direito fundamental acima dos atos do Parlamento,⁷⁶ funcionando os princípios do *common law* como uma Constituição não escrita. Assim, o direito não era criado apenas pelas decisões judiciais, mas também pela prática social e pelos costumes que acabavam por criar limites ao Parlamento.

Assim, o princípio da *Supremacy of the English Parliament* significou não apenas a submissão do Poder real ao Legislativo, mas, principalmente, a submissão do Rei ao direito histórico britânico, estabelecido pelo *common law*.⁷⁷

O *statute law*, nesse período histórico, tinha papel secundário, uma vez que prevalecia o *common law*. De qualquer modo, as leis adotadas pelo Parlamento deveriam ter seu cumprimento exigido pelas Cortes, que, apesar da deferência ao Legislativo, acabavam por definir as regras contidas na lei de acordo com os direitos e as liberdades protegidos pelos princípios estabelecidos pelo *common law*, salvo se o Parlamento dissesse expressamente que um determinado princípio estava derogado.⁷⁸

No mesmo sentido, Jeffrey GOLDSWORTHY resume bem a relação entre a supremacia do Parlamento e a supremacia do *common law*:

It is often suggested that, even if Parliament is supreme in making new *law*, the courts are supreme in interpreting it, and although a *statute*'s validity is not dependent on the *common law*, its interpretation – and therefore its meaning – is. The courts have often interpreted statutory provisions restrictively, contrary to their literal meanings, in order to protect fundamental *common law* principles. Anything less than express words or necessary implication has been held not to alter or impinge upon those principles. An analogy has been drawn between the effect of interpretive presumptions, and the effect of constitutional, “manner and form” provisions that require express words or even a particular verbal formula

⁷⁶ GROTE, Rainer. *Rule of law, État de Droit and Rechtsstaat: The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. Disponível em: <<http://www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>>. Acessado em: 15 abr. 2009.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 46-47. No mesmo sentido: “It is often claimed that Britain’s “unwritten constitution consists of *common law* principles, which are the source of all governmental authority, including Parliament’s authority to enact statutes. As Allan puts it, “the *common law* is prior to legislative supremacy, which it defines and regulates.” Sometimes, this claim is extended to the authority of written constitutions, which is also held to derive from the *common law*.” “Geralmente se afirma que a “Constituição não escrita da Inglaterra]se constitui de princípios do *common law*, que são a fonte de toda a autoridade governamental, incluindo a autoridade do Parlamento para editar leis. Como Allan diz, “o *common law* é anterior à supremacia do legislativo, que é definido e regulado por ele.” Às vezes, esta afirmação é estendida à autoridade de constituições escritas, que também são tidas como derivadas do *common law*.” GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Unwritten Constitutional Principles*. In: *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 289.

⁷⁸ GROTE, Rainer. *Op. cit.*

in order to amend or repeal legislation of a certain kind.⁷⁹

Ademais, o poder do Parlamento de elaboração das leis se desenvolveu historicamente longe de suas primeiras funções judiciárias, como um consultor do Rei em assuntos jurídicos, tanto que, como explica GROTE, o nome *High Court of Parliament* data desse período, e por um grande período não havia distinção entre suas funções judiciais e legislativas, sendo visto até o fim do século XIX mais como uma Corte do que um Legislativo propriamente dito.⁸⁰

Ainda, é de se ressaltar a importância adquirida pela lei na garantia de liberdades individuais contra as arbitrariedades; ideia esta que só foi alterada mais recentemente pela noção de Constituição como lei fundamental.⁸¹

A soberania do Parlamento inglês também era enfatizada por BLACKSTONE, ao estabelecer que todos os outros poderes do Estado deveriam obedecer ao Poder Legislativo,⁸²

⁷⁹ “É frequentemente sugerido que, se o Parlamento é supremo em fazer nova lei, os tribunais são supremos em interpretá-la e, embora a validade da lei não seja dependente do *common law*, a sua interpretação – e, portanto, seu significado – é. Os tribunais têm frequentemente interpretado restritivamente disposições previstas na lei, ao contrário do seu significado literal, a fim de proteger os princípios fundamentais do *common law*. Tanto as palavras expressas ou sua necessária implicação foram interpretadas de modo a não alterar ou invadir a esses princípios. Uma analogia foi estabelecida entre os efeitos das presunções interpretativas e os efeitos das disposições de modo e forma constitucionais que exijam palavras expressas ou até mesmo uma fórmula verbal especial, a fim de alterar ou revogar a legislação de um determinado tipo”. GOLDSWORTHY, Jeffrey. Op. cit., p. 294.

⁸⁰ GROTE, Rainer. Op. cit.

⁸¹ “The Idea that it was primarily the ordinary Law of the land which protects the liberties of the people against arbitrary rule was preserved when the ancient Idea of fundamental law in later centuries was gradually replaced by the more modern notion of constitution.” “A ideia de que foi principalmente a Lei da Nação que protegeu as liberdades das pessoas contra as regras arbitrárias foi preservada quando a antiga ideia de lei fundamental foi, nos últimos séculos, gradualmente sendo substituída pela mais moderna noção de Constituição.” Idem.

⁸² BLACKSTONE, William. Commentaries of the Laws of England, I, p. 46, apud HESPANHA, Antonio Manuel. Op. cit., p. 266.

e este poderia tudo que não fosse impossível pelo direito natural.⁸³ Ou seja, sempre se teve a ideia de que o Parlamento poderia ser limitado pelo direito natural e pelo *common law*, que seria a prática e a descoberta dos direitos já existentes. Conforme se verá mais à frente, o princípio da Supremacia do Parlamento na Inglaterra vem sendo relativizado atualmente.⁸⁴

Além da importância dada ao Poder Legislativo, é certo que, por se tratar de um direito jurisprudencial, o direito inglês dá importante papel ao Poder Judiciário em sua formação.

Em 1723, Sir Matthew Hale apresentou quatro razões para justificar o peso às decisões judiciais no *common law*. Primeiro defendeu que as pessoas escolhidas como juízes tinham um maior conhecimento do direito do que as outras, depois que essas pessoas estavam comprometidas em julgar de acordo com as Leis do Reino. Ainda defendia que as pessoas escolhidas como juízes tinham condições para fundamentar e motivar suas decisões, como também que seus julgamentos eram fortalecidos e sustentados pelas Leis do Reino.⁸⁵

Ainda, é importante ter em vista que nos Estados Unidos e Inglaterra, ao contrário do que aconteceu na França, onde se buscou limitar a atuação do Poder Judiciário, reservando-o apenas a aplicar a lei, desenvolveu-se outro tipo de tradição judicial. Naqueles países os juízes, com frequência, tiveram uma atuação ao lado dos indivíduos contra o abuso de poder do Legislativo, tendo, também, uma importante atuação na centralização do poder do governo

⁸³ “The power and jurisdiction of parliament, says Sir Edward Coke, is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds. (...) It hath sovereign and uncontrollable authority in making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical, or temporal, civil, military, maritime, or criminal: this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms. (...) It can change and create afresh even the constitution of the kingdom and of parliaments themselves; as was done by the act of union, and the several statutes for triennial and septennial elections. It can, in short, do everything that is not naturally impossible; and therefore some have not scrupled to call it's power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament”. “O poder e a jurisdição do Parlamento, diz Sir Edward Coke, é tão transcendente e absoluto, que não pode ser confinado, seja por causas ou por pessoas, em quaisquer barreiras. (...) Ele tem soberania e autoridade incontroláveis para fazer, conformar, ampliar, restringir, ab-rogar, repelir, ressuscitar, e explicar as leis, referindo-se a qualquer assunto possível, eclesiástico, ou temporal, civil, militar, marítimo ou criminal: este é o lugar onde aquele poder despótico e absoluto, que em todos os governos deve residir em algum lugar, está assegurado pela Constituição desses reinados. (...) Ele pode mudar e criar uma nova Constituição do reinado e do próprio parlamento; como foi feito pela *act of union*, e as diversas legislações que regulavam as eleições trimestrais e semestrais. Ele pode, em suma, fazer tudo que não for naturalmente impossível; e assim alguns não hesitaram em chamar seu poder, utilizando-se de uma figura um tanto ousada, de a onipotência do parlamento” BLACKSTONE, William. *Commentaries of the Laws of England*, Document 2. Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_1s2.html>. Acesso em: 26 dez. 2010.

⁸⁴ Segundo Mark ELLIOTT, essa mudança se deve principalmente à participação da Inglaterra como membro da União Europeia, assim como a ênfase dada aos direitos humanos e à dispersão da autoridade legislativa entre os Legislativos regionais. ELLIOTT, Mark. Op. cit., p. 546.

⁸⁵ HALE, Sir Matthew. *The History and analysis of the Common Law of England*, 173, apud KELLY, Margaret R.L.L. Op. cit., p. 5-6.

e no término do feudalismo.⁸⁶

Destaque-se o fato de que nunca existiu nesses países medo de que o Judiciário assumisse as funções de *lawmaking* ou de que ele pudesse interferir nos demais poderes. Ao contrário, o poder dos juízes em moldar o desenvolvimento do *common law* sempre foi visto com bons olhos nesses países.⁸⁷

É por isso que, ao se estudar as fontes do direito inglês, a jurisprudência aparece como fonte primeira, não só porque é um direito efetivamente jurisprudencial formado historicamente pelas decisões dos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), mas também porque sofreu pouca influência das Universidades e da doutrina. Em suma, o direito inglês foi construído historicamente.⁸⁸

As leis, como já apresentado acima, funcionam como fontes secundárias e suplementares da jurisprudência, só sendo efetivamente incorporadas quando de sua aplicação pelos Tribunais.

Ao lado da jurisprudência e das leis, o costume pode ser considerado a terceira fonte do direito, mas com um papel bastante secundário se comparado às outras duas.

Mais recentemente, a doutrina tem utilizado o termo “*common law constitutionalism*” para representar uma variedade de teorias que atribuem, segundo GOLDSWORTHY,⁸⁹ algum tipo de status constitucional ao *common law*.

O autor diferencia *strong common law constitutionalism* do *weak common law constitutionalism*, explicando que o primeiro sustenta que o *common law* é a última fonte de autoridade da lei escrita (*statute law*), e possivelmente das constituições, e, por consequência o *common law* já limita a autoridade do Legislativo do mesmo modo que essa limitação pode ser realizada pelo Judiciário. Já o *weak common law constitutionalism*⁹⁰ sustenta que, apesar do *common law* não limitar a validade das leis escritas (*statutes*), controla sua interpretação e também sua força gravitacional⁹¹.

⁸⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 17. Para um estudo aprofundado sobre as distinções entre os modelos historicista (americano e inglês) e estatalista (francês), confira-se FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*. 3.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 25-54.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ DAVI, René. Op. cit., p. 331.

⁸⁹ GOLDSWORTHY, Jeffrey. Op. cit., p. 289.

⁹⁰ Cf. p. 37.

⁹¹ A força gravitacional dos precedentes será estudada no item 2.2 da II Parte.

Desse modo, mesmo as constituições escritas do Commonwealth teriam seu fundamento de validade em princípios não escritos do constitucionalismo e do *rule of law*, que estão no âmago da tradição do *common law*.

No próximo tópico far-se-á uma análise do desenvolvimento do *common law* nos Estados Unidos.

1.2

Common law e Constituição nos Estados Unidos da América

Em que pese a grande influência da Inglaterra, os Estados Unidos da América constroem um direito diferente e peculiar. A despeito de ter abraçado o princípio da igualdade perante a lei, similar em alguns aspectos com a doutrina inglesa, os Estados Unidos não adotaram a ideia de supremacia do Parlamento. A autoridade suprema não estaria no Parlamento, mas na Constituição, esta é que vai representar a vontade soberana do povo, diversamente das leis que estabelecem a vontade de seus representantes, prevalecendo uma teoria de governo limitado⁹².

No início, a legislação das colônias, enquanto vinculada ao direito inglês, deveria estar compatível com o *common law*, “até porque o Parlamento, como já dito, estava submetido a um metadireito ou a uma metalinguagem (o *common law*)”,⁹³ não havendo ainda um direito novo, de ruptura, como aconteceu na França.

Os pilares centrais do *common law* estadunidense foram a doutrina de respeito ao precedente judicial e a doutrina dos direitos humanos fundamentais. Os novos estados independentes conceberam-se como protetores dos direitos do *common law* inglês contra a opressão britânica, dando principal importância a juízes independentes, precedentes judiciais e direitos humanos fundamentais.⁹⁴

Desse modo, percebe-se que a mudança não foi da supremacia do Parlamento para a

⁹² Sobre o período da Confederação americana, ver: TUSHNET, Mark. *The United States: Eclecticism in the service of Pragmatism*. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) *Interpreting Constitutions: a comparative study*. New York: Oxford University Press, 2007.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 47.

⁹⁴ SELLERS, Mortimer Newlin Stead. *The Doctrine of Precedent in the United States of America* (September 3, 2008), p. 1. Published in modified form in *American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 1, 2006. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1262933>>. Acesso em 15 dez. 2009.

supremacia do Judiciário,⁹⁵ mas o controle de legitimidade das leis que tinha como parâmetro o *common law* passa a ter como parâmetro a Constituição americana. Assim, para MARINONI, o controle de constitucionalidade estadunidense significou muito mais uma continuidade do que uma ruptura com o modelo inglês, ao controlar a legitimidade dos atos da colônia em relação ao direito inglês.⁹⁶

Na verdade, enquanto a Inglaterra escolheu o caminho da supremacia do Parlamento, ainda que limitado pelo *common law*, as colônias americanas decidiram seguir outro curso ao submeter o Legislativo a princípios fundacionais de uma *higher law*⁹⁷.

Nessa dimensão, houve um resgate a um direito natural supremo, retomando-se o pronunciamento de Edward Coke no Dr. Bonham's Case⁹⁸ de que um Ato do Parlamento contra o "*common right and reason*" seria nulo. A partir daí se inicia o desenvolvimento da ideia de que o Legislativo estava submetido e vinculado a uma Lei superior no exercício de

⁹⁵ O princípio da supremacia do Parlamento, na Inglaterra, diversamente da França que significou a supremacia da lei sobre o juiz, representou a supremacia do direito sobre o poder real e "sobre as próprias leis, inclusive as das colônias". MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 47

⁹⁶ Em sentido contrário, Michele TARUFFO entende que os sistemas americano e britânico estão cada vez mais diferentes, veja-se: "Depois das *Rules of Civil Procedure* introduzidas na Inglaterra, em 1999, mas, sobretudo, depois das profundas reformas no ordenamento judiciário inglês efetuadas nesses últimos anos – em virtude das quais a House of Lords não é mais a Corte Suprema, os juízes não são mais nomeados pelo soberano, mas selecionados por uma específica comissão independente do Poder Executivo, e o Lord Chancellor não é mais o chefe da magistratura – a divisão entre os sistema inglês e o sistema estadunidense tronou-se profunda e radical. Os dois sistemas já eram historicamente distintos por várias razões (como, por exemplo, o desaparecimento do júri civil na Inglaterra e sua manutenção nos Estados Unidos), mas, agora, esses não são mais nem mesmo comparáveis. TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*, v. 181, 2010, p. 169.

⁹⁷ A experiência americana e seu temor ao legislador onipotente confere forte antiestatalismo, mas, de outro lado, concebe seu historicismo de forma diversa do inglês (que não conteve a ação do legislador), assim, repete a ideia da Carta Magna de 1215 e funda a garantia na Constituição Americana como um texto orgânico, escrito que pode ser oposto aos governantes que hajam atuado de maneira ilegítima, ou seja, contrária à Constituição. Explica Fioravanti que "historicismo e individualismo ya no son en tierra americana lo que eran en El viejo continente. El primero se emancipa – como hemos visto – Del tradicional modelo británico y admite, así, La posibilidad de una constitución escrita, querida por El cuerpo constituyente, y desde aquí defiende los derechos y libertades; El segundo, por su parte, se emancipa Del contexto europeo-continental Del Estado moderno como máxima concentración de imperium, y encuentra así en su camino El clásico británico de libery and property". FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*. p. 84

⁹⁸ No caso em tela, decidido em 1610 pela Court of Common Pleas, Coke estabeleceu que os atos do Parlamento só seriam válidos se estivessem de acordo com o *common law*: "[I]t appears in our books, that in many cases, the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void." "Em nossos livros consta que, em muitos casos, o *common law* controlará os Atos do Parlamento e, algumas vezes, os decretará absolutamente nulos: pois quando um Ato do Parlamento for contra a razão e o direito comum, ou repugnante, ou impossível de ser praticado, o *common law* vai controlá-lo, e decretará tal Ato nulo." Disponível em: <http://www.constitution.org/trials/bonham/dr_bonham%27s_case.htm> Acesso em: 5 dez 2010. Veja-se que o caso em tela permitiu que os juízes da Corte de Apelação declarassem a nulidade de ato do Parlamento contrário ao *common law*. Esta decisão é considerada o fundamento do judicial review, segundo o qual os tribunais estão autorizados a invalidar leis provenientes do Legislativo ou atos do executivo. Tal decisão teria inspirado Marshall ao decidir o caso *Marbury v. Madison*.

seus poderes.⁹⁹ Ainda, referida decisão foi interpretada como um suporte à invalidação judicial dos atos do Legislativo que fossem contrários aos princípios do *common law*.

Influenciados pelas teorias de Coke e de Blackstone de governo equilibrado e limitado, aliado ainda à ideia de que o Parlamento, embora supremo, estava limitado ao direito natural e ao *common law*, os Estados Unidos adotaram a limitação do Parlamento por princípios constitucionais do *common law*¹⁰⁰ que, por sua vez, estariam representados num documento escrito.

No Federalista n. 1, Hamilton defendeu que as constituições deveriam ser estabelecidas por meio de reflexão e escolha mais do que por acidente e força. Diferente da Constituição britânica em que nada era visível ou real, a Constituição Americana era certa e determinada, delineada pelas mãos fortes do povo, o trabalho ou desejo de uma população atuando em sua capacidade original, soberana e ilimitada. Este desejo não se deu apenas na esperança da certeza e previsibilidade que o documento escrito poderia fornecer, mas também na ideia de que este instrumento era produto de um ato político coletivo e consciente, um acordo formado por meio de deliberação, amadurecido e adotado de forma solene pelo desejo do povo. Como as leis escritas de um modo geral, o direito constitucional escrito manifestava o potencial criativo da humanidade e as aspirações da modernidade.¹⁰¹

Mencione-se que o princípio da supremacia da Constituição e os limites por ela impostos a todos os poderes do Estado foi defendido pela Suprema Corte dos Estados Unidos quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, pelo juiz Marshall:

(...) emphatically the province and duty of the judicial department to say what the *law* is (...) If two *laws* conflict[ed] with each other, the courts must decide on the operation of each.

⁹⁹ GROTE, Rainer. Op. cit., Observe-se também o posicionamento de David JENKINS a respeito: “Regardless of Coke’s actual meaning, many of his contemporaries and followers regarded *Bonham’s Case* as supporting a power of judicial review capable of striking down acts of Parliament, as well as the Crown. Thus, even assuming that Coke did not propose a full judicial power to invalidate primary legislation in all cases, subsequent interpretations, or misinterpretations, of his ideas nevertheless asserted the primacy of higher legal principles over contrary acts of Parliament.” Não obstante o verdadeiro significado de Coke, muitos de seus contemporâneos e seguidores consideravam que o caso *Bonham* legitimava o Poder Judiciário a derrubar os atos do Parlamento na mesma medida que a Coroa. Por isso, mesmo que se presume que Coke não propunha um amplo poder ao Judiciário para invalidar a legislação primária em qualquer caso, interpretações subsequentes, ou interpretações equivocadas de suas ideias, afirmavam, de todo o modo, a primazia dos mais altos princípios jurídicos sobre os atos do Parlamento a eles contrários.” JENKINS, David. From Unwritten to Written: Transformation in the British Common-Law Constitution. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 36, n. 3, 2003, p. 888.

¹⁰⁰ JENKINS, David. Op.cit., p. 891.

¹⁰¹ WALTERS, Mark D. Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism. In: HUSCROFT, Grant (Ed.) *Expounding the Constitution*. Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 246.

So if a *law* be in opposition to the constitution; if both the *law* and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the *law*, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the *law*; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If then, (...) the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.

Those then who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount *law*, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the constitution, and see only the *law*.

This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. It would declare that an act which, according to the principles and theory of our government, is entirely void is yet, in practice, completely obligatory. It would declare that if the legislature shall do what is expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual. It would be giving to the legislature a practical and real omnipotence, with the same breath which professes to restrict their powers within narrow limits. It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed at pleasure.

That is thus reduces to nothing what we have deemed the greatest improvement on political institutions – a written constitution – is (... [is] sufficient, in America, where written constitutions have been viewed with so much reverence for rejecting the construction.¹⁰²

Antes disso, no Federalista n. 78, HAMILTON já estabelecia que as limitações impostas pela Constituição ao Legislativo somente poderiam ser preservadas na prática por meio das Cortes de justiça, que tinham “o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição”.¹⁰³ Ao estabelecer a competência das Cortes para declarar nulos os atos do Legislativo contrários à Constituição, não se estava a defender uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Sendo a Constituição a lei básica, caberia aos juízes interpretar-lhe seus dispositivos do mesmo modo que as leis provenientes do Legislativo. Em caso de colisão entre elas, deveria o juiz aplicar a lei de maior hierarquia, em outras palavras “a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre

¹⁰² “(...) enfaticamente é função e dever do departamento judicial de dizer o que a lei é (...) se duas leis se conflitam (conflitaram) entre si, as cortes devem decidir na execução de uma delas. Portanto se a lei se opõe à Constituição, se tanto a lei quanto a Constituição servem para um caso particular, então a corte deve decidir se aquele caso está conforme a lei, desconsiderando a Constituição, ou se está conforme a Constituição, desconsiderando a lei; a corte deve determinar qual dessas regras que se divergem será aplicada no caso. Isto é a essência do dever judicial. Se então, a Constituição é superior a qualquer ato comum do Legislativo, a Constituição, e não tal ato, deve reger o caso em que os dois se aplicam. Aqueles então que são contra o princípio de que a Constituição deve ser considerada, no âmbito da corte, como a lei suprema, são reduzidas a necessidades de se sustentar que cortes devam fechar seus olhos para a Constituição, e verem somente a lei. Essa doutrina subverteria a base de todas as constituições escritas. Iria declarar que um ato que, estando de acordo com os princípios e a teoria do nosso governo, é totalmente vazio, é ainda, em prática, completamente obrigatório. Declararia que se o Legislativo deve fazer o que é expressamente proibido, tal ato, apesar da expressa proibição, é em realidade efetivo. Estaria dando ao Legislativo uma prática e uma real onipotência, com o mesmo fôlego que afirma restringir seus poderes dentro de limites estreitos. Isto significaria prescrever limites, e declarar, ao mesmo tempo, que esses limites podem ser transgredidos como se bem entender. Isto, então, reduziria a nada o que julgamos a maior evolução em instituições políticas – uma Constituição escrita – (é) suficiente, na América, onde constituições escritas têm sido vistas com tanta reverência por rejeitar a construção.” NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000, p. 64-65. Ver também: CLINTON, Robert Lowry. Op. cit., p. 81 et. seq.

¹⁰³ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005. p. 471.

a de seus agentes”.¹⁰⁴ Essa compreensão não significava que o Judiciário estaria acima do Legislativo, mas que o “poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser a do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não aquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias”¹⁰⁵.

Por outro lado, é possível afirmar que a Constituição Americana também estabeleceu uma versão mais moderna do princípio da separação dos poderes, que foi interpretado com a possibilidade de *checks and balances* entre os Poderes.¹⁰⁶ Além dos limites impostos pela Constituição, ao se escolher a forma federativa de Estado, tem-se outra forma de limitação do poder.

Nos Estados Unidos, a *Rule of law* foi construída baseada em dois princípios: i) forte fragmentação do poder; e ii) individualismo como base do constitucionalismo.

¹⁰⁴ HAMILTON, Alexander et al, op.cit., p. 471-472. William E. NELSON explica que Alexander HAMILTON já tinha escrito o seguinte: “Some perplexity respecting the right of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power, It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessary be superior to the one whose acts may be declared void.” Mas, ao contrário, HAMILTON declarou que seria mais racional “to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar function of the courts. A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents. Nor does this conclusion by any means suppose of superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature declared in its statutes, stands in opposition to that of the people declared in the constitution, the judges ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental.” NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000, p. 65-66. “Algumas perplexidades, respeitando o direito das cortes em pronunciar a nulidade de atos Legislativos, porque eram contrários à Constituição, surgiram de uma imaginação que a doutrina implicaria uma superioridade do judiciário em relação ao poder do Legislativo. É exigido que a autoridade que pode declarar atos nulos, deve ser necessariamente superior aquela da qual os atos podem ser nulos.” Mas ao contrário, HAMILTON declarou que seria “mais racional supor que as cortes fossem desenhadas a fim de ser um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, para, entre outras coisas, manter o último entre os limites designados à sua autoridade. A interpretação das leis é função própria e exclusiva das cortes. A Constituição é de fato, e deve ser, considerada pelos juízes como uma lei fundamental. Portanto, pertence a eles o dever de apurar o seu significado, assim como o significado de algum ato em especial provindo do corpo do Legislativo. Se acontecesse de ser uma variação irreconciliável entre os dois, aquela que tem obrigação e validade superiores deve ser obviamente a preferida, ou em outras palavras, a Constituição deve ser escolhida e não o estatuto, a intenção do povo e não a dos seus agentes. Esta conclusão de nenhuma forma acredita na superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Somente supõe que a força do povo é superior a ambos, e que onde o desejo do Legislativo, declarado no seus estatutos, se coloca em oposição àquele do povo declarado na Constituição, os juízes hão de regular suas decisões pelas leis fundamentais, ao invés de se basear naquelas não fundamentais”.

¹⁰⁵ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista.*, op.cit., p. 472

¹⁰⁶ Federalista 37. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005. p. 301.

A ideia de uma forte fragmentação do poder nos Estados Unidos vai se dar a partir dos ideais federalistas. Primeiro se pensa numa limitação horizontal do Poder, instituindo-se não só a separação de poderes como estabelecida por Montesquieu¹⁰⁷, mas também desenvolvendo este princípio para a ideia de *checks and balances*.

O princípio de *checks and balances* (pesos e contrapesos) traz uma ideia de controles recíprocos entre os poderes. Para os federalistas, não seria possível admitir o princípio da separação rígida entre os poderes, mas que ao mesmo tempo se permitisse que eles fossem absolutos, sem qualquer controle. A interpretação dos federalistas acerca da teoria de Montesquieu¹⁰⁸ foi justamente a de que se qualquer um dos poderes ficasse sem controle, poderia cometer abusos e arbitrariedades¹⁰⁹.

Nesse viés, antes da decisão paradigmática de Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, os federalistas desenvolveram a teoria da separação dos poderes a partir da ideia de controles recíprocos entre eles, num contexto totalmente diverso do que ocorreu na França, especialmente no que diz respeito à relação entre Judiciário e Legislativo¹¹⁰.

Enquanto na França havia uma grande preocupação em limitar-se o Poder Judiciário

¹⁰⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁰⁸ “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”. *Ibidem*, p. 169.

¹⁰⁹ “My second thesis has been that this judicial role is a legitimate one. Surely we might disagree with, even fight against, certain determinations or trends in constitutional adjudication. Still, a century and a half of Continental history is there to demonstrate that the alternative solution is worse indeed. In the absence of judicial control, the political power is more easily exposed to the risk of perversion. Judicial control, of course, is no infallible remedy/ as a bulwark of our freedoms, it might often prove to be too weak to resist tyranny, as the experience of many countries demonstrates. If not an invincible bulwark, however, it may at least act as a warning and a restraint.” “Minha segunda tese tem sido a de que este papel judicial é legítimo. Certamente podemos discordar ou até lutar contra certas determinações ou tendências contidas em decisões no âmbito constitucional. Ainda assim, um século e meio de história continental está aí para demonstrar que as soluções alternativas são, de fato, piores. Na ausência de controle judicial, o poder político fica mais facilmente exposto ao risco de perversão. O controle judicial, é claro, não é um remédio infalível, tal qual uma fortaleza que protege as nossas liberdades; ele pode até frequentemente se mostrar fraco demais para resistir à tirania, como a experiência de muitos países demonstra. Se não se trata de uma fortaleza intransponível, no entanto, ele pode ao menos agir como um aviso e como um obstáculo.” CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu? The Expansion and legitimacy of “Constitutional Justice”*. *Catholic University Law Review* (1985) 35 Cath. U. L. Rev. 1.

¹¹⁰ “A regra de boa conduta para a permanência no cargo da magistratura judicial é certamente um dos mais valiosos dos últimos progressos no exercício do governo, constituindo (...) nas repúblicas, obstáculo não menos importante contra as usurpações e opressões do Legislativo”. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Op. cit.*, p. 469-470.

no contexto pós-Revolução Francesa, tendo em vista seu passado comprometido com a nobreza e os ideais absolutistas, nos EUA, ao contrário, a desconfiança não se dava em relação ao Judiciário, mas em relação ao Parlamento.

Enquanto para o rei inglês todos os súditos estavam representados no Parlamento, tal raciocínio não se coadunava com o dos colonos americanos. A proximidade entre os representados e a população da América tornava estranha e irreconhecível a autoridade de um Parlamento distante, não eleito e não conhecido. Se, por um lado, a Revolução Francesa se opõe ao mandato imperativo e tende à eleição dos representantes, por outro, a americana desconfia destes.¹¹¹

No Federalista 48, defende-se que a relação entre o Legislativo e o povo, por ser muito próxima, é a que pode ser mais propensa a cometer abusos. Afora isso, imagina-se que qualquer um dos Poderes sem controle e ilimitado também poderá cometer arbitrariedades.¹¹²

Dessa forma, defendem que caberá ao Judiciário, por suas funções de intérprete da lei, também interpretar a lei quando esta violar a Constituição, por se tratar de simples colisão entre a lei ordinária e a Lei Maior. Deve o Judiciário, nesses casos, dar prevalência à Constituição, uma vez que é esta que representa a verdadeira vontade do povo, enquanto a lei representaria apenas a vontade dos representantes do povo. Portanto, no caso de colisão de uma lei à Constituição, deve esta prevalecer, sob pena de não existir um sistema constitucional.

A partir da decisão de Marshall no caso *Marbury v. Madison* há uma afirmação de que caberá ao Poder Judiciário realizar o *judicial review* dos atos provenientes do Parlamento. É importante lembrar que referida competência não está prevista em nenhuma norma da Constituição dos EUA, mas parte da interpretação que lhe foi dada por Marshall num momento estratégico do ponto de vista político¹¹³.

Ainda, é importante ressaltar que na formação do Estado Constitucional americano, aliado à fragmentação horizontal do poder, houve também uma preocupação em se

¹¹¹ FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*, p. 84 et seq.

¹¹² “O Legislativo ostenta uma superioridade em nossos governos oriunda de outras causas. Seus poderes constitucionais, sendo desde logo mais abrangentes e menos suscetíveis de uma limitação precisa, mascara, sob medidas complicadas e indiretas, as intromissões que ele se permite fazer nos demais ramos. (...) somente o Legislativo tem acesso ao bolso do povo e, em algumas Constituições, inteira liberdade a esse respeito, sendo que em todas desfruta privilegiada influencia sobre as remunerações dos funcionários lotados em outros ramos do poder, acentuando uma dependência de parte destes, que ainda torna mais fácil as usurpações daquele.” HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. Op. cit., p. 308.

¹¹³ Para saber mais a respeito, consultar: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 89-96.

estabelecer a divisão vertical do poder, que foi possível a partir da adoção do sistema federalista de Estado.

A Federação, ao estabelecer a repartição de competências entre Estados e União, acabou por descentralizar o poder, o que, junto com o princípio da separação dos poderes idealizado pelos *checks and balances* (controles recíprocos), determinou mais uma forma de divisão e limitação do Poder do Estado.

Outro ponto que merece destaque é a proteção dada às liberdades individuais pela Constituição dos Estados Unidos, demonstrando, assim, que o individualismo é a base do constitucionalismo americano. Veja-se que a proteção dos direitos e das liberdades individuais pela Constituição dos EUA e por seu Bill of Rights retrata o contexto histórico vivenciado naquele momento, cuja maior preocupação era de impor limites à Coroa inglesa e garantir direitos de liberdade aos cidadãos do novo continente.

A doutrina dos *rights* e sua prioridade sobre os poderes públicos organiza a sociedade americana. A declaração de independência e depois a Constituição proclamam os direitos naturais individuais, estabilizados pelos precedentes históricos seguindo o *due process of Law* e defendendo a *liberty and property*.¹¹⁴

Ainda, relevante enfatizar, no *common law* estadunidense, a importância assumida pelo Judiciário ao longo da história americana. Já é inerente à tradição de *common law* o fato do juiz, segundo ROSENFELD, “makes law” aprimorando uma série de precedentes por meio de julgamentos de casos semelhantes¹¹⁵. Ademais, é necessário lembrar que os juízes, mesmo nos países de tradição do *common law* devem aplicar as leis em sentido estrito e os códigos eventualmente existentes, o que limita consideravelmente sua competência para construir o direito (*law making role*).

Entretanto, isso não significa sustentar que a lei poderia modificar ou revogar qualquer decisão judicial, o que não seria possível, especialmente quando se trata de matéria constitucional interpretada pelo Judiciário.

Essa afirmativa tem respaldo na doutrina de David STRAUSS, que esclarece que enquanto em matérias sobre contratos, seguros, direito criminal e outras que são de competência do Estado, é possível a superação do que foi construído pelo *common law* pelos Legislativos competentes, isto não é possível em relação à matéria constitucional. Ou seja, uma decisão sobre o significado da Constituição não pode ser reformada pelo Congresso ou

¹¹⁴ FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales*, p. 84.

¹¹⁵ ROSENFELD, Michel. *Comparing Constitutional Review...* Op. cit., p. 46.

pelos Legislativos estaduais, mas apenas se as Cortes mudarem seu curso ou se a Constituição for emendada.¹¹⁶

Veja-se que nos Estados Unidos os princípios governantes do direito constitucional são produtos de precedentes e não de uma interpretação original¹¹⁷. Segundo David STRAUSS, na atual prática constitucional há uma prevalência dos precedentes e de argumentos sobre justiça e políticas sociais.¹¹⁸

Sobre o tema em questão, MARINONI afirma que “no *common law*, a autoridade da lei é superior àquela das decisões judiciais, e não o contrário”,¹¹⁹ uma vez que a cláusula 2ª do artigo VI, da Constituição dos Estados Unidos, estabeleceria que o respeito à Constituição e às Leis dos Estados Unidos como “the supreme *Law of the Land*” significaria que perderia efeito qualquer interpretação judicial contrária a tais normas.

Importante aqui ressaltar o equívoco dessa interpretação a respeito da posição ocupada pela lei no *common law*¹²⁰. Quando a cláusula 2ª do artigo 6º da Constituição dos Estados Unidos estabelece que: “Essa Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”¹²¹, a

¹¹⁶ STRAUSS, David A. Op. cit., p. 46.

¹¹⁷ Embora haja uma grande discussão doutrinária entre os originalistas e os não originalistas. DWORKIN, por exemplo defende uma leitura moral da Constituição em oposição à leitura originalista: “A leitura moral insiste em que a Constituição significa o que seus autores quiseram dizer. O originalismo insiste em que ela significa o que eles queriam que sua linguagem fizesse, e isso, como eu já disse, é uma coisa completamente diferente (...) Segundo o originalismo, os grandes dispositivos da Declaração de Direitos não devem ser interpretados como exposições dos princípios morais abstratos que eles descrevem de fato, mas como referências, em código ou disfarçadas, aos pressupostos e expectativas que os próprios autores tinham acerca da correta aplicação daqueles princípios.” DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*, op.cit., p. 19-20

¹¹⁸ STRAUSS, David A. Op. cit., p. 44.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 37.

¹²⁰ Também, em sentido contrário ao que afirmou Marinoni: “There is no reason a judge cannot strike down a statute that conflicts with her own best understanding of the Constitution and yet adhere to precedent she disagrees with. If the precedent resulted from a decision-making process that the judge thinks is more thorough and disinterested, she is entitled to give it more deference than the statute.” “Não há razão pela qual um juiz não possa derrubar uma lei que conflite com seu melhor entendimento acerca da Constituição e ainda aderir ao precedente com o qual ele discorda. Se o precedente resultou de um processo de decisão que o juiz pensa ser mais correto e imparcial, ele tem o direito de dar maior deferência ao precedente do que à lei.” HEALY, Thomas. *Stare decisis and the Constitution: Four Questions and Answers. Notre Dame Law Review*, v. 83, 2008; Seton Hall Public Law Research Paper n. 1019558. p. 19. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1019558>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

¹²¹ “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme *Law of the Land*; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or *Laws* of any State to the Contrary notwithstanding..” EUA. *Constitution (1787) Constitution of the United States (1787)*. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>. Acesso em 13 jul. 2010.

preocupação é em afirmar a supremacia da Constituição em relação às constituições e leis estaduais e não a ideia de que as leis estariam acima das decisões judiciais¹²².

Do mesmo modo tal tese não se sustenta não só em relação a uma visão de *strong common law constitutionalism*, mas também sob uma visão de *weak common law constitutionalism*. Na medida em que o *common law* é que fundamenta a Constituição e todas as leis do Parlamento, ou seja, que o *common law* é a última fonte de autoridade do direito escrito (*statute law*) não há que se falar em autoridade superior da lei sobre as decisões judiciais. Por outro lado, mesmo no *weak common law constitutionalism* o que se vê é que o *common law* vai limitar a interpretação das leis, que será feita pelos juízes e de acordo com o *common law*, com a ideia de uma interpretação conforme o *common law constitutionalism*.

Em que pese a Constituição dos Estados Unidos ser formalmente uma lei, a combinação da generalidade e abstratidade de suas normas constitucionais (devido processo legal ou igual proteção) e a tradição judicial do *common law* garantem grande margem para construção judicial e constitucional do direito (*judicial constitutional lawmaking*).¹²³

Não obstante, ROSENFELD explica que, apesar da grande margem de atuação que tem o juiz do *common law*, há um grande respeito nos Estados Unidos pela função judicial, o que se deve em parte ao papel dos juízes na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as arbitrariedades e violações do Estado.¹²⁴

Não se pode esquecer de que a funcionalidade do modelo americano “repousa no princípio do *stare decisis*, na força vinculante das decisões judiciais. Por força desse princípio, no momento em que a Suprema Corte decide a respeito de qualquer questão constitucional, sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais”, adquirindo a decisão eficácia *erga omnes*.¹²⁵

¹²² Ramsey confirma a afirmação acima: “As I will argue, the Constitution’s framers crafted the supremacy clause to serve as the balanced intermediary between the states and the national government; in the original design it fulfilled that purpose well; and in modern practice the departures from it are not so great that we should abandon its text as the guiding principle on such questions.” “Tal como eu sustento, os fundadores da Constituição elaboraram a cláusula da supremacia para que servisse como um equilíbrio intermediário entre os Estados e o governo nacional; no desenho original ela correspondeu bem a esse propósito; e na prática moderna os distanciamentos dela não são tão grandes que devemos deixar de utilizar seu texto como o princípio norteador em tais questões.” RAMSEY, Mike. Implementing Supremacy: The Past and Future of Article VI. Preliminary Draft. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/academics/colloquia/constitutionalththeory/index.htm>

¹²³ ROSENFELD, Michel. Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court (October 2006). *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, Issue 4, p. 46, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1098742> or doi:10.1093/icon/mol027. Acesso em 01 set 2010.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 66.

A experiência norte-americana é importante na medida em que consegue compatibilizar a adoção de uma Constituição escrita com a construção jurisprudencial do direito, comum à tradição do *common law*. Assim, apesar de ter um texto constitucional escrito, nunca se considerou que ele pudesse ser completo, aceitando-se, assim, a ideia de que o direito deve ser construído historicamente de acordo com seus contextos sociais e culturais.

Passa-se, agora, ao desenvolvimento histórico do sistema de *civil law*, para, compreendendo os diferentes contextos históricos e culturais em que cada um dos sistemas surgiu e se desenvolveu, buscar demonstrar como, com as mudanças mais recentes relacionadas à prevalência dos direitos humanos e a preponderância do Poder Judiciário, ambos os sistemas estão se aproximando no âmbito constitucional.

1.3

O *civil law* no contexto europeu

Em que pese o sistema de tradição de *civil law* – também conhecido como romano-germânico – ter ligação com o direito da antiga Roma, sua evolução também o distancia dele, até porque muitas de suas características derivam de fontes diversas do direito romano,¹²⁶ como direito canônico, direito comercial, as revoluções e ciência do direito.¹²⁷

O direito romano teve sua maior influência pelo estudo do *Corpus Juris Civilis*; que foi estudado junto com o direito canônico nas Universidades.¹²⁸ O direito comercial, diversamente dos demais é o direito pragmático, que teve maior desenvolvimento na Itália no período das Cruzadas.¹²⁹

A tradição remonta à data de 450 a.C., que seria a suposta data de publicação da Lei das 12 Tábuas. Em 533 d.C. houve a publicação em Constantinopla do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano¹³⁰. Já as leis bárbaras¹³¹ foram redigidas a partir do século V para a maior parte das

¹²⁶ DAVI, René. Op. cit., p. 25

¹²⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p.6.

¹²⁸ O *corpus iuris civilis* era escrito em latim e não era compreendido com facilidade em razão do desuso da língua, ademais, as transformações sociais tornavam-no arcaico. O direito romano passará a ter tal denominação no século XII para diferenciá-lo do direito canônico.

¹²⁹ Ibidem, p. 11 et seq.

¹³⁰ Ibidem, p. 2 et seq.

tribos germânicas. Do ponto de vista científico, data do século XIII a formação de um sistema propriamente dito, com o Renascimento, e o estudo e sistematização nas Universidades, com os glosadores e comentadores.¹³²

É nessa época que aparece a preocupação de que por meio do Direito que se pode assegurar a segurança necessária ao progresso das cidades e do comércio. Além disso, passa-se a diferenciar o direito da religião, criando-se, inclusive, o direito canônico nessa época.¹³³

Do século XII, XIII até o século XVII, as Universidades europeias passaram a estudar o direito romano como um direito que exprime a Justiça, por outro lado, nem o direito nacional nem a prática do direito eram estudados nesse período e até o século XX, com o surgimento das codificações nacionais, ter-se-á o direito romano como base de estudo nas Universidades.¹³⁴

Ressalta-se que não só o direito romano era estudado nas Universidades, mas uma pluralidade de fontes jurídicas que mesclavam o direito costumeiro dos bárbaros, o direito canônico, as glosas e os comentários formando o *ius commune*.¹³⁵

Dessa forma, foi desenvolvida uma ciência do direito pelos professores das Universidades, direito este teórico e erudito, que se aproximava mais do direito romano do que dos direitos positivos locais de sua época.¹³⁶

GLISSEN aponta as seguintes vantagens para este direito erudito: i) era um direito escrito, em oposição à maioria dos direitos consuetudinários na época, “com todas as consequências que derivam da incerteza e da insegurança do costume”; ii) era comum a todos, tendo sido reconhecido como *ius commune* da Europa continental; iii) era mais completo¹³⁷ que os direitos locais, tornando-se, por isso, supletivo aos direitos locais; iv) era mais evoluído, pois elaborado com base num direito de uma sociedade mais desenvolvida.¹³⁸

Essa sofisticação do direito romano auxiliou, inclusive, a unificação da cultura jurídica europeia. No entanto, não o fez em razão pura e simples do império, mas “porque

¹³¹ Os bárbaros usavam mais os costumes, assimilaram algumas leis romanas e tentaram, sem grande sucesso, mesclar algumas normas e codificações romanas.

¹³² DAVID, René. Op. cit., p. 27-29.

¹³³ Ibidem, p. 31.

¹³⁴ DAVID, René. Op. cit., 1986, p. 33-34; GLISSEN, John. Op. cit., p. 203.

¹³⁵ Pode-se dizer que o direito romano de Justiniano era a base, mas não era o único. HESPANHA, Antonio Manuel. Op. cit., p. 160-161.

¹³⁶ GLISSEN, John. Op. cit., p. 203..

¹³⁷ Ademais, as fontes romanas eram muito mais sofisticadas e completas do que as fontes do direito germânico ou dos direitos locais. Com sua fina e riquíssima casuística cobria a generalidade das situações. HESPANHA, António Manuel. Op. cit., p. 146.

¹³⁸ GLISSEN, John. Op. cit., p. 203.

constituiu um tesouro literário em que, mais tarde, se vieram inspirar os juristas europeus”.¹³⁹

Além disso, é possível apontar as seguintes características do direito romanista, como, por exemplo, o uso duma terminologia comum, a exigência de que a regra do direito deveria ser abstrata e geral, a adoção do princípio de que o direito deve ser justo e razoável e a preponderância da lei como fonte do direito.¹⁴⁰

As revoluções americana e francesa, bem como as revoluções de independência na América Latina influenciaram especialmente o direito público de tradição romano-germânica. Na verdade, esses eventos consistiram numa verdadeira revolução intelectual com novos pensamentos sobre a humanidade, sociedade, economia e estado. Esta revolução intelectual não influenciou apenas o direito público, mas também a forma de administração e organização do sistema jurídico e algumas regras substantivas e de direito processual.¹⁴¹

Percebe-se que nesse período das Revoluções há uma valorização ao direito natural e à razão, no sentido de que todos os seres humanos são criados iguais e têm certos direitos naturais, como o direito à propriedade, à liberdade, à vida. Assim, a função do governo passa a ser a de reconhecer e proteger estes direitos e assegurar a equidade entre as pessoas.

Outra questão importante que surge com os ideais revolucionários é o princípio da separação dos poderes. Diferente dos Estados Unidos, que se preocupa em limitar o Legislativo, com a Revolução Francesa aparece uma grande preocupação em limitar-se o Poder Judiciário, *noblesse du robe*, uma vez que historicamente, além de fazer parte da aristocracia, tomava decisões contrárias aos cidadãos e a favor do Rei.

Nessa dimensão, diversamente dos Estados Unidos, onde prevaleceu a ideia de *checks and balances*, ou seja, controles recíprocos entre os poderes, na França houve um exagero deste princípio, levando a um sistema separado de Cortes administrativas e limitando-se o juiz a um papel de menor importância nos procedimentos jurídicos.

Nesse contexto, Montesquieu preocupa-se com a separação dos Poderes tendo como foco principal a limitação do Poder Judiciário, assegurando-se de que ele estaria restrito a aplicar a lei feita pelo Legislativo, *le juge est la bouche de la loi*.¹⁴²

¹³⁹ HESPANHA, António Manuel. Op. cit., p. 125.

¹⁴⁰ GLISSEN, John. Op. cit., p. 204.

¹⁴¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 15-16.

¹⁴² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de Op. cit., p. XX. Sobre o tema explica MARINONI: “Diante disso, fica claro que o *double degré de juridiction*, ou, mais precisamente, a Corte de Cassação, partiu do pressuposto de que o juiz poderia não aplicar corretamente a lei. Para permitir a frutificação do novo regime – instalado no Parlamento – e para calar o seu rival – o Judiciário –, a Revolução Francesa quis que o juiz se limitasse a declarar as palavras da lei. Mas, exatamente porque temia o Judiciário, e assim era ciente do risco e da possibilidade de o juiz interpretar a lei de maneira desconforme às intenções do novo regime,

A desconfiança em relação ao juiz se dá sob a suspeita de que eles poderiam ter a ambição de restaurar “o protagonismo perdido aumentando desmesuradamente seu poder de interpretar a lei”.¹⁴³ FIORAVANTI explica que, contendo a lei a vontade geral, deveria então ser aplicada de maneira clara e uniforme de tal modo que garantisse aos cidadãos que entre a vontade soberana da nação e eles mesmos não se interpusesse nenhuma vontade particular “ligada por obra de los jueces a la lógica de los casos concretos que, en la línea de la revolución, está demasiado cerca de la lógica de la norma particular y, por tanto, del privilegio”.¹⁴⁴

Destarte, a *rule of law* na França se tornou equivalente ao conceito de supremacia do Parlamento e seu corolário o princípio da legalidade.¹⁴⁵

O predomínio da razão nessa época das Revoluções Americana e Francesa acabou por valorizar a liberdade individual, tendo na Europa uma preocupação antifeudal muito maior que nos Estados Unidos, levando, dessa forma, a uma ênfase na proteção da propriedade privada e na liberdade contratual que, por sua vez, deveriam ser protegidos pelo Direito.¹⁴⁶

O nacionalismo foi igualmente outro aspecto ressaltado com o fortalecimento do Estado. Desse modo, um sistema legal nacional poderia dar unidade à própria cultura local.¹⁴⁷

As revoluções burguesas trouxeram, assim, algumas transformações, especialmente no que diz respeito aos direitos naturais do homem, à separação dos poderes, ao racionalismo, ao antifeudalismo, ao liberalismo burguês, ao estadismo e ao nacionalismo.

Destaque-se que na Europa Continental houve uma revolução com a negação e o rompimento com a antiga ordem legal, enquanto na Inglaterra houve uma “evolução, com o

criou a Corte de Cassação para reprimir a atuação judicial destoante. Nessa dimensão, como é evidente, não seria sequer pensável um sistema de respeito aos precedentes. Ora, se a Corte existe exatamente porque o juiz não merece respeito ou confiança, não há como construir um sistema que, para funcionar, deve partir da premissa de que o juiz respeita a Corte. Como se vê, as lógicas das tradições de civil law e de common law são absolutamente contrárias. E isso é extremamente importante e sugestivo.” Resume precedentes obrigatórios MARINONI, Op. cit., p. 133. Para saber mais sobre a relação do segundo grau de jurisdição no *common Law* e *civil Law*, verificar em *Ibidem* p.130-136.

¹⁴³ FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: _____. (Ed.). *El Estado moderno en Europa*. Instituciones y derecho. Madri: Editorial Trotta, 2004. p. 24

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 24 -25

¹⁴⁵ GROTE, Rainer. Op. cit., p. 7

¹⁴⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 18

¹⁴⁷ *Idem*.

aprimoramento do *common law*, representando inclusive a identidade nacional da Inglaterra como Estado-Nação”.¹⁴⁸

Ao lado disso, a negação da *jus commune* na Europa continental levou à necessidade de codificação. Desse modo, outras fontes do direito, como o *jus commune* e o direito canônico, perderam espaço, passando o Estado a ser considerado como única fonte do Direito.¹⁴⁹ Ou seja, a ideia passa a ser a de um direito unificado, que substitui o sistema pluralista de fontes do direito por um único texto Legislativo “completo” e de valor geral. Para além disso, é de se ressaltar a ideia de novidade instaurada pelo Código, que representa não apenas uma compilação de leis preexistentes mas também de ruptura e ab-rogação do direito preexistente.¹⁵⁰

Outra característica importante e necessária ao Código é sua pretensa plenitude, completude, o que garantiria ao juiz ter sempre na lei a resposta para resolver os problemas que lhe fossem submetidos.¹⁵¹ É como se a norma já estivesse prevista *a priori*, bastando o juiz descobri-la, desvendá-la, quando da análise do caso concreto.

No Estado-Nação presente na Europa Continental tem-se o Poder Legislativo como o órgão competente para elaboração das leis, uma vez que representa a vontade do povo, devendo, portanto, o Judiciário subordinar-se ao mesmo.

Nesse sentido, Jacques CHEVALLIER explica que esse processo de racionalização do direito se dá junto com o aparecimento do Estado moderno, num movimento de laicização e de unificação. O direito se libera da Igreja adquirindo sua autonomia, afora isso, o poder de

¹⁴⁸ “The state as abstract political entity did not yet exist, political authority was vested in the person of the king or emperor.” “O estado ainda não existia como uma entidade política abstrata, a autoridade política estava investida na pessoa do rei ou do imperador.” GROTE, Rainer. Op. cit. P. 7

¹⁴⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 22.

¹⁵⁰ CAPPELLINI, Paolo. Códigos. In: FIORAVANTI, Maurizio. (Ed.). *El Estado moderno en Europa: Instituciones y Derecho*. Madri: Editorial Trotta, 2004, p.110-111.

¹⁵¹ “Such a conception of the division between legislative and judicial Power precluded and to this Day is conceived as precluding, at least in theory, recognition of the judges as even subordinate law makers, depicting the judicial function as a purely law-applying, not in any measure law-making, function. This view acquired certain credibility in the context of codification, for here the legislature has at least in theory addressed and provided for every legal contingency through a coherent overall scheme of rights, obligations and remedies. Either the code leaves no gaps or, if it were to, it would be for legislators, not judges, to fill them.” “Tal concepção da divisão entre Legislativo e Judiciário oblitera e até os dias de hoje é considerada como obliteradora, ao menos em teoria, do reconhecimento dos juizes como iguais subordinados criadores do direito, retratando a função judicial como puramente aplicadora do direito, de maneira alguma como uma função criadora do direito. Esta visão adquiriu uma certa credibilidade no contexto da codificação, pois aí o legislador, ao menos em teoria, direcionou e providenciou para cada contingência legal um esquema geral e coerente de direitos, obrigações e remédios. Ou os códigos não deixam lacunas, ou, se fosse para deixar, seria para que os legisladores, e não os juizes, as preenchessem.” BANKOWSKI, Zenon; et al. Rationales for Precedent. In: Mac CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Ashgate: Hants, 1997, p. 482.

coerção passa a ser centralizado no Estado, que passa a ser fonte exclusiva do direito, impondo a supremacia da ordem jurídica estatal. O Estado aparece, destarte, como a única fonte do direito e este, por outro lado, surge como a “própria encarnação da Razão”.¹⁵²

Busca-se, destarte, limitar o Poder Judiciário que deveria apenas interpretar e aplicar a lei, sem ter a possibilidade de criar o Direito. Para tanto, a Codificação não só se faz necessária, como foi preciso pensar num sistema completo, coerente e claro que não ensejasse dúvidas em sua aplicação. Se o juiz tivesse que suprir uma lacuna da lei então ele estaria legislando e haveria uma afronta ao princípio da Separação dos Poderes.

Enquanto na França buscou-se a codificação sem que os Códigos tivessem qualquer ligação com o Direito que o antecedeu, na Alemanha a ideia não foi de substituição do antigo sistema, ao contrário, a ideia era de codificar os princípios do direito alemão que foram construídos historicamente.¹⁵³

Na Alemanha, Savigny tratou do direito mais como sendo um reflexo dos costumes do que propriamente dos direitos estabelecidos nas leis escritas, defendendo, destarte, que o direito residiria fundamentalmente no espírito do povo e que, portanto, deveria ser para ele elaborado por seus juristas. O direito dos juristas originou-se de duas maneiras: primeiro, descobrindo-se os princípios fundamentais do direito e deduzindo-se consequências deles, a partir daí, produziram-se novas normas por meio da elaboração do conteúdo latente do direito positivo; segundo, estabelecendo-se *communis opinio doctorum*.¹⁵⁴

Mencione-se que, diversamente da França que buscou elaborar seu Código para os cidadãos como se fosse possível entendê-lo sem auxílio de advogados ou juristas, a Codificação alemã foi feita com base num estudo científico e como uma ferramenta para profissionais do direito. Além de prever a rígida separação de poderes, o Código alemão servia ainda para unificar o direito de um Estado-Nação recentemente unificado.

Em sentido contrário, na França, a codificação foi concebida com um instrumento privilegiado para promover a reorganização do direito, com o objetivo de facilitar o acesso ao

¹⁵² CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.117.

¹⁵³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p.32 conferir Enquanto na França a Escola da Exegese veio a estabelecer que o direito fosse igual aos códigos e que, portanto, a ciência jurídica restringia-se à interpretação dos textos legais, na Alemanha, a Escola Histórica, com Savigny, procurava por uma ciência jurídica que tomasse em consideração a experiência histórica de determinado povo, como verdadeira fonte de inspiração para a construção jurídica. SILVA, Marcos Alves da. Escola histórica do direito: tradição, intuição e sistema. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana. (Orgs.). *Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas*. Pelotas: Delfos, 2008. p.113-114.

¹⁵⁴ BANKOWSKI, Zenon; et al. Op. cit., p. 483.

direito, reunindo diversas normas num texto único.¹⁵⁵ Ou seja, buscava-se, mediante a codificação, tornar o direito mais conhecido da população e, dessa forma, garantir a segurança jurídica de modo mais abrangente. O direito deveria ser conhecido por todos, e a codificação faria este papel.¹⁵⁶ Não obstante, apesar das boas intenções, os Códigos acabavam precisando de estudiosos para ser interpretados.

Veja-se que no contexto do *civil law*, no qual a lei é apenas aquela advinda do Poder Legislativo¹⁵⁷, não faz sentido a doutrina do *stare decisis*. Ou seja, enquanto o *stare decisis* é familiar na doutrina do *common law*, no sentido de as Cortes basearem suas decisões em decisões anteriores, ela não faz sentido nos países de *civil law* que adotam o princípio da separação de poderes de forma estrita, até porque nesses países as decisões judiciais não são leis.¹⁵⁸

Desse modo, as decisões judiciais não eram aceitas como fonte do Direito. Nos países de *civil law* nenhuma Corte estava vinculada pela decisão de nenhuma outra Corte, ou seja, mesmo que uma Corte superior já tivesse se manifestado e demonstrado seu entendimento a respeito de um determinado caso, ainda assim a Corte inferior poderia decidir de forma diferente.¹⁵⁹

O Judiciário, num sistema de *civil law* tradicional, estaria relegado a um papel menor, como um mero operador do direito, a realizar uma interpretação mecanicista da lei.

Todo esse contexto histórico vai explicar as características assumidas pelos países de tradição romano-germânica.

A certeza e segurança jurídicas sempre foram importantes temas de preocupação dos sistemas de tradição romano-germânico. Por óbvio que todos os sistemas jurídicos têm como preocupação a segurança e certeza do direito, mas nos de tradição de *civil law* esses teriam um valor supremo, como um dogma, e a proteção a este valor seria alcançado por meio da lei, dos

¹⁵⁵ CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 174-175.

¹⁵⁶ GLISSEN, John. Op. cit., p.448.

¹⁵⁷ “But the authority of Roman Law gradually declined as legislation gained strength, and in the nineteenth century Law became synonymous with legislation.” “Mas a autoridade do Direito Romano gradualmente declinou enquanto a legislação ganhou força e, no século dezenove, Direito virou sinônimo de legislação.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 24.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 23.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 47. Na prática, apesar de não ter uma teoria do *stare decisis*, no sentido de vinculação dos tribunais inferiores, os mesmos acabavam por ser influenciados por decisões anteriores, especialmente quando decorrente da Suprema Corte. Tanto advogados quanto juizes utilizam-se dos precedentes para argumentar suas decisões, ou seja, precedentes persuasivos mas não vinculantes. “The important distinction between the *civil law* and the *common law* judicial processes does not lie in what courts in fact do, but in what the dominant folklore tells them they do.” “A distinção relevante entre processos judiciais do *civil law* e do *common law* não paira no que as Cortes, de fato, fazem, mas no que o folclore dominante determina que elas façam.” Idem.

códigos, de conhecimento e acesso de toda população. A segurança na lei acaba por se relacionar à desconfiança no juiz que é proibido de “criar” o direito, por meio das decisões judiciais, justamente no interesse da certeza e previsibilidade. Do mesmo modo, as leis também deveriam ser claras, completas e coerentes para que se garantissem a certeza e a previsibilidade, preocupação que demonstrava o desejo de tornar o Direito a salvo e protegido dos juízes.¹⁶⁰

Essa concepção dogmática do Direito tem sofrido alterações recentemente, especialmente com a adoção do constitucionalismo por diversos países de tradição de *civil law*, dando-se ênfase, especialmente, à supremacia das constituições e dos direitos fundamentais. O constitucionalismo impede que o legislador altere a Constituição pelo processo ordinário Legislativo, que decorre de adoção de constituições rígidas¹⁶¹, enfraquecendo, desse modo, o Poder Legislativo. Além disso, a possibilidade de o Judiciário anular a lei proveniente do Legislativo acaba por relativizar o princípio da estrita separação de poderes.¹⁶²

Ademais, é importante verificar que a concepção de igualdade no sistema de *civil law* foi construída com lógica diferente daquela presente no *common law*. No sistema de *civil law* havia maior preocupação com a igualdade formal perante a lei, o que era supostamente garantido pela aplicação da lei pelo juiz, sem a preocupação de julgar de maneira semelhante os casos semelhantes. Já nos sistemas de *common law* é a igualdade material o fundamento de sua lógica de aplicação das mesmas decisões a casos iguais (*like cases must be treated alike*).

Hoje, o sistema da *civil law* ou romano-germânico é adotado pela maioria dos países Europeus, na América Latina e em muitas partes da Ásia e África, além de existir em algumas partes em países de tradição do *common law*, como a província do Québec, no Canadá e no Estado da Louisiana nos Estados Unidos.

É possível verificar, assim, que as duas tradições legais – *civil law* e *common law* – tiveram contextos históricos diferentes, podendo-se destacar a codificação no *civil law* e o *judge-made-law* como as principais diferenças que influenciaram no desenvolvimento histórico dos mesmos. Enquanto no sistema de tradição romano-germânica a codificação buscou assegurar a completude do direito e a segurança jurídica limitando-se o papel Poder

¹⁶⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 48.

¹⁶¹ Mais a frente se demonstrará que não só Constituições escritas e rígidas funcionam como limites ao legislador, mas também os direitos humanos adotados por determinada sociedade, seja pela sua previsão em textos constitucionais, seja pela ratificação de tratados internacionais de direitos humanos, seja por constituírem princípios fundamentais de uma Constituição não escrita do *common law*.

¹⁶² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 25.

Judiciário, nos países que adotaram a tradição do *common law* o direito desenvolveu-se junto com as decisões judiciais, os limites ao juiz se deram, assim, não pela existência de um código, mas pela adoção de um sistema de precedentes vinculantes, no qual eles ficavam obrigados a respeitar as decisões anteriores.

Não obstante contextos históricos tão diferentes, é certo que a partir da segunda metade do século XX, os sistemas começam a se aproximar, especialmente por dois movimentos, o de Revolução dos Direitos Humanos e o de Judicialização da Política. Assim, pretende-se demonstrar no próximo capítulo que a supremacia dada aos direitos humanos pelo primeiro movimento e a transferência do espaço de tomada de decisões políticas para os Tribunais levaram à expansão do *judicial review* em países de ambas as tradições.

2

Expansão do *Judicial Review*

A partir da segunda metade do século XX, diversos países buscaram dar uma resposta às barbáries cometidas pelo Nazismo durante a Segunda Guerra Mundial mediante a adoção de Cartas Constitucionais democráticas que positivaram os direitos humanos em sistema de direitos fundamentais.

Esse modelo de constitucionalismo também foi a opção escolhida por alguns países que estabeleciam novos regimes democráticos após longo tempo de regimes autoritários e ditatoriais.

A supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais aparece como uma forma de realização da democracia, que ao mesmo tempo passa a ser limitada pelo constitucionalismo. Explica-se, busca-se deixar os direitos humanos a salvo de maiorias eventuais, retirando-os do debate deliberativo.

Desse modo, há uma mudança nos papéis do Estado, especialmente nos países de tradição do civil law, que tinham no Parlamento sua máxima autoridade. A limitação das maiorias e do Legislativo só é possível por meio da previsão do *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis) a ser realizado pelo Judiciário ou por um Tribunal Constitucional independente.

O Judiciário, assume, deste modo, papel importante na proteção, realização e especialmente na interpretação dos direitos humanos e fundamentais nessa nova era, fenômeno este a que se dá o nome de Revolução de Direitos Humanos.

Paralelo a esse movimento, ou como decorrência dele, aparece outro, característico dos países com democracias consolidadas, nos quais há transferência de parte do poder político do Parlamento para os tribunais.

Esse fenômeno, conhecido como judicialização da política, transfere aos tribunais questões morais e políticas cujo consenso não foi possível na esfera parlamentar, ampliando ainda mais a extensão do *judicial review*.

Desse modo, procura-se no presente capítulo analisar esses dois fenômenos como

principais causas da expansão mundial do *judicial review*.

2.1

Revolução dos direitos humanos¹⁶³ no pós-guerra

A Segunda Guerra Mundial funciona como um marco na História do Direito, especialmente no continente Europeu que acabou por sofrer de forma mais direta os efeitos da Guerra. Para explicar a mudança ocorrida, importante resgatar um pouco do contexto histórico europeu desde a Revolução Francesa até a Segunda Guerra Mundial.

A Revolução Francesa ocorre com os ideais de limitação do poder do Estado Absoluto, rompendo com o direito existente e estabelecendo a lei como a representação da vontade geral da Nação, que consiste na afirmação de uma única vontade, expressão de toda nação.¹⁶⁴

Por consequência, a supremacia do Parlamento e da lei se estabelece como princípio na França pós-revolucionária. O Parlamento passa a representar a vontade soberana e geral da nação e, portanto, não caberia colocar-lhe qualquer limite. Aliado a isso se tem um Judiciário fraco que se restringe a aplicar a lei (*le juge est la bouche de la loi*), e que é objeto de desconfiança por parte da população que vê nele uma ligação com o Antigo Regime e uma possibilidade de atuação para restabelecê-lo.

Esse Estado de Direito que tem no Parlamento a representação do poder soberano vai prevalecer na Europa continental até meados do século XX, quando seu modelo não será

¹⁶³ Sobre a confusão terminológica acerca dos direitos humanos e direitos fundamentais, ver Capítulo I de SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7-22. Na presente tese utilizar-se-ão os termos direitos humanos e fundamentais como sinônimos do ponto de vista de seu conteúdo, mas utilizar-se-á o termo direitos fundamentais quando se falar em direitos humanos positivados numa Constituição, ou seja, “aqueles que são juridicamente válidos em um determinado ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no âmbito interno ou constitucional (dimensão nacional dos direitos humanos)” e utilizar-se-á apenas o termo direitos humanos quando se estiver a tratar de “direitos válidos para todos os povos ou para o homem, independente do contexto social em que se ache imerso, direitos, portanto, que não conhecem fronteiras nacionais, nem comunidades éticas específicas, porque foram afirmados – declarados ou constituídos a depender da visão dos autores – em diversas cartas e documentos internacionais como preceitos de *jus cogens* a todas as nações obrigar, tendo por começo exatamente a Declaração Universal de 1948 (dimensão internacionalista dos direitos humanos)” Ibidem, p. 8-9.

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 69.

suficiente para dar conta dos novos desafios, especialmente apresentados no contexto das duas Grandes Guerras Mundiais.

Veja-se o Estado de Direito alemão (*Rechtsstaat*), por exemplo, que fora concebido em termos meramente formais, ou seja, previa um sistema no qual o poder público era exercido pelos órgãos competentes de acordo com os procedimentos previamente estabelecidos na lei. Entretanto, todo esse ideal foi desacreditado pelo regime nazista,¹⁶⁵ que acabou por instituir com base na legalidade a lógica do “tudo é possível”,¹⁶⁶ levando pessoas a serem tratadas como supérfluas e descartáveis, contrariando os valores consagrados da Justiça e do Direito.

Além de os seres humanos serem considerados supérfluos, o totalitarismo experienciado pelo nazismo também os destituiu de cidadania e “na medida em que os refugiados e apátridas se viram destituídos, com a perda de cidadania, dos benefícios do princípio da legalidade, não puderam valer-se dos direitos humanos”¹⁶⁷ e, não tendo encontrado qualquer lugar para sua proteção, acabaram encontrando seu destino nos campos de concentração.¹⁶⁸

O modelo democrático alemão entra, dessa maneira, em colapso, causando sofrimento a toda humanidade. Uma inimaginável mistura de totalitarismo, nazismo, racismo, genocídio e imperialismo causou sofrimento às pessoas, desrespeitando-se qualquer ideia de direitos fundamentais.¹⁶⁹

Nas palavras de FIORAVANTI, tanto na Alemanha quanto na França ou na Inglaterra, se verificou, naquela época, uma preocupação com a “tendência del Estado de derecho a vislumbrar en el nuevo tiempo histórico de la democracia una amenaza para su propia integridad y, por tanto, para la misma ley del Estado, a causa de los dos grandes procesos que la misma democracia parecia llevar consigo”. De um lado, uma “renovada relevância política direta dos interesses particulares”, organizados por meio de partidos políticos com influência na sociedade e nos Parlamentos. De outro lado, a ideia cada vez mais

¹⁶⁵ GROTE, Rainer. Op. cit.

¹⁶⁶ LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 110.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 114-115.

¹⁶⁸ Nesse sentido é que Hannah Arendt, a partir da experiência histórica dos *displaced people*, vai “concluir que a “cidadania é o direito a ter direitos”, pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum. Em resumo, é este acesso ao espaço público – “o direito de pertencer a uma comunidade política” – que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.” Ibidem, p. 114.

¹⁶⁹ WEINRIB, Lorraine E. Op. cit., p. 86.

comum, incompatível com o Estado de Direito nascido da revolução, da Constituição como norma superior à mesma lei do Estado, “portadora de los principios fundamentales de una concreta comunidad política a la luz de los cuales se controla y juzga la obra del mismo legislador”¹⁷⁰.

Veja-se que o Estado de Direito até então existente era meramente formal, o que permitiu o desrespeito aos direitos humanos perpetrados durante a Segunda Grande Guerra, o que foi fundamentado na lei. Ou seja, o que se tinha era uma concepção meramente positivista de um ordenamento jurídico “indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal”¹⁷¹ como aconteceu com o regime nazista e fascista que ganharam força e apoio na legalidade, tendo sido promovida a barbárie e a violação aos direitos em nome da lei.

Assim, a partir daí, busca-se um novo modelo de Estado de Direito. Tal modelo não abandonou seus aspectos formais, mas acrescentou ao mesmo princípios substantivos, que deveriam ser respeitados por qualquer atividade estatal. Ou seja, houve uma ampliação da concepção formal do Estado de Direito, passando a ser substituída por uma concepção substantiva do Estado de Direito e, portanto, reaproximando-se da *rule of law* britânica.¹⁷²

Passa-se do Estado de Direito ao Estado Constitucional¹⁷³, dotando os direitos fundamentais de supremacia, não apenas do ponto de vista formal, mas também do ponto de vista substancial, ou seja, “o alicerce dessa hierarquia seria constituído por direitos, concebidos como essenciais”¹⁷⁴.

Alçados a uma hierarquia superior, os direitos fundamentais, essenciais para o Estado Constitucional de Direito, saem fora do jogo político, estando protegidos contra suas deliberações. O Estado respeita os direitos, mas também é limitado por eles.

Além disso, a mudança da supremacia da Lei para a supremacia da Constituição

¹⁷⁰ FIORAVANTI, M. *Estado y constitución*, p. 27

¹⁷¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9-10.

¹⁷² CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 202.

¹⁷³ “Como se ve claramente, las transformaciones que se han producido a lo largo del siglo XX no son de escasa importancia. Por ello, las hemos tomado como auténticos pasos de una forma de Estado a otra, del Estado de derecho al Estado constitucional, de un tipo histórico de constitución a otro, de la constitución liberal a la constitución democrática. Y no existe duda de que se trata del paso de una situación en la que la ley, - en cuanto expresión de la voluntad general y en cuanto necesario y casi exclusivo instrumento de garantía de los derechos - es sustancialmente incontrolable, a una situación en la que el control de constitucionalidad de esa ley se hace práctica común, caracterizando de manera ordinaria da vida de las democracias contemporáneas, también para tutelar los derechos que están ahora fundados directamente en la constitución”. FIORAVANTI, Maurizio *Estado y constitución*. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho*, p. p. 38.

¹⁷⁴ CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 203.

acabou por desequilibrar o Estado de Direito até então presente, uma vez que houve uma alteração no seu pilar central. Da supremacia da lei e do Parlamento, passa-se à supremacia da Constituição, que, por sua vez, vai estabelecer diretamente direitos fundamentais e individuais dos cidadãos. Por outro lado, a Constituição, como Lei Maior, passa a ser limitadora da atividade do Parlamento, permitindo, destarte, que as leis incompatíveis com a Constituição sejam declaradas nulas.

Tais mudanças se devem justamente às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, fato que levou a mudança de visão, no sentido de que a estrutura básica da democracia liberal que até então era fundada no princípio da supremacia do Parlamento deveria se fundar em novo pilar. A partir daí, a ordem liberal democrática não poderia mais estabelecer a estabilidade do exercício do poder do Estado apenas pela representação majoritária, mas deveria dar prioridade à igualdade entre os cidadãos e respeito à “dignidade inata” do ser humano.¹⁷⁵

Nessa dimensão, apesar de se ter um Estado de Direito, ficou comprovado que este, alicerçado na supremacia do Parlamento, não foi capaz de proteger direitos humanos contra as barbaridades perpetradas contra a pessoa humana. Ou seja, a partir de então, o direito resgata valores éticos e morais, especialmente com foco central na proteção da dignidade da pessoa humana. Isso se dá por meio de adoção de constituições democráticas que vêm estabelecer rol de direitos fundamentais protegidos das maiorias parlamentares.

O status constitucional dado aos direitos fundamentais faz com que estes limitem a atividade legislativa majoritária do Parlamento, que passa a ser fiscalizado por um órgão que vai realizar o controle de constitucionalidade de suas leis.

Para além disso, Michael PERRY afirma que aqueles que abraçaram a causa dos Direitos Humanos no pós-guerra o fizeram não porque viram seus sentimentos violados quando ocorreram as violações aos direitos humanos nos campos de concentração, mas porque entenderam que uma ordem normativa mundial havia sido violada.¹⁷⁶

CAPPELLETTI ressalta que o perigo mais temido de nossa época é, sem dúvida, o de que um poder, politicamente organizado, não tenha sobre si qualquer forma de controle, como, por exemplo, o nazismo alemão ou o fascismo italiano, pois nesses casos até os instrumentos de nova tecnologia, de comunicação de massa e de educação popular podem ser pervertidos em prol de uma máquina destruidora. Ou seja, o que pode surgir de governos

¹⁷⁵ WEINRIB, Lorraine E. Op. cit., p. 89.

¹⁷⁶ PERRY, Michael J. *Morality and normativity*. Legal Theory, 13 (2007), p. 251.

ilimitados, como mostrou a história recente, é a distorção do mais comum senso de justiça levando ao fanatismo e à intolerância aos seus semelhantes e, portanto, com a possibilidade de aceitar e incitar Guerra e violência.¹⁷⁷

Destarte, enquanto a Segunda Guerra Mundial representou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra veio a representar o resgate com a ética e o esforço para reconstrução dos direitos humanos banalizados durante a Guerra.

Os direitos humanos passam, dessa feita, a funcionar como referencial ético a orientar a comunidade internacional. As novas constituições incorporam, assim, valores morais, políticos e sociais ao positivarem os direitos humanos nos sistemas de direitos fundamentais, o que acaba por promover o reencontro do direito com a moral.¹⁷⁸

Do mesmo modo, a dignidade humana é colocada nas Constituições de diversos países ocidentais como “paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo”.¹⁷⁹

Esse movimento aparece como resposta ao desrespeito aos mais fundamentais dos direitos dos homens, cometidos durante a Segunda Guerra Mundial. Desse modo é que surgem, no pós-guerra, as Constituições Democráticas. Para limitar o poder político, os novos documentos constitucionais apresentam instituições, processos e normas constitucionais com largo rol de direitos fundamentais protegidos contra as maiorias eventuais, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser respeitado por todos os órgãos do governo, incluindo aí o Parlamento. Ou seja, as novas constituições estabelecem novos arranjos legais tendo como pilares igual consideração e respeito entre os cidadãos e a dignidade da pessoa humana.

Essas novas constituições democráticas são adotadas por diversos países ocidentais,¹⁸⁰ trazendo textos constitucionais abertos, com princípios e direitos fundamentais, dotados de alta carga axiológica e tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa dimensão, é possível afirmar que justamente em períodos de revolução, pós-

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit.

¹⁷⁸ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 84.

¹⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 12

¹⁸⁰ Novas constituições ou novas garantias constitucionais implementadas por reformas constitucionais vieram estabelecer direitos fundamentais a serem protegidos pelo judicial review: Constitution of The Republic of South África, 1996; Constituição da República Portuguesa, 1976; La Constitución Española de 1978; Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982; New Zealand Bill of Rights Act, 1990; Human Rights Act (Inglaterra), 1998 e ainda Suécia (1979), Egito (1980), Israel, 1992.

regimes ditatoriais ou pós-guerra as Constituições aparecem como um novo começo, uma perspectiva melhor para o Estado e para a população. Nesse sentido, vale conferir as palavras de MARKOVITS:

Constitutions, usually, are new beginnings: after some seismic shift in a country's history- a revolution, a lost war, a collapse of government – a nation sets out to reinvent itself. It can do so by looking back into the past or forward into the future. Most constitutions will do a bit of both, but their character will differ depending on which time perspective is foremost into the drafters' minds. A backward-looking constitution will look to past mistakes – perhaps mistakes that brought about the nation's current predicaments in the first place; will try to prevent their repetition, hold on to past successes, and will favor solid and cautious government structures base on reason and experience. A forward-looking constitution will try to create a new and better world. It will distrust the solution of the past, which, after all, did not prevent the disarray that the new constitution now must help to overcome. Instead, it will aim for new government structures whose design is fueled by hopes and political convictions.¹⁸¹

A Áustria em 1945, o Japão em 1947, a Itália em 1948 e a Alemanha em 1949, todos esses Estados tiveram em comum o desejo de, após terem passado pela Guerra e pela tirania, estabelecer um mesmo caminho em prol de um governo democrático e com proteção às liberdades civis. Cada um desses países adotou uma Constituição escrita e suprema, a ser cumprida por quaisquer dos órgãos do governo, e também rígida, com processo qualificado de emenda à Constituição, retirando os direitos fundamentais do campo de debate das maiorias eventuais, ou seja, foram incluídas amplas declarações de direitos fundamentais no texto constitucional, estendendo-se a proteção constitucional ao indivíduo em sua relação com o Estado. Ademais, outro ponto relevante foi que os países que adotaram constituições democráticas no pós-guerra deram força normativa e coercibilidade à sua Constituição e seus direitos fundamentais, o que foi feito, em alguns países europeus, por Tribunais ou Cortes Constitucionais independentes do Poder Judiciário¹⁸² e, em outros países, pelo próprio Poder

¹⁸¹ “Constituições, geralmente, são um novo começo: depois de algum abalo sísmico no país, é a história de uma revolução, uma guerra perdida, um colapso do governo - um país prepara-se para se reinventar. Pode fazê-lo olhando para o passado ou avançando no futuro. A maioria das constituições vai fazer um pouco de ambos, mas suas características vão variar dependendo da perspectiva temporal que esteja mais presente na mente dos redatores. Uma Constituição que olha para trás, vai olhar para os erros do passado - talvez os erros que levaram aos atuais impasses da nação - em primeiro lugar, vai tentar evitar a sua repetição, agarrar-se-á a sucessos do passado e irá favorecer estruturas governamentais sólidas e cautelosas com base na razão e na experiência. Uma Constituição para o futuro irá tentar criar um mundo novo e melhor. Ele vai desconfiar das soluções do passado, que, afinal, não impediram a desordem que a nova Constituição deve, agora, ajudar a superar. Ao contrário, seu objetivo será a estrutura do novo governo, cujo design é alimentado por esperanças e convicções políticas.” MARKOVITS, Inga. *Constitution making after national catastrophes: Germany in 1949 and 1990*. *William and Mary Law Review*. v. 49, Issue 4, 2008, p. 1307. Disponível em: <<http://wmlawreview.org/issues/49>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

¹⁸² Cf. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*, São Paulo, Landy Editora, 2004, p. 18 et. seq.

Judiciário.¹⁸³

Veja-se que não se trata de novidade a existência de constituições, essas já existiam antes da Segunda Guerra Mundial, entretanto até este momento as Constituições não passavam de meras declarações político-filosóficas e não de documentos normativos vinculantes e de caráter obrigatório, especialmente nos países europeus continentais, nos quais ainda prevalecia a ideia de supremacia do Parlamento.¹⁸⁴ E, na Europa, com exceção da Áustria, as Constituições não estabeleciam um órgão ou Poder Independente para fiscalizar sua aplicação e reprimir eventuais violações.

Esse novo paradigma constitucional estabelecido no pós-guerra vai derrubar os limites até então existentes entre: constituições escritas e não escritas, entre constituições baseadas no *common law* e *civil law*; entre constituições para estados unitários e constituições para estados federais; entre sistemas jurídicos domésticos e internacionais¹⁸⁵. Esta afirmativa se justifica na medida em que os direitos humanos, quer estejam previstos, no plano nacional, em constituições escritas, quer estejam previstos em documentos internacionais de direitos humanos, internalizados por Estado com ou sem Constituição escrita, passam a limitar os Executivos e Legislativos nacionais, eis que passam a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e atos do Parlamento.

O termo Revolução Constitucional é utilizado por CAPPELLETTI para caracterizar essa mudança ocorrida na Europa do pós-Segunda Guerra Mundial, que estabelece uma Constituição com catálogo de direitos fundamentais dotada de força normativa e com a previsão de uma máquina judicial que possa dar efetividade a este novo instrumento. A experiência americana do *judicial review* e da proteção aos direitos fundamentais, destarte, só serviu de exemplo após ter a Europa passado pela péssima experiência da tirania e da opressão de governos ilimitados, podendo a adoção de uma justiça constitucional ser considerada como a melhor solução encontrada pelos países europeus de ir contra regimes

¹⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu...*

¹⁸⁴ Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève esclarece que: “As constituições, no sentido jurídico, já foram compreendidas como mero instrumento de limitação do Estado. Assim, suas disposições voltavam-se para os Poderes, especialmente o Legislativo e o Executivo. Não vinculavam o Judiciário, nem o cidadão que não podia, em princípio, fundamentar uma pretensão perante o juiz valendo-se deste ou daquele preceito constitucional. Os direitos individuais consagrados nas primeiras Constituições francesas eram compreendidos como meras declarações que desafiavam, para operar força normativa a favor do cidadão, legislação integrativa. Aliás nessa oportunidade, a Constituição não passava de juridicização da política tal como compreendida pela burguesia. A Constituição era do Estado. A sociedade seria regida por outra sorte de domínio normativo, especialmente o direito privado erigido a partir da noção de autonomia da vontade.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização...*, p. 22.

¹⁸⁵ WEINRIB, Lorraine E. Op. cit., p. 89-90.

antidemocráticos.¹⁸⁶

Numa visão centrada na Constituição, as condições fundamentais para uma revolução de direitos são a independência judicial estrutural e a previsão de garantia e direitos fundamentais. Com essas condições, os juízes estão livres para dar a devida atenção aos direitos e liberdades civis.¹⁸⁷ Um Judiciário ou Tribunal independente é, na verdade, uma condição necessária para controle da arbitrariedade e deve ficar alheio à manipulação política.

Alguns autores apresentam determinados fatores-chave para a revolução de direitos, tais como garantias constitucionais, liderança ou preponderância judicial e uma maior consciência do povo sobre seus direitos. Entretanto, apesar de esses fatores serem relevantes, Charles EPP entende que eles não são suficientes para explicar a revolução de direitos.¹⁸⁸

Ao lado da independência judicial, EPP ressalta que a presença de direitos fundamentais numa Constituição é considerada como a mais importante influência na extensão do Judiciário de estabelecer políticas de direitos, ou seja, que na imaginação popular não há dúvida de que a proteção judicial dos direitos decorre de estes estarem inscritos numa Constituição ou numa declaração de direitos fundamentais.¹⁸⁹

Assim sendo, os instrumentos de proteção de direitos humanos adotados no pós-guerra compartilham uma concepção constitucional que, segundo WEINRIB, transcende a história, o patrimônio cultural e os costumes sociais de qualquer Estado-Nação. Desse modo, o Estado-Nação do pós-guerra se caracteriza como o Estado de seus cidadãos, transcendendo sua comum ou diversa origem, etnicidade e religião.¹⁹⁰

Saliente-se que, para que se dê conta da proteção dos direitos fundamentais previstos

¹⁸⁶ “This has been the case for Greece in 1975, after the fall of the regime of the colonels; for Portugal in 1976, after the fall of the Salazar regime; and for Spain in 1978, after the fall of Franco.” “Esse foi o caso da Grécia em 1975, após a queda do regime militar; de Portugal em 1976, após a queda do regime Salazar; e da Espanha em 1978, depois da queda de Franco.” CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu...*, op.cit.

¹⁸⁷ EPP, Charles R. *The Rights Revolution*. Chicago: University Chicago Press, 1998, p. 11.

¹⁸⁸ Idem.

¹⁸⁹ EPP, Charles R. Op. cit., p.11-12. “Debates over proposed bills of rights are vigorous because the documents are widely believed to produce profound effects. One presumed effect, as the foregoing survey suggests, is an expansion of judicial Power. Bills of rights undoubtedly seem to Grant great but poorly defined Power to the judiciary. It is widely assumed that judges cannot resist the temptation to use those powers broadly and, further, that a Bill of rights would “naturally” lead courts to “resist every encroachment upon rights” by legislatures and executives”. “Os debates sobre as propostas de cartas de direitos humanos são vigorosos porque estes documentos são vistos, de maneira geral, como geradores de efeitos muito profundos. Um dos efeitos que se presume que elas geram, como sugerem as pesquisas em andamento, seria uma expansão do Poder Judicial. As Cartas de direitos, sem dúvida, parecem garantir um imenso, mas pobremente definido, poder ao Judiciário. Presume-se, de uma maneira geral, que os juízes não conseguirão resistir à tentação de usar esses poderes amplamente e, sobretudo, que uma Carta de direitos iria “naturalmente” conduzir as Cortes a “resistir cada violação de direitos” pelo Legislativo e Executivo”. Ibidem, p. 12.

¹⁹⁰ WEINRIB, Lorraine E. Op. cit., p. 90.

nas constituições, é necessária a existência de uma jurisdição, para garantir sua proteção. Nesse viés, a efetividade da proteção desses direitos só será possível com a adoção de um elaborado sistema de *judicial review*,¹⁹¹ com a possibilidade de invalidar a lei infraconstitucional aliado a outros instrumentos dedicados à proteção dos direitos e outros princípios constitucionais como Estado Democrático de Direito, separação de poderes e estabilidade democrática.

É importante observar que essa não foi a realidade na França, que continuou ainda como um Estado Legal, sem um *judicial review* dos atos do Parlamento; mudança esta que só vai acontecer depois da reforma constitucional de 1974, mas, mesmo assim, contando-se apenas com um controle preventivo e objetivo de constitucionalidade perante o *Conseil Constitutionnel*.¹⁹² Só em 2008, com a nova reforma, é que vai haver previsão no artigo 61-1 da Constituição francesa de um controle incidental de constitucionalidade, nos processos em curso no *Conseil d'État* ou na *Cours de Cassation*, em casos em que haja violação dos direitos e das garantias constitucionais¹⁹³.

Para além disso, para se assegurar igual consideração e respeito entre os cidadãos e a dignidade da pessoa humana, o Estado deve tratar cada pessoa como um fim em si mesma assegurando-se sua plena e igual humanidade e a oportunidade para sua satisfação pessoal.

Em que pese a maioria dos países ocidentais, na segunda metade do século XX, terem estabelecido a supremacia dos direitos humanos por meio da positivação de um sistema de direitos fundamentais em suas constituições, isso não significou que sua proteção fosse dada de maneira direta apenas pela aplicação do texto da norma. Tanto os direitos fundamentais, quanto os princípios constitucionais expressos nos documentos constitucionais, por seu caráter aberto, não vão funcionar como regras concretas que estabelecem

¹⁹¹ GROTE, Rainer. Op. cit.

¹⁹² GROTE, Rainer. Op. cit. Mais recentemente a França tem feito controle de convencionalidade, de modo que as leis contrárias aos direitos fundamentais, quer estejam previstos na Constituição ou na Convenção Europeia de Direitos Humanos, podem ser anuladas. BRUCE, Eva. “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, VI^e Congrès de droit constitutionnel (AFDC), Montpellier, 9-11 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.afdc.fr/>>. Acesso em 26 dez. 2010.

¹⁹³ Article 61-1 “Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.” Constitution de la Ve République modifiée par la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008. Disponível em: <http://www.senat.fr/role/fiche/reforme_constit_2008.html>. Acesso em: 26 dez. 2010. Referida norma constitucional foi regulamentada pela LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021446446&categorieLien=id>>. Acesso em: 26 dez. 2010.

mecanicamente resultados uniformes para questões similares, ao contrário, dependerão de interpretação e densificação de seu conteúdo no caso concreto, o que, por outro lado, vai variar de acordo com a diversidade dos contextos históricos, sociais e culturais de cada sistema legal em que estes direitos e princípios vão se manifestar.

Um *judicial review* elaborado e uma atuação do Poder Judiciário ou Tribunais Constitucionais na interpretação dos direitos humanos implicam que no paradigma constitucional do pós-guerra as Cortes e Tribunais sejam imbuídos de jurisdição constitucional, atuando, destarte, como guardiões últimos dos princípios constitucionais e direitos fundamentais contra as leis e ações do Estado eventualmente incompatíveis com as Cartas Constitucionais.

A proteção judicial dos direitos fundamentais não invade a esfera política, mas restringe a competência legislativa dos poderes eleitos aos limites de seu mandato que devem, por sua vez, estar subordinados aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.¹⁹⁴

Assim, é possível afirmar que, desde a Segunda Guerra Mundial, as sociedades ocidentais vêm vivendo no que pode ser caracterizado como Revolução Constitucional dos direitos humanos. A explosão dos direitos humanos ocorreu em diversas democracias liberais do Mundo contemporâneo e pode ser demonstrada pela grande preocupação em criar instrumentos que lhes dessem efetividade.

É importante ressaltar que tais mudanças não se deram apenas na Europa continental nem apenas com Constituições formais, escritas e rígidas no âmbito nacional mas também pela adoção de documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, no plano internacional.

Nessa dimensão, no âmbito do Direito Internacional foi se desenhando um sistema normativo de proteção dos direitos humanos, com a edição de alguns documentos internacionais, que, por sua vez, demonstram este novo momento de preocupação com a proteção e efetivação dos direitos humanos.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, o primeiro documento de proteção dos direitos humanos de âmbito internacional vem a ser a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pelas Nações Unidas em dezembro de 1948. A Declaração vem, deste modo, introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela sua

¹⁹⁴ WEINRIB, Lorraine E. Op. cit., p. 90.

universalidade e indivisibilidade.¹⁹⁵

A universalidade dos direitos humanos significa sua extensão universal a todo ser humano, ou seja, a condição de pessoa humana é o único requisito para que a pessoa seja titular de direitos, sendo a dignidade valor intrínseco a sua condição humana. A indivisibilidade, por seu turno, significa que os direitos humanos são indivisíveis, ou seja, é necessária a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais para que se possa realizar os direitos civis e políticos, e vice-versa.

Esse sistema global de proteção dos direitos humanos é integrado, além da Declaração Universal de Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e ainda por outras Convenções Internacionais.

Paralelo ao Sistema global, têm-se os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos com aparatos jurídicos próprios.

O sistema interamericano tem na Convenção americana de Direitos Humanos, de 1969, seu principal instrumento, a qual previu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. O sistema africano tem como principal documento a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, tendo ela criado a Comissão Africana de Direitos Humanos. Vale notar que a Corte Africana de Direitos Humanos foi criada em 2004.

O principal instrumento do sistema europeu é a Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa em 1950.¹⁹⁶ A criação da Corte Europeia de Direitos Humanos, instituída em 1959, traz uma grande transformação não só no direito internacional europeu, mas também no direito nacional dos países signatários da Convenção, uma vez que, em muitos países a Convenção tem funcionado como limite material para atuação dos Estados, e, portanto, parâmetro para controle do *judicial review*, além disso os países signatários têm sido fortemente influenciados pela jurisprudência da Corte, sendo

¹⁹⁵ DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 2. ed. New York: Cornell University Press, 2003, p. 22 et seq. ISHAY, Michelin R. *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*. Los Angeles: University of California Press, 2004, p. 211-225.

¹⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 65. “A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi elaborada no âmbito do Conselho da Europa, criado em 5 de maio de 1949, após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de unificar a Europa. Os Estados membros do Conselho da Europa adotaram, assim, em 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953, com sua ratificação por 8 Estados, nos termos previstos pelo seu então artigo 66, par. 2º”.

considerada, inclusive como o “documento constitucional da ordem pública europeia”.¹⁹⁷

Na Inglaterra, por exemplo, com a adoção do *Human Rights Act* em 1998 – que internalizou a Convenção Europeia de Direitos Humanos – permite-se o *judicial review* a ser realizado pela *House of Lords* e posteriormente por sua Suprema Corte.

Nos países da América Latina, do Leste Europeu e África do Sul, a adoção do constitucionalismo se dá com a implementação de regimes democráticos após um longo período de governos ditatoriais. Um Judiciário forte aparece, assim, como garantia dos novos arranjos democráticos¹⁹⁸. Para além disso, a adoção de Constituições democráticas e rígidas, com catálogo de direitos fundamentais supremos e protegidos contra as maiorias parlamentares, resultou em um novo modo de interpretar e aplicar o Direito. Isso, por sua vez, implicou – no caso do Brasil – um aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância deste poder nas decisões políticas do Estado brasileiro, colocando essa questão no centro do debate jurídico e político atual.

Fora da Europa, outro exemplo de mudança em país com tradição no *common law* é

¹⁹⁷ “Many European governments have subsequently incorporated the convention into domestic Law, directly or indirectly. For these reasons, the ECHR Court is right to proclaim the convention “a constitutional document of European public order”. “Muitos governos europeus incorporaram em seguida a convenção em seu direito doméstico, direta ou indiretamente. Por essas razões, a Corte Europeia de Direitos Humanos está certa ao proclamar que a convenção é um documento constitucional da ordem pública europeia”. MORAVCSIK, Andrew. *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegating*. In: *Postwar Europe. International Organization*. v. 54, n. 2 (spring, 2000), p. 218. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable2601297>> Acesso em: 21 fev. 2008.

¹⁹⁸ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. In: ____; _____. (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 2. Esta afirmativa também é corroborada por HIRSCHL que ressalta a importância assumida pelo judicial review na consolidação das democracias contemporâneas, destacando os seguintes cenários da expansão do poder judicial através da constitucionalização dos direitos e da previsão do judicial review, especialmente no pós II Guerra Mundial: 1) a onda de reconstrução das constituições ocorrida por exemplo na Itália, na França e no Japão; 2) o cenário da “independência” como parte do processo de descolonização por que passaram a Índia, Ghana, Nigéria e Kenya; 3) “the single transition scenario”, no qual houve a transição de um regime quase democrático ou autoritário para democracia. Ex.: África do Sul, Grécia, Portugal, Espanha, Brasil, Colômbia, Peru; 4) “the “dual transition” scenario”, segundo o qual a constitucionalização foi tanto parte da transformação numa democracia ocidental como abertura para a economia de mercado. Foi o que ocorreu em países pós-comunistas e pós-soviéticos, com a criação, por exemplo, do Tribunal Constitucional da Polônia, Cortes Constitucionais da Hungria e da Rússia, e a previsão do judicial review na Rep. Tcheca e Eslováquia em 1993; 5) o cenário de incorporação, no qual a constitucionalização está associada à incorporação de tratados internacionais ou supranacionais na legislação interna, como Dinamarca, Suécia e Inglaterra; 6) “the “non apparent-transition” constitutionalization scenario”, cujas reformas constitucionais não vieram de nenhuma aparente mudança fundamental nos regimes político ou econômico. Ex. Canadian Charter of Rights and Freedoms in 1982. The New Zealand Bill of Rights Act in 1990. 7) o estabelecimento do judicial review no nível supranacional por meio de proliferação de cortes supranacionais e tribunais quase judiciais, bem como comissões para lidar com governo internacional, questões monetárias e comerciais, assim como direitos humanos internacionais. Ex.: Corte Europeia de Justiça e Corte Europeia de Direitos Humanos. HIRSCHL, Ran. Beyond the American Experience: The Global Expansion of Judicial Review In GRABER, Mark; PERHAC, Michael (Ed) *Marbury v. Madison: Documents and Commentary*. New York: Congressional Quarterly Press, 2002, p. 131-135. Ver também, HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. Op. cit., p. 7-8.

o que ocorreu na Nova Zelândia; a adoção em 1990 do *New Zealand Bill of Rights Act* marcou uma mudança, equilibrando os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo naquele país. A Declaração de Direitos Fundamentais da Nova Zelândia garante direitos à vida e à segurança, direitos civis e democráticos, direito à não discriminação, direitos das minorias e direitos processuais, além de estabelecer que a Declaração fosse adotada para afirmar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades individuais.

Não obstante ser uma lei formalmente ordinária, sua materialidade constitucional vem servindo como fundamento material para a realização de *judicial review*.¹⁹⁹

O constitucionalismo contemporâneo reflete um sofisticado sistema para positivar valores sem torná-los absolutos, por um lado, e nem os relegando à possibilidade de alterações pelas majorias eventuais. A desconfiança do governo e do povo após regimes totalitários como o nazismo justifica a limitação dos procedimentos democráticos.²⁰⁰

CAPPELLETTI entende que a Revolução Constitucional dos direitos humanos foi a maior transformação social na história da humanidade²⁰¹. Entretanto, é sabido que isso não foi suficiente para dar conta dos maiores problemas sociais da atualidade, tais como a pobreza, a Guerra e a opressão.²⁰²

Veja-se que o caráter aberto e abstrato das normas constitucionais modifica o paradigma positivista de uma suposta previsão da norma a ser adotada ao caso concreto, passando os países que adotaram o constitucionalismo como forma de proteção dos direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais a se aproximar do *common law*, especialmente

¹⁹⁹ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*... Op. cit., p. 24.

²⁰⁰ No contexto da elaboração da nova Constituição Alemã, em 1949, Markovits esclarece o medo na população: “But although the makers of the constitution were suspicious of the government, they did not place much trust in the citizens, either. Mindful of the ease with which widespread support had been whipped up for Hitler, they eliminated plebiscites and referenda, restricting popular input to changes of Land borders. “We must reckon with the mental laziness of people, the muddy minds, the moral indifference brought about by Nazi rule”, Sid Theodor HeuB, the future President of the Republic. And one of his colleagues from the Christian Democrats warned: “I don’t see a lot of confidence (among us) that the German people will defend its democratic freedoms. If we want to remain level-headed, we should not place exaggerated hopes on the people.” “Mas embora os criadores da Constituição suspeitassem do governo, eles não acreditavam muito nos cidadãos também. Atentos à tranquilidade com que se espalhou um amplo apoio a Hitler, eles eliminaram plebiscitos e referendos, restringindo a participação popular na alteração das fronteiras. “Nós devemos contar com a preguiça mental do povo, com a obscuridade das mentes, com a indiferença moral trazida pelas regras Nazi”, Sid Theodor HeuB, o futuro Presidente da República e um de seus colegas dos Democratas Cristãos acutelaram: “Eu não vejo muita confiança (entre nós) de que o povo alemão irá defender suas liberdades democráticas. Se nós quisermos ter bom-senso, não devemos depositar esperanças exageradas no povo”. MARKOVITS, Inga. Op. cit.

²⁰¹ Esse entendimento também é corroborado por Andrew MORAVCSIK: “The postwar emergence of these arrangements has rightly been characterized as the most “radical development in whole history of international Law.” “A emergência dessas convenções no pós-guerra foi corretamente caracterizada como o mais radical desenvolvimento em toda a história do direito internacional.” MORAVCSIK, Andrew. Op.cit.

²⁰² CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu*...

no que diz respeito à jurisdição constitucional.

Nessa medida, como não há possibilidade de se apontar previamente qual o direito aplicado ao caso, caberá ao Judiciário densificar e dar significado a estes direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento. A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto.

Esse novo papel dos Tribunais Constitucionais, especialmente com a possibilidade de dar conteúdo aos direitos humanos, reflete em grande expansão de sua autoridade, o que se dará por meio do *judicial review*.

Além da expansão do *judicial review* ter se dado pela revolução dos direitos humanos a partir da segunda metade do século XX, seja por positivação dos direitos humanos nas Constituições, seja pela ratificação de tratados internacionais de direitos humanos, há ainda, recentemente, o movimento de transferência do poder político aos tribunais. Esse movimento é conhecido como judicialização da política e será tratado no próximo tópico.

2.2

Judicialização da Política

Nas últimas décadas o Brasil e outros países ocidentais, que também adotaram o constitucionalismo, vêm experimentando a transferência de parte do poder político para os tribunais. Em certa medida, pode-se dizer que este poder tem saído da esfera de representação parlamentar para o âmbito do Poder Judiciário.

Como visto no tópico anterior, a ideia de supremacia constitucional que foi adotada na Constituição Americana de 1787 é agora compartilhada entre vários países²⁰³, especialmente após a segunda metade do século XX, quando se inicia uma preocupação mundial em torno dos direitos humanos. Esses, por sua vez, influenciam o direito interno

²⁰³ Dieter Grimm informa que “only a handful of the nearly 200 states in the world is still without a constitution”. “(...)somente um punhado de cerca de 200 estados no mundo ainda está sem Constituição”. GRIMM, Dieter. *The Achievement of Constitutionalism and its prospects in a changed world*. In: Dobner, Petra; Loughlin, Martin (Ed.) *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p.1.

destes países, que passam a adotar declarações de direitos fundamentais que funcionam como parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos pelos tribunais.

Até mesmo países com tradição de *common law* adotaram Cartas de Direitos Fundamentais,²⁰⁴ que passaram a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis com elas incompatíveis. Dessa forma, as Cortes Constitucionais de diversos países têm sido cada vez mais demandadas a resolver litígios que envolvem desde questões relacionadas aos direitos de liberdade (liberdade de expressão, liberdade religiosa e direito à privacidade) a questões relacionadas ao biodireito, aborto, políticas públicas na área de saúde, educação, meio ambiente, processo eleitoral, união homoafetiva etc.

Essas questões envolvem não só o conteúdo e significado dos direitos humanos fundamentais, mas também se relacionam muitas vezes a políticas necessárias à sua realização e proteção.

Esse fenômeno é definido como judicialização da política e pode significar tanto a transferência das decisões do campo parlamentar ou executivo para as Cortes como o aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões para além dos tribunais.²⁰⁵

No presente tópico se buscará analisar o fenômeno da judicialização da política, estabelecendo suas características e demonstrando que não se trata apenas de um fenômeno brasileiro, mas de um movimento presente em diversas nações ocidentais que trazem os direitos fundamentais em suas Constituições ou em outros documentos constitucionais, independente de sua forma.

Nas sociedades contemporâneas se verifica cada vez mais a extensão do domínio do direito na vida social. Há uma juridicização crescente das condutas sociais. O surgimento do Estado-Providência é apresentado por CHEVALLIER como uma das causas dessa expansão do direito, na medida em que o direito passa a ser instrumento do Estado para realização de políticas públicas e, portanto, segue a “dinâmica da expansão estatal.”²⁰⁶

Se nos países de tradição jurisprudencial há um aumento das ações judiciais, nos países de tradição *civil law*, há, por outro lado, uma inflação legislativa bastante grande. Mais recentemente, o inverso também passa a ser verdadeiro, tendo-se uma proliferação de textos

²⁰⁴ Como exemplo recente, pode ser citado o caso da Nova Zelândia, que adotou um *Bill of Rights*, passando esse a servir como parâmetro do controle de constitucionalidade das demais leis

²⁰⁵ VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed). Op. cit., p.13

²⁰⁶ CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p 126.

nos países de *common law*, bem como uma explosão do contencioso nos países de tradição romano-germânica.²⁰⁷

Grande parte dessa inflação de textos Legislativos²⁰⁸ é composta por textos de valor jurídico inferior, editados por órgãos administrativos, que buscam prever a aplicação correta das leis pela estrutura administrativa.

Coaduna com essa proliferação de leis, a existência de novos produtores do direito, especialmente no âmbito internacional: tratados de direito internacional e de direitos humanos acabam por gerar efeitos internos, tendo que haver produção de novos textos por partes dos países signatários para aplicação interna desses tratados.

Nessa dimensão, verifica-se uma demanda de direito cada vez maior: para garantir a identidade e estabilidade social, ao mesmo tempo em que se aumentam as pressões dos movimentos sociais que acabam por utilizar o Judiciário como terreno de luta social²⁰⁹. Nesse viés, o Judiciário acaba “encarnando um espaço público neutro, no seio do qual todo cidadão teria a possibilidade de fazer valer os seus direitos e interpelar os governantes” a justiça constituiria, deste modo, um novo Fórum de deliberação política, senão o “novo palco da democracia”²¹⁰. O juiz assume, então, o papel de manter os equilíbrios sociais, ponderando os interesses e definindo soluções aceitáveis socialmente.

O crescimento da importância dos Tribunais se deu não só no sentido quantitativo, mas também no sentido de que cada vez mais estes se manifestam sobre questões políticas centrais para a sociedade, redesenhando os próprios papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A judicialização da política pode ser estudada sob diversos aspectos. É possível afirmar que a própria ideia de constitucionalismo e de previsão de questões políticas na Constituição permitiria que o Judiciário acabasse enfrentando qualquer questão política como sendo uma questão constitucional.²¹¹

Apesar de ser aparentemente contra os interesses do Parlamento, é possível afirmar que há um consenso no sentido de que a assunção de novos papéis pelo Judiciário, incluindo

²⁰⁷ Ibidem, p 126-127.

²⁰⁸ A proliferação de textos é acompanhada pela explosão do contencioso, como se todos os problemas sociais devessem ser resolvidos perante o Judiciário, vejam-se, por exemplo, os Juizados de Pequenas Causas e Juizados Especiais.

²⁰⁹ CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 131.

²¹⁰ Ibidem, p. 211.

²¹¹ Nesse sentido: “There is hardly a political question in the United States which does not sooner or later turn into a judicial one”. TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. 10. ed. [S. l.]: Vintage Books, 1961.

as decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos, vêm sendo aceita pela sociedade, uma vez que os próprios atores políticos veem o Judiciário como um fórum apropriado para enfrentar tais questões.²¹²

Werneck VIANNA afirma que o “boom da litigação” é um fenômeno mundial que vem ocorrendo nas democracias contemporâneas, especialmente por conta da distância existente entre representantes e representados, o que, por consequência, leva os políticos a estimularem os canais de representação por via da legislação²¹³

Não obstante ser um fenômeno atual, o discurso muitas vezes confunde a ideia de judicialização da política com a ideia genérica de ativismo judicial, tanto que se tem utilizado o termo judicialização de macropolítica para distinguir-se da judicialização da política em geral.

Ran HIRSCHL vai apresentar três categorias de judicialização: i) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; ii) judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos; iii) judicialização da política pura ou da macropolítica, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política.²¹⁴

Em relação à primeira categoria, o autor afirma que a judicialização é inerente à captura das relações sociais e culturais pelas leis, o que se deve ao aumento da complexidade e diversidade das modernas sociedades, bem como da expansão de Estados modernos de bem-estar social, com suas inúmeras agências regulatórias.²¹⁵

No âmbito supranacional também se verifica uma judicialização, na medida em que se torna necessário adotar normas-padrão (universais) numa era de globalização econômica.

²¹² Em sentido contrário, ver SALGADO, Eneida Desirée. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*. Tese (Doutorado em Direito), UFPR, 2010. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/22321/1/Tese_Eneida_Desiree_Salgado.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2010.

²¹³ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo soc.*, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 set. 2010. p. 41.

²¹⁴ HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 723. Disponível em: <<http://srn.com/abstract=951610>>. Acesso em: 20 fev. 2008.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 724-725.

Outro aspecto da judicialização da política é o aumento da responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas, especialmente sobre questões de direitos garantidos constitucionalmente²¹⁶, o que acaba por redefinir os próprios limites dos demais poderes políticos.

Em relação à judicialização da política pura, ou da macropolítica, pode-se entender a competência dos tribunais para decidir a respeito de questões morais ou de questões políticas críticas, centrais para a sociedade. Ou seja, muitos dilemas morais e políticos que não têm consenso na esfera parlamentar acabam por ser transferidos das esferas políticas ao Judiciário.

Esse mesmo autor traz diversos casos de Tribunais de outros países que demonstram como vem ocorrendo a judicialização de questões efetivamente políticas, e como os Tribunais têm assumido esse novo papel.

Países como a Nova Zelândia, que tinha grande tradição do *common law* e que se pautava no princípio da supremacia do Parlamento, assim como acontecia na Inglaterra, sofreu grandes transformações em seu sistema em virtude da adoção de um modelo de controle de constitucionalidade²¹⁷.

A força condutora do movimento de constitucionalização dos direitos na Nova Zelândia durante os anos 90 ocorreu, segundo HIRSCHL, pela pressão de atores econômicos por reformas econômicas neoliberais aliadas a setores da elite que estavam perdendo poder para grupos periféricos na arena política,²¹⁸ especialmente para o grupo Maori, representante dos povos originários da Nova Zelândia.

Os Maori passaram a demandar políticas compensatórias em relação à distribuição de terra, pesca, recursos naturais e outros e paralelo a isso houve um crescimento da população de origem asiática reduzindo o poder dos descendentes de europeus. Essas novas demandas, que envolviam questões de conteúdo político, acabaram por ser decididas pelo Judiciário.

Apesar da tentativa de se aprovar um Bill of Rights de hierarquia constitucional, isto não foi possível por questões políticas, e, em 1990 foi editado o *New Zealand Bill of Rights*

²¹⁶ No Brasil, o maior exemplo diz respeito a questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, sendo o Judiciário questionado e criticado por estar intervindo em esfera de políticas de saúde. Confirmam-se as seguintes decisões: STF – SL 47 AgR – Rel. Ministro Gilmar Mendes – DJU 30.4.2010; STF – RE 436.996, Rel. Ministro Celso de Mello – DJU de 3.2.2006; STF – ADPF 45 – Rel. Ministro Celso de Mello – DJU de 29.04.2004.

²¹⁷ Para um estudo mais aprofundado sobre o contexto constitucional e sobre a criatividade judicial na Nova Zelândia, consultar: HARRIS, Bruce. *Judicial Activism and New Zealand's Appellate Courts*. In: DICKSON, Brice. *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007, p.273-322.

²¹⁸ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy...*, op.cit., p. 83

Act, que apesar de ser formalmente uma lei ordinária, vem sendo utilizado como um importante instrumento pela *New Zealand Court of Appeal* para limitar os atos do Parlamento, por meio de *judicial review*.

HIRSCHL ressalta que tendo em vista a tradição de restrição judicial e de supremacia do Parlamento, a judicialização da política na Nova Zelândia aconteceu de maneira mais moderada do que em outros países, de modo a equilibrar sua própria tradição.²¹⁹

No Canadá, desde a promulgação do *Constitution Act* em 1982, que estabelece a *Charter of Rights and Freedoms*, sua Suprema Corte tem sido o principal órgão de tomada de decisão acerca da luta dos franco-canadenses por uma maior autonomia política, linguística e cultural.

A questão de secessão do Estado do Québec²²⁰ – não obstante ser uma questão política e relativa à própria identidade do Canadá – chegou à Suprema Corte do Canadá, para que essa se manifestasse se seria constitucional a separação do Québec se a maioria da população fosse favorável. A Corte, nesse caso, manifestou-se no sentido de que seria necessária uma Emenda Constitucional prévia, pois a Constituição não permite a separação do Québec da Federação.²²¹ Eventual aprovação da separação pela população do Québec não teria o condão de alterar o princípio federativo, mas poderia dar legitimidade para se iniciar um debate a respeito de Emenda Constitucional a permitir a separação dessa província.

Em Israel, a revolução constitucional aconteceu em 1992, o que marcou uma grande mudança no equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O movimento em prol da adoção do *judicial review* para proteção de direitos fundamentais se deu, segundo HIRSCHL, principalmente por elites políticas de Israel que buscavam no Judiciário um modo de manter sua hegemonia política e cultural, tendo em vista a crescente presença de políticas periféricas na arena majoritária.²²²

Dessa feita, as elites políticas associadas com as elites econômicas e judiciais em Israel defenderam, segundo o autor, a delegação de poder de realizar o *judicial review* ao Judiciário, sustentando-se na reputação de profissionalismo, imparcialidade e correção daquele órgão.²²³

²¹⁹ Ibidem, p. 27.

²²⁰ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1998/1998scr2-217/1998scr2-217.html>>. Acesso em: 08 jan. 2009.

²²¹ HIRSCHL, Ran. *The New Constitutionalism...*, p. 742.

²²² HIRSCHL, Ran. The Political origins of judicial empowerment through constitutionalization: lessons from Israel's constitution revolution. *Comparative Politics*, v. 33, n. 3, 2009, p. 331.

²²³ Idem.

Ainda, a judicialização da política nesse país pode ser verificada quando a Suprema Corte de Israel foi provocada a decidir sobre quem é judeu²²⁴, aparentemente uma questão religiosa ou política ou, ainda, relativa à própria identidade do povo judeu. A questão chegou à Suprema Corte de Israel, uma vez que o fato de ser ou não judeu implicaria a aquisição da cidadania e de todos os direitos a ela inerentes.

Na África do Sul é possível falar numa judicialização da política que buscou transferir aos tribunais dilemas morais e políticos relativos às extremas injustiças e atrocidades cometidas contra grupos que historicamente foram privados de seus direitos, durante o regime do *apartheid*.²²⁵

Assim, a Corte Constitucional da África do sul se tornou um espaço importante para se discutir o dilema de justiça restaurativa pós-apartheid.

Ressalta-se o caso *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v. President of the Republic of South Africa*, no qual a Corte Constitucional entendeu pela constitucionalidade da anistia concedida àqueles que cometeram crimes durante o apartheid, uma vez que a anistia foi necessária para reunificação do país, bem como fez parte das negociações para aprovação da Constituição de 1996.²²⁶

Na Itália, do mesmo modo, os juízes assumiram a missão de “sanear e moralizar a vida política”²²⁷ no combate à corrupção iniciado com a operação *mani pulite* (mãos limpas). Na França, a moralização política contra a impunidade também levou a um Judiciário ativo com o apoio da opinião pública, o que lhes dá um novo sentimento de “importância social e de utilidade política”.²²⁸

HIRSCHL chega a identificar esse fenômeno mundial, que, segundo ele, aconteceu em mais de 80 (oitenta) países, como *juristocracy*, por meio do qual reformas constitucionais transferiram significativa parcela de poder das instituições representativas ao Judiciário, na crença de que esse Poder poderia promover mudanças sociais na proteção e afirmação dos direitos fundamentais.²²⁹

No Brasil, o processo de redemocratização acabou por produzir enorme impacto na

²²⁴ HC 10001/92 *Bavli v. the Grand Rabbinical Court* 48(2) PD 221.

²²⁵ HIRSCHL, Ran. Resituating the Judicialization of Politics: Bush v.Gore as a Global Trend. HeinOnline; Canadian Journal of Law and Jurisprudence, vol. 15, n. 2, 2002, p. 200-201.

²²⁶ *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others* (CCT17/96) [1996] ZACC 16 (25 July 1996). Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/16.html>>. Acesso em: 27 dez. 2010.

²²⁷ CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 210.

²²⁸ *Ibidem*, p. 210-211.

²²⁹ HIRSCHL, Ran. *Juristocracy*... Op.cit., p. 1.

Justiça brasileira. ARANTES explica que: “de um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento.” Por outro lado, a adoção de um Estado Democrático de Direito gerou a “necessidade de juízes e árbitros legítimos” virem a decidir sobre conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado. Esse papel, segundo o autor, foi atribuído em grande medida ao Poder Judiciário.²³⁰

Comparando o Brasil às democracias contemporâneas, ARANTES entende que o país passa por praticamente as mesmas causas de judicialização da política de outros países:

First, political democracy was established in the 1980s followed by the approval of a new constitution in 1988 that set out an extensive charter of rights. Second, an increasingly greater number of interest groups within society are demanding judicial solutions to collective conflicts. Third, the political system is characterized by fragile and even minority coalitions supporting the government of the day, while the opposition uses the judiciary to fight government policies. Lastly, the constitutional model delegates to the judiciary and to the Ministério Público (Public Ministry) the task of protecting both individual rights and interests, as well as collective and social rights.²³¹

Ademais, é possível constatar-se que, no Brasil, a Justiça se aproximou da população por meio de juizados de pequenas causas, nos quais o acesso independe de representação por advogado. Legislações especiais de proteção de minorias como Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei Maria da PENHA²³² levaram a um processo de substituição do Estado pelo Judiciário, tornando o juiz protagonista nas decisões sobre questões sociais, inclusive as que envolvem políticas públicas.²³³

Aliado a isso, o sistema de controle de constitucionalidade misto, tem no controle

²³⁰ ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Rev. Bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 14, n. 39, Feb. 1999, p. 83. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091999000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 set. 2010.

²³¹ ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2006, p. 231.

²³² O aumento das ações relacionadas a questões de gênero e violência doméstica caracteriza a judicialização das relações sociais privadas: “the way in which thousands of ordinary women have increasingly resorted to the lower-level courts for protection of their individual right to life and physical integrity in situations of domestic violence”. “(...) o modo pelo qual milhares de mulheres comuns têm cada vez mais recorrido às Cortes especiais em busca de proteção a seus direitos fundamentais à vida e à integridade física em situações de violência doméstica”. MACAULAY, Fiona, Private Conflicts, Public Powers: domestic violence in the Courts in Latin America. In SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line and ANGELL, Alan. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 211.

²³³ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. cit., p. 41.

difuso a possibilidade de minorias políticas exercitarem seu poder de veto contra leis e atos administrativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo, invocando a Constituição de 1988, podendo-se afirmar que o controle de constitucionalidade é um dos maiores recursos disponíveis para as minorias políticas contra as decisões políticas majoritárias.²³⁴

Tal afirmativa encontra respaldo em Ernani Rodrigues de CARVALHO, ao constatar que “os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a possibilidade de veto dos tribunais na realização de seus objetivos”.²³⁵

Por outro lado, podem-se verificar decisões do Supremo Tribunal Federal sobre questões políticas no que diz respeito à fidelização partidária, políticas públicas de saúde, desarmamento, pesquisa em células-tronco, mensalão etc.²³⁶ Algumas dessas questões chegaram ao Supremo por meio de ações perpetradas por partidos políticos e outras por associações representativas de direitos de minorias, além daquelas que foram impetradas individualmente para garantia de direitos sociais.

Como decorrência desse movimento, o Judiciário brasileiro tem sofrido severa crítica, no sentido de que não é órgão competente para tratar de questões políticas por não ser eleito pelo povo, e portanto, não teria legitimidade democrática para manifestar-se sobre tais questões.

Em que pese à crítica ao “governo de juízes”, é fato o protagonismo do Judiciário recentemente, sendo essas críticas “insuficientes para reprimir um processo que parece ter se tornado irreversível”.²³⁷

Esse protagonismo do Judiciário é muitas vezes chamado de ativismo judicial, o qual deve ser entendido não o quanto uma Corte é ocupada mas o quanto seus juízes estão dispostos a desenvolver o direito. As críticas e a controvérsia a respeito do ativismo judicial se dão especialmente por duas razões. A primeira diz respeito ao caráter contramajoritário dos juízes, que não teriam competência para elaborar novo direito pois não foram eleitos pelo

²³⁴ ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism, the expansion...*, p. 241.

²³⁵ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 23, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso> ou doi: <10.1590/S0104-44782004000200011>. Acesso em: 29 fev. 2008.

²³⁶ A respeito confira-se a seção de notícias no site: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 28 fev. 2008.

²³⁷ CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 134.

povo. A segunda questão é em se aceitando que os juízes podem desenvolver a lei, quais seriam os critérios para definir que o desenvolvimento seria adequado.²³⁸

Christopher WOLFE traz outra concepção do que ele chama de ativismo judicial convencional, como sendo aquele nos quais os juízes devem decidir os casos que lhes são apresentados e não evitá-los, de modo a realizar a justiça, especialmente protegendo a dignidade da pessoa humana pela expansão da igualdade e da liberdade. Os juízes “ativistas” devem se comprometer a garantir soluções para os problemas sociais, principalmente utilizando-se de seu poder para dar conteúdo aos direitos e às garantias fundamentais que venham a realizar a justiça social.²³⁹ Ativistas não no sentido pragmático de ignorar a Constituição ou os precedentes que lhe interpretaram, para impor seu próprio ponto de vista, mas no sentido de que devem estar eles preparados para responder às questões de moralidade política que lhe são apresentadas.

Como se viu acima, é difícil encontrar uma única causa para justificar a judicialização da política. Não obstante, é certo que muitas das questões políticas que são transferidas para os Tribunais, o são por partidos políticos ou por grupos de interesses, e, portanto, não pode ser vista como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de usurpação de funções de um poder sobre o outro, mas como um fenômeno político.

²³⁸ Nesse sentido, confira-se: “The term ‘judicial activism’ is, however, much more commonly used to refer not to how busy a court is but to how willing its judges are to develop the law. In that sense it is a controversial concept, for two reasons. First, judges are (in most countries) not elected and in a liberal democracy the conventional view persists that only persons elected to Parliament, or serving in an executive which is accountable to Parliament, should make laws. (The extreme form of this convention is the declaratory theory of law, according to which judges never create law at all – they merely find law which has always existed but been hidden from view under layers of misrepresentation. In the United Kingdom this ‘fairy tale’ was definitively debunked by Lord Reid in 1972). Secondly, what amounts to ‘developing’ the law can itself be a matter for considerable disagreement: is a fully reasoned decision to preserve an existing rule, taken after long deliberation, an example of activism or not, and in situations where the judges are agreed that the law should be developed, what criteria should be employed to assess whether the chosen development is the appropriate one? As has been noted by Justice Heydon of the High Court of Australia ‘the relevant factors are indeterminate and to some degree they can conflict’”. DICKSON, Brice. *Op. cit.*, p. 367.

²³⁹ Christopher WOLFE define o ativismo judicial convencional como aquele no qual “judges ought to decide cases, not avoid them, and thereby use their Power broadly to further justice- that is, to protect human dignity – especially by expanding equality and personal liberty. Activist judges are committed to provide judicial remedies for a wide range of social wrongs and to use their power, especially the power to give content to general constitutional guarantees, to do so.” WOLFE, Christopher. *Op. cit.*, p. 2. Mais a frente conclui que: “judicial activism may be defined in terms of either the relation of a judicial decision to the Constitution or the manner in which judges exercise what is conceded to be a broadly political, discretionary power. The definition on which I place the greater emphasis will be dissatisfying to most contemporary constitutional scholars, who subscribe to different conceptions of the nature of judicial power and of the evolution of judicial review in American history.” *Ibidem*, p. 31.

O que se verifica é que o Poder Judiciário tem sido utilizado como outra arena política, em que as minorias políticas no âmbito de discussão deliberativa parlamentar têm a possibilidade de ter protegidos seus direitos.

Mesmo no contexto americano, Keith WHITTINGTON explica que a manutenção da autoridade judicial para interpretar a Constituição e usar ativamente o poder de controle constitucional das leis é um projeto político avançado. Para que se sustente o ativismo judicial, no sentido de declaração de inconstitucionalidade do ato normativo do Legislativo ou do Executivo, as Cortes devem operar numa política de desenvolvimento favorável. Juízes devem achar razões que levantem objeções aos atos do governo, e políticos eleitos devem achar razões para parar de sancionar ou criticar juízes que levantam tais objeções.²⁴⁰

WHITTINGTON ressalta que as maiorias políticas podem efetivamente delegar um número de questões para o Judiciário porque as Cortes podem ter mais capacidade de agir efetivamente ou com mais confiança do que os políticos eleitos podem, agindo diretamente.²⁴¹

No mesmo sentido, afirma Howard GILLMAN, ao estudar o período de 1875 a 1891 nos Estados Unidos, que o aumento do poder da jurisdição das Cortes federais durante este período foi devido a esforços do Partido Republicano de promover uma política econômica nacional, durante um período no qual o tema estava vulnerável em relação aos partidos políticos.²⁴²

O exercício do controle de constitucionalidade por um Judiciário ativo e independente, apesar de ser visto aparentemente como contra o interesse dos atuais políticos, que presumivelmente preferem exercer o poder sem interferência é, ao contrário, apoiado pelos detentores do poder. Quando políticos eleitos não conseguem implementar sua própria agenda política, eles devem favorecer um ativo controle de constitucionalidade por um Judiciário simpático a superar os obstáculos e romper com o status quo. Na visão de WHITTINGTON, isso justificaria o porquê de os políticos eleitos toleram um Judiciário ativista.²⁴³

No Brasil, ao fazer um aprofundado estudo acerca da Judicialização da Política no país, Werneck VIANNA ressalta que, além das ADIs funcionarem como instrumento de

²⁴⁰ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose your friendly hand”: Political supports for the exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, 2005, p. 583.

²⁴¹ Ibidem, p. 584.

²⁴² GILLMAN, Howard. How Political Parties can use the Courts to advance their agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891. *American Political Science Review*, v. 96, Issue 3, set. 2002, p. 511.

²⁴³ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose your friendly hand”..., p. 583

defesa das minorias, também funcionam como um recurso institucional estratégico de governo.²⁴⁴ Das ADIs propostas no período de 1988 a 2005, 60% trataram do tema de Administração Pública, 12,6% trataram sobre Política Tributária e 11,6% trataram sobre Regulação da Sociedade Civil.²⁴⁵

Por outro lado, verifica-se que das ADIs propostas por governadores, 87,1% foram propostas contra leis estaduais, demonstrando que os governos, quando não ganham na arena política buscam o Judiciário para garantir suas pretensões.²⁴⁶

O alto índice de litigação contra normas dos Legislativos estaduais se justifica, segundo VIANNA, porque reflete que o Executivo não detém maioria nas assembleias estaduais, bem como porque “essas instâncias de poder, expostas às pressões de grupos de interesses particularistas, eventualmente produzem uma legislação casuística e sem escopo universalista”,²⁴⁷ acabando o STF por desempenhar o papel de um conselho de Estado.

Por meio de dados estatísticos concretos, o autor demonstra que as ADIs têm sido utilizadas como instrumento de afirmação de interesses minoritários, tanto que as Adins propostas por partidos políticos, no período do governo Fernando Henrique Cardoso em sua maioria foram propostas por partidos de esquerda, tendo caído a atuação destes partidos significativamente após o governo Lula.²⁴⁸ A análise das ADIs, segundo VIANNA: “aponta para o fato de elas se afirmarem como uma via complementar de disputa política e de exercício da oposição, mais utilizada pela esquerda, mas igualmente mobilizada pelo centro e pela direita”.²⁴⁹

Veja-se, ainda, que questões políticas importantes como a fidelização partidária foram remetidas ao STF justamente pelos Partidos Políticos (PPS, PSDB e DEM),²⁵⁰ o que demonstra, mais uma vez, que a judicialização da política com a conseqüente manifestação do

²⁴⁴ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op.cit.

²⁴⁵ Ibidem Tabela 4.

²⁴⁶ Ibidem Tabela 6.

²⁴⁷ Idem.

²⁴⁸ Ibidem Gráfico 9.

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ BRASIL. STF – MS 26602 – Rel. Ministro Eros Grau – DJU 17.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2010. STF – MS26603 – Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 18.12.2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2010. STF – MS 26604 – Rel. Ministra Carmen Lúcia – DJU 3.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

Supremo Tribunal Federal sobre questões políticas se faz por vontade dos próprios partidos políticos e, portanto, como um fenômeno político.²⁵¹

O que se percebe nesse novo contexto político-jurídico criado no pós-guerra com o estabelecimento da supremacia dos direitos humanos seja por constituições escritas ou não, é que este movimento se dá junto com a expansão do *judicial review* em diversos países.

Essa expansão amplia o espaço público de debate sobre questões morais e políticas na sociedade, que ganha uma nova arena, o Poder Judiciário, o qual assume papel protagonista na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Verifica-se, ainda, que a atuação do Judiciário é legítima, na medida em que provocada por atores políticos, como também por estar legitimado no próprio documento constitucional.

O grande desafio está em superar as barreiras colocadas à atuação do Judiciário pela tradição do *civil law*, que pretendia limitar a atuação do juiz no texto normativo. A revolução dos direitos humanos e a judicialização da política expandem a atividade judicial não só no sentido quantitativo, mas também porque assume este poder o papel de concretizar direitos que só terão significado no caso concreto, o que os aproxima do papel do *judge-made-law* presente nos sistemas de tradição do *common law*.

No próximo capítulo procurar-se-á demonstrar que a convergência dos sistemas de *civil law* e *common law* se dá no âmbito da jurisdição constitucional, quando a mesma realiza o *judicial review* tendo os direitos humanos como parâmetro material.

2.3

Os direitos humanos e o *judicial review*

Pretende-se demonstrar que os direitos humanos – quer estejam previstos em tratados ou convenções internacionais, quer tenham sido internalizados como direitos fundamentais e

²⁵¹ No mesmo sentido, confira-se VIANNA, Luiz Werneck; et al. Op. cit., p. 103. HIRSCHL, Ran. *The New Constitutionalism...*, p. 754: “the judicialization of mega-politics, and the transition to juristocracy more generally, is first and foremost a political, not a juridical, phenomenon”. (...)“a judicialização da megapolítica, e a transição para a juristocracia, de um modo geral, é antes de tudo e principalmente um fenômeno político, e não um fenômeno jurídico”.

estejam previstos em constituições escritas, quer, ainda, estejam previstos em documentos formalmente ordinários – têm funcionado como limites materiais para o controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*) em diversos países, tanto aqueles ligados à tradição do *common law* quanto à tradição do *civil law*.

O modelo americano de *judicial review* vem sendo copiado ao redor do mundo, especialmente em Estados que buscaram o modelo de democracia constitucional como garantidor dos direitos fundamentais de seus cidadãos, tentando limitar o Estado e as minorias por meio da atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis.

Nos países onde não há uma Constituição escrita, a previsão dos direitos humanos em tratados internacionais ou em lei ordinária tem sido suficiente para garantir a atuação do Poder Judiciário no controle de compatibilidade das leis provenientes do Parlamento com estes direitos.²⁵²

Não é foco do presente trabalho aprofundar sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário e seu caráter contramajoritário no controle de constitucionalidade das leis.²⁵³ Parte-se da constatação de que cada vez mais o modelo americano de *judicial review* está sendo internacionalizado, para, em momento posterior, demonstrar que os direitos humanos funcionam como parâmetro comum de controle de constitucionalidade tanto em países de *common law* quanto em países de tradição de *civil law*.

A expansão do modelo americano de *judicial review* ao redor do mundo se deu especialmente no pós-Segunda Guerra Mundial como visto acima, como um modo de contenção das maiorias representadas no Parlamento.

Essa afirmativa encontra respaldo em Ran HIRSCHL, ao estabelecer que:

At the same time, the world has witnessed the rapid spread of constitutionalism and *judicial review*. Constitutional supremacy – a concept that has long been a major pillar of the American political order – is now shared, in one form or another, by over one hundred countries and several supra-national entities across the globe. Constitutional courts in many of these countries have been responsible for translating these constitutional provisions into practical guidelines to be used in daily public life. The

²⁵² Na Inglaterra seria controle de convencionalidade, ou seja, compatibilidade dos atos do Parlamento com os direitos humanos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. No Brasil, por conta da abertura do art. 5º, §2º, seria possível admitir-se o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, embora aqui se entenda que os tratados e convenções de direitos humanos integram o bloco de constitucionalidade, que, por sua vez, funciona como parâmetro material para o controle de constitucionalidade das leis.

²⁵³ Esse tema foi estudado pela autora quando de sua dissertação de mestrado, no qual defendeu a legitimidade do Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade das leis, tanto do ponto de vista de uma teoria de democracia substantiva quanto do ponto de vista de uma teoria de democracia procedimental. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais*. Dissertação de Mestrado, PUCPR, 2005.

migration of constitutional concepts and structures has become a global phenomenon.²⁵⁴

A sedução pelo modelo americano de *judicial review* se dá por diversos motivos. Aos juízes, oferece um papel predominante e até às vezes heroico perante a sociedade. Para as classes educadas, promete uma influência direta sobre as políticas públicas, assim como se satisfazem com uma argumentação intelectualizada de suas decisões e às minorias, garante a proteção contra os excessos das majorias.²⁵⁵

Além disso, o controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*) realizado pelo Poder Judiciário ou por Tribunal Constitucional independente anda junto com a própria ideia de constitucionalismo, de uma Constituição com rol de direitos fundamentais que limita o Parlamento, nesse sentido torna-se necessário que outro órgão possa fazer este controle.

Apesar de não estar contemplada na Constituição dos EUA, a previsão do *judicial review* nem a competência da Suprema Corte para realizá-lo, é certo que este direito foi estabelecido pela decisão do caso *Marbury v. Madison* em 1803²⁵⁶, sendo a partir de então aceita sua legitimidade para revisão constitucional.

No caso referido, a Suprema Corte declarou que compete ao Judiciário dizer o que é a lei, que a Constituição dos EUA é a lei suprema daquele país, e, portanto, as leis infraconstitucionais devem estar de acordo com a Constituição sob pena de serem nulas.

²⁵⁴ HIRSCHL, Ran. The Rise of Constitutional Theocracy. *Harvard International Law Journal*. v. 49, out. 16, 2008, p. 73.

²⁵⁵ Nas palavras de Robert NAGEL: “More specifically, at least if American theorists are to be believed, courts will identify and modernize deep political traditions, enforce attractive moral principles, improve democratic processes, teach the virtue of tolerance, shake up moribund public institutions, and – all the while – hold society together. Even more exciting is the fact that such hopes and claims are to some degree substantiated by recent American history. No Wonder, then, that judges in many countries, as well as in international Tribunals, are edging closer to the American model”. “Mais especificamente, ao menos se os teóricos americanos devem ser acreditados, as Cortes vão identificar e modernizar profundas tradições políticas, impor princípios morais atrativos, melhorar processos democráticos, ensinar a virtude da tolerância, sacudir as instituições públicas moribundas, e – a todo tempo – manter a sociedade unida. Ainda mais excitante é o fato de que tais esperanças e exigências são, até certo ponto, comprovadas pela recente história americana. Não é a toa que vários países, assim como os Tribunais internacionais, estão se aproximando do modelo americano”. NAGEL, Robert. American Judicial Review in Perspective. In: CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey; STONE, Adrienne. *Protecting rights without a Bill of Rights: institutional performance and reform in Australia*. Aldershot, Hants : Ashgate, 2006, p.225.

²⁵⁶ “Marshall held that Marbury and the others were entitled to their commissions, but that the Supreme Court was without power to order Madison to deliver, because the section of the Judiciary Act of 1789 that purported to authorize the Court to act in such a case as this was itself unconstitutional. Thus did Marshall assume for his court what is nowhere made explicit in the Constitution – the ultimate power to apply the constitution, acts of Congress to the contrary notwithstanding”. “Marshall afirmou que Marbury e os outros tinham direito a serem empossados nos cargos, mas que a Corte Suprema estava sem poder para mandar Madison fazê-lo, porque a sessão (seção) do Ato do Judiciário de 1789 que aparentemente autorizava a Corte a agir nesse tipo de caso era por si próprio inconstitucional. Por isso Marshall assume para sua Corte o que não estava em nenhum lugar explícito na Constituição – o poder supremo para aplicar a Constituição, contra os quais nem mesmo os atos do Congresso podem ir”. BICKEL, A. M., op. cit., p. 3.

Declarou, ainda, que a Suprema Corte tem o poder de interpretar leis e de defender a superioridade da Constituição no curso de julgamento de disputas controvertidas.²⁵⁷

A ideia de que um dos Poderes tenha a última palavra está ligada a própria ideia de estabilidade, para prevenir os conflitos entre os poderes políticos. No caso dos Estados Unidos é a Suprema Corte que dá a última palavra a respeito da interpretação da Constituição.²⁵⁸

Dessa forma, a Constituição surge com o status de *superlaw*, como tentativa de as pessoas criarem obrigações duradouras para si mesma e para o governo, para garantir que certos princípios e direitos fundamentais não fiquem à disposição da deliberação e eventual rejeição pelas maiorias eleitorais. A Constituição aparece, dessa maneira, como um documento solene que expressa não apenas intenções ou expectativas, mas verdadeiros compromissos públicos.²⁵⁹

WEINRIB²⁶⁰ traz a Corte Warren (*Warren Court*) como exemplo do paradigma constitucional do pós-guerra nos Estados Unidos. Earl Warren foi Presidente (*Chief Justice*) da Suprema Corte dos Estados Unidos no período de 1953 a 1969, estabelecendo uma Corte ativista e de proteção aos direitos humanos, especialmente das minorias.

Na decisão de *Brown v. Board of Education*²⁶¹, por exemplo, a interpretação motivada pela Corte promoveu princípios de igual cidadania e de dignidade da pessoa humana, em oposição à decisão anterior²⁶² que estabelecia a existência de hierarquias sociais naturais, permitindo meios de segregação racial nos trens e, por consequência, em escolas

²⁵⁷ ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 618-65. Ver também: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

²⁵⁸ TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 49

²⁵⁹ Idem.

²⁶⁰ WEINRIB, Lorraine E. Op. cit., p. 99 et seq.

²⁶¹ No caso em tela foi alegada que a segregação entre crianças brancas e negras nas escolas públicas, baseadas em raça, negava às crianças negras a igual proteção perante a lei garantida pela 14ª Emenda. A suprema corte julgou inconstitucionais as leis estaduais que estabeleciam tal segregação, por entender que: "We conclude that in the field of public education the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment. This disposition makes unnecessary any discussion whether such segregation also violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment". "Nós concluímos que no campo da educação pública a doutrina do "separados mas iguais" não tem espaço. Estruturas educacionais segregadas são inevitavelmente desiguais. Por isto, nós sustentamos que os petionários e demais indivíduos em situação similar, em favor de quem se instaurou ações, são, em função da segregação que contestam, privados da igual proteção perante o direito garantido pela décima quarta emenda. Esta disposição torna desnecessária qualquer discussão a saber se a segregação também viola a cláusula do devido processo legal da décima quarta emenda". *BROWN v. BOARD OF EDUCATION*, 347 U. S. 483 (1954). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=347&invol=483>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

²⁶² *PLESSY V. FERGUSON*, 163 U.S. 537, 16 S. Ct. 1138, 41 L. Ed. 256.

públicas. Desse modo, a decisão em *Brown v. Board of Education* superou (*overruled*) a decisão anterior deixando claro que a segregação racial em escolas públicas era inerentemente desigual e que violava o princípio da igualdade (*equal protection clause*) previsto na 14ª Emenda.

Essa decisão ajudou a desencadear o movimento de direitos civis nos Estados Unidos. Além disso, anulou diversas leis estaduais que propugnavam discriminação racial, incluindo aquelas que proibiam casamentos mistos, do ponto de vista racial (*racially mixed marriages*).

Ainda, outros casos importantes, relacionados a direitos fundamentais no pós-Guerra foram julgados e protegidos pela Corte Warren. A proteção do princípio democrático como “um homem, um voto” se deu na decisão *Reynolds v. Sims*²⁶³, ou seja, foi consolidada a ideia de que o voto deveria ser proporcionalmente igual à população e não às áreas geográficas.

Do mesmo modo, o direito à privacidade foi reconhecido pela Corte Warren no caso *Griswold v. Connecticut*²⁶⁴, no qual a Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual que proibia informações sobre controle de natalidade e também preparou terreno para que no caso *Roe v. Wade*²⁶⁵ a Corte estabelecesse o direito ao aborto às mulheres.

Paralelamente ao que ocorreu nos EUA, na Europa do pós-guerra se adotou o modelo de constitucionalismo e direitos humanos para resolver o problema da opressão. Assim, o constitucionalismo presente na Europa atual, tanto nos países de tradição de *civil law* ou *common law*, se baseia na ideia de limitação do poder político e proteção dos direitos humanos. Por outro lado, o desenvolvimento da justiça constitucional se deu no sentido de que o governo é limitado por uma Constituição e que os processos e as instituições foram

²⁶³ Nesse caso foi discutida a representação proporcional no Legislativo do Alabama, tendo sido sustentada a tese de que a “equal protection clause” exige nada menos do que uma representação substantivamente igual no Poder Legislativo, para todos os cidadãos, de todos os lugares e de todas as raças. REYNOLDS V. SIMS, 377 U.S. 533, 84 S. Ct. 1362, 12 L. Ed. 2d 506 (1964). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=377&invol=533>> . Acesso em 10 de out. 2010.

²⁶⁴ A Suprema Corte invalidou lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos por violar o direito à privacidade implícito na Primeira Emenda. GRISWOLD V. Connecticut, 381 U. S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2d 510 (1965). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=381&invol=479>> Acesso em 10 de out. 2010.

²⁶⁵ Roe pede o direito de interromper sua gravidez por meio de aborto, eis que pela lei do Estado do Texas só era permitido aborto para salvar a vida da mãe. A Corte considerou que o direito constitucional ao aborto se insere no direito à privacidade da 14ª Emenda e, portanto, a mulher teria total autonomia no 1º trimestre, restando para os Legislativos estaduais a competência para legislar sobre a possibilidade de aborto nos demais períodos da gestação. ROE V. WADE, 410 U. S. 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d 147 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113>> Acesso em 10 de out. 2010.

criados para garantir essa limitação.²⁶⁶

O principal instrumento de proteção dos direitos humanos do sistema europeu é a Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa em 1950.²⁶⁷ A criação da Corte Europeia de Direitos Humanos, instituída em 1959, traz uma grande transformação não só no direito internacional europeu, mas também no direito nacional dos países signatários da Convenção, uma vez que, em muitos países a Convenção tem funcionado como limite material para atuação dos Estados, e, portanto, parâmetro para controle do *judicial review*. Além disso, os países signatários têm sido fortemente influenciados pela jurisprudência da Corte, sendo considerada, inclusive como o “documento constitucional da ordem pública europeia”.²⁶⁸

É possível afirmar que o artigo 1º da Convenção, ao estabelecer a obrigatoriedade aos Estados-membros de observância aos direitos e liberdades enunciados no Título I daquele documento, acabou por obrigar os Estados a adotarem “todas as medidas necessárias no âmbito doméstico visando à implementação da convenção”²⁶⁹, inclusive compatibilizando o direito interno com os parâmetros estabelecidos por ela. Essa compatibilização do direito interno implica tanto adaptar a legislação interna quanto revogar as leis incompatíveis com aquele documento internacional.

Mas por qual motivo os governos dos países europeus aceitaram autolimitar-se em relação a sua própria soberania, favorecendo uma autoridade internacional independente?²⁷⁰

A convivência dos países europeus em aceitar limitar sua soberania em prol de uma autoridade internacional e contramajoritária, no que diz respeito aos direitos humanos, é justificada, segundo MORAVCSIK, pelo fato de que os governos buscam a coerção internacional quando um compromisso internacional efetivamente reforça as preferências políticas de um governo específico num determinado tempo contra futuras alternativas

²⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu...*

²⁶⁷ “A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi elaborada no âmbito do Conselho da Europa, criado em 5 de maio de 1949, após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de unificar a Europa. Os Estados membros do Conselho da Europa adotaram, assim, em 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953, com sua ratificação por 8 Estados, nos termos previstos pelo seu então artigo 66, par. 2º”. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 65

²⁶⁸ “Many European governments have subsequently incorporated the convention into domestic Law, directly or indirectly. For these reasons, the ECHR Court is right to proclaim the convention “a constitutional document of European public order.” MORAVCSIK, Andrew. Op. cit., p. 218.

²⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 66.

²⁷⁰ MORAVCSIK, Andrew. Op. cit., p. 220.

políticas domésticas.²⁷¹

Ou seja, a autolimitação dos Estados pela adesão a tratados internacionais de direitos humanos não é um movimento em busca de um altruísmo moral, mas, ao contrário, os governos vão se valer dessa tática quando os benefícios de reduzir futuras incertezas políticas pesam mais que os custos de limitação da soberania de sua associação. E continua explicando que o fato de se auto-obrigar ou de se autocomprometer é mais utilizado em democracias recém-estabelecidas, que acabam por ter grande interesse na estabilização democrática da política interna contra ameaças antidemocráticas.²⁷²

A Corte de Justiça Europeia, diferente da Suprema Corte dos Estados Unidos ou da Corte Constitucional da Alemanha, foi criada por tratado e não Constituição, e tem por

²⁷¹ Idem.

²⁷² “We should therefore observe them leading the move to enforce human rights multilaterally, whereas established democracies have an incentive to offer lukewarm support at best. In the case of the ECHR, this theoretical approach best explains the cross-national pattern of support for binding norms, the approach best explains the cross-national pattern of support for binding norms, the tactics governments employed, and the archival Record of public rhetoric and confidential domestic deliberations.” “Nós devemos, portanto, observá-los liderando o movimento para impor os direitos humanos multilateralmente, enquanto as democracias estabelecidas têm um incentivo para oferecer no máximo um apoio morno. No caso da ECHR, esta abordagem teórica explica melhor o padrão internacional de apoio a normas vinculativas, a tática que os governos adotaram, e os arquivos de registros da retórica pública e das deliberações domésticas confidenciais.” (Idem). E mais adiante: “In the case of the establishment of the ECHR, the proper theory and method reverses an idealist conclusion that might appear to offer a plausible alternative to realism. What seems at first to be a conversion to moral altruism is in fact an instrumental calculation of how best to lock in democratic governance against future opponents – a practice hardly distinct from similar practices in the most pecuniary areas of world politics, such as trade and monetary policy. I am not denying, of course, that ideas and ideals matter in foreign policy; I am challenging only a particular idealist argument. Surely some domestic support for democratic governance may be ideological, even idealistic, in origin. But if we can learn a single lesson from the formation of the world’s most successful formal arrangement for international human rights enforcement, it is that in world politics pure idealism begets pure idealism – in the form of parliamentary assemblies and international declarations. To establish binding international commitments, much more is required.” “No caso do estabelecimento da ECHR, a teoria e método adequados opõem uma conclusão idealista que poderia parecer oferecer uma alternativa plausível ao realismo. O que parece, a princípio, ser uma conversão para um altruísmo moral é, em verdade, um cálculo instrumental de como melhor bloquear futuros oponentes em governos democráticos – uma prática dificilmente distinta de outras similares na maioria das áreas pecuniárias da política mundial, tais como nos negócios e na política monetária. Eu não estou negando, é claro, que ideias e ideais são relevantes na política estrangeira; eu estou apenas questionando um argumento idealista em particular. Certamente, parte do apoio ao governo democrático deve ser ideológico e, até mesmo, na origem, idealístico. Mas se nós pudermos aprender uma única lição a partir da criação do mais bem sucedido acordo formal pela imposição dos direitos humanos é a de que, na política mundial, o idealismo puro gera idealismo puro – na forma de assembleias parlamentares e declarações internacionais. Para que se estabeleçam compromissos vinculantes na área internacional, se requer muito mais do que isso.” (Ibidem, p. 248-249). No mesmo sentido confira-se GRIMM, Dieter. *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*. In: Dobner, Petra; Loughlin, Martin (Ed.) *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p. 16: “Sovereign rights were given up voluntarily because they expected something in return: an increase in problem solving capacity in matters that could no longer be effectively handled on the national level. In addition, the states usually retain a share in the decision-making processes of the international institutions that now exercises these rights.” “Abriu-se mão, voluntariamente, de direitos soberanos porque eles esperavam algo em troca: um aumento na capacidade de resolução de problemas relativos a questões que não podiam mais ser resolvidas em nível nacional. Além disso, os Estados geralmente mantêm uma parte de suas prerrogativas no processo de tomada de decisão das instituições internacionais que agora exercitam esses direitos.”

finalidade interpretar os tratados europeus e as leis deles decorrentes. Em termos amplos (lato), os tratados normalmente regulam relações externas entre dois ou mais estados soberanos enquanto as constituições normalmente regulam assuntos internos. Os tratados de livre comércio, por exemplo, entre dois estados, normalmente criam obrigações legais que podem requerer interpretação judicial ou mesmo julgamento, mas isso não implica um controle de constitucionalidade de lei (*constitutional review*). Assim, segundo ROSENFELD, a Corte Europeia de Justiça não teria do ponto de vista formal legitimidade para exercer “*constitutional review*” nem se imiscuir em questões constitucionais.²⁷³

Entretanto, as questões aparecem de modo distinto quando se trata da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do trabalho realizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A Convenção Europeia de direitos Humanos, diferente dos demais tratados que regulam relações entre Estados e, portanto, relações externas, acaba por regular muito mais relações internas, tendo muito mais impacto nas relações entre o cidadão e seu próprio Estado do que em relações entre estados.²⁷⁴ Por consequente, a Corte Europeia de Direitos Humanos, apesar de ser uma Corte transnacional interpretando e aplicando a CEDH,²⁷⁵ acaba tomando decisões substantivas muito mais próximas ao que se tem nas decisões relacionadas a direitos constitucionais.²⁷⁶

Além disso, apesar de a União Europeia não ser uma Federação como o Brasil, Canadá ou Estados Unidos, é certo que possui algumas características semelhantes, especialmente no que diz respeito às regulações da UE, devendo os estados-membros implementar medidas internas segundo suas diretrizes, sob pena de serem responsabilizados pelos danos causados aos seus cidadãos pelo descumprimento de um tratado.²⁷⁷

Outra questão que se coloca é se as decisões constitucionais da Corte Europeia de Justiça se enquadram melhor no sistema do *civil law* ou do *common law*. Diferente do sistema de *common law*, em que a decisão é indutiva, a decisão no sistema de *civil law* envolve um processo dedutivo no qual uma regra geral é aplicada a um fato particular. Desse modo, uma

²⁷³ ROSENFELD, Michel. *Comparing Constitutional Review...* Op. cit., p. 618-651.

²⁷⁴ ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 618-651,

²⁷⁵ “*transnational Bill of rights*”. CAPPELLETTI, Mauro. The “Mighty Problem” of Judicial Review and the contribution of comparative analysis. *Southern California Law Review*, vol. 53, 1979, p. 429.

²⁷⁶ No mesmo sentido Dieter GRIMM vai afirmar que a Convenção Europeia de Direitos Humanos vem sendo analisada como “*constitutional law*” nos mesmos moldes que a Carta das Nações Unidas é interpretada como Constituição. GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: Dobner, Petra; Loughlin, Martin (Ed.) *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p. 2. GRIMM, Dieter. Op.cit. p. 2.

²⁷⁷ ROSENFELD compara a CEJ a Suprema Corte dos EUA no que diz respeito a divisão vertical de poderes. ROSENFELD, Michel. *Comparing Constitutional Review...* Op. cit., p. 618-651.

Corte de *civil law* aproveita-se muito menos da experiência das outras Cortes do que uma Corte de *common law*. ROSENFELD explica que a Corte Europeia de Justiça do ponto de vista de sua composição é uma Corte de *civil law*, assim como seus juízes, mesmo depois do ingresso do Reino Unido e Irlanda. Não obstante, o mesmo não acontece do ponto de vista de sua jurisprudência. Ou seja, no que diz respeito a sua jurisprudência constitucional, a Corte Europeia de Justiça está funcionando como uma Corte de *common law*. Isso se deve, por um lado, à generalidade das normas constitucionais e, por outro lado, à abertura do sentido dos valores constitucionais, tais como dignidade, ou de princípios constitucionais, como não discriminação.²⁷⁸

Dessa forma, como as normas que estabelecem direitos humanos e princípios constitucionais não permitem aos juízes apenas aplicá-las ao caso concreto como na tradicional visão da *civil law*, uma vez que precisam de densificação, passa a ser importante o significado destes direitos construídos pela Corte para os julgamentos subsequentes.

A maior questão enfrentada pela Corte Europeia de Justiça tem sido em relação aos Estados membros, especialmente em relação àqueles que estabelecem a Constituição como um documento soberano, e apesar de a Corte rejeitar este entendimento, muitas vezes ela tem voltado atrás para evitar conflitos.²⁷⁹

Ou seja, o problema se dá do ponto de vista da separação vertical de poderes, onde a lei da Comunidade é suprema e prevalece sobre a lei dos Estados-membros que sejam com ela incompatíveis. A previsão de supremacia não está prevista nos documentos comunitários escritos, mas foi firmada na decisão do caso *Costa v. Enel*.²⁸⁰ Destarte, a supremacia da União

²⁷⁸ Ibidem, p. 43. ROSENFELD compara a CEJ a Suprema Corte dos EUA no que diz respeito à divisão vertical de poderes.

²⁷⁹ Ibidem, p. 44.

²⁸⁰ Confira-se o conteúdo da decisão: “Efectivamente, ao instituírem uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e, mais especialmente, de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, esses limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de normas aplicável aos seus nacionais e a si próprios. Esta integração, no direito de cada Estado-membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor. Com efeito, a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior, sem colocar em perigo a realização dos objectivos do Tratado (...) e sem provocar uma discriminação (...). Resulta do conjunto desses elementos que ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade. A transferência efectuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado, implica, pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, sobre a qual não pode prevalecer um acto unilateral ulterior incompatível com o conceito de

Europeia foi estabelecida judicialmente, embora não prevista de forma explícita nos tratados.

Essa posição já foi defendida por CAPPELETTI, ao afirmar que a doutrina da supremacia do direito comunitário decorre do fato de a Europa estar caminhando para um tipo de federalismo, e apesar da resistência inicial, os Estados membros originais acabaram por aceitar tal doutrina, que, por sua vez, traz um sistema transnacional de *judicial review*.²⁸¹

Como consequência, os juízes nacionais devem controlar a conformidade da legislação nacional com o Direito comunitário e negar a aplicação da lei que seja violadora da Lei maior da Comunidade aplicável ao caso.²⁸²

Para além disso, as decisões da Corte Europeia de Justiça têm funcionado como precedentes para as Cortes dos Estados-membros, incluindo as Cortes Constitucionais, exigindo em alguns casos a não aplicação de leis advindas dos Parlamentos locais, bem como alterando a jurisprudência antes consolidada dessas Cortes.²⁸³

Essa mudança afeta especialmente o Reino Unido, que tinha no princípio da supremacia do Parlamento o vetor de sua ordem constitucional, o que gerava, por consequência, a recusa de qualquer poder judicial para controlar as leis do Parlamento, em caso de leis primárias. Não obstante, com seu ingresso na Comunidade Europeia pela ratificação do European Communities Act, em 1972, afirmou sua intenção de aceitar o princípio da aplicabilidade direta do Direito comunitário e, de modo geral, fazer sua a jurisprudência da Corte Europeia de Justiça, o que inclui a questão da supremacia do direito comunitário.²⁸⁴

O direito inglês, como visto anteriormente, teve sua construção histórica calcada nos pilares da supremacia do Parlamento e na supremacia do *common law*, e, mesmo sem ter adotado uma Constituição formal e escrita, como catálogo de direitos fundamentais, sofre grandes transformações nas últimas décadas.

Ainda que o princípio da supremacia do Parlamento nunca tenha sido ilimitado na Inglaterra, uma vez que era submetido ao *common law*, hoje encontra-se ainda mais limitado. Tais transformações ocorrem com a promulgação do Human Rights Act que, em vigor

Comunidade. Consequentemente, não obstante toda e qualquer lei nacional, há que aplicar o artigo 177.º, caso se coloque uma questão de interpretação do Tratado.” C-6/64 COSTA V. ENEL (1964) ECR 585. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:ENq:NOT>>. Acesso em: 15 set. 2010.

²⁸¹ CAPPELETTI, Mauro. *The “Mighty Problem”*..., p. 424.

²⁸² *Ibidem*, p. 424-425. A respeito da aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos na França, conferir: BRUCE, Eva. *Op. cit.*

²⁸³ BANKOWSKI, Zenon; et al. *Op. cit.*, p. 485.

²⁸⁴ CAPPELETTI, Mauro. *The “Mighty Problem”*..., p. 426.

naquele país a partir de 2000, estabelece a supremacia dos direitos humanos.²⁸⁵

Antes disso, a *House of Lords* controlava os atos administrativos apenas em relação à ilegalidade, impropriedade e irracionalidade, o que era admitido pela *ultra vires doctrine*. Esta doutrina permitia que um órgão exercendo poderes previstos em lei poderia apenas exercer esses poderes que foram dados, implícita ou expressamente pelo Parlamento. Desse modo, as Cortes, ao exercer o *judicial review* de um ato de um órgão público, estariam apenas julgando sobre os exatos limites dessa delegação de poder, checando se o órgão atuou na exata medida dos poderes delegados ou não. A ideia era de que poderia haver *judicial review* da *secondary legislation*, proveniente do Executivo, com poderes delegados pelo Parlamento, mas não da *primary legislation*, que era proveniente do Parlamento.

Havia, segundo GROTE, uma ênfase à defesa do princípio da legalidade e não uma proteção ao cidadão²⁸⁶. Aos poucos, a *House of Lords* foi ampliando a doutrina para entender que os atos executivos realizados sob a prerrogativa real também estariam sujeitos ao *judicial review* e passou a permitir o *judicial review* de todos os atos que envolvessem direitos individuais.

Em 1998, a Inglaterra, pelo Human Rights Act, que entra em vigor em 2000, ratifica a Convenção Europeia de Direitos Humanos, e estabelece que as normas do direito inglês

²⁸⁵ Veja-se que a visão do modelo inglês, até então, era a de que por não ter uma Constituição escrita e rígida e por não ter uma jurisdição constitucional não era possível falar-se em supremacia da Constituição, mas apenas em supremacia do Parlamento. Nesse sentido Luís Roberto BARROSO: “No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o Estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do *rule of law*, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do Direito. Poder-se-ia argumentar, é certo, que há entre os britânicos uma Constituição histórica e que ela é, inclusive, mais rígida que boa parte das cartas escritas do mundo. Ou reconhecer o fato de que o Parlamento inglês adotou, em 1998, o Human Rights Act, incorporando ao Direito Interno a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Mas mesmo que se cedesse a esses argumentos, não seria possível superar um outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês. No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento e não da Constituição.” BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 29.

²⁸⁶ “According to this jurisprudence, not the prerogative as such, but only certain of its subject matters like the making of international treaties, the defence of the realm or the dissolution of Parliament shall be excluded from judicial review as non-justiciable issues, i.e. because of their predominantly political character. The recent trend has been to reduce the number of non-justiciable matters and to make judicial review available wherever the exercise of the prerogative directly affects individual rights. As a result, judicial review of administrative action is no longer justified by reference to the presumed intention of Parliament but by the courts’ self-asserted constitutional mandate to protect the individual against the abuse of Power”. “De acordo com essa jurisprudência, não a prerrogativa como tal, mas apenas alguns desses temas importam, como a edição de tratados internacionais, a defesa da realeza ou a dissolução do Parlamento, são assuntos que devem ser excluídos da revisão judicial por se tratarem de questões não judiciáveis, i.e. em função de seu caráter predominantemente político. A tendência recente tem sido de reduzir o número de assuntos não judiciáveis e tornar a revisão judicial disponível onde quer que o exercício de uma prerrogativa afete diretamente os direitos individuais. Como resultado, a revisão judicial da ação administrativa não é mais justificada pela referência a uma presumida intenção do Parlamento, mas pela declaração constitucional do mandato da Corte em proteger o indivíduo contra o abuso do Poder”. GROTE, Rainer. Op. cit.

devem ser interpretadas de acordo com a Convenção²⁸⁷, além da possibilidade de suas Cortes declararem a incompatibilidade de uma lei que for contrária à Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁸⁸.

A partir de então é que os juízes começaram a levar em conta qualquer alegação de violação dos direitos protegidos pela “*European Convention of Human Rights*”, como parâmetro material para o *judicial review*²⁸⁹.

A *House of Lords*²⁹⁰ assume, neste turno, nova postura e passa a utilizar a Convenção Europeia de Direitos Humanos como parâmetro material para o *judicial review*, como, por

²⁸⁷ Human Rights Act 1998, Section 3 (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/3?view=plain>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

²⁸⁸ Human Rights Act 1998, Section 4 (4) (4) If the court is satisfied (a) that the provision is incompatible with a Convention right, and (b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility. Idem.

²⁸⁹ Nos anos 90 houve uma pressão dos grupos sociais em favor da adoção do Bill of Rights na Inglaterra. Nesse sentido confira-se: CRAM, Iam. Judging Rights in the United Kingdom: The Human Rights Act and the new relationship between Parliament and the Courts. *Review of constitutional Studies*, v. 12, n. 1, 2006, p. 56-57. Ainda, sobre a discussão da adoção de um Bill of Rights na Inglaterra pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e os novos papéis do Judiciário e Parlamento ver: FINNIS, J.M. A Bill of Rights for Britain? The moral of contemporary jurisprudence. *Maccabaeen Lecture in Jurisprudence 1985*, London: Oxford University Press, 1985.

²⁹⁰ Que até então tinha uma postura mais conservadora, nas palavras de DICKSON: “As far as the House of Lords is concerned, the prevailing judicial approach to law-making since its re-creation as a supreme court in its modern form in 1876 has certainly been a cautious one. In general the Law Lords have been unwilling to tread on the toes of the legislature by making new laws and they have been reluctant to overturn well-established judicial precedents, especially those laid down by their predecessors in the House”. Até onde a House of Lords está atenta, a abordagem judicial prevalente no que diz respeito à edição de leis, desde sua recriação como uma suprema Corte em sua forma moderna em 1876, foi certamente cautelosa. Em geral os Law Lords têm se negado a “pisar nos pés” do Legislativo e não têm criado novas leis, e eles têm relutado em destruir os bem estabelecidos precedentes judiciais, especialmente aqueles feitos por seus predecessores na Casa” DICKSON, Brice. Op. cit., p. 367. Além disso, as próprias funções legislativas e judiciais assumidas pela House of Lords também eram passíveis de crítica: “One can speculate whether the deference to Parliament is partly attributable to the fact that Law Lords are themselves members of that Parliament and therefore all the more conscious of the appropriate division of responsibilities between elected representatives and judges.”: “É possível especular se a deferência ao Parlamento é parcialmente atribuível ao fato de os *Law Lords* serem membros daquele Parlamento e, por isso, ainda mais conscientes da conveniente divisão de responsabilidades entre representantes eleitos e juízes.” Ibidem, p. 368.

exemplo, nos seguintes casos: i) *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department*²⁹¹, a primeira decisão que admite que os juízes devem verificar a compatibilidade do ato com os direitos humanos²⁹²; ii) *Bellinger v Bellinger*, decisão na qual a Corte declara a incompatibilidade do *Matrimonial Causes Act 1973* com os artigos 8 e 12 da ECHR, porque estabelecia o casamento apenas entre o homem e a mulher, entendendo-se que o termo “*spouse*” deveria incluir o parceiro de mesmo sexo.²⁹³

Tendo em vista a questão histórica e cultural do Reino Unido em favor da Supremacia do Parlamento, houve uma preferência para que as Cortes fizessem uso da Seção 3 do Human Rights Act, no sentido de interpretar as leis de modo que fossem compatíveis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. A interpretação conforme a Convenção evita a interferência da Corte na validade das leis editadas pelo Parlamento. Dessa maneira, as Cortes devem preferir, sempre que possível, uma interpretação da legislação que seja consistente com os direitos previstos na Convenção a qualquer outra interpretação incompatível com esses direitos.

Além disso, os Juízes devem levar em conta a manifestação do Ministro da Coroa, quando ele tiver declarado a compatibilidade do projeto de lei com a Convenção (*statements*

²⁹¹. O caso *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department* trata de uma demanda de um prisioneiro contra a possibilidade de violarem o sigilo de sua correspondência dentro do presídio, invocando, para tanto, seu direito à privacidade. A decisão invoca o princípio da proporcionalidade para resolver casos de restrição a direitos fundamentais. Para saber mais sobre o caso, acessar: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010523/daly-2.htm>>. Brice DICKSON explica que no caso em tela, a House of Lords decidiu que “when taking into account ECHR rights in judicial review applications judges had to ask themselves whether the interference with the human right in question was one that was necessary in a democratic society and proportionate to the aim being pursued. This decision expands judicial power to review administrative action on the grounds of illegality and impropriety because it authorizes judges to look not just at whether the decision-making body has exercised a power it does not have and at whether it has failed in its duty to act fairly, but also at the substance of the decision. Judges must now actually look at whether the decision eventually taken did in fact breach human rights.” “(...) quando se leva em consideração os direitos da ECHR em casos de revisão judicial, os juízes tinham que se perguntar se a interferência no direito humano em questão era necessária em uma sociedade democrática e proporcional ao objetivo que se buscava. Essa decisão faz com que o poder judicial se estenda à revisão da ação administrativa no terreno da ilegalidade e impropriedade porque autoriza os juízes a verificar não apenas se o órgão tomador de decisão exerceu um poder que ele não tinha e se ele não falhou em seu dever de agir justamente, mas também de verificar o conteúdo da decisão? Os juízes, agora, devem realmente verificar se a decisão eventualmente tomada violou os direitos humanos”. Idem. DICKSON, Brice. Op. cit., p. 374.

²⁹² Esta decisão expande o poder judicial de controlar a ilegalidade e impropriedade dos atos administrativos ao autorizar os juízes não apenas a julgar se um órgão tinha ou não competência para determinado ato ou se agiu de forma justa, mas também a julgar a substância da decisão para verificar uma eventual violação aos direitos humanos.

²⁹³ DICKSON, Brice. Op. cit., p. 380 Para saber mais a respeito: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030410/bellin-1.htm>>. Como resposta à declaração de incompatibilidade, o Parlamento editou o *Gender Recognition Act 2004* que passou a dar status legal as pessoas que mudaram de sexo.

of compatibility), conforme exigido pela Seção 19²⁹⁴ do Human Rights Act, que estabelece uma espécie de controle de constitucionalidade prévio, ou seja, o Ministro da Coroa deve verificar se um projeto de lei em trâmite no Parlamento é ou não compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e, se for compatível, deve fazer uma exposição fundamentada de sua compatibilidade, como um controle de constitucionalidade preventivo.

Assim, o poder de emendar a legislação continua sendo do Parlamento enquanto o poder de interpretar é das Cortes. A questão é saber até que ponto uma interpretação ampla e compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos não significaria uma emenda à lei em questão.²⁹⁵

Apesar da previsão de manutenção em vigor da lei declarada incompatível com a Convenção, conforme estabelecido na Seção 3(2) b²⁹⁶ do Human Rights Act, e, portanto, de acordo com o princípio da Supremacia do Parlamento, é possível defender o status constitucional do Human Rights Act.

²⁹⁴ Human Rights Act 1998, “Section 19 Statements of compatibility.(1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill - (a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”); or (b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill. (2)The statement must be in writing and be published in such manner as the Minister making it considers appropriate.” “Seção 19 Declarações de compatibilidades.(1) Um ministro da coroa no comando de uma Carta em qualquer das casas do Parlamento deve, antes da Segunda leitura da Carta - (a) fazer uma declaração para todos os efeitos de que, em sua visão, os comandos da Carta são compatíveis com a Convenção de direitos (“uma declaração de compatibilidade”); ou (b) fazer uma declaração para todos os efeitos de que embora ele esteja incapaz de fazer a declaração de compatibilidade, o governo, ainda assim deseja que a Casa prossiga com a Carta. (2) A declaração deve ser escrita e publicada no modo pelo qual o Ministro que a esteja fazendo considere apropriado” Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/19>>. Acesso em: 14 ago. 2010.

²⁹⁵ “Under the scheme of the Human Rights Act 1998, the amendment of statutes remained a task for Parliament. Interpretation of statutes was the task of the courts. As for the difficult question of identifying the moment when judicial construction of a statute crossed over the boundary from interpretation to amendment, Lord Nicholls suggested that this occurred when a meaning was given that “depart (Ed) substantially from a fundamental feature of an Act...”and would be especially apparent when the departure had important practical repercussions which the courts were not equipped to assess.” “Sob o primado do Human Rights Act 1998, a emenda a leis permaneceu uma tarefa do Parlamento. A interpretação das leis era tarefa das Cortes. Quanto à difícil questão de se identificar o momento em que a construção judicial de uma lei ultrapassou abertamente as fronteiras da interpretação para a emenda, Lord Nicholls sugeriu que isto aconteceu quando se deu um significado substancialmente distinto a um ponto fundamental de uma Lei...” e se tornaria especialmente aparente quando a distinção tivesse uma repercussão prática tão importante que as Cortes não estavam preparadas para assim estimar.” CRAM, Iam. Op. cit., p. 72.

²⁹⁶ “3(2) This section (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.” “3(2) Este capítulo (a) se aplica à legislação primária e derivada independentemente do tempo de sua edição; (b) não afeta a validade, a continuidade de seus efeitos ou a coação de qualquer legislação primária incompatível; e (c) não afeta a validade, a continuidade de seus efeitos ou a coação de qualquer legislação derivada incompatível se (não obstante qualquer possibilidade de revogação) a legislação primária prever a remoção da incompatibilidade.” Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/crossheading/legislation>>. Acesso em: 12 dez. 2010.

Essas novas relações entre Judiciário, Executivo e Legislativo no Reino Unido, criadas a partir do Human Rights Act, podem ser caracterizadas por duas formas de diálogo: i) um *principle-proposing dialogue* e ii) um *strong-form dialogue*.²⁹⁷

O primeiro modelo dialógico, de cunho propositivo, seria uma espécie de grupo de pressão privilegiado, encabeçado pelas Cortes, no qual os juízes colocariam suas perspectivas sobre as questões substantivas de direito e justiça, e, a partir daí, os políticos eleitos verificariam quais as providências a serem tomadas. Não obstante, esse modelo enfraqueceria a própria proteção dos direitos humanos, permitindo que o Parlamento revogasse uma decisão já tomada pela Corte.²⁹⁸

Já o modelo de diálogo forte (*strong-form dialogue*) seria o que melhor representa essa nova forma de constitucionalismo que aparece na Inglaterra com o Human Rights Act de 1998, que é caracterizada por uma crença de que as Cortes têm um papel constitucional fundamental na proteção de direitos e princípios fundamentais das pressões populares, devendo trabalhar em conjunto com os demais Poderes para desenvolver e encorajar sua aplicação e aceitação.

Veja-se que a declaração de incompatibilidade da lei com a Convenção e a deferência ao Parlamento para reformar a lei pode ter um efeito perverso, na medida em que permite que o Parlamento elabore nova lei em desacordo com o entendimento do Tribunal, deixando desprotegidos os Direitos Humanos; nesse sentido, a interpretação conforme os direitos humanos pode, inclusive, ser mais eficaz.

Esse modelo de diálogo forte pode ser visto no voto de Lord Hoffman, quando do julgamento de *Regina v. Secretary of State for the Home Department*, quando afirmou que o princípio da legalidade do *common law* significa que os direitos fundamentais não poderiam

²⁹⁷ CRAM, Iam. Op.cit., p. 56-62.

²⁹⁸ CRAM, Iam. Op. cit., p. 66-67.

ser revogados por palavras genéricas ou ambíguas das leis.²⁹⁹ Isso confirma a supremacia dos direitos humanos sobre os atos do Parlamento, em que pese seja possível a restrição deles desde que expressa e fundamentadamente declarada pelo Legislativo.³⁰⁰

Em 28 de abril de 2003, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa editou o documento 9798,³⁰¹ a respeito do Ministério da Justiça (*Office of the Lord Chancellor*) no sistema constitucional do Reino Unido. A discussão se pautou no fato de que, no Reino Unido, o Ministro da Justiça (*Lord Chancellor*) acumulava as funções de ministro (incluindo a de indicação de juízes), de presidente da câmara alta do Parlamento e de chefe do Poder Judiciário (e juiz ativo ao mesmo tempo que presidente das mais altas Cortes). Para o Conselho da Europa, essa situação apresentava graves incoerências, especialmente em relação ao princípio da separação dos poderes, que é considerado princípio constitucional fundamental da União Europeia, previsto no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma vez que o *Lord Chancellor* poderia assumir tanto funções judiciárias quanto executivas ou legislativas.

Dessa maneira, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa recomendou às autoridades britânicas que o *Lord Chancellor* adotasse uma “*usage constitutionnel*”, segundo a qual não mais exercesse as funções de juiz e que, ainda, fosse criada uma Suprema Corte cujos membros não pudessem ocupar concomitantemente cargos na Câmara Alta do

²⁹⁹ Confira-se o teor do voto: “Fundamental rights cannot be overridden by general or ambiguous words. This is because there is too great a risk that the full implications of their unqualified meaning may have passed unnoticed in the democratic process. In the absence of express language or necessary implication to the contrary, the courts therefore presume that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual.(...) What this case decides is that the principle of legality applies to subordinate legislation as much as to acts of Parliament. Prison regulations expressed in general language are also presumed to be subject to fundamental human rights. The presumption enables them to be valid. But, it also means that properly construed, they do not authorize a blanket restriction which would curtail not merely the prisoner's right of free expression, but its use in a way which could provide him with access to justice.” “Os direitos fundamentais não podem ser subjugados por palavras ambíguas ou genéricas. Isto porque há uma chance muito grande de que a completa aceção de seu mal elaborado sentido possa ter passado despercebida no processo democrático. Na falta de uma linguagem expressa ou de uma aceção contrária necessária, as Cortes acabam por presumir que até mesmo as mais genéricas palavras foram escolhidas para se sujeitarem ao mais básico direito do indivíduo. (...) O que este caso decide é que o princípio da legalidade se aplica à legislação derivada tanto quanto aos atos do Parlamento. Leis sobre prisões expressadas em linguagem genérica também são subentendidas como sujeitas aos direitos humanos fundamentais. Esta presunção lhes reveste de validade. Mas também significa que se interpretada adequadamente, elas não autorizam uma restrição tão ampla que diminuiria não apenas o direito do prisioneiro à liberdade de expressão, mas diminuiria também a sua utilização no sentido de providenciar a ele acesso à justiça.” *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Simms* (2000) 2 AC 115. Disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990708/obrien02.htm>.

³⁰⁰ CRAM, Iam. Op. cit., p. 66.

³⁰¹ CONSEIL DE L'EUROPE. Disponível em: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc03/FDOC9798.htm>. Acesso em: 15 dez. 2009.

Parlamento inglês.

Adotando a recomendação anterior, o Parlamento inglês edita o *Constitutional Reform Act 2005*,³⁰² que, por sua vez, vem criar a Suprema Corte do Reino Unido e abolir a jurisdição recursal da *House of Lords*. A Suprema Corte é, dessa forma, estabelecida em outubro de 2009, como a mais alta Corte de apelação do Reino Unido, substituindo o *Appellate Committee of the House of Lords*.

Até a instituição da Suprema Corte do Reino Unido, a *House of Lords* realizava o papel de Corte Constitucional, realizando o *Judicial review*, tendo como base os direitos humanos ou fundamentais, quer sejam aqueles protegidos pelo *common law*, quer sejam aqueles previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.³⁰³

Percebe-se, assim, que mesmo sem um documento constitucional escrito, é possível afirmar a existência de um *judicial review* na Inglaterra realizado pela *House of Lords* até 2009, quando da instauração de sua Suprema Corte, especialmente influenciada pelo Conselho da Europa.

Num outro viés também seria possível defender que a Inglaterra estaria caminhando para uma Constituição escrita. A despeito de não ter um documento constitucional único que positive de maneira expressa os direitos e princípios mais fundamentais daquele país, que foram construídos historicamente pelo *common law*, hoje existem vários documentos escritos de caráter materialmente constitucional em validade na Inglaterra, podendo-se falar numa Constituição quase escrita, que acomodaria a coexistência de princípios escritos e não escritos presentes numa Constituição do *common law*. Todos estes documentos somados à Constituição não escrita do *common law*, porque têm em comum materialidade e

³⁰² “An Act to make provision for modifying the office of Lord Chancellor, and to make provision relating to the functions of that office; to establish a Supreme Court of the United Kingdom, and to abolish the appellate jurisdiction of the House of Lords; to make provision about the jurisdiction of the Judicial Committee of the Privy Council and the judicial functions of the President of the Council; to make other provision about the judiciary, their appointment and discipline; and for connected purposes.” “Uma lei que faz previsões para modificar a competência do *Lord Chancellor*, e que faz previsões relacionadas com o funcionamento de suas funções; estabelece a Suprema Corte do Reino Unido, e extingue a jurisdição de segundo grau da *House of Lords*; que faz previsões sobre a jurisdição do *Judicial Committee of the Privy Council* e sobre as funções judiciais do Presidente do Conselho; que faz outras previsões sobre o Judiciário, seus compromissos e disciplina; e para propósitos afins.” Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/introduction>>. Acesso em 10 dez. 2010.

³⁰³ Note-se que no site da *Supreme Court* consta que: “The Court must give effect to directly applicable European Union law, and interpret domestic law so far as possible consistently with European Union law. It must also give effect to the rights contained in the European Convention on Human Rights”. “A Corte deve dar efetividade à lei da União Europeia que seja prontamente aplicável, e interpretar a lei doméstica até o ponto em que mantenha consistência com a lei da União Europeia. Também deve dar efetividade aos direitos contidos na Convenção de Direitos Humanos”. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov.uk/about/the-supreme-court-and-europe.html>>. Acesso em 10 dez. 2010.

fundamentalidade constitucional, devem servir de parâmetro para o *judicial review* a ser realizado pela Suprema Corte.

Outra transformação recente no contexto europeu, também por influência da Convenção Europeia de Direitos Humanos aconteceu na França. Assim, apesar de até pouco tempo só existir o controle de constitucionalidade preventivo feito pelo *Conseil Constitutionnel*, atualmente a França tem feito controle de convencionalidade, de modo que as leis contrárias aos direitos fundamentais, quer estejam previstos na Constituição, quer na Convenção Europeia de Direitos Humanos, podem ser anuladas.

Eva Bruce chega a falar em controle de fundamentalidade, tendo em vista a identidade material entre os direitos fundamentais e os direitos humanos previstos na Convenção. Aduz, ainda, sobre a existência de um bloco de fundamentalidade, por analogia ao bloco de constitucionalidade, onde a proteção se dará em razão da fundamentalidade material do direito, não importando a origem de sua proteção.³⁰⁴

Ademais, com a Reforma Constitucional de 2008, também se estabeleceu na França um controle incidental de constitucionalidade, nos processos em curso no *Conseil d'État* ou na *Cours de Cassation*, em casos em que haja violação dos direitos e garantias constitucionais³⁰⁵.

O artigo 61-1 da Constituição da França passa a estabelecer que o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação podem encaminhar ao Conselho Constitucional uma questão que envolva dúvida a respeito de uma disposição legislativa que viole direitos ou liberdades garantidos na Constituição, para que o Conselho se manifeste em determinado prazo.

Fora do contexto europeu, vale a pena trazer a experiência da Nova Zelândia.

Até pouco tempo a Nova Zelândia era um dos poucos exemplos de adoção do sistema inglês de *common law*, tendo o Parlamento como autoridade suprema a determinar a

³⁰⁴ BRUCE, Eva. “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, VI^e Congrès de droit constitutionnel (AFDC), Montpellier, 9-11 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.afdc.fr/>>. Acesso em 26 dez. 2010.

³⁰⁵ Article 61-1 “Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.” Constitution de la Ve République modifiée par la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008. Disponível em: <http://www.senat.fr/role/fiche/reforme_constit_2008.html>. Acesso em: 26 dez. 2010. Referida norma constitucional foi regulamentada pela LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021446446&categorieLien=id>>. Acesso em: 26 dez. 2010.

legislação; em outros termos, até os anos 80, a Nova Zelândia apenas reproduzia o sistema britânico do *common law*.³⁰⁶ Assim, a adoção em 1990, pela Nova Zelândia do *New Zealand Bill of Rights Act* marcou uma mudança, equilibrando os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo naquele país.³⁰⁷

A Declaração de Direitos Fundamentais da Nova Zelândia garante direitos à vida e à segurança, direitos civis e democráticos, direito à não discriminação, direitos das minorias e direitos processuais. Ademais, referida Declaração estabelece expressamente seu objetivo de afirmar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades individuais.

O NZBORA (*New Zealand Bill of Rights Act*) protege os direitos dos cidadãos de duas formas: i) as Cortes podem reconhecer os direitos, mas devem contrabalançar eventuais colisões de direitos, bem como a contraposição entre direitos individuais e direitos de toda a comunidade; ii) exige que o Procurador Geral (*the Attorney General*) reporte ao Parlamento se algum projeto de lei parece inconsistente com a Declaração de Direitos, e neste caso o governo terá que justificar a necessidade da lei em questão.

Curiosamente, a NZBORA é uma lei ordinária que formalmente não dá força às Cortes de anular a legislação inconsistente com suas previsões. A Seção 4 não permite que as Cortes possam deixar de aplicar uma lei inconsistente com o *Bill of Rights*, não obstante, na Seção 5 há a previsão de que os direitos e liberdades contidos nesse documento só podem ser sujeitos a razoáveis limitações pela lei, na medida em que se demonstrar justificável numa sociedade livre e democrática. Destarte, o NZBORA acabou por permitir que as Cortes possam interpretar o que seria razoável numa sociedade livre e democrática, ampliando, dessa forma, sua competência e permitindo o controle de constitucionalidade das leis.

Além disso, houve a criação em 2002 do *Human Rights Review Tribunal*³⁰⁸, com competência para declarar leis inconsistentes com o NZBORA, devendo o Tribunal reportar os casos de leis incompatíveis com os direitos fundamentais ao Parlamento, no sentido de que o Governo promova ações para implementar e respeitar a Declaração de Direitos Fundamentais³⁰⁹.

Verifica-se, dessa forma, a aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*, a

³⁰⁶ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 24.

³⁰⁷ Disponível em: <www.justice.govt.nz/pubs/reports/2004/bill-of-rights-guidelines/index.html>. Acesso em: 22 fev. 2008.

³⁰⁸ Para saber mais a respeito verificar: <<http://www.justice.govt.nz/human-rights-review-Tribunal/legislation.html>>.

³⁰⁹ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy...*, p. 25.

qual vem sendo percebida em diversas experiências, quer seja pela adoção de Declarações de Direitos Humanos ou de direitos fundamentais, escritas, ou ratificação a tratados internacionais de direitos humanos – com a possibilidade de o Judiciário ou de uma Corte Constitucional exercer o controle material dos atos provenientes do Parlamento, como vem acontecendo com a Inglaterra e Nova Zelândia –, quer seja com a adoção de Constituições supremas com grande catálogo de direitos fundamentais nos sistemas de *civil law*, passando o direito codificado a não ser mais o fundamento das decisões judiciais, uma vez que preponderam os direitos fundamentais ou direitos humanos, cujo caráter aberto e conteúdo moral acabam por elevar o papel do Judiciário na proteção destes direitos.³¹⁰

O que se vê é que as Constituições de diferentes países confiam no *judicial review* em diferentes graus, do mesmo modo, baseiam-se em diferentes textos constitucionais. Em que pese as diferentes manifestações textuais e de controle via *judicial review*, o que se verifica é uma aproximação, na medida em que tanto países com tradição no *civil law* ou no *common law* vêm promovendo o *judicial review* tendo os direitos humanos ou fundamentais como parâmetro material de seu controle.

Assim, não importa em qual documento tais direitos estão previstos mas sim, sua materialidade, sua fundamentalidade, sendo possível falar num controle de fundamentalidade das leis, que englobaria a conformidade das leis com os direitos fundamentais, quer estejam previstos em documentos internacionais, quer em constituições, ou quer mesmo em leis ordinárias.

As Cortes desses países se referem a fontes constitucionais tanto escritas como não escritas quando decidem sobre questões constitucionais.

Enquanto nos EUA se tem a Constituição como um documento coerente e integrado, na Inglaterra a Constituição englobaria vários tratados e leis, e no Canadá se tem, para além da Constituição escrita, a *unwritten common law constitution* baseada em costumes e tradições.

O que se vê também é que mesmo a Inglaterra vem adotando textos constitucionais

³¹⁰ “What is acceptable in terms of judicial lawmaking varies from jurisdiction to jurisdiction. The limits depend rather upon judicial assessments of community consensus and the nuances of the relevant issues than upon the working out of abstract conceptual considerations”. “O que é aceitável em termos de criação judicial do direito varia de jurisdição para jurisdição. Os limites dependem mais do consenso da comunidade acerca do papel do Judiciário e das nuances das questões relevantes do que da elaboração de considerações conceituais abstratas”. RISHWORTH. *The struggle for simplicity in the law* apud HARRIS, Bruce. Op. cit., p. 322.

escritos³¹¹. O status constitucional desses textos, assim como na Nova Zelândia, não está na sua forma, ou em seu processo Legislativo, mas na materialidade dos direitos protegidos e na sua força normativa na orientação da ordem política.

Veja-se que há de fato aproximação entre os sistemas constitucionais nacionais em suas estruturas e proteções dos direitos humanos fundamentais.

³¹¹ Magna Carta; Act of Union, Human Rights Act, European Communities Act.

3

Supremacia material dos direitos humanos e fundamentais

No século XX, as duas Grandes Guerras e a violação e o desrespeito aos direitos humanos mais fundamentais fizeram com que os países europeus buscassem uma nova concepção de direito, que pudesse limitar as maiorias representadas no Parlamento, de modo a garantir uma efetiva proteção dos direitos humanos.

Do mesmo modo, países da América Latina, saídos de regimes ditatoriais e autoritários, dão supremacia a novas constituições e aos direitos humanos nela positivados, como modo de garantir e dar estabilidade às democracias recém-instauradas.

Em outro sentido, países com tradição parlamentar forte, como França e Inglaterra, começaram a promover controle de constitucionalidade das leis tendo como parâmetro os direitos humanos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O que se percebe é a preocupação em colocar os direitos humanos como supremos como forma de resgatar valores éticos esquecidos no momento das Guerras. E esses direitos, dotados de conteúdo moral, é que passam a servir de parâmetro material comum ao judicial review em diversos países.

No presente capítulo pretende-se estudar a fundamentalidade material dos direitos humanos como ligada à dignidade da pessoa humana e defender que a leitura moral desses direitos é a mais adequada para a Jurisdição Constitucional.

Ainda, uma vez que o conteúdo moral desses direitos não está presente apenas no texto constitucional escrito, pretende-se estudar como a doutrina dos princípios constitucionais não escritos, da Constituição invisível e da Constituição enquanto instrumento vivo podem auxiliar a pensar num novo papel interpretativo para o Judiciário.

3.1

A Fundamentalidade e Conteúdo Moral dos Direitos humanos

Pretende-se demonstrar no presente tópico que a fundamentalidade que caracteriza materialmente os direitos humanos ou fundamentais tanto nos sistemas de *common law* quanto nos sistemas de *civil law* tem fundamentação moral.

Quando se fala em fundamentalidade material dos direitos humanos se está a falar no conteúdo material destes direitos, que tem em comum o respeito e a promoção da pessoa humana³¹² e que os caracteriza como fundamentais, dotados de supremacia a ponto de limitar a atuação de todas as esferas de governo ao mesmo tempo que lhes impõe um fio condutor em sua atuação.

Ressalta SAMPAIO que enquanto os contratualistas falavam em “direitos naturais”, “direitos inatos” ou “originários”, a expressão direitos humanos ou direitos do homem aparece nos escritos dos revolucionários modernos.³¹³

Assim, enquanto na França se preferiu o uso das expressões “liberdades públicas”, direitos individuais ou liberdades individuais, na Alemanha se preferiu a terminologia “direitos fundamentais” “como designativos de certas posições ou situações jurídicas básicas dos indivíduos perante o Estado ou como autolimitação do poder soberano estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado”.³¹⁴

Atualmente se usa a terminologia direitos humanos para caracterizar sua dimensão internacionalista e direitos fundamentais para caracterizar sua dimensão nacional dos direitos humanos positivados numa Constituição.³¹⁵ Assim, do ponto de vista formal os direitos humanos encontrar-se-iam enunciados em documentos internacionais enquanto os direitos fundamentais estariam positivados em Constituições nacionais. Entretanto, o que se quer defender é que o que caracteriza sua fundamentalidade ou humanidade é dotado de conteúdo moral.

³¹² PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 20.

³¹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7-22

³¹⁴ *Ibidem*, p. 8

³¹⁵ É possível fazer uma crítica desta distinção. No Brasil, por exemplo, é dado status constitucional aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos submetidos ao quórum qualificado de aprovação previsto no art. 5º, §3º da Constituição. A Inglaterra, do mesmo modo, internaliza a Convenção Europeia de Direitos Humanos pela edição do Human Rights Act de 1998, passando aquela convenção a integrar o direito interno daquele país.

Importa, desta feita, estudar a moralidade dos direitos humanos, quer estejam positivados em Convenções internacionais, quer estejam positivados nas Constituições que adotaram sistemas de direitos fundamentais, quer, ainda, estejam positivados em leis formalmente ordinárias ou presentes numa Constituição não escrita do *common law*.

Destarte, apesar de ser apenas uma moralidade entre outras, é a que se tornou dominante na nossa época³¹⁶, afirmando PERRY que “a moralidade dos direitos humanos se tornou uma moralidade verdadeiramente global”.³¹⁷ O que se deu a partir da segunda metade do século passado, como resposta às violações dos direitos mais básicos do ser humano tanto no período das guerras quanto no período de governos autoritários e ditatoriais. Assim, como visto acima, sua centralidade e supremacia se dão como medida de proteção e afirmação de novas democracias.

CANOTILHO explica que justamente esse movimento do “constitucionalismo global” teria como traços característicos a mudança no sistema jurídico-político internacional “não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados”, mas no novo paradigma calcado nas relações entre Estado/povo fundado nos direitos humanos; ainda, a emergência de um direito internacional materialmente “informado por valores, princípios e

³¹⁶ Ao afirmar que a moralidade dos direitos humanos é a moralidade dominante de nossa época, não se quer dizer que é nova, ao contrário, é bastante antiga. Nesse sentido, KOLAKOWSKI explica o seguinte: “It is often stressed that the idea of human rights is of recent origin, and that this is enough to dismiss its claims to timeless validity. In its contemporary form, the doctrine is certainly new, though it is arguable that it is a modern version of the natural law theory, whose origins we can trace back at least to the Stoic philosophers and, of course, to the Judaic and Christian sources of European culture. There is no substantial difference between proclaiming “the right to life” and stating that natural law forbids killing. Much as the concept may have been elaborated in the philosophy of the Enlightenment in its conflict with Christianity, the notion of the immutable rights of individuals goes back to the Christian belief in the autonomous status and irreplaceable value of the human personality.” Geralmente se ressalta que a ideia de direitos humanos tem origem recente, e que isto é suficiente para se descartar a reivindicação de eternidade. Na sua forma contemporânea, a doutrina é certamente nova, embora se possa argumentar que seja uma moderna versão da teoria do direito natural, cujas origens podem ser traçadas desde, pelo menos, os filósofos estoicos e, é claro, as fontes judaicas e cristãs da cultura europeia. Não há diferença substancial entre proclamar “o direito à vida” e declarar que o direito natural proíbe assassinatos. Por mais que o conceito tenha sido elaborado na filosofia do iluminismo em seu confronto com o Cristianismo, a noção dos direitos imutáveis dos indivíduos remonta à crença cristã no status autônomo e insubstituível do valor da personalidade humana.” KOLAKOWSKI, Leszek. *Modernity on endless trial*. Chicago: University Chicago Press, 1997, p. 214. Sobre a questão do desenvolvimento da moralidade dos direitos humanos a partir do fim da Segunda Guerra Mundial: “Until World War II, most legal scholars and governments affirmed the general proposition, albeit not in so many words, that international law did not impede the natural right of each equal sovereign to be monstrous to his or her subjects.” “Até a Segunda Guerra Mundial, a maioria dos juristas e dos governos afirmavam a proposição geral, embora não em tantas palavras, que o direito internacional não impediu que o direito natural de cada igual soberano de ser monstruoso para com seus sujeitados.” FARER, Tom J.; GAER, Felice. *The UN and Human Rights: At the End of the Beginning*. In: ROBERTS, Adam; KINGSBURY, Benedict (ed.), *United Nations, Divided World: The UN’s Roles in International Relations*. 2.ed. New York: Oxford University Press, 1993, p. 240.

³¹⁷ “(...) the morality of human rights has become a truly global morality”. “(...) a moralidade dos direitos humanos se tornou uma moralidade verdadeiramente global”. PERRY, Michael J. Op. cit., p. 214.

regras universais”³¹⁸ paulatinamente instituídos em declarações e documentos internacionais; por fim, o estabelecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento de todos os constitucionalismos.

Assim, embora a dignidade da pessoa humana possa ter diferentes significados e não haja consenso sobre eles, tem sido o fundamento universal para caracterizar a fundamentalidade material³¹⁹ dos direitos humanos e fundamentais. Sua realização, proteção e significação, contudo, se desenvolverão de acordo com o contexto histórico, cultural e social de cada comunidade.³²⁰

Os direitos humanos seriam, desse modo, a língua franca do debate político moderno,³²¹ HABERMAS chega a afirmar que, apesar das origens europeias, os direitos humanos atualmente “constitute the only language in which the opponents and victims of murderous regimes and civil wars can raise their voices against violence, repression, and persecution, against injuries to their human dignity.”³²²

Note-se que a moralidade dos direitos humanos está presente tanto na Declaração

³¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1276.

³¹⁹ Como será visto no próximo tópico, é possível defender para o Brasil, que a fundamentalidade material estará presente em todos aqueles direitos se possuírem relação com os princípios fundamentais da República, e não apenas com a dignidade da pessoa humana.

³²⁰ Não se pretende, na presente tese, enfrentar o tema universalismo e relativismo cultural no âmbito dos direitos humanos.

³²¹ HUNT, Lynn. O romance e as origens dos Direitos Humanos: interseções entre história, psicologia e literatura. *Varia historia*, Belo Horizonte, v. 21, n. 34, July 2005, p. 269. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752005000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2010. Em crítica a esta visão, ver: DINIZ, Débora. Valores universais e direitos culturais. In: NOVAES, Regina. (Org.). *Direitos humanos: temas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001. p. 57-66. “O encontro da diversidade, necessariamente, leva ao conflito. Acreditar que nós vamos resolver nossas diferenças pelo diálogo, pela escuta e pelo direito de fala é uma falácia”. Ibidem, p. 65.

³²² “(...) constituem a única linguagem em que os adversários e vítimas de regimes cruéis e de guerras civis podem levantar suas vozes contra a violência, repressão e perseguição contra violações a sua dignidade humana.” HABERMAS, Jürgen. *Religion and Rationality: Essays on Reason, God, and Modernity*. Cambridge: MIT Press, 2002, p. 153-154 Não se desconhece a crítica à visão eurocêntrica dos direitos humanos. Nesse sentido, Richard Rorty entende que nós vemos a questão dos direitos humanos com uma questão de impor nossa própria cultura de direitos humanos como se fosse algo transcultural que fizesse parte da própria natureza humana, manipulando sentimentos, educação e contando histórias tristes e sentimentais e sugere que: “the rhetoric we Westerners use in trying to get everyone to be more like us would be improved if we were more frankly ethnocentric, and less professedly universalist. It would be better to say: Here is what we in the West look like as a result of ceasing to hold slaves, beginning to educate women, separating church and state, and so on. Here is what happened after we started treating certain distinctions between people as arbitrary rather than fraught with moral significance. If you would try treating them that way, you might like the results”. “(...) a retórica que nós ocidentais usamos para tentar tornar todo mundo mais parecido conosco seria melhor se nós fossemos francamente mais etnocêntricos e menos declaradamente universalistas. Seria melhor dizer: Eis como nós no Ocidente aparentamos, como um resultado de termos parado de escravizar, começado a educar mulheres, separado a igreja do estado, e assim por diante. Eis o que aconteceu depois que começamos a tratar certas distinções entre as pessoas como arbitrariedades ao invés de cargas com significados morais. Se vocês tentassem tratá-las dessa forma, vocês poderiam gostar dos resultados”. RORTY, Richard. *Contingency, Irony, and Solidarity*. p. 19-20 apud PERRY, Michael. Op. cit., p. 249-250.

Internacional de Direitos (*The International Bill of Rights*) – que seria composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos e pela Convenção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais – quanto em Constituições de diversas democracias liberais³²³. Referida moralidade está presente na medida em que as Declarações e Constituições estabelecem a dignidade inerente à pessoa humana como um de seus fundamentos³²⁴.

A Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece em seu preâmbulo que: “(...) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Ainda, em seu artigo 1º há a previsão de que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.³²⁵

Do mesmo modo, tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³²⁶ quanto o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelecem em seus preâmbulos a “dignidade inerente a todos os membros da família humana” e que “(...) esses direitos decorrem da dignidade inerente a pessoa humana”, direitos estes “iguais e

³²³ PERRY, Michael J. Op.cit., p. 214

³²⁴ Muitos afirmaram que o desenvolvimento dos direitos humanos no pós-guerra marca o renascimento de um novo “direito natural”. Mauro CAPPELLETTI vai além e defende que “modern constitutionalism, with its basic ingredients – a civil-libertarian bill of rights and judicial enforcement of it – is the only realistic attempt to implement natural law values in our real world. In this sense, our epoch, if any, is the epoch of natural law.” “(...)o moderno constitucionalismo, com seus ingredientes básicos – uma carta de direitos civil libertária e sua imposição judicial – é a única tentativa realística de implementar valores do direito natural em nosso mundo real. Nesse sentido, nossa época, dentre todas, é a época do direito natural.” E complementa: “More accurately, however, I would say that modern constitutionalism is the attempt to overcome the plurimillenary contrast between natural and positive law, the contrast, that is, between an immutable, unwritten higher law rooted in nature or reason, and a passing law written by a particular legislator of a given place and time. The modern constitutions, their bills of rights, and judicial review are the elements of a ‘positive higher law’ made binding and enforceable a synthesis of a sort – a Hegelian synthesis as it were – of legal positivism and natural law”. “Mais precisamente, contudo, eu diria que o constitucionalismo moderno é a tentativa de superar o contraste plurimilenar entre o direito natural e o direito positivo, ou seja, o contraste entre um direito imutável, não escrito e maior, enraizado na natureza ou na razão, e um passageiro direito escrito por um legislador particular de um determinado tempo e local. As modernas constituições, suas cartas de direitos e a revisão judicial são elementos de um “direito positivo maior”, que se tornou vinculante e imperativo como uma síntese do estilo – uma síntese Hegeliana – do positivismo legal e do direito natural.” CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu...* Op.cit.

³²⁵ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> . Acesso em 15 de out. 2010.

³²⁶ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos ...* Op.cit., p. 382 et seq.

inalienáveis”.³²⁷

Ainda, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, além de ser princípio a reger a ordem econômica³²⁸ e a família³²⁹.

Nessa dimensão, é possível afirmar que a moralidade dos direitos humanos consiste numa dupla pretensão, interdependentes entre si.³³⁰

A primeira pretensão consiste em que cada e todo ser humano (nascido) tem igual e inerente dignidade. Afirar que todo ser humano tem “inerente” dignidade é dizer que, conforme explica PERRY, “a dignidade fundamental que todo ser humano possui, possui não enquanto membro de um ou outro grupo (racial, étnico, nacional, religioso, etc.) , não enquanto homem ou mulher, não como alguém que fez ou adquiriu alguma coisa, (...) mas simplesmente como um ser humano”³³¹, ou o pensamento do ser humano como um fim em si mesmo.

Por outro ângulo, ao afirmar que todo ser humano tem “igual” dignidade significa dizer que a “dignidade inerente” a todo ser humano não tem graus, ou seja, nenhum ser humano pode ter mais ou menos dignidade do que outro, porque todos nascem iguais em dignidade.³³²

³²⁷ Veja-se que quando dos debates sobre a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos, Pierre –Henri Teitgen demonstra também ali a presença de uma moralidade por trás dos direitos humanos, ao perguntar: “Who does not appreciate that these rights are fundamental, essential rights, and that there is no State which can, IF it abuses them, claim to respect natural law and the fundametnal principle of human dignity? Is there any State which can, by violating these rights and fundamental freedoms, claim that its country enjoys a democratic regime?”. “Quem não aprecia que esses direitos sejam fundamentais, direitos essenciais, e que não haja Estado que possa, se deles abusar, demandar respeito ao direito natural e ao princípio fundamental da dignidade humana? Existe um Estado que possa, por violar esses direitos e liberdades fundamentais, exigir que este país aprecie um regime democrático.” Citado em CRAM, Iam. Op. cit., p.54.

³²⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios(...)

³²⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³³⁰ PERRY, Michael J. Op. cit., p. 215 “I say that the morality of human rights consists of a twofold claim, rather than that it consists of two claims, as a way of emphasizing that according to the morality of human rights, the claim that every human being has inherent dignity is not an independent claim but is inextricably connected to the further claim that we should live our lives in a way that respects the inherent dignity of every human being”. “Eu digo que a moralidade dos direitos humanos consiste em uma reivindicação de duas dimensões, ao invés de consistir em duas reivindicações, como um modo de enfatizar que de acordo com a moralidade dos direitos humanos, a reivindicação de que cada ser humano tem uma dignidade inerente não é uma reivindicação independente, mas sim inescapavelmente conectada à reivindicação final de que nós devemos viver nossas vidas de um modo que se respeite a inerente dignidade de cada ser humano”. Ibidem, p. 216.

³³¹ Ibidem, p. 215.

³³² Ibidem, p. 216.

A segunda parte da pretensão consiste em que esta dignidade inerente a todos os seres humanos tem força normativa, o que significa que todos e cada um devem viver suas vidas de acordo com o fato de que todo ser humano tem inerente dignidade, e, portanto, todos devem respeitá-la.³³³

Desse modo, é possível defender a inviolabilidade da dignidade de todos os seres humanos, que não pode ser violada. A inviolabilidade da dignidade humana tem uma feição normativa que dá força a dispositivos de conteúdo moral.

DWORKIN, inspirado em ideais humanistas³³⁴, também busca fundamentar a dignidade da pessoa humana numa dupla dimensão que são interdependentes entre si, devendo existir conjuntamente, ou seja, a presença de apenas um dos princípios não significa a proteção da dignidade. As dimensões são caracterizadas pelos seguintes princípios: “*the principle of intrinsic value*” e “*the principle of personal responsibility*”³³⁵.

O primeiro princípio, que estabelece que toda vida humana tem valor potencial intrínseco sustenta que cada vida humana tem potencialmente um valor objetivo, ou seja, “é objetivamente importante que qualquer vida humana, depois de iniciada, tenha êxito, em vez de fracassar”³³⁶. Isso é uma questão, segundo o autor, de valor objetivo e não meramente subjetivo, uma vez que “o sucesso e o fracasso de qualquer vida humana é importante em si mesmo, algo que todos nós temos razão para querer ou lamentar”³³⁷.

O segundo princípio, da responsabilidade pessoal, sustenta que “cada pessoa tem especial responsabilidade de realizar o sucesso de sua própria vida, responsabilidade que inclui exercitar seu julgamento sobre que tipo de vida seria bem sucedida para si mesmo”³³⁸.

Mais à frente o autor vai ligar o primeiro princípio à igualdade e o segundo à

³³³ Idem.

³³⁴ “Minha própria moralidade crítica fundamenta-se em alguns ideais humanistas éticos que chamo de individualismo ético e que definem o valor associado à vida humana.” Em seguida o autor vai tratar dos princípios, embora ainda não o relacione à dignidade da pessoa humana. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 639.

³³⁵ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p.9.

³³⁶ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 639.

³³⁷ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p.9-10. É possível afirmar que a ideia de que a vida humana tem um valor intrínseco em si mesma pode ser associada a KANT: “Todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais. A humanidade ela mesma é uma dignidade, pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio pro qualquer ser humano(quer por outros quer, inclusive, por si mesmo), mas deve sempre ser usado ao mesmo tempo como um fim. (...) ele se encontra na obrigação de reconhecer, de um modo prático, a dignidade da humanidade em todo outro ser humano.”KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauro: Edipro, 2003, p. 306.

³³⁸ Ibid, ibidem.

liberdade, defendendo a convivência entre ambos como condição de realização da dignidade.

Na medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana é visto como princípio moral universal a dar unidade de sentido aos demais direitos que dele decorrem, é possível afirmar que, como fio condutor, ele garante a unidade e integridade do sistema.

Seria possível, dessa forma, defender a materialidade dos direitos fundamentais nas duas dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade. Ou seja, outros direitos que sejam decorrentes destes e que busquem sua realização plena, também podem ser considerados direitos materialmente fundamentais, independente de sua origem formal.

Outro ponto importante é o debate acerca do fundamento religioso dos direitos humanos. PERRY³³⁹ vai enfrentar a dificuldade em se fundamentar a defesa da dignidade da pessoa humana em fundamentos não religiosos.³⁴⁰ Nesse sentido, traz as palavras de Raimond GAITA a respeito:

Only someone who is religious can speak seriously of the sacred, but such talk informs the thoughts of most of us whether or not we are religious, for it shapes our thoughts about the way in which human beings limit our will as does nothing else in nature. If we are not religious, we will often search for one of the inadequate expressions which are available to us to say what we hope will be a secular equivalent of it. We may say that all human beings are inestimably precious, that they are ends in themselves, that they are owed unconditional respect, that they possess inalienable rights, and, of course, that they possess inalienable dignity. In my judgment these are ways of trying to say what we feel a need to say when we are estranged from the conceptual resources we need to say it. Be that as it may: each of them is problematic and contentious. Not one of them has the simple power of the religious ways of speaking.

Where does that power come from. Not, I am quite sure, from esoteric theological or philosophical elaborations of what it means for something to be sacred. It derives from the unashamedly

³³⁹ PERRY, Michael J. *Morality and normativity*. *Legal Theory*, 13 (2007), p. 216

³⁴⁰ DINIZ, Débora. *Op. cit.*, p. 57-66. “o reconhecimento da força do discurso dos direitos fundamentais passa pela certeza da sua fraqueza. Defender direitos humanos como uma religião não levará nenhum de nós a lugar nenhum. Quando digo religião, é defendê-lo como o Tribunal, que fala da natureza do humano, o que supostamente descobriu o inalienável no humano. Por esse caminho, seremos vencidos na primeira esquina. É preciso recomeçar esse processo. Reconhecer que os direitos fundamentais são uma construção moral e ética não é reconhecer sua arbitrariedade, é adotar uma perspectiva processual. O sentido de mudança é essencial para a luta política em torno dos direitos fundamentais. As mulheres não estavam incluídas na carta de direitos humanos. A questão da violência não estava originalmente considerada. A vulnerabilidade de determinados grupos sociais a se considerar que eles são alvos mais fáceis da infração, do desrespeito aos direitos humanos, não estava. A carta foi criada dentro de um contexto muito claro do pós-guerra que era das atrocidades dos nazistas, do desrespeito dos que não eram democratas”. *Ibidem*, p. 65-6.

anthropomorphic character of the claim that we are sacred because God loves us, his children³⁴¹.

Para GAITA, falar em direitos inalienáveis, em dignidade inalienável e em pessoas como fim em si mesmas seriam modos de tentar dar segurança à razão que a própria razão não pode ratificar, uma vez que entende que a sacralidade do ser humano na concepção religiosa é um conceito que não tem um lugar seguro fora das tradições religiosas.³⁴²

A ideia de que os direitos humanos possuem fundamento religioso é bastante antiga, na medida em que se pensava descenderem eles do direito natural, que, numa visão tradicional, corresponderia à lei divina.

Não se está aqui a defender a questão religiosa por trás da moralidade dos direitos humanos, ao contrário, não há autoridade divina que possa proporcionar um fundamento para os direitos humanos.³⁴³ O que se pretende demonstrar é que há sim uma moralidade dos direitos humanos, cujo núcleo comum é a dignidade da pessoa humana. Desse modo, os direitos humanos são direitos morais positivados quer em Convenções internacionais, quer como direitos fundamentais em Constituições democráticas. E sendo direitos de conteúdo moral, por óbvio que será necessária uma leitura moral para densificação de seu conteúdo, o que, atualmente, tem sido relegado ao Poder Judiciário, que acaba por ter que fazer uma leitura moral de diversos direitos humanos ou fundamentais.

Veja-se que, segundo KANT,³⁴⁴ a vinculação e o respeito a normas morais e a normas

³⁴¹ “ Só quem é religioso pode falar seriamente do sagrado, mas esta fala informa o pensamento da maioria de nós, independente de sermos ou não religiosos, pelo que determina nossos pensamentos sobre a forma pela qual os seres humano limitam nossos desejos como nada na natureza. Se não somos religiosos, frequentemente vamos em busca de expressões inadequadas que nos estão disponíveis, as quais esperamos sejam um equivalente laico do sagrado. Podemos dizer que todos os seres humanos são incalculavelmente preciosos, que são fins em si mesmos, que lhes é devido incondicional respeito, que possuem direitos inalienáveis e, naturalmente, que possuem inalienável dignidade. Em minha opinião, essas são tentativas de dizer o que sentimos quando estamos afastados de recursos conceituais necessários para dizê-lo. Seja como for, todos são problemáticos e controversos. Nenhum deles tem o simples poder do discurso religioso. De onde vem esse poder. Não estou certo, a partir de pensamentos esotérico teológico ou filosófico do que significa algo ser sagrado. Esta definição decorre descaradamente do caráter antropomórfico da alegação de que somos sagrados porque Deus nos ama, seus filhos”. GAITA, Raimond. *A Common Humanity? Thinking about Love and truth and Justice*. London: Routledge, 2002, p. 23-24. Do mesmo modo Habermas afirma que : “[T]he basic concepts of philosophical ethics, as they have developed up to this point, also fail to capture all the intuitions that have already found a more nuanced expression in the language of the Bible, and which we have only come to know by means of a halfway religious socialization.” “Os conceitos básicos da ética filosófica, desenvolvidos até este ponto, também pecam em capturar todas as instituições que já encontraram uma expressão mais sutil na linguagem da Bíblia, e que apenas se tornou conhecida através de uma relativa socialização religiosa”. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 162.

³⁴² GAITA, Raimond. Op.c it., p. 5.

³⁴³ Para uma crítica ao fundamento religioso dos direitos humanos ver DWORKIN, Ronald. *Human Rights and International Law*. Disponível em <<http://www.law.nyu.edu/academics/colloquia/clppt/index.htm>>. Acesso em 5 de nov. 2010.

³⁴⁴ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003.

jurídicas não têm distinção do ponto de vista interno (intenção do agente), mas do ponto de vista externo, uma vez que apenas as normas jurídicas são dotadas de coercibilidade. Então é possível afirmar que, a partir do momento em que os direitos humanos – em sendo considerados direitos morais – são positivados, eles passam a ser direitos legais, dotados de força normativa, podendo ser exigidos de todos, inclusive daqueles que, anteriormente, não compartilhavam com a moralidade então positivada.

Mas, como não é possível positivizar ou prever todos os direitos humanos num documento escrito, como visto no tópico anterior, haverá aqueles direitos humanos que também serão dotados de força normativa, em que pese não estarem previstos no texto da Constituição ou em outro documento escrito, sendo chamados de direitos não escritos, direitos implícitos ou direitos decorrentes.

A fundamentalidade dos direitos humanos se liga então ao conceito da dignidade humana nas dimensões da igualdade e da liberdade. A interpretação e a extensão dessas dimensões exige uma leitura moral destes direitos, o que deverá ser feito com o olhar na história e cultura de cada país.

É de se observar que as normas de direitos humanos e fundamentais referem-se a normas de moralidade política, cujo debate não deve passar necessariamente pela discussão acerca das relações entre lei e moralidade. Isso se justifica porque os direitos humanos, conforme visto anteriormente, vêm justamente para reaproximar o direito da moral, resgatando a ética esquecida nos períodos de Guerra e autoritarismos.

Impende observar que, em sociedades plurais e multiculturais como o Brasil, Canadá e Estados Unidos, por exemplo, é comum a presença de um dissenso moral acerca de relevantes fatos da vida, assim como o aborto, a união civil entre pessoas do mesmo sexo e a pena de morte, apenas para citar alguns exemplos. Nesses casos, é difícil identificar o que a Constituição estabelece, de que modo os direitos fundamentais vão determinar e fundamentar os julgamentos que deverão determinar um padrão único a ser aceito por toda a comunidade.

Assim, em que pese existir um consenso acerca dos princípios abstratos contidos nos direitos fundamentais, tais como liberdade, igualdade, dignidade, justiça e outros, não há concordância acerca das implicações destes direitos nas situações concretas. Ou seja, apesar de todos concordarem que se deve buscar a igualdade, não se consegue, por exemplo, chegar a um consenso a respeito de seu significado e alcance como, por exemplo, se esta igualdade justifica a adoção de ações afirmativas.

É natural que as Constituições contenham normas abstratas, pois quanto mais gerais

e abstratas as normas, mais fácil que elas tenham sido originadas num consenso da comunidade. Assim, os princípios mais abstratos são extraídos por meio de uma consideração de ideias que incluem lógica e moral, política, economia e filosofia natural.

Do mesmo modo, as normas que estabelecem direitos humanos fundamentais, dado ao consenso mínimo quando de sua positivação, fornecem apenas um início de solução a partir de seu campo normativo, uma vez que do seu relato abstrato não é possível identificar todos os elementos necessários à formação de seu sentido.

Também é possível afirmar que na maioria das questões controvertidas há um consenso mínimo, mesmo que ainda não teorizado, acerca do significado do direito. Ou seja, quando diferentes moralidades se sobrepõem, mesmo que de modo imperfeito, pode se falar numa moralidade compartilhada.³⁴⁵

Ainda, é complexo equilibrar o fato de que a moralidade positivada por meio da adoção de direitos fundamentais reflete a moralidade da maioria da população e ao mesmo tempo que é próprio dos direitos fundamentais a proteção de grupos minoritários e vulneráveis contra as maiorias. Ou seja, pensar que os direitos fundamentais refletem as posições morais das maiorias seria desproteger justamente quem se pensa ser destinatário de sua proteção.

A formação de seu sentido caberá ao intérprete e embora se aceite uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição³⁴⁶, a preocupação no presente trabalho tem foco na interpretação e significação do conteúdo dos direitos fundamentais que é realizada pela Jurisdição Constitucional.

Não se pode perder de vista que “a norma não se confunde com o enunciado normativo”, mas deve ser considerada como “produto da interação texto/realidade”³⁴⁷, e, portanto, nos casos relacionados ao significado dos direitos fundamentais, que não existe na norma em abstrato, nem pode dela ser abstraído, é possível afirmar que só existe norma de direito fundamental concretizada.

Desse modo, seria possível defender que, uma vez que só existe norma de direito fundamental concretizada, o direito sai do texto para a decisão judicial, e, portanto, sai do

³⁴⁵ WALUCHOW, W. J. Constitutional Morality and Bills of Rights. In HUSCROFT, Grant. *Expounding the Constitution*. New York: Cambridge University Press, p. 69-70.

³⁴⁶ Cf. 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, Sérgio Antonio Fabris, Rio Grande do Sul, 2002.

³⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 308.

direito escrito para o direito não escrito, justificando, por este viés também a aproximação do sistema brasileiro ao sistema de *case-law*, que, por sua vez, tem sua construção própria para garantir segurança e coerência ao direito não escrito.

Explica-se, tendo em vista que o verdadeiro sentido das normas de direitos fundamentais não está no texto, mas nas decisões judiciais que as interpretam e aplicam no caso concreto, é possível falar que há uma transferência do direito escrito para o direito não escrito, no sentido de não escrito num documento formal.

Essa concretização da norma pela Jurisdição Constitucional envolverá, por sua vez uma leitura moral dela, na medida em que, por serem normas de textura aberta e dotadas de plasticidade, será necessário definir seu conteúdo por meio de um processo interpretativo que envolverá o estudo da moralidade política da comunidade.

A interpretação de textos abstratos, vagos e ambíguos como aqueles que estabelecem os direitos fundamentais e princípios constitucionais levam a uma interpretação se há justiça ou não, por exemplo, casos que venham a envolver o direito ao aborto e à privacidade, de um lado, e o direito à vida e à dignidade de outro, ou questões acerca da igualdade entre homens e mulheres no âmbito privado ou na representação política, ou ainda questões ligadas a políticas afirmativas para inclusão de minorias historicamente desprotegidas.³⁴⁸

Quando se faz necessário enfrentar questões fundamentais, especialmente aquelas que envolvem aplicação de direitos constitucionais fundamentais a questões de justiça básica, o apelo a valores morais é inevitável, até porque as normas que estabelecem direitos humanos ou fundamentais são “sempre abertas à complexidade da vida, dependentes das situações de aplicação para ganharem a devida concretude”.³⁴⁹ Desse modo, só no caso concreto, o aplicador poderá “reconhecer a norma geral e abstrata do ordenamento, previamente aprovada, capaz de regular aquele caso específico sem resíduos de injustiça.”³⁵⁰

Nessa medida, é possível falar numa moralidade constitucional da comunidade que, para WALUCHOW, significa “o conjunto de normas morais e juízos ponderados, atribuídos de forma adequada a comunidade como um todo, como representando seus verdadeiros compromissos morais”, mas que de alguma forma “estejam ligados ao seu direito e práticas

³⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga...* Op.cit, p. 11.

³⁴⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Entrevista por CARVALHO, Jacqueline Grosse Fernandes. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 65, n. 4, out./dez. 2007, p. 10.

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga...* Op.cit, p. 11.

constitucionais”.³⁵¹ Em síntese, a moralidade política pressuposta pelas leis e instituições da comunidade³⁵².

Os critérios morais influenciam as decisões judiciais, especialmente quando se interpreta a Constituição, na medida em que esta prevê “instâncias que impõem limites morais a quaisquer leis que possam ser validamente criadas”³⁵³ em determinado país. Do mesmo modo, as restrições impostas pelos direitos fundamentais aos Poderes Públicos constituem restrições morais.³⁵⁴

Nessa dimensão, a leitura moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais propõe que os intérpretes da Constituição interpretem e apliquem os dispositivos abstratos “considerando que eles fazem referência a princípios morais”³⁵⁵ de uma comunidade e cuja definição só existirá na norma em concreto, inserindo a moralidade política no centro do debate constitucional.

Mesmo que se afirme que tais normas refletem a moralidade política da comunidade, positivada nos direitos fundamentais, os quais refletem, por sua vez, a moralidade atualmente aceita pela maior parte da população, a questão que se coloca é de que forma e quem fará o trabalho interpretativo de descobrir o conteúdo desta moralidade.

A crítica que se faz aos juízes, quando fazem este trabalho interpretativo, é de que eles acabariam por colocar suas próprias predileções morais, envolvendo a questão democrática de sua legitimidade.

No sistema brasileiro, assim como no norte-americano, foi dada aos juízes, e especialmente ao Supremo Tribunal Federal, a competência para tal. E a crítica que se faz de uma leitura moral dos direitos fundamentais previstos na Constituição é de que esta leitura daria aos juízes, e não aos representantes eleitos pelo povo, “o poder absoluto de impor suas

³⁵¹ Nas palavras do autor, a moralidade constitucional da comunidade significa “the set of moral norms and considered judgments, properly attributable to the community as a whole as representing its true moral commitments, but with the following additional property: They are, in some way tied to its constitutional law and practices. Following Dworkin, we might say it is “the political morality presupposed by the laws and institutions of the community””. “o conjunto de normas morais e julgamentos considerados, propriamente atribuível à comunidade como um todo como representando seus verdadeiros comprometimentos morais, mas com a seguinte propriedade adicional: Eles estão, de algum modo ligados às suas práticas e leis constitucionais. Seguindo Dworkin, nós poderíamos dizer que é “a moralidade política pressuposta pelas leis e instituições da comunidade””. WALUCHOW, W. J. *Constitutional Morality and Bills of Rights*. In HUSCROFT, Grant. *Expounding the Constitution*. New York: Cambridge University Press, p. 76.

³⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando...*, p. 197.

³⁵³ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga...* p. 10-11

³⁵⁴ *Ibidem*, p 42

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

convicções morais ao grande público”.³⁵⁶ Ainda, tem-se a preocupação de que os juízes poderiam, quando da interpretação destes direitos, impor sua própria moralidade política, o que seria uma atitude antipopulista, antirrepublicana e antidemocrática.³⁵⁷

Do mesmo modo, quando da adoção da Carta de Direitos, no Canadá, a população daquele país não recebeu bem a ideia de que caberia aos juízes responder esta questão, ou seja, determinar o verdadeiro e concreto significado do direito fundamental em tela, bem como as implicações daí decorrentes.³⁵⁸

As maiores reclamações, que também foram ouvidas durante o processo de adoção da Carta, se deram com base no “*Argument from Democracy*”, ou seja, de que o princípio democrático estaria seriamente comprometido se juízes não eleitos e irresponsáveis do ponto de vista político ficassem com a responsabilidade de determinar e dar conteúdo aos direitos morais garantidos pela Carta, e ainda pudessem aplicar tais direitos contra a legislação devidamente aprovada pelos órgãos democraticamente responsáveis como o Parlamento e os Legislativos das Províncias.³⁵⁹

Na maioria das vezes, as reclamações se dão em torno do fato de que os juízes acabam substituindo seus valores morais quando da densificação de significados da Carta de Direitos quando da interpretação das leis³⁶⁰. Outras queixas em relação aos juízes são no sentido de que, tendo assumido um novo papel de guardiães dos direitos morais da Nação, eles foram muito longe, praticamente criando novos direitos³⁶¹.

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, p. 3

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 9.

³⁵⁸ “This, together with the fact that the task of answering that question – that is, of determining the concrete meaning and implications of the entrenched rights in specific cases – would invariably fall mainly to the judges, was the source of considerable unease”. “Isto, juntamente com o fato de que a tarefa de responder a esta questão – isto é, de determinar o significado concreto e as implicações dos direitos infringidos em casos específicos – iria invariavelmente cair principalmente para os juízes, foi a fonte de considerável rebuliço”. WALUCHOW, W. J. *A common...*, p. 3-4.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 3-4.

³⁶⁰ Entre os principais críticos estão F. L. Morton and Rainer Knopff, os quais fazem os seguintes apontamentos: “The Charter does not so much guarantee rights as give judges the power to make policy by choosing among competing interpretations of the broadly worded provisions(...) in a dazzling exercise of self-empowerment, the Supreme Court has transformed itself from an adjudicator of disputes to a constitutional oracle that is able and willing to pronounce on the validity of a broad range of public policies. Interpretative discretion and an oracular courtroom – these are two of the chief building blocks of Canada’s Charter Revolution.” “A Carta não só garante os direitos como dá aos juízes o poder de fazer política escolhendo entre interpretações concorrentes acerca de disposições amplamente complicadas (...) em um delirante exercício de auto-empoderamento, a Suprema Corte transformou-se de um julgador de disputas em um oráculo constitucional que é capaz e está disposto a pronunciar a validade de uma ampla variedade de políticas públicas. Discrição interpretativa e uma câmara oracular –esses são dois dos blocos de construção da revolução de direitos no Canadá.” MORTON, F.L., KNOPFF, Rainer. *The Charter Revolution and the Court Party*. Toronto: Broadview Press, 2000, p. 33-34

³⁶¹ WALUCHOW, W. J. *A common...*, p. 1-2.

Veja-se que esse conflito entre o princípio democrático e o *judicial review* sob uma Constituição que estabelece direitos fundamentais é próprio dos países que adotaram a ideia de um governo constitucionalmente limitado. Esta ideia é normalmente associada a Locke e Montesquieu, no sentido de que o governo deve ter seus poderes limitados legalmente e que sua autoridade depende da observância destes limites. E uma das maneiras de se limitar um governo é por meio de um sistema de direitos fundamentais previstos na Constituição ou uma Carta de direitos fundamentais que incorpore direitos morais contra o governo.³⁶²

Deve-se ter em vista, porém, que os juízes absorvem a cultura de sua própria sociedade e, portanto, é improvável, em primeiro lugar, que queiram criar direitos que não sejam reconhecidos pela sociedade em que vivem ou, ainda, que “queiram prejudicar os direitos altamente valorizados pela sociedade”³⁶³. Em segundo lugar, uma vez que o Poder Judiciário possui poder institucional para fazer cumprir suas decisões, mesmo que contrárias às crenças amplamente aceitas pela população, é possível, desse modo, proteger direitos de minorias contra as majorias. Em terceiro lugar, as demandas da população ao Judiciário dependem de que modo a sociedade busca solucionar as disputas relacionadas a direitos.

Quando se admite que os direitos fundamentais presentes numa Constituição são

³⁶² Ibidem, p. 1-29. Ressalta-se, ainda, que do mesmo modo que no âmbito nacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos também tem exercido o papel judicial de dar significado aos direitos morais previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, confira-se: “Decisions of the European Court of Human Rights have had a comparable effect within that court’s sphere of responsibility. This has, as in the case of national constitutional adjudication and adjudication in relation to general clauses in codes and statutes, frequently involved giving concrete meaning to quite vague concepts and texts. Here, where the judicial 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. The interpretation is so far-reaching, and guided by such flimsy fragments of written law, that the “law-making” rationale seems at least as credible as the “interpretative” one. On the other hand, a growing and powerful body of contemporary thought in the *common law* world, associated particularly with the work of Ronald DWORKIN (1986), is engaged in arguing against the positivistic view of precedent and putting in its place a declaredly “interpretivist” approach to understanding the *common law* and its processes of reasoning, thereby reinstating a declaratory theory in a modern form. So there may in fact be a two-way convergence of approaches”. “As decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos tiveram um efeito comparável na sua esfera de responsabilidade. Isto, como no caso de decisão em matéria constitucional e de decisão em relação a cláusulas gerais de códigos e leis, frequentemente exigiu que se desse um significado concreto para conceitos e textos um tanto vagos. Aqui, onde a contribuição judicial opera trabalhando os princípios implícitos e concedendo-lhes efeitos concretos em uma série de decisões paradigmáticas, parece quase artificial ou até ficcional separar precedentes interpretativos dos precedentes normativos. A interpretação é tão mais ampla e guiada por frágeis fragmentos de lei escrita, que a racionalidade do processo de “criação do direito” parece ter ao menos tanta credibilidade quanto o método interpretativo. De outro lado, um crescente e poderoso corpo de pensamento contemporâneo no mundo do *common law*, associado particularmente com o trabalho de Ronald DWORKIN (1986), está engajado em argumentar contra a visão positivista do precedente e em colocar em seu lugar o modo declaradamente interpretativista de entender o *common law* e seus processos de racionalização, assim restabelecendo uma teoria declaratória de uma forma moderna. Então pode ser que, na verdade, haja uma convergência de duas abordagens.” BANKOWSKI, Zenon; et al. Op cit., p. 485

³⁶³ EPP, Charles R. Op. cit., p. 15-16.

cláusulas difíceis que devem “ser entendidas como apelativas a conceitos morais”, tem-se que o Tribunal que estiver incumbido “de aplicar estas cláusulas plenamente como direito” deve ser, para DWORKIN, um Tribunal ativista, ou seja, deve estar preparado “para moldar e responder questões de moralidade política”³⁶⁴, o que deverá ser feito respeitando-se a Constituição e as decisões anteriores que buscaram interpretar seus dispositivos. Deve haver, nessa dimensão, respeito à prática constitucional da comunidade.

Assim, quando os juízes fazem uma leitura moral da Constituição, eles constroem os significados dos princípios morais que nela estão previstos, mas isso não implica que coloquem nesses significados suas convicções pessoais ou da classe a que pertencem. Isso nas palavras de CHUEIRI, “em atenção a história política e social da comunidade em que vivem”³⁶⁵, até porque, sendo a Constituição uma lei, ela “está ancorada na história, na prática e na integridade”³⁶⁶.

Não se pode ignorar que a Constituição expressa exigências morais abstratas que “só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos”³⁶⁷ e que isso já acontece cotidianamente no trabalho dos juízes e advogados de maneira instintiva; entretanto, admitir esta prática gera um receio bastante grande por parte dos juízes. Do mesmo modo, quando a justificativa das decisões judiciais recai sobre direitos não enumerados, Constituição invisível, princípios constitucionais não escritos ou implícitos, se está na verdade fazendo uma leitura moral da Constituição.³⁶⁸

Por exemplo, quando se defende a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como princípio implícito ou decorrente, ou o da proporcionalidade

³⁶⁴ “Our constitutional system rests on a particular moral theory, namely that men have moral rights against the state. The difficulty clauses of the Bill of Rights, like the due process and equal protection clauses, must be understood as appealing to moral concepts rather than laying down particular conceptions; therefore a court that undertakes the burden of applying these clauses fully as law must be an activist court, in the sense that it must be prepared to frame and answer questions of political morality”. “Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da Bill of Rights, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um Tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um Tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.” DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 147. DWORKIN, Ronald. *Levando...*, p. 231

³⁶⁵ CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Direito e discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 164.

³⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, p. 17.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 4. Veja-se o caso da fidelidade partidária ou da vedação do nepotismo, por óbvio que há uma leitura moral dos valores constitucionais.

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, p. 5.

como decorrente do devido processo legal substantivo, ou ainda, a existência de princípios gerais do direito, que, apesar de não escritos, são dotados de força normativa e interpretativa, se está, na verdade, fazendo uma leitura moral da Constituição brasileira.

A ideia de que a *rule of law* reflete uma moralidade interna do direito é, para Jeffrey GOLDSWORTHY, uma versão moderna da antiga ideia de uma Constituição do *common law*, segundo a qual o direito positivado, não importando de qual fonte, é apenas a evidência dos valores do direito que existem desde os tempos imemoriais (*time immemorial*) e que tem a sua mais explícita e principal expressão no raciocínio judicial desenvolvido na aplicação da lei em casos específicos. Esses valores relacionados ao *rule of law* têm uma autoridade que influencia e orienta a fundamentação dos juízes em casos que envolvem tanto as leis quanto o *common law*.³⁶⁹

As cartas de direitos fundamentais seriam, dessa maneira, tentativas de positivizar e codificar o que Dworkin chama de “*background moral principles*”, como regras específicas que passam a ter força normativa. Tais normas de direitos fundamentais refletem, por sua vez, algum grau de consenso sobre a natureza desses direitos no momento de escolha de sua positivação, o que reflete inclusive compromissos entre vários grupos e interesses políticos.

Na verdade, é possível aproximar o que Dworkin chama de *background moral rights* com os direitos fundamentais construídos historicamente e presentes numa Constituição não escrita do *common law*, isto é, a Constituição escrita vai ser uma tentativa de positivizar direitos preexistentes na sociedade. Como não se consegue positivá-los todos, abre-se a possibilidade para defender a presença de direitos não escritos, direitos implícitos ou direitos decorrentes, muitas vezes expressões dos *background moral rights* que não foram positivados.

Na verdade, uma concepção de direitos fundamentais do *common law* aceita a premissa de que de fato não se sabe previamente quais são os direitos e liberdades a serem protegidos em determinados casos e que o sistema político é desenhado justamente para responder a esta dificuldade, estabelecendo aos juízes, na maioria dos casos, a competência para a tarefa de dar significado aos direitos nos casos concretos.

Veja-se no Canadá, por exemplo, quando da adoção da Carta de Direitos, muitos críticos apontaram para o fato de que os atores políticos deixaram largamente indefinidos diversos direitos fundamentais nela presentes, dado seu caráter abstrato, não obstante terem os mesmos alcançado status constitucional. Os canadenses acreditaram, por exemplo, que a

³⁶⁹ GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Unwritten Constitutional Principles*. Op. cit., p. 293-294.

Seção 15 da Carta lhes garante o direito constitucional da igualdade perante a lei, mas o que isso realmente significa não se encontra na Carta.

Do mesmo modo, no Brasil, quando a Constituição de 1988, em seu Título “Dos Direitos Fundamentais”, estabelece um conjunto de princípios e direitos fundamentais, é possível se verificar que alguns são concretos, outros mais abstratos e outros, ainda, de um grau de abstração quase ilimitado, como a dignidade da pessoa humana. É possível extrair que este conjunto de princípios e direitos fundamentais, organizados nos Títulos I e II da Carta Constitucional, define o ideal político de uma sociedade livre, justa, fraterna e sem preconceitos³⁷⁰.

Ainda, quando o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988 define que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, esta cláusula de abertura para os direitos humanos assume direitos morais.

Na Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que os dispositivos que tratam dos direitos fundamentais, elencados especialmente em seus artigos 5º a 7º, assim como aqueles que estão previstos no Título I, dos Princípios fundamentais, foram estabelecidos numa “linguagem moral excessivamente abstrata”, referindo-se a princípios morais abstratos que funcionam como limites aos poderes do Estado.³⁷¹

Por óbvio que não se defende uma leitura moral dos dispositivos constitucionais que elencam regras, nos quais não há qualquer grau de abstratidade, como, por exemplo, o dispositivo estabelecido no artigo 37, inciso II, da Constituição de 1988, ao fixar que “o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período” ou a regra constante do artigo 14, VI, “a”, da Carta Constitucional, ao definir a idade mínima de 35 (trinta e cinco) anos para elegibilidade a Presidente da República.

Entretanto, muitos dos direitos fundamentais fazem apelos a conceitos morais, como dignidade da pessoa humana, igualdade, vida, liberdade, honra, função social, devido

³⁷⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 23 dez. 2010.

³⁷¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, p. 10.

processo legal e outros. Assim, embora haja uma aparente vagueza, quando da definição do conteúdo moral que represente a moralidade política da comunidade, ter-se-á a vagueza reduzida. Os direitos humanos ou fundamentais devem ser entendidos, então, como direitos morais (ou direitos com conteúdo moral) contra o Estado, uma vez que eles “têm apelo a conceitos morais (*background rights*) e não a uma formulação de concepções específicas”.³⁷²

É aí que o Judiciário entra para definir o conteúdo desses direitos e princípios fundamentais e para dar a última palavra sobre as questões mais controvertidas da sociedade que envolvem moralidade política, sobre as quais até aquele momento as instituições majoritárias não conseguiram chegar a um consenso.

Veja-se que o Supremo Tribunal Federal já vem fazendo uma leitura moral da Constituição em casos paradigmáticos. No caso *Ellwanger*,³⁷³ por exemplo, houve uma tentativa de se buscar uma leitura moral dos princípios constitucionais por parte dos Ministros do STF.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, busca o contexto histórico da promulgação da Constituição de 1988 para defender que o princípio democrático é estruturante do Estado brasileiro, e que, portanto, a liberdade de expressão deveria prevalecer naquele caso concreto. Além disso, para o Ministro, historicamente, no Brasil, o racismo se deu contra os negros e não contra os judeus.

Por outro lado, o Ministro Celso de Mello, também fazendo uma leitura moral do princípio da dignidade da pessoa humana, vai resgatar a história da Segunda Guerra Mundial e do Holocausto com a perseguição dos judeus e vai sustentar que a publicação de livro antissemita violaria a dignidade da pessoa humana do povo judeu. Além disso, o fato de os nazistas considerarem o povo judeu como de raça inferior configuraria o crime de racismo.

Verifica-se, assim, que os Ministros buscam a moralidade política da comunidade brasileira por meio de um resgate de sua história, na tentativa de identificar os *background moral principles* que justificaram a positivação do racismo como crime inafiançável e imprescritível, bem como do princípio da não discriminação ampla como objetivo da República.

Do mesmo modo, a discussão sobre existir ou não direito à vida a ser protegido de

³⁷² Nesse sentido conferir: DWORKIN, Ronald. *Levando...*, p. 231-234.

³⁷³ HC 82.424 – RS Relator: Sr. Ministro Moreira Alves Relator para o acórdão: Sr. Ministro Maurício Corrêa.

modo a proibir ou permitir pesquisas em células-troncos embrionárias no caso da ADI 3510-0³⁷⁴, interposta pelo Procurador Geral da República para questionar a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, demonstra nova leitura moral de direito fundamental constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal. Em que pese a discussão do início da vida envolver questões jurídicas, por certo que no caso em tela também aglutinou questões médicas, éticas e mesmo religiosas³⁷⁵.

De fato, a decisão envolveu a leitura moral do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. Se, por um lado, se pretendia proteger o embrião congelado de pesquisas, de outro lado, havia pessoas portadoras de alguma doença com esperança de cura nas pesquisas em células-tronco. A decisão deste caso difícil só foi possível por meio de uma leitura moral dos direitos fundamentais em jogo.

Ainda, outro caso importante que compreendeu uma leitura moral por parte do Supremo Tribunal Federal diz respeito à fidelidade partidária, quando do julgamento do MS 26.603. Ao decidir pela perda de mandato em caso de desfiliação partidária dos representantes, os Ministros utilizaram linguagem que “evidencia uma carga moralista bastante elevada”.³⁷⁶

Para reforçar tal afirmativa, cumpre a leitura de trecho do voto do Ministro Celso de Mello, relator do caso:

A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudada, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da própria ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional,

³⁷⁴ STF – ADI 3510 – Rel. Ministro Carlos Ayres Britto – DJU 28.5.2010. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

³⁷⁵ A repercussão pública do caso foi bastante grande e devido à importância e relevância do tema para toda a sociedade foi admitido no processo os *amici curiae*, Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos – CDH; Movimento em Prol da Vida – MOVITAE; Instituto de Bioética; Direitos Humanos e Gêneros – ANIS; Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Observe-se que o Jornal Folha de S. Paulo chegou a estampar a seguinte manchete: “Corte católica decidirá futuro da ciência” São Paulo, domingo, 02 de março de 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe0203200801.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

³⁷⁶ SALGADO, Eneida Desirée. Op. cit., p. 213 Sobre uma crítica à decisão sobre fidelidade partidária, ver: *Ibidem*, p. 213 et seq. que entendeu que nesse caso o STF fez uma leitura moral inadequada, que não corresponde à moralidade política da sociedade brasileira, adotando uma moralidade própria de seus ministros.

tal como previsto e consagrado pela Constituição da República.³⁷⁷

Veja-se que falar de infidelidade, de senso de responsabilidade política, de deslealdade e de deformação da ética de governo é apontar questões que envolvem conteúdo moral e que, portanto, exigem que o Supremo Tribunal Federal decida de maneira que represente a moralidade política da comunidade. Por certo que as questões que se relacionam aos direitos fundamentais são questões difíceis em que não há consenso sobre sua interpretação. Daí porque a importância de se decidir de acordo com o conjunto de princípios presentes na Constituição, na história política do país e também com os princípios que fundamentaram a prática constitucional brasileira.

Por fim, cabe transcrever trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da ADCMC 12 que pretendia a declaração de constitucionalidade da Resolução 07/05³⁷⁸ do CNJ que proibia a prática de nepotismo perante o Poder Judiciário:

Não é de hoje que o nepotismo é uma prática condenada pela sociedade brasileira. A regra da vedação do nepotismo está no Regimento Interno desta Corte, precisamente no art. 357, assim como na Lei Federal nº 9.241/96 (art. 10), na Lei nº 8.112/90 (art. 117, VIII), e em várias unidades da federação já existem normas específicas de proibição das práticas de nepotismo.

Dessa forma, o ato administrativo que implique nesse tipo de prática imoral é ilegítimo, não apenas por violação a uma determinada lei, mas por ofensa direta à moralidade que atua como substrato ético da ordem constitucional. Nesse sentido, é possível afirmar que não seria necessária uma lei em sentido formal para instituir a proibição do nepotismo, pois ela já decorre do conjunto de princípios constitucionais, dentre os quais têm relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade.³⁷⁹

Veja-se que o Ministro Gilmar Mendes assumiu expressamente uma leitura moral da Constituição ao afirmar que a prática do nepotismo é imoral não por violação da lei, mas por “ofensa direta a moralidade que atua como substrato ético da ordem constitucional”³⁸⁰.

A decisão em tela levou o STF a, posteriormente, editar a súmula vinculante 13

³⁷⁷ STF – MS 26603 – Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 18.12.2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2010

³⁷⁸ Resolução Nº 07, DE 18 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/portalcnj/index.php?option=com_content&task=view&id=101&Itemid=160>. Acesso em: 05 jan. 2011.

³⁷⁹ STF- ADCMC 12 – VOTO ministro Gilmar Mendes. – Relator Ministro Carlos Britto - DJ 01.09.2006.

³⁸⁰ Ibidem.

proibindo o nepotismo nos Três Poderes,³⁸¹ no âmbito da União, dos Estados e dos municípios, o qual se destina a todos os órgãos públicos e, na prática, busca proibir a contratação de parentes de autoridades e de funcionários para cargos de confiança, de comissão e de função gratificada no serviço público.

É evidente que ainda haverá novos casos constitucionais que demandarão uma leitura moral por parte do Supremo Tribunal Federal, como questões que venham a envolver direitos fundamentais como a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a igualdade, a liberdade, a privacidade, o direito de não ser submetido a pena degradante ou cruel e outros.

O caráter abstrato e aberto dos direitos fundamentais demanda que a Jurisdição constitucional, quando de sua aplicação e proteção na prática, venha a lhes dar significado, a delinear seus conteúdos, o que só será possível por meio de uma leitura moral.

O que se precisa ter claro é que a leitura moral a ser feita deve buscar a moralidade política e constitucional da comunidade brasileira, o que é possível com a leitura de sua história, de sua cultura e de seus precedentes judiciais.

A leitura moral da Constituição exige “que os juízes façam juízos atuais de moralidade política”, encorajando que eles demonstrem os verdadeiros fundamentos de sua decisão, de modo sincero, a permitir que no futuro haja possibilidade de discussão pública a partir da transparência da decisão.³⁸²

A novidade não está em interpretar a Constituição “a partir das exigências morais que ela faz” ou mediante julgamentos morais, quando se trata da jurisdição constitucional, mas sim em se “assumir que tal atitude fornece uma melhor, mais justa e íntegra compreensão da Constituição e dos compromissos lá assumidos pela comunidade política”.³⁸³

Para que se possa implementar uma leitura moral dos direitos fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional, não se deve buscar apenas a intenção dos constituintes no momento da elaboração do texto, mas especialmente “a prática jurídica e política do

³⁸¹ “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

³⁸² Ibidem, p. 57.

³⁸³ CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). *Direito e discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 164.

passado”,³⁸⁴ portanto, deve-se buscar identificar não só os princípios expressos na Constituição, mas também aqueles não escritos ou implícitos e que fundamentaram as decisões judiciais no passado, ao aplicar a linguagem abstrata da Constituição. Por conseguinte, deve-se olhar para o conteúdo e os significados que foram dados pelo Judiciário quando da interpretação dos direitos fundamentais.

Além disso, esses mesmos princípios e fundamentos que serviram de base para decisões anteriores devem ser novamente aplicados, afirmados e “estendidos na medida do possível a todas as outras pessoas a quem igualmente puderam ser aplicados”.³⁸⁵

Os juízes constitucionais, assim como os Ministros do STF, devem, desse modo, submeter-se à opinião geral da comunidade em que vivem para buscar a melhor leitura moral da Constituição e de seus princípios morais constitucionais, que se encaixe no conjunto da história nacional.

Uma leitura moral impõe que os juízes devem olhar para história e devem também buscar “integridade constitucional”, segundo a qual devem eles elaborar uma “moralidade constitucional coerente” com o passado e com o futuro, no qual “cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história”³⁸⁶.

O que se quer demonstrar é que os limites materiais do *judicial review* possuem conteúdo moral e, portanto, sua significação, para além do texto normativo, só existirá quando realizada concretamente pelo Judiciário.

No próximo tópico serão estudados alguns temas presentes na doutrina do *common law*, tais como princípios não escritos, constituição invisível e *living constitution* para, a partir de uma aproximação com o direito brasileiro, demonstrar que a doutrina e a jurisdição constitucional brasileira já aceitam o mesmo pensamento, embora com diferente nomenclatura.

³⁸⁴ DWORIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, p. 14.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 84.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 15.

3.2

Princípios não escritos, Constituição invisível e Living Constitution

É possível afirmar, como visto no tópico anterior, que há uma moralidade comum em ambos os sistemas a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, outros princípios ou direitos não escritos seriam admitidos, desde que decorram daquele.

Entretanto, como se verá no presente tópico, também é possível que, além dos direitos implícitos e decorrentes da dignidade da pessoa humana ou de outros direitos e princípios expressos na Constituição, é possível deduzir outros no processo inverso de interpretação. Ou seja, se é possível falar que o direito à igualdade decorre de uma das dimensões da dignidade, segundo a qual “o sucesso e o fracasso de qualquer vida humana é importante em si mesmo”, também é possível interpretar de modo indutivo que uma norma que proíbe a discriminação racial existe, porque o princípio da igualdade lhe dá fundamento.

A questão que se coloca é se as normas escritas são tentativas de positivizar princípios e direitos construídos historicamente pela sociedade, é possível que os textos não consigam prever todas essas normas. Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência dos países do *common law* desenvolveram conceitos de princípios não escritos, constituição invisível e *living constitution* para compreensão do referido fenômeno.

Para tanto, é possível afirmar a aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* em relação ao parâmetro material para o *judicial review*, especialmente quando princípios constitucionais não escritos dentro ou fora do texto constitucional e princípios constitucionais implícitos acabam funcionando como parâmetro para a invalidação de leis ordinárias.

Destarte, passar-se-á a analisar o tema de princípios constitucionais não escritos (*unwritten principles*), demonstrando que eles decorrem de um trabalho interpretativo da jurisdição constitucional, que lhes deve identificar e dar conteúdo. Ao se abrir a possibilidade de o Poder Judiciário, e não o Legislativo, definir quais são os princípios não escritos, implícitos ao texto, ou fora do texto, há uma consequente expansão do papel e da importância daquele Poder.

É importante ressaltar que a presença de princípios implícitos, assim como a de presunções implícitas, é inerente não apenas aos textos jurídicos legais e constitucionais, mas aos textos que envolvem a linguagem de um modo geral. Se uma Constituição, do mesmo modo que outras leis escritas, é uma tentativa de comunicar as normas jurídicas, então seu

significado é influenciado pelos princípios de comunicação linguística, entre os quais o que determina que em nenhuma comunicação seu conteúdo está totalmente expresso nas palavras utilizadas para demonstrá-lo.³⁸⁷ Os significados decorrentes das interpretações dependem de um conjunto prévio de informações preestabelecidas, que devem ser tomadas por verdadeiras, ou seja, qualquer afirmação que envolva a linguagem, envolve também a presunção de valores implícitos e preestabelecidos.³⁸⁸

Perceba-se que é impossível na linguagem escrita estabelecer exatamente e literalmente o que se quer dizer. Nessa dimensão, mesmo que sejam previstas diversas possibilidades para se evitar uma interpretação equivocada, sempre existirão tantas outras que não se pensou ou previu.

Desse modo, a compreensão de qualquer texto escrito, constitucional ou legal, depende também de assunções implícitas, incluindo o que as Cortes consideram como senso comum. Mas também se devem incluir princípios jurídicos preexistentes.

É importante não esquecer que, com frequência, os textos normativos, especialmente as normas constitucionais abstratas, oferecem instruções ambíguas, permitindo novas interpretações e mudanças nos precedentes já consolidados no âmbito do Judiciário. Na verdade, se uma Constituição, assim como outras normas escritas, é uma tentativa de publicizar normas jurídicas, então, conforme explica GOLDSWORTHY, seu significado é presumivelmente afetado por princípios gerais de comunicação linguística. Um desses princípios estabelece que o conteúdo de um comunicado é raramente totalmente expresso

³⁸⁷ Cf. nota 389 infra.

³⁸⁸ Líber, no século XIX, dá o seguinte exemplo: uma dona de casa diz para sua doméstica, “providencie um pouco de carne para sopa”, concomitantemente dando algum dinheiro para a mesma; ela não poderá executar a ordem sem interpretação, mesmo que fácil e envolvendo um processo rápido. O senso comum e a boa-fé dizem à doméstica que a patroa quis dizer o seguinte: 1. que ela deve ir imediatamente ou assim que terminar seus afazeres; 2. Que o dinheiro que lhe foi entregue é para pagar pela carne, e não um presente para ela; 3. Que deve comprar pedaços de carne que comumente vem sendo usados na casa para fazer sopa; 4. Que deve comprar o melhor pedaço que pode obter (...)” Where would be the end? F. Lieber, *Legal and Political Hermeneutics* (1839) p. 28-39 apud GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Unwritten Constitutional Principles*. Op. cit., p. 297.

pelas palavras utilizadas para transmiti-lo.³⁸⁹

Nos países que adotam o modelo de *common law*, há uma presunção, por exemplo, de que as leis editadas pelo Parlamento não devem ultrapassar o território de competência de quem a editou, de que não são retroativas, de que não ofendem os princípios fundamentais do *common law*³⁹⁰. Veja-se que no Brasil muitas vezes existem, da mesma maneira, aplicação de princípios gerais do direito que não estão expressos em nenhum documento normativo.

Observe-se o caso americano *Riggs v. Palmer*³⁹¹ em que se discutiu se o herdeiro que matou o testador poderia ou não receber a herança, a decisão foi baseada no princípio geral do direito, implícito, de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (*wrongdoers should not profit from their wrongs*). Caso semelhante foi enfrentado na Inglaterra, quando não se concedeu pensão à viúva que teria assassinado seu próprio marido.³⁹²

O tema relativo aos princípios constitucionais não escritos não é inerente unicamente aos países de tradição do *common law* ou que não possuam um texto constitucional escrito, como a Inglaterra ou Nova Zelândia, mas é comum também em países com Constituição escrita como os Estados Unidos e mesmo no caso do Brasil.³⁹³

³⁸⁹ “For example, when I order a hamburger, I do not bother to specify that it should not be poisonous or inedible. The possibility of being served such a hamburger would probably not even occur to me. Yet IF I were served with one, I could plausibly claim that my order implicitly excluded it – that it was inconsistent with what I obviously meant when I placed my order. Meanings, along with intentions and other mental states, depend partly on an extensive network of background assumptions that are usually taken for granted.” “Por exemplo, quando eu peço um hambúrguer, eu não me preocupo em especificar que ele não deve ser venenoso ou não comestível. A possibilidade de tal hambúrguer ser servido provavelmente nem me ocorreria. Ainda assim, se me fosse servido um desses, eu poderia plausivelmente reclamar que meu pedido implicitamente o excluía – que ele é inconsistente com o que eu obviamente quis dizer quando eu fiz meu pedido.” GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Unwritten Constitutional Principles*. In: *Expounding the Constitution*. Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 279.

³⁹⁰ *Ibidem*, p.300.

³⁹¹ Uma detalhada análise do caso é feita por DWORKIN em: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37 et seq.

³⁹² *R.v Chief National Insurance Commissioner*. Cf. GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Unwritten Constitutional Principles*. Op. cit., p.301.

³⁹³ “All of the constitutions I am familiar with have given rise to claims that they include or presuppose unwritten or implied principles. These principles can be relatively specific, such as the implied freedom of political communication, first “discovered” by the High Court of Australia in 1992. Or they can be quite abstract, such as “the *rule of law*”, which is regarded almost everywhere a constitutional principle of some kind. They may concern individual rights or freedoms, governmental powers or immunities, or institutional safeguards such as the separation of judicial Power. But all, in some way, qualify or override the authority of legislatures.” “Todas as constituições com as quais eu estou familiarizado deram origem a reclamações de que elas incluíam ou pressupunham princípios não escritos ou “implícitos”. Esses princípios podem ser relativamente específicos, tais como a implícita liberdade de comunicação política, inicialmente “descoberta” pela High Court of Austrália em 1992. Ou eles podem ser bem abstratos, tal como “the *rule of law*”, que é considerada em quase todo lugar como uma espécie de princípio constitucional. Eles podem dizer respeito a direitos individuais ou liberdades, poderes governamentais ou imunidades, ou garantias institucionais tais como a separação e independência do Poder Judiciário. Mas todas, de algum modo, qualificam ou subjugam a autoridade dos legisladores.” *Ibidem*, p. 277.

É comum que as Constituições escritas tenham princípios implícitos e abstratos, expressos de modo genérico e em linguagem indeterminada, de tal modo que sejam capazes de uma aplicação flexível às circunstâncias cambiantes de acordo com as mudanças da sociedade.

A importância em se estudar o tema se justifica na medida em que, mesmo não escritos, os princípios constitucionais implícitos podem invalidar a legislação ordinária, servindo de parâmetro para o controle de constitucionalidade. A questão que se coloca é que tanto a determinação de quais são estes princípios, bem como de seu conteúdo decorrem da interpretação que lhes dá o Poder Judiciário, o que pode ocasionar uma discricionariedade muito grande por parte desse poder e, ao mesmo tempo, ocasionar insegurança jurídica e instabilidade aos cidadãos.

Algumas dúvidas que se colocam em relação aos princípios constitucionais não escritos consistem em sua própria definição e a quem seria dado competência para desvelá-los, eis que o próprio poder constituinte não estabeleceu nem definiu por escrito esses princípios na Constituição.

Por outro lado, o que também se quer demonstrar, é que a Constituição material vai para além da Constituição formal e, do mesmo modo, os princípios constitucionais não escritos no texto constitucional, o que nos leva a procurar outro fundamento de validade e supremacia dessas normas que não sua origem formal. Explica-se melhor, mais dos que as palavras expressas no texto, há uma reflexão acerca do significado delas por meio de um apoio de cultura política, moral e jurídica. Ou seja, ao se falar em princípios constitucionais não escritos se está a falar em normas não escritas que são essenciais para a história de uma nação, para sua identidade, seus valores e seu sistema jurídico.

Ao apreciar o surgimento da Constituição escrita do Canadá, Mark WALTERS explica que ela surge num contexto que formou o pensamento do *common law* de que o direito fundamental não escrito é visto como afirmação da supremacia do direito natural, da razão legal ou de princípios universais de moralidade política e direitos humanos acima da lei.³⁹⁴

³⁹⁴ WALTERS, Mark D. The *Common law* Constitution in Canada: Return of *lex no scripta* as Fundamental Law. *The University of Toronto Law Journal*, v. 51, n. 2, (spring, 2001), p. 136. “Insofar as unwritten fundamental law is regarded as an assertion of the supremacy of natural law, right reason or universal principles of political morality and human rights over legislation, it is part of a rich intellectual tradition that had informed *common law* thinking from medieval times, through the English and American revolutionary ages, and into the high Victorian era of empire out of which Canada’s written constitution emerged.” “Assim como uma lei fundamental não escrita é considerada uma declaração da supremacia do direito natural, a razão correta ou os

Por outro lado, veja-se que mesmo numa “*common law constitution*”, o Poder Judiciário vai ter um papel de mediador entre o cidadão e o Estado. O poder dos tribunais em exigir o cumprimento da *rule of law* deriva, não de nenhuma Constituição escrita estabelecida, mas de princípios gerais que determinam quando a aceitação dos cidadãos às demandas do Estado é verdadeira, seja por verdadeiro reconhecimento de suas legítimas demandas, seja pela virtude de sua racionalidade intrínseca, como manifestações de um genuíno bem comum.

Nessa dimensão, para T.R.S. ALLAN, embora, por razões práticas, devam os tribunais, em última análise, determinar a legitimidade do uso da força estatal, em qualquer caso particular, isso representa ou deveria representar o julgamento a que chegaria um cidadão consciencioso por si próprio sobre o assunto em questão.³⁹⁵

Embora os códigos de direitos das constituições modernas reforcem a ideia de coercibilidade ou exigência coercitiva de cumprimento do Direito, estes códigos não estabelecem o conteúdo do direito, o que demonstra que os princípios seriam anteriores e independentes de qualquer fórmula em que eles são expressos. Ou seja, as constituições escritas da democracia liberal nada mais fazem do que resumir o desenvolvimento progressivo do *common law*. Isso significa dizer que a Constituição, bem como os princípios constitucionais, tem significado material e sua previsão escrita acontece como uma representação formal de valores já presentes e aceitos numa determinada sociedade. Por essa razão é possível defender a aproximação das constituições escritas tanto nos países de *civil law* e de *common law* quanto das constituições não escritas presentes nos países de tradição do *common law*, uma vez que em ambos os sistemas, a interação entre Poder Legislativo e Judiciário, por conseguinte, é muito mais uma questão de estabelecer as exigências da lei constitucional, densificando o que está intrínseco, do que apenas seguir as prescrições de um

princípios universais da moralidade política e direitos humanos sobre a legislação é parte de uma rica tradição intelectual que informou o modo de pensar do *common law* desde os tempos medievais, passando pelos períodos revolucionárias Ingleses e Americanos, e pelo alto da era do Império Vitoriano do qual a Constituição escrita canadense emergiu.”

³⁹⁵ ALLAN, T.R.S. In defence of the *Common law Constitution: unwritten rights as fundamental law*. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*. 5/2009. London School of Economics and Political Science. Law Department. p. 17. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1331375>. Acesso em 03 fev. 2009.

texto constitucional.³⁹⁶

Para além disso, defende-se aqui que a Constituição não é texto, o texto é apenas uma tentativa de representar a Constituição, daí porque não é um óbice a defesa da aproximação dos sistemas o fato de a Inglaterra não ter Constituição escrita, uma vez que há Constituição material. Em contrapartida, a recente edição do Human Rights Act que internalizou a Convenção Europeia de Direitos Humanos naquele país, pode ser considerada um texto constitucional escrito. De todo modo, o papel interpretativo a ser realizado pelos juízes constitucionais quando enfrentam casos difíceis que envolvem direitos humanos é o mesmo, independente de sua origem formal.

Ao analisar algumas decisões da Suprema Corte do Canadá, Mark WALTERS afirma que é por meio da Constituição não escrita do *common law* que se aceita a Constituição escrita naquele país.³⁹⁷ A Corte afirma que são desses princípios constitucionais não escritos que vem a autoridade legal da Constituição escrita do Canadá. Essa ideia também é afirmada por Laurence TRIBE³⁹⁸ quando o autor assevera que é por meio da Constituição invisível que se aceita a Constituição visível.

Do mesmo modo, quando Jeffrey GOLDSWORTHY define “strong *common law* constitutionalism”³⁹⁹ como aquele que defende que o *common law* é a última fonte de autoridade das leis e, possivelmente das constituições, ele explica que a Constituição britânica não escrita é formada por princípios do *common law*, que são a fonte de toda autoridade governamental, incluindo a autoridade do Parlamento de elaboração das leis. O *common law*

³⁹⁶ Nesse sentido GOLDSWORTHY distingue strong and weak common law constitutionalism da seguinte forma: “Strong common law constitutionalism holds that the common law is the ultimate source of the authority of statute law, and perhaps of written constitutions as well, and that therefore, either the common law already limits legislative authority, or it could be developed by the judiciary to do so. Weak common law constitutionalism holds that, although the common law does not limit the validity of statutes, it does control their interpretation, and also their gravitational force.” “O constitucionalismo forte do *common law* sustenta que o *common law* é a última fonte de autoridade da legislação, e talvez das constituições escritas também e, por isso, ou o *common law* já limita a autoridade legislativa, ou ele poderia se desenvolver pelas mãos do Judiciário. O constitucionalismo fraco do *common law* sustenta que, embora o *common law* não limite a validade das leis, ele controla sua interpretação, e também a sua força gravitacional.” GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Unwritten Constitutional Principles*. Op.cit., p. 289.

³⁹⁷ WALTERS, Mark D. *The Common law...*, p. 92.

³⁹⁸ TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 9.

³⁹⁹ “(...) there is the Dworkinian conception of a body of norms base on abstract principles of political morality, which the judiciary has ultimate authority to enunciate, expound, and enforce.” “(...) Há a concepção Dworkiniana de um corpo de normas baseado em princípios abstratos de moralidade política, que o Judiciário tem a última autoridade para enunciar, explicar e impor.” GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Unwritten Constitutional Principles*. Op. cit., p. 290. De acordo com a concepção de DWORKIN, a autoridade do Parlamento decorre e é limitada por “abstract principles of political morality, the identity and content of which are ultimately for the judges to authoritatively determine”. “(...)princípios abstratos da moralidade política, cuja identidade e conteúdo devem ser em última instância determinados impositivamente pelos juízes.”

seria, nessa dimensão, anterior à supremacia legislativa, que é por ele definida e regulamentada. É comum que esta afirmação se estenda às constituições ou documentos constitucionais escritos, no sentido de que estes também derivam do *common law*. Por exemplo, argumenta-se que se o Parlamento britânico vier a promulgar uma Constituição escrita, sua autoridade depende do Parlamento e, por conseguinte, deriva indiretamente da mesma Constituição não escrita do *common law*.⁴⁰⁰

A Suprema Corte do Canadá estabeleceu que a Constituição canadense é primordialmente escrita, mas que por trás das palavras escritas existem pressupostos vitais não declarados nos quais o texto se fundamenta e, portanto, há uma série de princípios constitucionais não escritos aos quais os juízes podem dar força normativa.⁴⁰¹

A emergência de uma teoria de *Lex non scripta* como lei fundamental no direito canadense pode ser constatada pelas decisões da Suprema Corte nos casos *New Brunswick Broadcasting*,⁴⁰² *Provincial Judges*⁴⁰³ e *Quebec Secession Reference*,⁴⁰⁴ nas quais a Corte fala

⁴⁰⁰ GOLDSWORTHY, Jeffrey. Op. cit., p. 289-290. “Allan maintains that all the constitutions in former Commonwealth countries are ultimately based on unwritten principles of constitutionalism and the *rule of law*, which lie at the heart of the *common law* tradition.” “Allan afirma que todas as constituições dos países da antiga *Commonwealth* são em última instância baseados em princípios não escritos do constitucionalismo e na *rule of law*, que compõem o coração da tradição do *common law*.”

⁴⁰¹ Sobre o caso da Secessão do Québec ver nota 404 infra. WALTERS, Mark D. *Written Constitutions and...*, p. 246-247

⁴⁰² *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319. No caso em tela se discute a manutenção de privilégios de parlamentares, que não estão escritos na Constituição, entendeu a Suprema Corte que o fato de se ter uma Constituição escrita não excluiria princípios não escritos, até por força do preâmbulo da Constituição que admite os princípios não escritos do *common law* inglês. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1993/1993scr1-319/1993scr1-319.html>>. Acesso em: 18 nov. 2008.

⁴⁰³ No presente caso, a Suprema Corte entendeu que o princípio da independência dos juízes é uma norma não escrita, reconhecida e confirmada pelo Preâmbulo da Constituição. “Toutefois, je tiens à ajouter une mise en garde. Comme je l’ai dit dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting*, précité, à la p. 355, l’histoire constitutionnelle du Canada peut être considérée, en partie, comme une évolution «qui a abouti à la suprématie d’une constitution écrite définitive». La préférence pour une Constitution écrite repose sur bon nombre de raisons importantes, particulièrement la certitude du droit et, par ce moyen, la légitimité du contrôle judiciaire fondé sur la Constitution. Compte tenu de ces préoccupations, qui sont au cœur de l’idée de constitutionnalisme, il est de la plus haute importance de préciser la source de ces normes non écrites. À mon avis, il est possible d’expliquer l’existence de bon nombre des règles non écrites de la Constitution canadienne en se reportant au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, (...)” Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.), [1997] 3 S.C.R. 3. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997scr3-3/1997scr3-3.html>>. Acesso em: 18 nov. 2008.

⁴⁰⁴ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1998/1998scr2-217/1998scr2-217.html>>. Acesso em 18 nov. 2008. “What are those underlying principles? Our Constitution is primarily a written one, the product of 131 years of evolution. Behind the written word is an historical lineage stretching back through the ages, which aids in the consideration of the underlying constitutional principles. These principles inform and sustain the constitutional text: they are the vital unstated assumptions upon which the text is based. The following discussion addresses the four foundational constitutional principles that are most germane for resolution of this Reference: federalism, democracy, constitutionalism and the *rule of law*, and respect for minority rights. These defining principles function in symbiosis. No single principle can be defined in isolation from the others, nor does any one principle

em direitos, regras, poderes, normas e princípios não escritos e ainda em princípios implícitos e *common law*.

O que se percebe pelas decisões acima é que antes da Constituição escrita, existe uma Constituição não escrita que evoluiu historicamente. A Constituição escrita teria vindo para estabelecer um parâmetro de certeza para o *judicial review*, mas sua adoção não significa excluir a Constituição não escrita do *common law* canadense. A própria Constituição não escrita e seus princípios não escritos é que servem de fundamento para a Constituição escrita.⁴⁰⁵

A ideia de uma Constituição não escrita, não é, desse modo, produto de um ativismo judicial ilegítimo ou revolucionário⁴⁰⁶, conforme explica WALTERS, nem a Constituição do *common law* canadense está restrita a um prévio conjunto de leis e regras britânicas do

trump or exclude the operation of any other.(...) Underlying constitutional principles may in certain circumstances give rise to substantive legal obligations (have "full legal force", as we described it in the *Patriation Reference, supra*, at p. 845), which constitute substantive limitations upon government action. These principles may give rise to very abstract and general obligations, or they may be more specific and precise in nature. The principles are not merely descriptive, but are also invested with a powerful normative force, and are binding upon both courts and governments. "In other words", as this Court confirmed in the *Manitoba Language Rights Reference, supra*, at p. 752, "in the process of Constitutional adjudication, the Court may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada". It is to a discussion of those underlying constitutional principles that we now turn." "Quais são aqueles princípios basilares? Nossa Constituição é primordialmente escrita, produto de 131 anos de evolução. Por trás da palavra escrita há uma linhagem histórica que se propaga pelos anos, e que ajuda na consideração dos princípios constitucionais basilares. Estes princípios informam e sustentam o texto constitucional: eles são as premissas não proferidas e vitais nas quais o texto se baseia. A discussão a seguir traz quatro princípios constitucionais fundamentais da maior relevância para a resolução desta Referência: o federalismo, a democracia, o constitucionalismo e a *rule of law*, e o respeito pelos direitos de minoria. Estes princípios definidores funcionam em simbiose. Nem um deles pode ser definido isoladamente do outro, nem qualquer deles supera ou exclui a eficácia do outro. (...) Princípios constitucionais fundamentais podem em certas circunstâncias dar origem a obrigações legais substantivas (ter "total força legal", como nós descrevemos no *Patriation Reference, supra*, at p. 845), que constitui limitações substantivas contra a ação governamental. Estes princípios podem originar obrigações muito abstratas e genéricas, ou eles podem ser mais específicos e precisos em sua natureza. Os princípios não são meramente descritivos, mas são também investidos de uma força normativa poderosa, e vinculam tanto as Cortes como os governos. "Em outras palavras", Como esta Corte confirmou no *Manitoba Language Rights Reference, supra*, at p. 752, "no processo de decisão constitucional, a Corte pode considerar postulados não escritos que formam o próprio sustentáculo da Constituição do Canadá". É para essa discussão sobre os princípios constitucionais basilares que agora nos voltamos."Essa fundamentação se deu para justificar o princípio federalista, que apesar de não estar na Constituição escrita, faz parte da história e da formação do Canadá, assim, apesar de implícito, é considerado fundamental no sistema constitucional canadense. Por fim, decidiu pela não possibilidade de secessão do Estado do Québec, desse modo, mesmo que houvesse manifestação da maior parte de sua população, eventual secessão só poderia acontecer se houvesse emenda à Constituição.

⁴⁰⁵ Em sentido contrário, LECLAIR entende que os princípios não escritos trazem incertezas. Ressalta o autor que no caso *Secession*, as normas adotadas pela Corte são regras do *common law*, não se tratando propriamente de criação de novas regras. Entretanto quando se tem como precedente a possibilidade do Judiciário dar força normativa a princípio constitucional não escrito, permitindo que o mesmo possa redefinir o passado e futuro constitucional do Canadá, pode-se criar uma insegurança e imprevisibilidade do direito. LECLAIR, Jean. Canada's unfathomable unwritten constitutional principles. *Queen's Law Journal*, v. 27, 2001-2002, p. 406-407.

⁴⁰⁶ WALTERS, Mark D. *The Common law...*, p. 94.

common law. O Caso Quebec Secession Reference, por exemplo, enfatizou que o direito constitucional canadense não escrito deriva de fontes costumeiras únicas na história constitucional canadense.

Enquanto algumas dessas fontes aparecem como independentes e antecedentes à Constituição escrita canadense, outras emergem de uma compreensão contextual do próprio texto constitucional, e em particular do compromisso político que levou à redação dos próprios dispositivos constitucionais. Desse modo, a Corte identificou dois tipos de normas constitucionais não escritas, aquelas independentes (*free-standing*), cuja fonte se localiza fora do texto constitucional e aquelas que emergem do texto escrito da Constituição (*text-emergent*).⁴⁰⁷

A novidade não está na *lex non scripta* constitucional em si, mas nas questões acerca da sua supremacia e justiciabilidade. WALTERS explica, ainda, que quando a Suprema Corte aplica os princípios constitucionais britânicos como normas vinculantes no Canadá atual ela não está invocando o direito inglês no significado original que esta expressão tinha na subseção 2 (2) do *Westminster Statute*,⁴⁰⁸ mas está invocando normas jurídicas não escritas similares àquelas reconhecidas pela Constituição do *common law* inglês.⁴⁰⁹

Por outro lado, é possível afirmar que há uma aceitação tanto nos Estados Unidos como no Canadá de que por trás da Constituição escrita, há direitos protegidos por uma Constituição não escrita. Deve-se ressaltar, deste modo, que o poder constituinte originário do povo não é ilimitado, eis que o mesmo deve partir de uma Constituição não escrita ou de *common law*, ou seja, as constituições não escritas devem ser compreendidas a partir da perspectiva de uma teoria de um constitucionalismo não escrito.⁴¹⁰

Veja-se que esta ideia também está presente nos países com tradição no *civil law* que adotaram o constitucionalismo, na medida em que o poder constituinte originário não surge

⁴⁰⁷ LECLAIR, Jean. Op. cit., p. 398-399. WALTERS, Mark D. *The Common law...*, p. 98.

⁴⁰⁸ “(2) No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the law of England, or to the provisions of any existing or future Act of Parliament of the United Kingdom, or to any order, rule or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a Dominion shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as the same is part of the law of the Dominion.” “(2) Nenhuma lei ou qualquer disposição legal feita após a edição deste Ato do Parlamento de um Domínio deve ser considerada nula ou inoperante no que for repugnante ao direito da Inglaterra, ou às disposições de qualquer Ato do Parlamento do Reino Unido existentes ou futuras, ou a qualquer outra regra ou regulamento feito sob tal Ato, e os poderes do Parlamento de um Domínio devem incluir o poder de revogar ou emendar tal Ato, ordem, regra ou regulamento assim como o mesmo é parte da lei do Domínio.” INGLATERRA. *Statute of Westminster* (1931). Disponível em :<<http://www.statutelaw.gov.uk/>>. Acesso em 10 de dez. 2010.

⁴⁰⁹ LECLAIR, Jean. Op. cit., p. 391-392. WALTERS, Mark D. *The Common law...*, p. 139-140.

⁴¹⁰ WALTERS, Mark D. *Written Constitutions and Unwritten...*, p. 247

num “vácuo histórico-cultural” e também encontra limites. Isso significa que, segundo CANOTILHO, o poder constituinte deve obedecer “a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais, radicados na consciência jurídica geral da comunidade”, que é exatamente a ideia do constitucionalismo não escrito. Do mesmo modo, devem ser observados princípios da justiça, independente de estarem configurados como princípios suprapositivos ou como princípios supraleais. Por fim, há princípios de direito internacional que também devem ser observados pelo poder constituinte, tais como “princípio da independência, princípio da autodeterminação e princípio da observância de direitos humanos”.⁴¹¹

Nessa dimensão, a ideia de que a Constituição do *common law* dá fundamento de validade à Constituição escrita é a mesma de uma Constituição invisível, ou, ainda, o mesmo pensamento de que a Constituição é um conjunto de normas que se baseia em princípios abstratos de moralidade política que fundamenta e limita as atividades do Parlamento. Cabendo ao Judiciário, enquanto última autoridade, enunciar, explicar e exigir o cumprimento dos referidos princípios.

A crítica que se faz ao constitucionalismo não escrito se dá primordialmente em países que adotam uma Constituição escrita, em específico por dois motivos. Primeiro porque aceitar a imposição judicial de restrições não escritas ao Legislativo representaria algum tipo de direito natural ou construído historicamente, e que, portanto, configuraria declarações pelos juízes de sua própria moralidade sobre as decisões dos representantes Legislativos eleitos. A Constituição não escrita apareceria, desse modo, como uma caixa nebulosa na qual os juízes poderiam entrar e sair com teorias próprias sobre limitações constitucionais. Outra crítica que se apresenta ao constitucionalismo não escrito é no sentido de que muitos de seus exemplos seriam casos de uma análise estrutural, um modo de interpretação constitucional na qual se chega a deduções lógicas a partir das estruturas estabelecidas na própria Constituição escrita. Nessa hipótese, constitucionalismo não escrito não seria na verdade “não escrito”, mas uma forma de interpretação sistemática e lógica do texto.⁴¹² É o que no Brasil se fala em relação aos princípios e direitos implícitos decorrentes do próprio sistema.

⁴¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 77

⁴¹² WALTERS, Mark D. *Written Constitutions and Unwritten...*, p. 247.

Deve-se ter em vista que, enquanto a Constituição escrita é vista como o direito como representação da vontade soberana (*law-as-sovereign will*), a Constituição não escrita funciona com a lógica do direito como fruto da razão (*law-as-reason*).⁴¹³

WALTERS vai explicar que existe uma concepção de direito não escrito do *common law*, que pode ser sintetizada da seguinte forma: Por um lado, o Direito escrito (*written Law*) seria uma metáfora representando uma espécie de proposição jurídica que é editada pelo legislador usando-se de uma fórmula linguística que é para ser tomada especificamente pelos juízes, esgotando-se a legislação pertinente para os problemas as quais se destina. Para interpretar e aplicar o direito escrito, então, é necessário determinar de que modo a linguagem geral ou específica de uma regra se aplica a situações específicas.

Por outro lado, o direito não escrito (*unwritten Law*) seria uma metáfora que representa uma espécie de proposição jurídica que é derivada por meio de um discurso racional no qual proposições jurídicas específicas, direta ou indiretamente relevantes ao caso em questão, são examinadas, não como expressões fundamentais de regras que esgotam o direito em tela, mas como manifestações de princípios mais abstratos de uma razão secundária, a partir do qual, depois de uma oscilação interpretativa entre as proposições específicas e os princípios gerais que as pressupõem, e tendo em devida consideração a aspiração de igualdade de razão, outras proposições jurídicas específicas podem ser derivadas. Assim, o direito não escrito (*unwritten law*) não se constitui apenas de costumes históricos ou da razão natural. É, na verdade, um discurso racional que busca uma unidade da razão mediante uma ascensão indutiva de manifestações particulares de princípios gerais aos princípios gerais propriamente ditos, e, em seguida, uma descida de volta ao nível de especificidade para articular as novas regras ou direitos que concordam, em princípio, com as normas e os direitos estabelecidos.⁴¹⁴

O autor aponta a existência de convergência entre o direito escrito e o não escrito segundo o *common law*. O direito escrito seria aquele que apenas exaure o direito que está em discussão de um modo relativo. Na verdade, o significado das expressões gerais e abstratas do direito escrito nos casos individuais é definido por meio do compromisso judicial com a igualdade, ou com o amplo senso de equidade garantido pela racionalidade do direito não escrito.⁴¹⁵ Ainda, é possível afirmar que a *rule of law* estabelecida em expressões promulgadas

⁴¹³ Idem.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 253-254.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 254.

pelo legislador pode ser considerada mais tarde como uma mera reflexão de princípios jurídicos mais abstratos dos quais outras regras logicamente consistentes com eles podem ser identificadas. O que era direito escrito pode, por meio de fundamentação judicial, se tornar direito não escrito.⁴¹⁶

Ou seja, pode-se aplicar o método indutivo que se aplica aos textos enunciados nas decisões judiciais para se alcançar os princípios gerais também às normas escritas, verificando-se que estas não passam de expressões escritas de princípios não escritos.

Não se pode perder de vista que as expressões direito escrito (*written law*) e direito não escrito (*unwritten law*) não se referem à existência ou à ausência de documentos constitucionais, mas metáforas que simbolizam diferentes perspectivas de interpretação constitucional.⁴¹⁷

Nesse sentido, DICEY faz um paralelo entre a Constituição não escrita da Inglaterra com as constituições escritas de outros países:

There is in the English constitution an absence of those declarations or definitions of rights so dear to foreign constitutionalist... The difference...between the constitution of Belgium and the English constitution may be described by the statement that in Belgium individual rights are deductions drawn from the principles of the (written) constitution, whilst in England the so-called principles of the constitution are inductions or generalizations based upon particular decisions pronounced by the Courts as to the rights of given individuals.⁴¹⁸

Destarte, a principal diferença entre direito escrito e não escrito, para WALTERS, não está na presença ou na ausência de uma Constituição ou documento constitucional escrito, mas na diferença entre um sistema no qual os juízes dão especial significado a proposições gerais e abstratas do direito constitucional, que estão expressas formal e solenemente, e outro sistema no qual os juízes articulam o direito constitucional inferindo princípios gerais de um conjunto de proposições jurídicas não estabelecidas de modo formal ou solene. Essa diferença é semelhante àquela relacionada pela metáfora entre *written* e *unwritten Law*.⁴¹⁹

⁴¹⁶ Idem.

⁴¹⁷ Idem.

⁴¹⁸ “Na Constituição inglesa há uma ausência dessas declarações ou definições de direitos tão caro aos constitucionalistas estrangeiros ... A diferença entre a constituição da Bélgica e da constituição da Inglaterra pode ser descrita pela afirmação de que na Bélgica direitos individuais são deduções tiradas dos princípios da Constituição (escrita), enquanto na Inglaterra os chamados princípios constitucionais são induções ou generalizações baseadas em determinadas decisões proferidas pelo juiz quanto aos direitos de determinados indivíduos.” DICEY, Albert Venn. *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8. ed. [S. l.: s.n.], 1908, apud WALTERS, Mark D. *Written Constitutions and Unwritten... Op.cit.*, p. 254-255.

⁴¹⁹ Idem.

É possível afirmar que essa diferença está cada vez menor, ou seja, nos sistemas de *common law*, a adoção de documentos constitucionais escritos leva à mudança no trabalho interpretativo dos juízes, que não é mais apenas indutivo, de inferir de decisões anteriores princípios gerais a serem aplicados nos novos casos, mas também dedutivo, na medida em que os novos textos constitucionais trazem expressamente proposições gerais e abstratas – tais como os direitos fundamentais – que lhes devem dar significado na sua aplicação ao caso concreto.

E o inverso também é verdadeiro, uma vez que a adoção do constitucionalismo e a positivação dos direitos humanos nas Constituições dos países do *civil law* introduziram um novo modo de se pensar o direito, quer seja buscando o conteúdo dos direitos fundamentais escritos numa Constituição não escrita, quer seja procurando uma nova interpretação das decisões judiciais, procurando-se nelas um conjunto de proposições e significados que não estão expressos de forma solene.

Necessário, ainda, apresentar as diferenças entre as dimensões materiais e formais do discurso da racionalidade presente na teoria do direito não escrito do *common law*.

Do ponto de vista formal, o discurso de racionalidade do *common law* é apenas uma técnica ou método de interpretação que vai dar respostas a questões do direito que podem ser altamente controvertidas tanto do ponto de vista técnico quanto moral. Desse modo, a técnica de interpretação do *common law* desenvolve o direito como integridade, ao adotar a ideia de tratar os indivíduos com igual consideração e respeito.

Já do ponto de vista substantivo, a concepção de direito não escrito do *common law* está relacionada ao valor da *rule of law* que define parâmetros mínimos de equidade e devido processo. A isso ALLAN chama de princípios não escritos do constitucionalismo liberal, entendendo que a concepção de direito não escrito do *common law* e a concepção liberal do constitucionalismo estão intimamente conectadas.⁴²⁰

É possível compreender que quando os juízes, nas jurisdições de *common law* – comprometidos com os valores da democracia liberal – interpretam os direitos humanos fundamentais, eles se envolvem numa atividade interpretativa que é, tirando diferenças superficiais, fundamentalmente a mesma que acontece nas jurisdições de *common law* que não adotaram de modo expesso garantias constitucionais desta natureza. Para interpretar e

⁴²⁰ ALLAN, T.R.S. Constitutional Justice and the Concept of Law. In HUSCROFT, Grant (Ed.) *Expounding the Constitution*. Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 219 et seq.

aplicar o direito fundamental à igualdade, por exemplo, é necessário explicar os valores que constituem uma regra não escrita da razão que define o âmago do direito válido em sociedades democráticas liberais, incluindo aquelas sem constituições escritas.⁴²¹

Desse modo, é possível afirmar que o verdadeiro significado de um texto constitucional relacionado a direitos humanos ou fundamentais, por consequência, reflete a compreensão dos requisitos da *rule of law*, trabalhada em casos particulares por meio da análise e do desenvolvimento do *common law*, de modo que, longe de tornar redundante a regra da razão não escrita, a adoção de proteções escritas de direitos humanos ou fundamentais acaba por alterar os modos pelos quais os valores da *rule of law* nos sistemas de *common law* são interpretados.⁴²²

Deve-se, assim, questionar em que medida e grau a existência de uma Constituição escrita realmente altera o caráter da análise jurídica no nível mais fundamental. O direito constitucional escrito, pelo menos em relação aos valores intrínsecos à concepção liberal de *rule of law*, acaba por se misturar ao direito constitucional não escrito mediante a interpretação judicial que busca uma visão coerente e justificada da ordem constitucional. Distinções formais entre direito escrito e não escrito são, na verdade, misturadas pelas conexões substantivas entre eles⁴²³, por meio dos direitos humanos.

Explica-se: numa jurisdição de *common law* sem uma previsão constitucional escrita que garanta a igualdade, por exemplo, os juízes terão que inferir um princípio geral de igualdade por meio de um discurso da razão que trata proposições jurídicas como manifestações de princípios mais gerais e abstratos, mais do que previsões formais da lei, antes que eles possam aplicar o princípio geral da igualdade em casos concretos. Já numa jurisdição de *common law* ou de *civil law* que tenha a garantia constitucional da igualdade prevista expressamente num texto escrito, os juízes não precisam passar pelo primeiro passo do processo interpretativo, a previsão escrita permite que eles se dirijam diretamente ao trabalho de aplicá-los a casos específicos⁴²⁴.

Mark WALTERS conclui que, em jurisdições de *common law* com ou sem Constituição escrita, que falham em enfrentar os problemas de modo exaustivo, um

⁴²¹ ALLAN, T.R.S. *Constitutional Justice*. New York, Oxford University Press, 2003, p. 153. WALTERS, Mark D. *Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism*. In HUSCROFT, Grant (Ed.) *Expounding the Constitution*. Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 269

⁴²² WALTERS, Mark D. *Written Constitutions...* Op.cit. p. 269.

⁴²³ *Ibidem*, p. 270.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 270-271.

constitucionalismo formal não escrito é inevitável. Na verdade, nenhuma jurisdição de *common law* ou *civil law* conseguiu codificar numa forma escrita todo o direito constitucional⁴²⁵. Não obstante, algumas constituições escritas aparentam proteger direitos fundamentais da igualdade e do devido processo que são intrínsecos a uma concepção liberal de *rule of law*.⁴²⁶

Na verdade, mesmo os direitos fundamentais expressos num documento escrito exigirão, no momento de sua interpretação e aplicação, de elementos presentes no conjunto de princípios que forma a moralidade política de uma comunidade, por meio do estudo de suas decisões judiciais, de sua prática constitucional e também de sua história.

Outra obra que merece destaque no que diz respeito ao tema ora analisado é *The Invisible Constitution*, de Laurence TRIBE. O autor faz questão de destacar que a Constituição invisível (*invisible constitution*) se diferencia em dois importantes aspectos da literatura da Constituição não escrita (*unwritten constitution*) iniciada nos anos 30 por William Bennett MUNRO.⁴²⁷ O primeiro aspecto consistiria no fato de que o autor não está preocupado em justificar um papel de repercussão pública dos juízes, incluindo a Suprema Corte, mas o de explorar a essência da Constituição não importando quem a interpreta ou a aplica. O segundo aspecto apontado por TRIBE é no sentido de que seu interesse não recai sobre o que é invisível em volta da Constituição, mas no que é invisível dentro dela. Ou seja, seu livro é sobre o que está na Constituição dos Estados Unidos mas que não pode ser visto quando alguém apenas lê o seu texto.⁴²⁸

O autor afirma que alguns precedentes da Suprema Corte Americana, tais como *Brown v. Board of Education*⁴²⁹ e *Marbury v. Madison*,⁴³⁰ por sua aceitação social e pela crença dos juízes, acabaram ganhando status de norma constitucional, a ponto de ser compreendidos e aplicados, mas não revisitados ou pensados em ser revistos, “in other words, it was treated as though it were part of the Constitution itself”.⁴³¹ Então ele aceita que as

⁴²⁵ Isso também é verdadeiro nas jurisdições de *civil law* que possuem Constituição escrita, na medida em que é da natureza do texto constitucional deixar uma fluidez entre texto constitucional e realidade constitucional. Ademais, é certo que não há a possibilidade de um texto constitucional conseguir ser exaustivo no que diz respeito especialmente aos direitos humanos e fundamentais, que são construídos, diariamente, nos espaços de lutas sociais.

⁴²⁶ WALTERS, Mark D. *Written Constitutions and Unwritten...*, p. 272-273

⁴²⁷ MUNRO, William Benett. *The Makers of the Unwritten Constitution: The Fred Morgan Kirby Lectures*. [S. l.]: Delivered at Lafayette College, 1929.

⁴²⁸ TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 11-13.

⁴²⁹ Ver nota supra.

⁴³⁰ Ver p. 45 et seq da presente tese.

⁴³¹ TRIBE, Laurence H. Op. cit., p.19.

decisões judiciais que criam precedentes e que têm grande repercussão pública fazem parte da própria Constituição.

Esses casos são tratados por TRIBE como “superprecedentes”, os quais seriam inimagináveis para qualquer Corte de serem revistos (overruled), e explica que apenas os casos *Brown v. Board of Education* e *Marbury v. Madison* adquiriram este status constitucional, concluindo que esse fenômeno atesta o poder da palavra escrita na ordem constitucional americana: “if the Constitution is a nearly sacred text, there is an unbridgeable gap between the one set of words that constitutes it and the mere collections of words of those who interpret and apply it.”⁴³²

Nesse sentido, o autor afirma que muitos dos precedentes da Suprema Corte acabaram por construir partes da Constituição escrita, ocupando espaço privilegiado no direito americano, adquirindo o status de norma constitucional por terem sido assimilados por uma ampla cultura popular e também pela aceitação dessas decisões por parte das organizações e instituições que inicialmente lhes eram resistentes.⁴³³

Curioso, ainda, ressaltar que outros tantos precedentes, polêmicos e vistos hoje como inconstitucionais, servem para afirmar o que a Constituição e o direito constitucional não devem ser. Decisões como *Dread Scott v. Stanford*,⁴³⁴ *Plessy v. Ferguson*⁴³⁵, *Lochner v. New York*⁴³⁶ e ainda, *Korematsu v. United States*.⁴³⁷ Tais decisões acabaram se tornando exemplos

⁴³² Idem.

⁴³³ Idem.

⁴³⁴ Para Bruce ACKERMAN: “From a moral point of view, Dred Scott is the single darkest stain upon the Court’s checkered history.” (“De um ponto de vista moral, Dred Scott é uma única mancha negra sobre a história da Corte”) ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. p. 63. Sobre o caso, confira-se: “No caso em tela, a Suprema Corte declarou inconstitucional ‘*The Missouri Compromise*’ que limitava a escravidão ao norte da linha de Mason-Dixon, com base num precedente que estabelecia que na volta a um Estado escravagista, o escravo, mesmo que tenha sido considerado livre em outro Estado, deve ser controlado pela lei deste Estado, e, portanto, Dred Scott não tinha direito a continuar livre quando retornasse ao Estado do Missouri onde a escravidão era permitida. Não obstante, ao invés de decidir apenas o caso em concreto, a Suprema Corte decidiu que os negros, “ainda quando pudessem ser cidadãos à luz da legislação de algum Estado da Federação, não eram, todavia, cidadãos dos Estados Unidos” e, por esta razão, não poderiam ajuizar ações perante juízos e tribunais federais. A decisão repercutiu de forma bastante negativa e segundo BICKEL, foi o estopim para a guerra civil americana, já que Lincoln fez desta decisão um pretexto a justificar a guerra. Pode-se, inclusive, argumentar que a ausência de proteção da minoria negra gerou ampla instabilidade política e social, levando à precipitação da guerra civil norte americana.” BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Ver também: BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 69-70.

⁴³⁵ Cf. nota 264 supra.

⁴³⁶ No caso em tela a Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Nova York que limitava as horas de trabalho dos empregados de padaria em sessenta horas semanais e dez horas diárias, por entender que ela violava a liberdade contratual protegida pela cláusula do devido processo legal da 14^a Emenda. *LOCHNER v. PEOPLE OF STATE OF NEW YORK*, 198 U.S. 45 (1905) Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=198&invol=45>>. Acesso em: 29 dez. 2009.

paradigmáticos de como uma Constituição nunca mais deve ser lida, fornecendo, desse modo, fontes cruciais para compreensão da Constituição. Essas lições não podem ser encontradas na linguagem visível da Constituição, mas exteriormente a seu texto, ressaltando TRIBE que qualquer coisa que não esteja no texto constitucional terá status de lei constitucional mais sombrio e duvidoso, e menos legítimo, do que aquela gozada pelas suas palavras.⁴³⁸

Ao lado disso, o autor busca deixar claro que quando se aceita a existência de princípios não escritos, tais como o da vedação da secessão ou do *judicial review*, não se está a defender que eles façam parte de um corpo de direito divino, natural ou supremo. Na verdade, os doutrinadores que escreveram sobre “*unwritten Constitution*” o fizeram para afirmar que esse corpo de leis naturais deve ser considerado real, vinculante e deve prevalecer sobre meras leis ou atos normativos do Executivo. TRIBE não acredita num imaginário direito natural por trás ou prévio à Constituição, mas em direitos construídos historicamente,⁴³⁹ que acabam por fundamentar e dar validade à própria Constituição escrita. Então, o debate acabou por circunscrever-se em torno da legitimidade de um órgão não eleito democraticamente recorrer a um direito “não escrito” para invalidar leis aprovadas pelo povo.⁴⁴⁰

Deve-se observar que, quando TRIBE fala em direitos construídos historicamente - que fundamentam e dão validade à própria Constituição escrita - tem-se a mesma lógica de uma Constituição não escrita do *common law* que fundamenta e dá validade à Constituição escrita, conforme interpretação feita pela Suprema Corte do Canadá.

A existência de uma Constituição invisível, por outro lado, não significa uma coisa em si mesma separada de seu fundamento, e só pode ser conhecida por meio da fundamentação de seu conteúdo, construída por meio da interpretação que lhe é dada. Importante salientar, entretanto, que o conteúdo da *invisible constitution* não é absolutamente indeterminado a ponto de ser possível encontrar nela qualquer coisa e todas as coisas que se possam desejar: ao contrário, seu conteúdo é delimitado, devendo incluir as amplas e gerais

⁴³⁷ Decisão na qual a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou constitucional a ordem que determinava, durante a Segunda Guerra Mundial, que os descendentes de japoneses que morassem em áreas militares deveriam ser remetidos a campos de concentração, por questões de segurança, o que justificaria a restrição de direitos a um grupo racial, excepcionalmente. *TOYOSABURO KOREMATSU v. UNITED STATES*, 323 U. S. 214 (1944). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=323&invol=214>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

⁴³⁸ TRIBE, Laurence H. Op. cit., p.21.

⁴³⁹ TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 29.

⁴⁴⁰ Idem.

máximas que todos na sociedade intuitivamente aceitam.⁴⁴¹

Essa afirmação de TRIBE é própria de uma Constituição do *common law*, que é formada não só por documentos escritos, mas também por princípios gerais do direito, direitos materialmente constitucionais, que foram conquistados durante a construção de uma determinada sociedade.

Outro ponto importante é a distinção feita entre axiomas e teoremas. Enquanto os primeiros são as proposições fundamentais cuja verdade é assumida ou aceita, os segundos são proposições que podem ser derivadas dos axiomas por meio de regras de lógica. De certo modo, pode-se afirmar que o texto visível da Constituição contém os axiomas explícitos do direito e da teoria constitucional americanos, e aquelas regras gerais ou princípios que podem ser deduzidos do texto da Constituição visível pode-se dizer que compreendem um conjunto de teoremas que constituem uma parte significativa do corpo do discurso e da doutrina constitucional.⁴⁴²

Seria a mesma perspectiva de direitos implícitos decorrentes, ou seja, que decorrem logicamente da estrutura e do sistema constitucional, embora TRIBE não admita que a Constituição invisível possa ser uma mera decorrência lógica da Constituição visível.

Por outro lado, afirmar que a Constituição invisível contém ou supõe regras que não podem ser deduzidas do texto visível não quer dizer que a Constituição invisível não tem relação com o texto visível. Mais que isso, a maior parte dos modos de interpretação do conteúdo da Constituição invisível envolve argumentos de um modo ou de outro de seu texto visível, mas não, de um modo que possa ser considerado apenas uma inferência lógica. Inversamente, em alguns casos são os princípios da Constituição invisível que dão conteúdo e sentido ao texto visível. É por meio da Constituição invisível que se aceita a Constituição visível. Pode-se dizer, destarte, que o texto visível da Constituição não contém tudo que é axiomático ou fundamental na teoria constitucional.⁴⁴³ Veja-se que tal afirmação se coaduna com o conceito de uma Constituição do *common law* desenvolvida no Canadá, quando a Suprema Corte daquele país deixou clara a existência de uma Constituição não escrita do *common law* prévia e que dá fundamento à Constituição escrita. A Constituição escrita seria a tentativa de expressar a Constituição não escrita num texto visível.

Se a Constituição escrita dos EUA é reconhecida como a lei suprema e fundamental

⁴⁴¹ Ibidem, p. 34-36. Mas quem delibera o que a sociedade intuitivamente aceita?

⁴⁴² Ibidem, p. 37.

⁴⁴³ Ibidem, p. 38.

da nação, então, segundo TRIBE, tem que existir algo fora do texto visível que garanta isso, uma combinação de como foi originalmente promulgada, como e de que forma e por quem vem sendo aceita ao longo do tempo, como é utilizada como referência e servindo de ponto de partida e fonte de orientação e também de força moral dos reclamos feitos com fundamento numa ideia de uma lei natural suprema que ela reflete ou se aproxima, ou ainda com base numa outra teoria de moralidade política.⁴⁴⁴ É, na verdade, a Constituição invisível que faz com que a Constituição visível seja aceita como a lei fundamental e suprema da nação.

Segundo ACKERMAN,⁴⁴⁵ a Constituição americana, tal como é entendida hoje, foi construída em três momentos históricos: ao tempo em que foi ratificada, depois da Guerra Civil e durante o New Deal.⁴⁴⁶

A Constituição, na tradição de *common law* e de *judge-made-law*, não precisa de aprovação popular para que tenha sua interpretação modificada, na medida em que, segundo TRIBE, responde e se adapta aos eventos do mundo real.⁴⁴⁷

Partindo-se da premissa de que o texto visível da Constituição americana é formalmente emendado num movimento para frente que nunca volta para apagar uma palavra

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 7. “If the Constitution copied at the end of this book is to count as the fundamental and supreme law of the land, then it must be something *outside* both the visible text of that Constitution and the text of its immediate predecessor, through whose framework it was launched, that makes it so: it must be some combination of how it was adopted in the first instance (not a very promising factor, given the extreme narrowness of the Constitution’s original constituency of propertied white males)/ why and how and by whom it has come to be accepted over time (again something of a problem, given the absence of any formal process of such “acceptance”)/ the sheer fact of its widespread and enduring use as the controlling frame of reference and as a constant point of departure and source of orientation/ and perhaps the moral force of the claims made in support of the view that, all things considered – and compared with the imaginable alternatives – it deserves to be accepted, either because of some higher, “natural” law it supposedly reflects or at least approximates, or on the basis of some other theory of political morality.” “Se a Constituição copiada ao final desse livro deve ser considerada como a lei fundamental e suprema da Nação, então ela deve ser algo *externo* tanto ao texto visível dessa Constituição quanto ao texto de seu predecessor imediato, através de cuja estrutura ela foi feita, de modo que ela deve ser: uma combinação de como ela foi adotada em primeira instância (não é um fator muito promissor, dada a extrema estreiteza dos homens brancos e proprietários que foram os constituintes da Constituição original) porque e como e por quem ela se tornou aceita ao longo do tempo (novamente um certo tipo de problema, dada a ausência de qualquer processo formal para tal “aceitação”) o simples fato de seu amplo e duradouro uso como a forma controladora de referência e como um constante ponto de partida e fonte de orientação / e talvez a força moral das demandas feitas em apoio a tal ponto de vista que, levando-se tudo em consideração – e comparado com as alternativas imagináveis – ela merece ser aceita, seja em função de alguma lei maior “natural” que ela supostamente reflete ou se aproxima, ou na base de alguma outra teoria da moralidade política.”

⁴⁴⁵ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, p. 115 et seq.

⁴⁴⁶ TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 52.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 53 No mesmo sentido: Não há dúvidas, portanto, que a hermenêutica constitucional proposta por ACKERMAN, qualquer que seja a conjuntura histórica – cidadania mobilizada ou ausência dela -, deve estar orientada ou pela salvaguarda dos valores forjados pelo povo nos momentos decisivos de sua história constitucional ou pela adoção de soluções constitucionais compatíveis com os novos valores que representam a renovação da sua identidade política. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 203.

que já esteve em seu texto, ou seja, de que há uma regra de linha do tempo de construção unidirecional, verifica-se que as emendas não apagaram as cláusulas originais, apenas adicionaram outras, demonstrando a qualidade de permanência de cada palavra de seu texto original. Esta medida serve como um antídoto contra amnésias coletivas de erros nacionais.⁴⁴⁸

Por outro lado, deve-se ter em vista que a história constitucional não é hermética. Reações a eventos reais, a eventos constitucionais, pequenos ou grandes, também trabalham para reorientar leitores constitucionais, revelando novos problemas ou novas oportunidades.⁴⁴⁹

Veja-se que a Constituição invisível pode decorrer do processo interpretativo judicial. Importante notar que pode haver uma considerável diferença entre partir-se de um texto e de postular direitos constitucionais na ausência de um texto constitucional visível. No primeiro caso, no máximo, estar-se-ia perante uma interpretação extensiva, já no último caso seria uma interpretação judicial de normas constitucionais *ex nihilo* sem qualquer garantia.⁴⁵⁰ O que ocorre é que se há uma aceitação social da decisão tomada pela Corte na proteção de direito constitucional não escrito, ou presente na Constituição invisível, a constitucionalidade do direito pode ter bases sólidas na identidade político-constitucional ainda que não exista uma Constituição escrita⁴⁵¹.

Destarte, não se estaria partindo do nada para construção de um direito novo, mas dos princípios que representam a moralidade política de uma comunidade e que podem estar presentes tanto numa Constituição do *common law* quanto numa Constituição invisível, nas quais é possível inferir princípios abstratos que fundamentaram as decisões judiciais ao longo do tempo.

Embora TRIBE tente justificar a existência de Constituição invisível em casos de incompatibilidade do texto original com a nova Emenda Constitucional, trata-se, na verdade, de uma revogação tácita do texto anterior incompatível. A dificuldade de se ver dessa forma ocorre porque na Constituição americana a Emenda não apaga o texto original. Mas interpretar a Constituição de acordo com suas Emendas não cria uma Constituição invisível, como quer fazer crer o autor, não por este argumento.

Para TRIBE, os princípios de interpretação constitucional se localizam fora do texto;

⁴⁴⁸ TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 59-63. Diferente da Constituição Federal de 1988, cujas emendas revogaram ou modificaram o texto original.

⁴⁴⁹ TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 71.

⁴⁵⁰ ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 39.

⁴⁵¹ É possível, nesse sentido, fazer uma analogia ao que Juha RAITIO classifica de “substantive legal certainty”, que engloba a aceitabilidade das decisões e não apenas sua previsibilidade. Cf. RAITIO, Juha. *The Principle of Legal Certainty in EC Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 373.

mesmo Constituições que mencionam algumas regras interpretativas não é possível que estabeleçam em seu texto todas as regras de sua própria interpretação.⁴⁵²

A concepção de TRIBE acerca da Constituição invisível não pode ser vista como jusnaturalista e, por óbvio, também não é uma concepção positivista, é uma visão que envolve muito mais a historicidade e a contextualidade da Constituição, ou seja, sendo mais que o texto visível, ela deve buscar sua invisibilidade nos acontecimentos históricos paradigmáticos para a sociedade americana, que é a própria ideia de uma Constituição não escrita do *common law*.

Quando se fala em Constituição invisível, quer-se dizer o que não é visível pela leitura do texto. É possível também falar em uma Constituição invisível nos países em que não há uma Constituição escrita, mas nos quais é possível extrair da Constituição material formada pelas decisões judiciais e leis, quais são as normas supremas que fazem parte de sua Constituição material.

Nessa dimensão, tanto no tema relacionado aos princípios constitucionais não escritos quanto ao da existência de uma constituição invisível, pode-se afirmar que há uma grande influência da história na consolidação dos direitos não escritos ou invisíveis ao texto constitucional.

Nos EUA é possível, segundo TRIBE, afirmar a existência de alguns princípios constitucionais que não estão escritos no texto ou que fazem parte da Constituição invisível, quais sejam: i) governo de leis e não de homens⁴⁵³ (*government of laws not men*); ii) governo do povo, pelo povo e para o povo (*government of the people, by the people, for the people*);⁴⁵⁴ iii) *suspending habeas corpus*;⁴⁵⁵ iv) federalismo e v) o direito do povo de manter e segurar suas armas (*the right of the people to keep and bear arms*).

WALUCHOW também defende que as Constituições contêm mais do que apenas o direito constitucional. Para o autor, essa visão está associada com a de DICEY,⁴⁵⁶ que propôs que, além das leis constitucionais, os sistemas de governo limitados constitucionalmente podem conter um número de “convenções constitucionais” (*constitutional conventions*), que, informalmente, derivam “das práticas da comunidade política e que muitas vezes impõe limites importantes sobre os poderes administrativos básicos estabelecidos pela lei

⁴⁵² TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 78.

⁴⁵³ Ibidem, p. 82-84.

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 85-91.

⁴⁵⁵ Ibidem, p. 94-95.

⁴⁵⁶ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the Law of the Constitution*. 8.ed. Holmes Beach: Gaunt Inc, 1996.

constitucional”.⁴⁵⁷

Como visto acima, muitas das constituições contêm muito mais do que direito, do que normas, e certamente muito mais do que normas e direito escrito. Elas contêm, segundo WALUCHOW, convenções constitucionais, que, apesar de não terem uma coercibilidade jurídica, podem ser tão importantes para o funcionamento da sociedade política quanto o direito constitucional. O mais importante é que qualquer ato ou lei pode ser considerado inconstitucional por violar uma destas convenções, uma norma constitucional baseada no consenso da sociedade que, sem ser escrita, impõe limites ao exercício do Poder Legislativo.⁴⁵⁸

Algumas críticas apresentadas contra as normas e princípios constitucionais não escritos são no sentido de que, diferente das normas escritas, as normas não escritas muitas vezes possuem um tipo de fluidez e imprecisão que as tornariam inadequadas no âmbito do direito constitucional. Elas tendem a ser pouco precisas e identificáveis, e muito mais abertas a uma “interpretação criativa” dos juízes, a uma mudança gradual das mesmas, evitando-se a aplicação das normas escritas. Já as normas escritas teriam certa clareza, objetividade e estabilidade que decorrem de estarem expressas num texto formal. Assim, mesmo que as pessoas discordem sobre diversos assuntos, pelo menos haveria consenso sobre o texto escrito, com o qual todos deveriam concordar. Com esse argumento, WALUCHOW defende que mesmo que as constituições escritas não sejam conceitualmente necessárias são altamente desejáveis para se estabelecer estados constitucionais democráticos.⁴⁵⁹

Ora, em que pese ser razoável a defesa de uma Constituição escrita como uma norma dotada de certeza e estabilidade, na prática não é o que acontece. Mesmo nos países onde foram adotadas constituições escritas, elas são constituídas por princípios e direitos

⁴⁵⁷ WALUCHOW, W.J. *A common law theory of judicial review: the living tree*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 28-29. Ao enfrentar essa questão, a Suprema Corte do Canadá “drew upon Dicey’s distinction between constitutional law and constitutional convention, ruling that (a) provincial assent was not required as a matter of constitutional law; (b) it was required as a matter of constitutional convention – that is, an informal convention existed among the various branches of Canadian political system requiring provincial assent for any action by the federal government that impinged upon provincial powers; and (c) in some cases – this one included – constitutional conventions are at least as important as, if not more important than, constitutional laws. (...)”. “(...)Ao enfrentar esta questão, a Suprema Corte do Canadá “utilizou a distinção de Dicey entre lei constitucional e convenção constitucional, regulamentando que (a) não se pressupunha aquiescência provincial para uma matéria de lei constitucional; (b) mas se pressupunha quando se tratava de uma matéria de convenção constitucional – ou seja, existia uma convenção informal entre os vários poderes do sistema político canadense que pressupunham aquiescência provincial para qualquer ação do governo federal que surtia efeito sobre poderes provinciais; e (c) em alguns casos – este incluído – convenções constitucionais são pelo menos tão importantes quanto, se não mais importantes, que as leis constitucionais. (...)”.

⁴⁵⁸ WALUCHOW, W.J. *A common law Theory of Judicial Review*. p. 47.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 49

fundamentais que, por sua natureza, têm caráter abstrato e aberto e, portanto, permitem, sim, uma atuação criativa e construtiva por parte de suas Cortes constitucionais.

Destarte, é certo que são os valores da moralidade política⁴⁶⁰ presentes numa sociedade em determinado momento que irão dar conteúdo às normas constitucionais. Para além disso, constituições como a brasileira e americana possuem cláusula de abertura, ou seja, dispõem expressamente sobre a recepção de normas constitucionais não escritas, fora do texto constitucional, desde que estejam de acordo com os direitos e princípios nela enunciados. Ou seja, tais normas, presentes tanto na Constituição brasileira quanto na americana, apontam, expressamente, para a existência de outras fontes do direito, fora do texto visível da Constituição.⁴⁶¹

Veja-se que é na parte dos direitos não enumerados na Constituição visível que a Constituição invisível pode contribuir. No Brasil, é possível identificar a existência de uma Constituição invisível especialmente no que diz respeito aos princípios implícitos, aos princípios gerais do direito e aos direitos humanos e fundamentais, tendo em vista o que estabelece o artigo 5º, §2º da Carta Constitucional. O que será detalhado no próximo tópico.

O dispositivo foi inspirado na nona Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que estabelece que “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”⁴⁶², o que é próprio de uma Constituição escrita presente num país com tradição no *common law*, que, paralelamente aos direitos expressos e implícitos no texto constitucional, convive com a presença de direitos e princípios constitucionais inferidos das decisões judiciais e das práticas constitucionais ao longo da história.

A Constituição brasileira prevê a possibilidade de princípios e direitos implícitos e fora do catálogo em seu artigo 5º, §2º, ao estabelecer que a Constituição recepciona outros direitos que não estejam nela previstos desde que decorrentes de seus princípios, bem como de Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil. Assim, além dos direitos expressos nos

⁴⁶⁰ Nesse sentido, ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 197-203. A teoria da decisão judicial de DWORKIN não configura nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos (Ibidem, p. 197). Tal concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Ibidem, p. 201.

⁴⁶¹ TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 146

⁴⁶² EUA. Constitution (1787) *Constitution of the United States (1787)*. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em 29 dez. 2009.

tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a Constituição brasileira recepciona outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Assim, é possível defender a existência tanto de princípios constitucionais não escritos quanto de uma Constituição invisível no contexto brasileiro.

Do dispositivo constitucional em tela, é possível afirmar a intenção de o constituinte permitir que a Constituição possa se adaptar às novas mudanças e realidades sociais, que trazem consigo novos valores morais e costumes, em constante alteração.

É só em função dessa flexibilidade que é possível pensar numa Constituição perene no tempo, mas que ao mesmo tempo aceite a dinâmica da vida e se desenvolva com ela, acolhendo os novos direitos e as novas conquistas sociais.

Na ADI 939, quando o Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio da anterioridade tributária era um direito fundamental fora do catálogo, o Ministro Marco Aurélio de Mello manifestou o entendimento de que o artigo 5º, §2º da Constituição admitia a existência de direitos fundamentais implícitos, bem como de outros direitos não expressos no rol do artigo 5º.⁴⁶³

Na mesma direção, Gilmar Mendes, quando do julgamento da Intervenção Federal 2.915-5⁴⁶⁴, defendeu que o princípio da proporcionalidade, embora não expresso no texto constitucional, seria decorrente do princípio do devido processo legal substantivo⁴⁶⁵. No mesmo sentido também defendeu o Ministro Marco Aurélio de Mello, quando do julgamento do RE 428.354⁴⁶⁶.

Ainda, o Ministro Gilmar Mendes também defendeu que o princípio da segurança jurídica é um subprincípio do Estado de Direito.⁴⁶⁷ Dessa maneira, é possível afirmar a aceitação por parte da Jurisdição Constitucional brasileira da presença de princípios implícitos ou não escritos no texto da Constituição.

Alguns autores, especialmente no âmbito do direito administrativo, aceitam a

⁴⁶³ STF – ADI 939 – Rel. Ministro Sydney Sanches – DJU 18.03.1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

⁴⁶⁴ STF – IF 2915-5 – Rel. Ministro Gilmar Mendes – DJU 28.11.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

⁴⁶⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁴⁶⁶ STF – RE 428.354 – Rel. Ministro Marco Aurélio de Mello – DJU 18.04.2005 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

⁴⁶⁷ STF – MS 22.357 – Rel. Ministro Gilmar Mendes – DJU 5.11.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

presença de princípios constitucionais não expressos na Constituição⁴⁶⁸, não examinando detalhadamente se o mesmo seria implícito, decorrente de outra norma constitucional ou se estaria efetivamente fora do texto, de forma autônoma.

Confira-se a respeito a fundamentação que Celso Antônio Bandeira de MELLO faz acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros.⁴⁶⁹

Quando o autor afirma que referido princípio é princípio geral de direito e que apesar de não estar escrito em dispositivo constitucional, inúmeros outros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, é possível entender que ele é um princípio não escrito que pode estar presente numa Constituição não escrita ou invisível, utilizando-se o autor do método interpretativo indutivo, comum aos sistemas de *common law* para abstrair de normas escritas concretas, um princípio abstrato. Ou seja, o autor aplicou o método indutivo para alcançar o princípio geral a partir das normas constitucionais previstas no artigo 170, III, V e VI, assumindo, assim, que essas são expressões escritas do princípio não escrito da supremacia do interesse público.

Do mesmo modo, quando afirma que é o princípio da supremacia do interesse público condição de existência da própria sociedade é porque entende que existem valores supremos, construídos historicamente e que são prévios à própria Constituição escrita.

É possível defender, inclusive, que os princípios gerais do direito⁴⁷⁰ fazem parte de

⁴⁶⁸ GABARDO, a seu turno, liga o princípio da supremacia do interesse público aos objetivos republicanos, esses como manifestação daquele enquanto princípio que lhes dá fundamento: “O princípio da supremacia do interesse público, nos termos em que dispõe o sistema constitucional brasileiro (...) trata-se de uma manifestação clara da alocação ao Estado do dever primordial de promoção dos objetivos republicanos do artigo 3º da Constituição de 1988”. GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 292

⁴⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 96

⁴⁷⁰ “Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?” BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999,

uma Constituição não escrita, eis que muitas vezes não estão expressos em nenhum texto positivo, mas podem ser abstraídos deles com uma interpretação indutiva.

É certo que mesmo que a Constituição Federal de 1988 não previsse expressamente em seu artigo 5º, § 2º a abertura a direitos fundamentais e princípios não escritos – incluindo aí os implícitos e os decorrentes –, ainda assim poder-se-ia falar na existência de direitos implícitos, eis que deriva da própria atividade hermenêutica.⁴⁷¹

No Brasil, a materialidade apta a identificar direitos fundamentais e princípios constitucionais fora do catálogo se dá basicamente pela relação desses com a dignidade da pessoa humana. Isso significa dizer que serão considerados fundamentais aqueles direitos que mesmo não expressos no rol do artigo 5º da Constituição guardem relação com a dignidade da pessoa humana.

Ingo SARLET vê a possibilidade de direitos fundamentais autônomos serem deduzidos sem qualquer referência direta a outro direito fundamental, desde que presente sua materialidade fundamental, que para o autor estaria ligada à dignidade da pessoa humana.⁴⁷²

Entretanto, considera-se mais adequado o entendimento de outra parte da doutrina que defende que a fundamentalidade de um direito decorrerá da conexão de uma determinada norma com um dos princípios constitucionais fundamentais, e não apenas com a dignidade da pessoa humana.⁴⁷³

Do mesmo modo, a doutrina brasileira, assim como o Supremo Tribunal Federal, aceita a presença de normas materialmente constitucionais fora da Constituição, ao que dão o nome de “bloco de constitucionalidade”.

p.158. Josef Esser também defende a presença de princípios gerais do direito prévios ao direito escrito, com a mesma força normativa que o direito escrito: “no fundo das normas positivas há sempre um princípio latente de direito que, uma vez descoberto, tem em si mesmo o impulso suficiente para ganhar automaticamente um nível igual ao da lei mesma”. ESSER, Josef. *Principio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961, p. 498.

⁴⁷¹ A respeito, Paulo SCHIER explica que: “da leitura do art. 5º, § 2º, da Constituição da República, é certo que passamos a ter direitos fundamentais no catálogo (tanto expressos quanto implícitos) e direitos fundamentais fora do catálogo (também expressos e implícitos). Dentre esses, ou seja, dentre os fora do catálogo, ainda seria possível subdividir duas categorias de direitos fundamentais: os decorrentes do regime jurídico adotado pela Constituição, mas plasmados na própria Constituição formal, e os decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos e, assim, não integrantes, ao menos diretamente, do documento constitucional formal (embora por ele recepcionados).” SCHIER, Paulo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento de neoconstitucionalismo*. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 20, Belo Horizonte, 2005, p. 152

⁴⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 102

⁴⁷³ SCHIER, Paulo. *Op. cit.*, p.152

Nesse sentido já decidiu o STF quando do julgamento do RE 248.869⁴⁷⁴ em que houve reconhecimento ao direito fundamental ao nome e à filiação. Na mesma direção, o Ministro Celso de Mello defendeu que o Pacto de San Jose da Costa Rica compõe o Bloco de Constitucionalidade no julgamento do RE 466.343⁴⁷⁵.

Adotar a presença de um bloco de constitucionalidade no direito brasileiro significa ter como parâmetro constitucional, segundo CANOTILHO, a ordem constitucional global, ou seja, “o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global”, alargando-se o parâmetro aos princípios reclamados “pelo “espírito” ou pelos “valores” que informam a ordem constitucional global”⁴⁷⁶, incluindo tanto os tratados internacionais de direitos humanos como as normas materialmente constitucionais presentes em legislação infraconstitucional.

Ainda, segundo o escólio de Celso LAFER, as normas dos tratados internacionais de direitos humanos compõem o bloco de constitucionalidade, entendido este como “um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental”⁴⁷⁷.

O bloco de constitucionalidade pode ser entendido, desse modo, como “somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrado”⁴⁷⁸, e mesmo não estando expresso no texto escrito da Constituição, é dotado de força normativa e serve de parâmetro material para o controle de constitucionalidade das leis.

Outro tema presente no contexto do constitucionalismo do *common law* e que pode vir a ter uma correspondência no constitucionalismo brasileiro é a ideia de uma *living constitution*. Uma Constituição viva é aquela que se desenvolve, se modifica ao longo do tempo e se adapta a novas circunstâncias sem necessidade de ser formalmente emendada.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ STF – RE 248.869 – Rel. Min. Maurício Correa – DJU 12.03.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

⁴⁷⁵ STF – RE 466.343 – Rel. Min Cezar Peluso – DJU 05.06.2009. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

⁴⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 853-854

⁴⁷⁷ LAFER, CELSO. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 15- 18.

⁴⁷⁸ Idem.

⁴⁷⁹ STRAUSS, David A. Op. cit., p. 1.

Se a Constituição é um instrumento vivo que se modifica de acordo com as novas circunstâncias políticas, econômicas, sociais, históricas e culturais, haveria uma contradição com a própria intenção de que a Constituição seja estável e protegida da manipulação humana. Como reconciliar uma Constituição escrita e estática com uma Constituição viva e dinâmica no mesmo sistema.

Quando a Suprema Corte dos EUA ou o Supremo Tribunal Federal interpretam uma lei, há uma preocupação com as palavras previstas no texto da lei. Entretanto, o mesmo não deve acontecer quando se interpreta a Constituição, pois o trabalho interpretativo constitucional exige muito mais do que o texto. Nesse caso, deve o intérprete voltar-se para as compreensões acerca de determinados direitos que se desenvolveram dentro e fora das Cortes.

Veja-se que a estrutura da Constituição brasileira, por exemplo, especialmente na parte que estabelece princípios e direitos fundamentais, pelo seu caráter aberto e abstrato, acaba por permitir uma flexibilidade⁴⁸⁰, uma fluidez de seu conteúdo. Ou seja, permite mudanças na interpretação do texto porque isso é inerente à própria natureza da Constituição, que se entende como um documento vivo.

Entretanto, para que não se deixe uma Constituição viva se reduzir ao que os juízes querem que ela seja, alterando seus significados sem nenhum comprometimento com os precedentes ou a história constitucional, é que se buscará também no estudo de uma *living constitution* como é possível manter a proteção de uma Constituição estável e ao mesmo tempo permitir que ela atenda aos anseios sociais.

Quando a doutrina e os Tribunais brasileiros fecham os olhos para esta realidade, de que a Constituição é mais do que seu texto e que sua estrutura calcada em direitos e princípios fundamentais de caráter aberto e abstrato aceitam a densificação de seu conteúdo de acordo com os valores culturais, históricos da sociedade, acaba por fingir que o texto constitucional permite a segurança almejada por seus cidadãos, consentindo, ao contrário, que o Judiciário fique livre para decidir por pressões políticas, pragmáticas e contingenciais, enfraquecendo a própria noção da Constituição.

⁴⁸⁰ “(...) most constitutions, because of their need for flexibility and for adaptability in the face of evolving circumstances, contain general, open-ended provisions that seem particularly prone to interpretive abuse.” “(...) a maioria das constituições, em função da necessidade de flexibilidade e de adaptabilidade em face das circunstâncias que a envolvem, contém disposições genéricas e abertas que aparentam tender particularmente para o abuso interpretativo.” ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations*. Los Angeles: University of California Press, 1998, p. 3.

Ora, a Constituição deve ser vista com um instrumento vivo que cresce e se adapta às circunstâncias contemporâneas, tendências e crenças cuja autoridade se fundamenta na justiça, comprometimento, consenso e soberania do povo atual, que a legitimam.⁴⁸¹

É nesse sentido que se defende que a Constituição é um documento vivo, e os princípios não escritos ou presentes numa Constituição invisível, na verdade, podem ser considerados princípios que foram trabalhados pelos Tribunais, no caso Americano especialmente pela sua Suprema Corte, por meio de um processo do *common law*.⁴⁸²

Na verdade, esses princípios foram desenvolvidos e trabalhados envolvendo questões políticas e de moralidade política, especialmente pensando no que poderia fazer sentido e ter ainda bons resultados. Do mesmo modo, houve uma consideração explícita de questões de política, justiça, viabilidade e moralidade política dentro de certos limites, o que demonstra, segundo Strauss, características do método do *common law*.⁴⁸³

Em que pese se admitir que a Constituição dos EUA é uma *living Constitution*, que inclui precedentes e tradições desenvolvidos ao longo do tempo, é certo também a importância do texto de sua Constituição, estável e duradouro. Assim, o dilema que se coloca é como reconciliar uma Constituição dinâmica do *common law* com um imutável mas importante e central texto constitucional?⁴⁸⁴

O texto vai funcionar como um ponto de partida compartilhado pela comunidade, ou seja, algumas questões não precisam ser discutidas a todo o tempo. A importância de um texto constitucional é muito mais a estabilização das relações sociais, o simbolismo do que representa, isso porque mesmo que não se esteja de acordo com alguma questão colocada na Constituição, há um consenso de que é melhor ter aquela previsão do que não tê-la.

⁴⁸¹ WALUCHOW, W. J. Op. cit.

⁴⁸² David STRAUSS questiona de onde vêm os princípios básicos da liberdade de expressão estadunidense como o de que é importante proteger o direito de criticar o governo ou o de que nem todos os discursos (como o obsceno ou difamatório) devem ser protegidos constitucionalmente e responde que: “Obviously, they are not explicit in the spare words of the First Amendment. In fact, they are in some ways difficult even to reconcile with the words of the First Amendment. They are also not to be found in the intentions or understandings of the framers of The First Amendment. To put the point bluntly but accurately, the text and the original understandings of the First Amendment are essentially irrelevant to the American system of freedom of expression as it exists today. The central principles of that system have been worked out by the courts, principally the Supreme Court, through a common law process: the living Constitution in action.” “Obviamente, eles não estão explícitos nas poucas palavras da Primeira Emenda. Na realidade, eles são, de algum modo, até difíceis de conciliar com as palavras da Primeira Emenda. Eles tampouco são encontrados nas intenções ou entendimentos dos elaboradores da Primeira Emenda. Ou seja, o texto e os entendimentos originais da Primeira Emenda são essencialmente irrelevantes ao sistema americano de liberdade de expressão tal como ele existe hoje. Os princípios centrais daquele sistema foram trabalhados pelas Cortes, principalmente pela Suprema Corte, por meio de um processo do *common law*: a Constituição viva em ação.” STRAUSS, David A. Op. cit., p. 56.

⁴⁸³ Ibidem, p. 62.

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 99.

Veja-se que nos Estados Unidos da América, país com tradição no *common law*, a Constituição funciona como instrumento para garantir a estabilidade das relações sociais, mas não de maneira isolada, mas aliada ao método do *common law* de vinculação aos precedentes.

Nos países que adotaram o sistema jurídico de tradição do *common law*, a estabilidade não foi construída com a imagem de que um texto escrito daria conta de tudo, ao contrário, desenvolveu-se num movimento de construção coerente do direito, por meio de precedentes judiciais e valorizando-se a equidade nas decisões judiciais.

Por outro lado, a estabilidade pretendida nos países de tradição romano-germânica foi construída em cima da ideia de completude do sistema; melhor explicando, o sistema daria segurança e previsibilidade porque supostamente previa a solução jurídica para quaisquer questões que pudessem aparecer das relações sociais.

Quando da adoção das Constituições democráticas no pós-guerra com catálogo de direitos fundamentais, pretendeu-se interpretar estas novas Constituições como se tivessem a feição de código, isto é, transferindo-se esse mesmo pensamento de completude do Direito e de garantia de segurança no texto escrito.

Assim, a maioria dos países europeus no pós-guerra adota o modelo de supremacia formal da Constituição, junto com o modelo de rigidez, pretendendo-se, desse modo, garantir a imutabilidade e segurança de seu texto, seja em face do legislador ordinário, seja em face do julgador.

Ocorre que a estrutura das novas Constituições com detalhado rol de princípios e direitos fundamentais não exauria o conteúdo de suas normas no texto constitucional. Isso porque as normas que estabelecem os princípios e direitos fundamentais têm fontes extratextuais de significado, o que permite uma construção constante e não exauriente de seus significados. A norma só existirá, desse modo, concretamente.

A doutrina desenvolve, assim, o conceito de mutação constitucional para a mudança informal do conteúdo da Constituição, sem que fosse necessário alterar seu texto por um processo formal e qualificado de emenda.⁴⁸⁵

Enquanto nos EUA se fala numa *living constitution*, em princípios não escritos, para

⁴⁸⁵ JELLINEK distingue Reforma de Mutação utilizando-se o elemento intencionalidade, ou seja, a Reforma constitucional deriva de ações voluntárias e intencionais enquanto a mutação constitucional seria a transformação da Constituição sem intenção de seus agentes. Além disso, tem-se como característica da mutação constitucional, a mudança de interpretação da Constituição, sem que haja alteração expressa de seu texto. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de La Constitución*. Trad. Christian Foster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7. apud URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. *Mutación Constitucional y fuerza normativa de La Constitución. Una aproximación al origine Del concepto*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. a. 20, n. 58, jan./abr. 2000, p. 110.

significar o que é a prática e interpretação constitucional, ou o que é efetivamente a Constituição real para fora de seu texto, nos países europeus, assim como no Brasil, com tradição no *civil law*, a doutrina usa o termo mutação constitucional para explicar as mudanças de interpretação da Constituição sem modificação de seu texto.

A doutrina brasileira e a europeia se mostram receosas com a ideia de mutação constitucional, especialmente porque, em tendo um caráter informal de alteração da Constituição, via interpretação, torna-se difícil o controle de sua constitucionalidade, além da possibilidade de permitir um grande poder ao Judiciário por meio de seu papel interpretativo.⁴⁸⁶

A preocupação com o papel dos Tribunais na interpretação da Constituição e em seus limites também está presente nos países de tradição no *common law* no qual é mais comum este papel de judge-made *law* dos juizes.⁴⁸⁷ Entretanto, a ideia de limite ao papel interpretativo do Judiciário não se vai encontrar no texto constitucional, mas na coerência do método do *common law* de utilização dos precedentes judiciais, que é o que se defende também para o contexto brasileiro.

Nos países de tradição romano-germânica a ideia de rigidez e supremacia está muito atrelada ao próprio texto da Constituição, pela própria ligação com o positivismo, pela falsa suposição de que os textos, assim como os códigos, não só seriam completos, como também a linguagem utilizada limitaria a atuação do Poder Judiciário, como um dos intérpretes desta linguagem.

O limite do intérprete não é possível por meio da linguagem, a linguagem por si só permite diversos significados de acordo com quem lê seu conteúdo, de acordo com o background do intérprete. Isso vai ocorrer também no direito e na literatura, tanto na obra de arte quanto no texto literário, nem a obra nem o texto dão conta dos significados alcançados

⁴⁸⁶ Nesse sentido, Eneida Desirée SALGADO faz uma análise sobre o tema com vasta bibliografia brasileira e europeia, e demonstra grande preocupação na dificuldade de se controlar a mutação constitucional realizada pelo Poder Judiciário: “Assim o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: a mudança de interpretação “há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional”. Ainda que seja lógico argumentar nesse sentido, e que essa afirmação decorra do sistema constitucional, não há remédio jurídico para a correção de uma mudança informal da Constituição que não tenha respeitado esses limites quando seu agente é o Poder Judiciário pelo seu órgão de cúpula. A atuação nesse sentido, porém, leva ao desprestígio do papel da Constituição, provocado por quem tem o dever de protegê-la. Ao modificar a Constituição o Poder Judiciário extrapola os poderes que lhe foram confiados pela própria Constituição, apropriando-se da soberania e do poder constituinte.” SALGADO, Eneida Desirée. Op. cit., p. 99.

⁴⁸⁷ David STRAUSS afirma que: “(...) most of the attacks on the idea of a living constitution is to license the courts to do what they want.” “(...) a maioria dos ataques à ideia de uma Constituição viva são para escusar as Cortes a fazerem o que elas querem.” STRAUSS, David. Op. cit., p. 118.

por cada intérprete.

Ora, o que se verifica é que em relação às normas constitucionais que estabelecem princípios ou direitos fundamentais, pelo seu caráter aberto e abstrato, há flexibilidade e fluidez de seu conteúdo. Em outras palavras, a sua natureza aberta e abstrata permite mudanças na interpretação do texto porque isso é inerente à natureza de uma *living constitution*. Não se pode pretender que o texto constitucional sozinho limite a atuação do Judiciário.

Destarte, quando se admite que a Constituição é um instrumento vivo, se assume também que ela se desenvolve e se adapta às circunstâncias e crenças atuais e sua legitimidade, então, estará na justiça, no consenso, no comprometimento e na soberania do povo atual e não apenas do poder constituinte originário.⁴⁸⁸

É nesse novo contexto que os juízes constitucionais terão o difícil papel de dar uma interpretação contemporânea a direitos antigos, o que deverá ser feito sendo leal aos valores constitucionais e ao mesmo tempo imaginativos para dar conta de responder às questões que se apresentam nas plurais e complexas sociedades contemporâneas,⁴⁸⁹ de maneira coerente e limitada não mais no texto mas no conjunto de princípios que reflete a moralidade de sua comunidade.

⁴⁸⁸ WALUCHOW, W. J. *A common law Theory of Judicial Review...* Op.cit. p. 55. No mesmo sentido Phillippe Blachèr: Or, comme le souligne Dominique Rousseau, "les principes fondateurs ne sont pas des choses définitivement solidifiées au moment historique de leur énoication". Par son interprétation des principes constitutionnels, le juge établit un pont entre les deux instances du peuple : le peuple des vivants et les principes posés antérieurement par ses ancêtres. A l'image de la Cour suprême américaine, le Conseil constitutionnel se présente comme un "médiateur constitutionnel" entre le "peuple transtemporel" et le "peuple actuel".⁴⁸⁸ Ora, como ressalta Dominique Rousseau, 'os princípios fundadores não são coisas definitivamente solidificadas no momento histórico de sua enunciação'. Por sua interpretação dos princípios constitucionais, o juiz estabelece uma ponte entre as duas instâncias de povo: o povo dos vivos e os princípios estabelecidos anteriormente por seus ancestrais. À imagem da Corte suprema americana, o Conselho constitucional se apresenta como um 'mediador constitucional' entre o 'povo transtemporal' e o 'povo atual'. BLACHÈR, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale: La loi votée...* n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 190.

⁴⁸⁹ MARKOVITS, Inga. Constitution making after national catastrophes: Germany in 1949 and 1990. *William and Mary Law Review*. v. 49. Issue 4. 2008, p. 1307. Disponível em: <<http://wmlawreview.org/issues/49>>. Acesso em: 05 jan. 2009. "Judges thus should be alert to the political and social culture of their day. This is particularly true in post-totalitarian democracies that have to learn a new moral vocabulary and in which unforeseen difficulties and the lack of political experience may require imaginative responses." "Os juizes então deveriam ficar atentos à cultura social e política de seu tempo. Isto é especialmente verdadeiro nas democracias pós totalitarismo, que têm que aprender um novo vocabulário moral e nas quais dificuldades não previstas e a falta de experiência política podem requerer respostas criativas."

Parte II

A construção de um sistema de precedentes judiciais como um romance em cadeia: o direito como integridade como garantia da segurança jurídica

1

A doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios

No positivismo era possível aceitar que as normas escritas trouxessem em si um sentido único, objetivo e determinado para todas as situações; era possível também acreditar que o intérprete era mero revelador do conteúdo preexistente na norma. Portanto, os limites ao papel interpretativo do Judiciário já se encontravam na própria norma escrita, não lhe sendo admitido qualquer criatividade em sua concretização.

O constitucionalismo rompe com essa visão tradicional ao estabelecer a supremacia dos direitos humanos. Essas normas, dotadas de conteúdo moral e aberto, fornecem apenas o início de solução, não sendo possível que na sua exteriorização escrita existam todos os elementos para formação do seu sentido.

Conforme visto na primeira parte do presente estudo, a Revolução dos Direitos Humanos com a consequente opção pelo constitucionalismo por diversos países, colocou os direitos humanos no centro do debate jurídico, transferindo questões de conteúdo moral e político ao Judiciário. Houve, dessa forma, uma expansão dos papéis desse Poder, que passa a construir o significado dos direitos humanos e fundamentais quando do julgamento dos casos constitucionais difíceis.

É nesse contexto que se deve pensar quais serão os limites a serem colocados na interpretação judicial dos direitos humanos. Como essa realidade já é presente nos países do *common law*, que nunca tiveram a ilusão de que os limites do intérprete estariam contidos no próprio texto normativo, é que se propõe o estudo da doutrina do *stare decisis* para verificar de que modo a mesma foi pensada a dar coerência e segurança jurídica ao sistema.

Pretende-se, assim, estudar, no presente capítulo, a doutrina dos precedentes vinculantes, assim como de que modo a *ratio decidendi* é identificada para que haja vinculação aos precedentes nos casos futuros. Também serão examinadas as hipóteses de revogação (*overruling*) e distinção (*distinguishing*) dos precedentes como componentes da própria doutrina.

1.1

Doutrina do *Stare decisis*

Tendo em vista que nos países de tradição do *common law* as regras de direito foram construídas fundamentalmente pelas decisões dos Tribunais, foi necessário estabelecer a doutrina do *stare decisis* como forma, inclusive, de conferir certeza ao sistema jurídico, ou seja, acaba por ser um correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial.

Para BISHOP, o *common law* se funda principalmente na racionalidade enquanto o *civil law* e suas codificações se fundam no comando;⁴⁹⁰ isso quer dizer que há uma racionalidade ao se seguir as decisões judiciais no sistema de *common law*, na medida em que se garante dessa forma uma estabilidade e uniformidade.⁴⁹¹

Os debates sobre o papel do precedente são tão antigos quanto o precedente em si mesmo. HEALY⁴⁹² traz alguns casos, como o de Justiniano, que se opôs a que os juízes se reportassem às decisões anteriores porque isto poderia prejudicar seu poder de elaborar leis. Já Edward Coke, em 1607, invocara a autoridade do Precedente no *Case of Prohibitions*⁴⁹³ para limitar o poder do Rei de decidir casos.

VIEIRA explica que os juízes, no direito inglês, tinham o hábito de reunir-se para discutir os casos mais importantes e complexos, reuniões essas que aconteciam na Exchequer

⁴⁹⁰ BISHOP, Joel Prentiss. *Common law and Codification or The Common law as a system of Reasoning* – How and Why essential to good government; what its perils, and how averted. Chicago: Law Book Publishers, 1888, p. 3-4.

⁴⁹¹ “Following instinct, or conscience, or whatever else we call it, - in other words, moved by impulses from the nature given by God to man, - he, while living as all must in society, establishes various customs and usages. After they become universal the court takes judicial cognizance as law. (...) Especially it takes judicial cognizance of reason, and of the fact that directly or indirectly it is the highest guide of man. It thus becomes the highest guide of the court, so that our law is denominated a “system of reason”. It accepts judicial decisions as guides for future cases, because reason teaches the importance of stability and uniformity.” “Seguindo os instintos ou a consciência, ou seja lá como se chama, - em outras palavras, movido por impulsos da mesma natureza dados por Deus ao homem,- ele, enquanto vive numa sociedade como todos deveriam, estabelece vários usos e costumes. Depois que eles se tornam universais a Corte toma o conhecimento judicial como lei. (...) Em especial, ela toma o conhecimento judicial sobre a racionalidade, e sobre o fato de que direta ou indiretamente ela é o maior guia do homem. Ela então se torna o maior guia da Corte, de modo que a nossa lei fica dominada por um “sistema de racionalidade”. Ela aceita decisões judiciais como guias para casos futuros, porque a racionalidade ensina a importância da estabilidade e da uniformidade.” Ibidem, p. 9-10.

⁴⁹² HEALY, Thomas, *Stare decisis and the Constitution: Four Questions and Answers*. *Notre Dame Law Review*, v. 83, 2008; Seton Hall Public Law Research Paper No. 1019558. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1019558>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

⁴⁹³ 12 Co Rep 64, 77 ER 1342, [1607] EWHC KB J23. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1607/J23.html>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

Chamber. Os juízes, então, chegavam a uma decisão comum e depois os casos retornavam à Corte de origem para aí então ser prolatada a sentença; eram os juízes quem optavam por encaminhar ou não o caso para Câmara Exchequer.⁴⁹⁴

Um precedente importante foi um incidente que aconteceu em 1483 quando a Câmara de Exchequer (*Exchequer Chamber*) decidiu por maioria um caso originado na *Court of Common Pleas*. Quando o presidente da Corte de *Common Pleas* julgou, ele explicou que discordava da decisão da Câmara, mas que estava vinculado a adotar o ponto de vista majoritário.⁴⁹⁵ O princípio majoritário vinculava, dessa feita, os juízes que participavam do julgamento.

Logo depois, apareceu o questionamento sobre quando e em que condições uma decisão deveria vincular juízes que estavam julgando casos posteriores que envolvessem normas já previamente estabelecidas pela Câmara. Deste modo, no século XVII, foi definido que uma decisão da Câmara de Exchequer seria um precedente vinculante, defendendo-se que uma decisão colegiada de uma Corte tinha quase a mesma hierarquia que uma lei promulgada pelo Parlamento.⁴⁹⁶

Nesse período, apenas as decisões da Câmara de Exchequer criavam *binding precedents*, nem as decisões da *House of Lords* tinham esta autoridade.⁴⁹⁷

No final do século XVIII, certamente já existia no Judiciário inglês a prática de se respeitar os precedentes, mas, como ressalta DUXBURY, o fato de que não havia uma clara hierarquia entre as Cortes tornava difícil e até mesmo impossível estabelecer que uma decisão fosse vinculativa para outra por causa da fonte de que emanou.⁴⁹⁸

Foi só no século XIX que se sistematizou a doutrina dos precedentes de forma simétrica e rígida como ela existe hoje. No caso *Mirehouse v. Rennell*, de 1833, o juiz James Parke se manifestou favorável à aplicação dos precedentes em prol da uniformidade, consistência e certeza:

Our common-law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedent; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly

⁴⁹⁴ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e Common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007, p. 115

⁴⁹⁵ PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law*. 5. ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001, p. 347.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 347-348.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 350.

⁴⁹⁸ DUXBURY, Neil. The authority of precedent: two problems. *Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law*. University of Toronto, 2005. p. 4.

unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised.⁴⁹⁹

Ainda, é possível afirmar que a regra do precedente só foi imposta na Inglaterra na segunda metade do século XIX, após sofrer a influência da doutrina legalista francesa que se implantou nesse período, fundando, destarte, a obrigatoriedade de os juízes ingleses recorrerem às regras estabelecidas por seus antecessores⁵⁰⁰, especialmente pela preocupação com a certeza e segurança jurídicas.

Ressalta-se a importância que assume o sistema integrado de Relatórios de Casos (*Law Reports*) num sistema de precedentes judiciais. Os *law reports* são relatos de casos decididos pelas Cortes, compreendendo a exposição dos fatos de cada caso e as razões, os fundamentos dados ao julgamento pela Corte. Hoje os relatórios dos casos são elaborados por advogados e depois aprovados pelos juízes do Tribunal, ou seja, são repassadas para o papel as discussões orais realizadas perante as Cortes.⁵⁰¹

Normalmente os *law reports* devem excluir aqueles casos que foram decididos sem discussão, uma vez que neles não é possível identificar a *ratio decidendi* a vincular os casos futuros, aqueles que não têm valor como precedentes e aqueles que sejam mera repetições de outros que já foram previamente relatados. Por outro lado, os relatórios dos casos devem dar importância a todos os casos que introduzem, ou parecem introduzir, um novo princípio ou uma nova regra; aqueles que alteram materialmente um princípio ou regra já existente; aos que esclarecem um ponto controvertido do direito e aqueles que sejam aparentemente úteis do ponto de vista informativo.⁵⁰²

Para além das preocupações acima, os *law reports* devem ser exatos em cada detalhe, contendo tudo que for essencial e útil ao mesmo tempo, e, ainda, devem ser concisos na medida do possível. Desse modo, devem apresentar as partes, a natureza do pedido, os fatos

⁴⁹⁹ “O nosso sistema de common-law consiste na aplicação de novas combinações de circunstâncias às regras de direito que derivam de princípios legais e jurisprudenciais, e para o objetivo de atingir a consistência, uniformidade e segurança, temos que aplicar essas regras, onde não forem claramente irracionais e inconvenientes, a todos os casos que surgirem, e não temos a liberdade de rejeitá-los, e abandonar todos os casos análogos com eles, aqueles aos quais não tenham sido judicialmente aplicada, porque pensamos que as regras não são tão convenientes e razoáveis como poderíamos ter concebido”. *Mirehouse v. Rennell* Apud MCCALLUM, Margaret; SCHMEDEMANN, Deborah A.; KUNZ, Christina L. *Synthesis: legal reading, reasoning and writing in Canada*. 2. ed. Toronto: CCH Canadian, 2008, p. 65.

⁵⁰⁰ EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*, Ed. New York: Oxford University Press, 1987, p. 35 e 57.

⁵⁰¹ MARTIN, Elizabeth A. (Ed.). *A Dictionary of Law*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2003. p. 281.

⁵⁰² THE INCORPORATED COUNCIL OF LAW REPORTING. Disponível em: <<http://www.lawreports.co.uk/AboutICLR/history.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

essenciais, os pontos contestados pelo advogado e os fundamentos nos quais se baseou o julgamento.⁵⁰³

Na medida em que os precedentes podem ser entendidos como decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões subsequentes, é possível afirmar que aplicar lições do passado para solucionar problemas atuais e futuros faz parte da razão humana prática.⁵⁰⁴ Veja-se o seguinte exemplo: “Pense numa criança que insiste que não tem que usar bermuda para ir á escola, porque quando seu irmão tinha 7 (sete) anos, era permitido que o mesmo usasse calça ou pense ainda num burocrata que responde ao cidadão que pede uma consideração especial dizendo que nunca fizeram aquilo antes”.⁵⁰⁵ Nas palavras de Frederick SCHAUER, em diversas instâncias, seja no direito, seja fora dele, o fato de que algo foi feito antes garante, por si só, uma razão para se fazer da mesma maneira de novo.⁵⁰⁶

O corpo de precedentes disponíveis para serem considerados em qualquer sistema jurídico representa, assim, uma acumulação de conhecimento do passado. Não é sempre, e não tem que ser sempre, que existe uma perfeita equivalência entre um novo caso e algum precedente. É mais provável que, para cada caso novo, um conjunto de decisões prévias garanta alguns modelos similares que possam ser adotados ou adaptados para solucionar o problema que se enfrenta atualmente.

O precedente é, por definição, a prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos.⁵⁰⁷

Diante disso, na medida em que as decisões de hoje funcionarão como precedentes aos futuros julgadores, deve haver uma responsabilidade especial em relação a vincular o futuro antes de se chegar lá.⁵⁰⁸

Nos países que adotaram o sistema de *common law*, é um princípio fundamental da

⁵⁰³ Idem.

⁵⁰⁴ MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth, 1997, p. 2.

⁵⁰⁵ “Think of the child who insists that he should not have to wear short pants to school because his older brother was allowed to wear long pants when he was seven. Or think of the bureaucrat Who responds to the supplicant for special consideration by saying that “we’ve never done it that way before”. SCHAUER, Frederick. *Precedent. Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 572. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 18 dez. 2008.

⁵⁰⁶ SCHAUER, Frederick. *Precedent. Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 572. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 18 dez. 2008.

⁵⁰⁷ AKANMIDU, Raphael A. The Morality of Precedent in Law, *Ratio Juris*, v. 14, n. 2, jun. 2001, p. 244-251.

⁵⁰⁸ SCHAUER, Frederick. Op. cit., p. 573.

administração da justiça que casos semelhantes devem ser decididos de modo semelhante.⁵⁰⁹ Em quase todas as jurisdições, um juiz é inclinado a decidir um caso do mesmo modo que um caso similar foi decidido por outro juiz. A força desse movimento pode variar de acordo com a tradição e o sistema adotado. Pode ser mais do que uma mera tendência ou inclinação de fazer o que os outros fizeram previamente, ou pode ser a exteriorização de uma obrigação positiva de seguir uma decisão prévia na ausência de justificativa para se partir da mesma. O precedente judicial tem um efeito persuasivo em quase todos os lugares, inclusive em países de tradição de *civil law*, porque o *stare decisis* (observância do que foi previamente decidido) é uma máxima de aplicação quase universal.⁵¹⁰

A doutrina que estuda o uso dos precedentes se chama *stare decisis*, que é o nome abreviado da doutrina de respeito aos precedentes que se encontra na base dos sistemas jurídicos de *common law* que imperam nos países anglo-saxões, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e outros. O nome completo da doutrina do *stare decisis* é *stare decisis et quieta non movere*.⁵¹¹

A ideia que decorre da doutrina do *stare decisis* é a de respeito às decisões judiciais precedentes, ou respeito aos precedentes, decisões que já foram tomadas anteriormente por outros tribunais e que resolveram problema semelhante (*treat like cases alike*). Diversamente do que ocorre nos sistemas de *civil law*, o *stare decisis* significa que mesmo uma única decisão tomada individualmente pelos tribunais deve ser respeitada, é o que GOODHART⁵¹² chama de “doutrina do precedente individual obrigatório”, ou seja, um só precedente é o bastante para constituir direito e gerar obrigação.⁵¹³

Existem duas variações do *stare decisis*, que pode ser vertical ou horizontal. O *stare decisis* vertical exige que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores. O *stare decisis* horizontal exige que a Corte siga seus próprios precedentes. A explicação para a deferência das Cortes inferiores às Cortes superiores se explica, segundo HERSHOVITZ, na

⁵⁰⁹ “that like cases should be decided alike” CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Op. cit., p. 3.

⁵¹⁰ Idem.

⁵¹¹ Que significa em tradução livre: “aderir aos precedentes e não perturbar as coisas já estabelecidas”. Segundo o Oxford Dictionary of Law *stare decisis* significa: “a maxim expressing the underlying basis of the doctrine of precedent, i.e. that it is necessary to abide by former precedents when the same points arise again in litigation”. “(...) uma máxima que expressa as bases implícitas da doutrina dos precedentes, i.e., diz que é necessário preservar um precedente anterior quando os mesmos pontos surgirem novamente em litígio.” MARTIN, Elizabeth A. Op.cit., p. 475.

⁵¹² GOODHART, Arthur L. Precedent in English and Continental Law, *Law Quarterly Review*, n. 50. The doctrine of the individual binding precedent, 1934.

⁵¹³ LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del ‘*stare decisis*’. *Revista Chilena de Derecho*, v. 33 n.1, p. 109-124, 2006.

medida em que facilita a coordenação entre os juízes e tem o potencial de melhorar o processo de decisão judicial uma vez que os juízes (Ministros) dos tribunais superiores têm maior experiência do que aqueles de 1ª instância. Já o *stare decisis* horizontal se justifica para aqueles que veem o direito como integridade e se comprometem com a história de sua comunidade.⁵¹⁴

A doutrina do *stare decisis* traz a ideia de que os precedentes devem ser seguidos quando, em casos subsequentes, os fatos materiais mais relevantes são os mesmos.

É lógico que para saber quais fatos são exatamente iguais, enfrenta-se certa dificuldade, como na análise de GOODHART acerca da definição da *ratio decidendi* e da *obiter dicta* de um caso determinado, conforme será visto mais adiante.

Apesar da possibilidade de uma decisão de um Tribunal ser aceita pelos litigantes e não obstante a mesma possa estabelecer um precedente que seja mais vinculativo à população, não está totalmente claro que aquela decisão vincula os tribunais no futuro. CROSS and HARRIS explicam que, justamente, a principal característica da doutrina do precedente inglês está em sua natureza fortemente coercitiva.⁵¹⁵

Os juízes ingleses, assim como seus *counterparts* em outras jurisdições, devem olhar para as decisões anteriores dos tribunais superiores, e em alguns casos estão obrigados a seguir (adotar) o caso precedente mesmo que tenham boas razões para não o fazer.⁵¹⁶

A questão então consiste em saber por quais motivos os precedentes vinculam.

⁵¹⁴ “The key to understanding the practice of *stare decisis*, I shall argue, lies elsewhere. Specifically, it lies in the virtue Ronald DWORKIN calls integrity. Integrity is a value that is realized by patterns of behavior a CROSS time. The unique demand that integrity makes upon both individuals and courts is that they recognize that what they have done in the past affects what they ought to do now. *Stare decisis*, I aim to show, promotes integrity in judicial decision making. (...) As we shall see, a court with no concern for the integrity of its own decision making would not need to distinguish or overrule its precedents. It could simply ignore them.” “A chave para se entender a prática do *stare decisis*, eu devo argumentar, repousa em outro ponto. Especificamente, ela paira na virtude que Ronald DWORKIN chama de integridade. Integridade é um valor que é realizado por padrões de comportamento reiterados no tempo. A única demanda que a integridade faz sobre ambos indivíduos e Tribunais é que eles reconheçam que o que eles fizeram no passado influencia o que eles devem fazer agora. *Stare decisis*, eu quero demonstrar, promove a integridade no processo de decisão judicial. (...) Como nós veremos, um Tribunal sem preocupação com a integridade de seus próprios processos de decisão não precisaria distinguir ou rejeitar seus precedentes. Ele poderia simplesmente ignorá-los”. HERSHOVITZ, Scott. Integrity and *Stare decisis*. In: HERSHOVITZ, Scott. (Ed.). Exploring Law’s Empire. New York: Oxford University Press, 2008, p.103-104.

⁵¹⁵ “The strongly coercive nature of the English doctrine of precedent is due to rules of practice, called ‘rules of precedent’, which are designed to give effect to the far more fundamental rule that English law is to a large extent based on case-law. Case law consists of the rules and principles stated and acted upon by judges in giving decisions.” “A forte natureza coercitiva da doutrina inglesa dos precedentes se deve a regras práticas, chamadas ‘rules of precedent’, que foram elaboradas para dar efeito à regra muito mais fundamental de que o direito inglês é em sua maior parte baseado em casos legais. Casos legais consistem em regras e princípios estabelecidos e utilizados por juízes em determinadas decisões.” CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. Precedent in English Law. 4 ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 3.

⁵¹⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. Op.cit., p. 3. DUXBURY, Neil. *The authority...*, p. 2.

DUXBURY afirma que a resposta pode ser que os precedentes vinculam porque são vetores para a argumentação e porque os juízes acreditam que um problema pode ser satisfatoriamente resolvido, utilizando-se as razões de uma decisão anterior ao invés de enfrentar o problema novamente.⁵¹⁷

Outra questão importante é verificar a relação entre a força obrigatória dos precedentes com uma determinada sanção aplicável ao juiz que se recuse ao respeitar o *stare decisis*.

De um modo geral, o caráter coercitivo na aplicação das normas jurídicas é atribuído ao fato de que são acompanhadas por sanções que emanam de uma fonte de autoridade que é normalmente respeitada tanto no meio jurídico quanto pela população em geral.

Esse caráter coercitivo é o que distingue as normas jurídicas das leis morais, pois, enquanto estas, se descumpridas, levam apenas a sanções morais por ausência de coercibilidade, as normas jurídicas, dado seu caráter coercitivo, implicam que, dada uma violação, seja aplicada uma sanção.

Em relação à força obrigatória dos precedentes, é possível dizer que estes têm caráter coercitivo, em que pese não existir uma sanção jurídica a respeito.

Se um juiz reiteradamente se recusa a aplicar os casos aos quais estaria vinculado, CROSS e HARRIS respondem que é possível que ele perca seu cargo, mas, na verdade, o que o impele é muito mais a possibilidade de uma reprovação moral por parte dos outros juízes do que eventual receio em receber punição. A uniformidade e aceitação pelos juízes em seguir o precedente são tão grandes que não há sequer comentários por parte da doutrina ou tribunais a respeito.⁵¹⁸

DUXBURY ratifica a posição de CROSS e HARRIS no sentido de que as normas que regem a aplicação de precedentes estão relacionadas à prudência, os juízes as aplicam para que o sistema de *case-law* seja mantido e não por medo de serem punidos em caso de não se submeterem aos precedentes. Quando os juízes não desejam seguir o precedente é naturalmente aceito que eles possam tanto distinguir (*distinguish*) o precedente do caso atual quanto superá-lo (*overrule*) com base em razão ou conjunto de razões bastante convincentes. E conclui que esta não é uma questão que seja preocupante para juízes ou juristas, porque é muito raro que exista um juiz que seja manifestamente desrespeitoso ou desatento aos

⁵¹⁷ Ibidem, p. 152.

⁵¹⁸ Precedent in English law, p. 99.

precedentes.⁵¹⁹

No caso da Inglaterra, a doutrina do precedente tem uma forte natureza coercitiva, o que se deve às normas de prática, chamadas de normas do precedente (*rules of precedent*), que existem para tornar efetiva a norma fundamental de que o direito inglês é um direito eminentemente jurisprudencial (*case-law*).

O direito jurisprudencial inglês é composto por regras e princípios apresentados, decididos e efetivados por juízes em determinadas decisões. Por consequência, num caso subsequente, o juiz terá que observar os princípios que fundamentaram os precedentes, uma vez que estes não são considerados meras informações que podem ser utilizadas pelo juiz para chegar a sua decisão.

Entretanto, esta coercibilidade não significa sanção. Quando se afirma que o direito inglês é um direito baseado na jurisprudência, significa dizer que as decisões dos juízes em um caso particular constituem um precedente.⁵²⁰

Os precedentes podem ser classificados em precedentes meramente persuasivos e precedentes de caráter vinculante. Em relação aos primeiros, o juiz está obrigado apenas a considerar o precedente anterior como um dos fundamentos de sua decisão, salvo se ele tiver razões para não o fazer. Já nos casos dos precedentes vinculantes o juiz, no caso atual, pode ser obrigado a decidi-lo do mesmo modo que foi decidido anteriormente, mesmo que ele possa dar uma boa justificativa para não o fazer.⁵²¹

Até 1966, a *House of Lords* estava vinculada a seguir seus próprios precedentes, prevalecendo a decisão tomada no caso *London Tramways v. County Council*,⁵²² em 1898, no sentido de que uma decisão da *House of Lords* acerca de determinada questão jurídica é conclusiva sobre a própria casa, não podendo ser pela mesma rediscutida ou revista. Pretendia-se, com esta decisão, garantir certeza para a população em geral, além de desencorajar litigação desnecessária.

⁵¹⁹ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p. 3.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 3-4.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 4.

⁵²² *London Tramways v. County Council* (1898) AC 375 apud. DUXBURY, Neil. *The authority...*, p.

A partir do *Practice Statement* de 1966⁵²³ foi alterada essa diretriz, entendendo-se que uma rígida aderência ao precedente poderia levar à injustiça num caso particular, podendo levar, ainda, de modo excessivo e inapropriado, a restringir o próprio “desenvolvimento” do direito. Desse modo, a partir de então, a *House of Lords* teria a possibilidade de decidir se seu precedente era vinculante para si ou não,⁵²⁴ considerando-se livre para, em algumas circunstâncias, anular suas próprias decisões. A decisão proferida no *Practice Statement* pode ser considerada uma evidência de que um Tribunal pode voltar atrás em suas palavras.

Essa mudança de entendimento se justifica por se entender que uma rígida aderência aos precedentes pode perpetuar injustiças e impedir um desenvolvimento do direito que valha a pena.

Atualmente, a doutrina inglesa do precedente está em constante mutação. Não obstante, devem-se observar algumas premissas relacionadas ao respeito de uma única decisão de uma Corte superior. Primeiro, a decisão de determinada Corte é um precedente persuasivo para as Cortes superiores aquela na qual foi emanada a decisão. Em segundo lugar, uma única decisão é sempre um precedente vinculante em relação a Cortes inferiores àquela da qual o precedente foi emanado. Por fim, todas as Cortes estão vinculadas a suas prévias decisões, com exceção da *House of Lords*.⁵²⁵

⁵²³ “Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.” “Suas Excelências tomam o uso do precedente como uma base indispensável por meio da qual decidem qual é o direito e qual a sua aplicação aos casos individuais. O precedente proporciona ao menos algum grau de certeza no qual os indivíduos podem confiar para conduzir seus negócios, assim como uma base para o desenvolvimento ordenado de regras legais. Suas Excelências, no entanto, reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode levar à injustiça a um caso em particular e também restringir excessivamente o adequado desenvolvimento da lei. Eles propõem, portanto, modificar a prática atual e, enquanto tratam as decisões anteriores dessa Casa como normalmente vinculantes, divergir de uma decisão anterior quando isto se mostrar necessário. Nesta conexão eles terão em mente o perigo de atrapalhar retroativamente as bases nas quais contratos, ajustes de propriedades e acordos fiscais foram firmados e também a especial necessidade de certeza que se deve ter em matéria de direito criminal. Esse enunciado não pretende afetar o uso dos precedentes em qualquer outro lugar que não nesta Casa.” *Practice Statement House of Lords Judicial Precedent* [1966] 1 WLR 1234. Ver: *Ibidem*, p. 125-126. Ver MACCORMICK, D. Neil. *Op. cit.*, *Can stare decisis be abolished*, p. 198 “unquestionably this change will remove the worst effects of the *stare decisis* rule, in that inconvenient or unjust rules will be capable of reconsideration”. “(...) inquestionavelmente essa mudança irá eliminar os piores efeitos da regra do *stare decisis*, em que decisões inconvenientes ou injustas poderão sofrer reconsideração.”

⁵²⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.*, p. 4.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 5-6.

Por outro lado, nos EUA, a doutrina do precedente foi construída pelo reconhecimento de que decisões judiciais têm força de lei e devem ser respeitadas, não apenas pelas partes envolvidas no caso em particular, mas também pelo governo, pelo público, por advogados e pelos próprios tribunais.⁵²⁶

A discussão sobre precedentes nesse país é mais recente, especialmente a partir de dois casos emblemáticos, que discutiram a aplicação da teoria do *stare decisis*. O primeiro caso seria a decisão da Suprema Corte americana no caso *Casey*,⁵²⁷ que afirmou o direito ao aborto primeiramente reconhecido na decisão *Roe v. Wade*,⁵²⁸ no qual a polêmica se deu especialmente se o caso precedente estava certo e se não estava deveria a Corte aplicar outra melhor interpretação da Constituição. O segundo caso que provocou a polêmica a respeito da adoção de precedentes nos EUA foi a respeito da impossibilidade de que Cortes federais pudessem adotar opiniões que não tinham sido publicadas nos *federal reports*, muitos críticos argumentaram que opiniões não publicadas criavam um corpo de *underground law*⁵²⁹ que enfraquecia a previsibilidade.⁵³⁰

O uso do precedente pelos tribunais americanos deve ser considerado, segundo SELLERS, muito mais como uma tradição ou prática, do que efetivamente como uma doutrina jurídica, uma vez que está tão enraizado na cultura jurídica, que é aplicado sem muita reflexão pelos juízes.⁵³¹

Entende-se a importância de se seguir os precedentes sob pena de se ter decisões inconsistentes e instáveis, o que levaria a um sistema judicial caótico. Além disso, o respeito

⁵²⁶ SELLERS, Mortimer Newlin Stead. Op. cit., p. 2.

⁵²⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. V. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?vol=505&invol=833&court=US>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

⁵²⁸ *ROE v. WADE*, 410 U.S. 113 (1973) Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

⁵²⁹ HEALY, Thomas. Op. cit., p. 4-5.

⁵³⁰ Essa discussão sobre o status constitucional do *stare decisis* e o papel constitucional dos precedentes levou a doutrina a um debate acerca de três questões principais, se a doutrina do *stare decisis* era exigida pela Constituição, se era proibida pela Constituição e se o congresso poderia revogar a *stare decisis*, e sobre o papel constitucional do *stare decisis*. HEALY explica que embora alguns autores entendessem que isso seria inerente ao próprio Poder Judiciário, e seria justificado no Federalista n. 78, e que o *stare decisis* seria necessário para a legitimidade das Cortes sendo um requisito constitucional implícito, que ele não acredita que a doutrina do *stare decisis* teria sido abraçada pelas Cortes desde 1789, o que só teria acontecido na segunda metade do século seguinte e aplicaram o princípio por mais de 150 anos. E em suas palavras: “This long-standing practice has likely created an expectation that courts will continue to adhere to precedent. And to the extent that their legitimacy now rides on this expectation, they may not be free to abandon the doctrine.” “Esta antiga e vigente prática parece ter criado uma expectativa de que as Cortes continuarão a aderir aos precedentes. E sua legitimidade depende tanto dessa expectativa a ponto de que eles podem não ser mais livres para abandonar a doutrina”. Ainda, pela prática constitucional o autor conclui que o *stare decisis* não está proibido na Constituição. *Ibidem*, p. 8-9.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 19.

aos precedentes pelos tribunais garante a fé pública no Judiciário, como fonte de julgamentos impessoais e fundamentados.⁵³²

Deve-se observar que uma das críticas reiteradas em relação à adoção da doutrina dos precedentes se dá especialmente quando há erro no julgamento de determinado caso. Não obstante esta seja uma possibilidade real, isso por si só não tem o condão de retirar a confiabilidade na doutrina do precedente.⁵³³

GOODHART explica que a "doutrina do precedente está baseada na teoria de que, como regra geral, os juízes não cometem erros de fato ou de direito".⁵³⁴ Excepcionalmente, "um juiz pode basear sua decisão erroneamente num fato inexistente, mas é melhor sofrer com este erro, por mais doloridos que seus resultados possam ser aos litigantes individuais, do que duvidar de todos os precedentes no qual o direito do *common law* está baseado".⁵³⁵

É importante deixar claro que mesmo que um juiz ou Tribunal esteja vinculado a suas próprias decisões, não há nenhuma regra de direito que proíba a revisão de um

⁵³² Ibidem, p. 20.

⁵³³ "Many think that *stare decisis* binds even the highest court in a jurisdiction for follow precedents that were decided incorrectly. Indeed, the view is commonly held by legal scholars and judges alike. But if that is what *stare decisis* really requires, it is puzzling. What could justify a principle that requires courts to make the same mistakes over and over again? Surely a better principle (one that most of us endorse) is that people should own up to their mistakes and seek not to repeat them. Could legal reasoning really be so different from everyday reasoning that principle requires courts to make mistakes repeatedly rather than correct them?" "Muitos pensam que o *stare decisis* vincula até mesmo as mais altas Cortes de uma jurisdição a seguir precedentes que foram decididos incorretamente. Com efeito, essa visão é geralmente adotada por juristas e magistrados. Mas se é isso que o *stare decisis* realmente demanda, então é intrigante: o que poderia justificar um princípio que exige que os Tribunais cometam o mesmo erro repetidas vezes? Com certeza um princípio melhor (um que a maioria de nós aprove) seria o de que as pessoas deveriam reconhecer seus erros e buscar não repeti-los. Poderia a racionalidade jurídica ser tão diferente da racionalidade cotidiana a ponto de um princípio demandar que os Tribunais cometam erros repetidas vezes ao invés de corrigi-los?". HERSHOVITZ, Scott. Op. cit., p. 103.

⁵³⁴ GOODHART, Arthur L. *Determining...*, p. 181-182.

⁵³⁵ "... the whole doctrine of precedent is based on the theory that as a general rule judges do not make mistakes either of fact or of law. In an exceptional case a judge may in error base his conclusion on a non-existent fact, but it is better to suffer this mistake, which may prove of benefit to the law as a whole, however painful its results may have been to the individual litigant, than to throw doubt on every precedent on which our law is bases". "... toda a doutrina de precedentes está baseada na teoria de que, como uma regra geral, os juízes não cometem erros sejam eles de fato ou de direito. Num caso excepcional um juiz pode, por equívoco, fundamentar sua conclusão num fato não existente, mas é melhor sofrer esse erro, que pode se mostrar benéfico para o direito como um todo, ainda que seus resultados sejam dolorosos para o litigante individual, do que lançar dúvida sobre cada precedente sobre o qual nosso direito se baseia". Idem.

precedente para correção de um erro no julgamento.⁵³⁶ Do mesmo modo que é possível distinguir o caso atual do antigo de modo a dar efeito a visão mais aceita pela sociedade no momento.

Note-se que, diversamente da Inglaterra, que previa a obrigatoriedade de suas Cortes respeitarem seus precedentes mesmo que equivocados ou irrazoáveis, nos Estados Unidos prevaleceu o entendimento de que era mais importante que a Corte estivesse certa numa consideração mais recente e elaborada de um caso do que consistente com decisões anteriores.

Outro ponto que merece destaque quando se estuda a doutrina dos precedentes é a relação que se faz entre o precedente e a experiência.

DUXBURY explica que quando se decide com base na experiência, se está a valorizar a experiência pelo que ela ensina.⁵³⁷ Do mesmo modo, SCHAUER ensina que “when reasoning from experience, the facts and conclusions of the past have no significance apart from what they teach us about the present”.⁵³⁸

Nesse sentido o autor traz o seguinte exemplo:

Quando minha filha caçula exige que eu compre um telefone celular em seu aniversário de 11 anos, ela justifica seu pedido pelo precedente: sua irmã mais velha recebeu um telefone celular em seu aniversário de 11 anos. Quando eu me recuso a comprar o telefone celular para minha filha mais nova em seu aniversário de 11 anos, eu justifico minha decisão com base na experiência da inabilidade de sua irmã em ser uma proprietária responsável de telefone celular aos 11 anos.⁵³⁹

Quando se toma uma decisão com base no precedente, considera-se significativo o fato de que a situação atual já foi abordada anteriormente, mas não se irá valorar o precedente pelo que ele ensina. Em alguns casos, é possível acompanhar os precedentes mesmo que os

⁵³⁶ “Although you are bound by your own decisions as much as any court would be bound, so that you could not reverse your own decision in a particular case, yet you are not bound by any *rule of law* which you may lay down, if upon a subsequent occasion you should find reason to differ from that rule; that is, this House, like every court of justice, possesses an inherent power to correct an error into which it may have fallen”. “Embora você esteja vinculado às suas próprias decisões quanto qualquer Tribunal, a ponto de que você não possa reverter sua própria decisão em um caso particular, ainda assim você não estaria vinculado a nenhuma *rule of law* que se pudesse estabelecer, se numa ocasião subsequente você encontrasse uma razão para discordar daquela regra; isto é, esta Casa, como todas as Cortes de justiça, possui um poder inerente de corrigir um erro no qual ela possa ter incidido.” *The limits of precedent: Being the presidential address of the Rt. Hon. Viscount Simon, Lord Chancellor, president of the Holdsworth Club of the students of the Faculty of Law in the University of Birmingham, 1942-43.* [Unknown Binding], Published by the Holdsworth Club of the University of Birmingham, p. 7.

⁵³⁷ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p. 2.

⁵³⁸ SCHAUER, Frederick. Op. cit., p. 576.

⁵³⁹ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p. 2.

mesmos não sejam aprovados⁵⁴⁰, ou seja, a regra da *stare decisis* não pode ser aplicada apenas em relação às decisões “boas” ou “justas”, se assim o fosse, não teria qualquer valor ou significado. É como a ideia de aplicar a lei na *civil law*, mesmo que nem sempre o juiz concorde com ela.

Do mesmo modo, a regra do precedente não deve ser confundida com a deferência à autoridade de juristas mais experientes. Ainda que se acredite que determinado juiz era infalível, seguir o seu julgamento não significa que se está a aplicar a regra do *stare decisis*, conforme explica Max RADIN,⁵⁴¹ mas sim um gesto de humildade ou reverência, ou ainda, um exemplo de inércia. Se uma lei já foi descoberta por uma pessoa, é melhor ajustá-la e aplicá-la do que descobrir uma nova regra a ser aplicada, pois seria como querer reinventar a roda.

Destarte, se um Tribunal segue a uma decisão anterior, por considerar ter sido pronunciada por uma autoridade, porque é a decisão certa, porque é lógica, porque é justa, porque está de acordo com o peso da autoridade, porque tem sido geralmente aceita e cumprida, porque garante um resultado benéfico para a comunidade, então para RADIN não se trata de uma aplicação do *stare decisis*.⁵⁴² Para que a aplicação da decisão anterior seja considerada o cumprimento da regra do *stare decisis*, a decisão anterior deve ser seguida porque é uma decisão anterior, e por nenhum outro motivo.

Isso significa dizer que a regra do *stare decisis* é evidente e demonstravelmente

⁵⁴⁰ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p. 2 No mesmo sentido SCHAUER: “But if we are truly arguing from precedent, then the fact that something was decided before gives it present value despite our current belief that the previous decisions was erroneous.” “Mas se nós estamos realmente argumentando a partir de um precedente, então o fato de que algo já foi decidido anteriormente lhe dá um valor atual mesmo que nossa crença atual seja no sentido de que a decisão anterior era equivocada”. SCHAUER, Frederick. Op. cit., p. 575.

⁵⁴¹ “If a court follows a previous decision, because a revered master has uttered it, because it is the right decision, because it is logical, because it is just, because it accords with the weight of authority, because it has been generally accepted and acted on, because it secures a beneficial result to the community, that is not an application of *stare decisis*. To make the act such an application, the previous decision must be followed because it is a previous decision and for no other reason, and it becomes clear that we cannot be certain that the rule is being followed, unless it is *contre coeur*, just as Kant was undoubtedly right in holding that obedience to the categorical imperative is discernible only when something disagreeable is commanded.” “Se um Tribunal segue uma decisão anterior, por que um mestre reverenciado a pronunciou, porque é a decisão correta, porque é lógica, porque é justa, porque está de acordo com o peso da autoridade, porque ela foi genericamente aceita e colocada em prática, porque assegura um resultado benéfico para a comunidade, ela não é uma aplicação do *stare decisis*. Para que um ato seja considerado uma aplicação do *stare decisis*, a decisão anterior deve ser seguida porque é uma decisão anterior e não por outro motivo, e se torna claro que nós não podemos ter a certeza de que a regra está sendo seguida, a menos que ela seja *contre coeur*, tal como Kant estava, sem dúvida alguma, certo ao afirmar que a obediência ao imperativo categórico é discernível apenas quando alguma coisa discordante for exigida.” RADIN, Max. *Case Law and Stare decisis: Concerning "Präjudizienrecht in Amerika"* *Columbia Law Review*, v. 33, n. 2, fev. 1933. p. 200-201. Published by: Columbia Law Review Association. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1115948>>. Acesso em: 29 jan. 2009.

⁵⁴² Idem.

mantida apenas quando a Corte declara que aquela conclusão que a regra constringe não é necessariamente uma conclusão à qual a Corte teria chegado de modo livre, que não precisa ter aprovado o precedente moralmente, ou ainda que ele não se fundamenta no senso moral, equidade ou bem-estar social.

Assim sendo, se houver qualquer motivo adicional para se adotar uma decisão, além da coercibilidade do precedente, a situação se tornaria obscura. O *stare decisis* pode estar sendo aplicado, mas não se pode ter certeza disso. Por outro lado, se realmente existe um precedente coercitivo, qualquer outra razão será irrelevante.⁵⁴³

Dizer que uma Corte chegou a determinada conclusão porque está parcialmente seguindo um precedente e parcialmente porque a decisão é justa, é, para RADIN, realmente impossível. É possível afirmar que a conclusão foi justa e ainda que aconteceu de estar de acordo com o precedente, ou que o precedente está sendo seguido e que também aconteceu de estar garantindo um resultado justo. Em quaisquer dos casos, o segundo motivo não acrescenta nada aos motivos para a decisão da Corte.⁵⁴⁴

A elaboração de normas pelo Poder Judiciário (*judicial law-making*) é, entre outras coisas, relacionada à possibilidade de ampliar as doutrinas e normas já existentes, ajustando-as sucessivamente as graduais mudanças tecnológicas, econômicas ou sociais e introduzindo pequenas alterações para evitar as indesejáveis e não intencionais consequências de aplicar regras a circunstâncias que não foram anteriormente previstas quando essas regras foram editadas. Ou seja é a própria ideia de que o direito deve se desenvolver e se adaptar à realidade social.⁵⁴⁵

Não se pode esquecer que um precedente pode ser parcial e incompleto, de modo que deixe uma certa abertura para que haja algum grau de revisão do mesmo; não obstante, mesmo nesses casos, ele contém fundamentos que devem ser excluídos, determinando que não se decida de determinada maneira.⁵⁴⁶

Seria o mesmo que o romance em cadeia de DWORKIN, ou o direito como integridade, na medida em que a vinculação não é absoluta, mas deve-se partir daquele ponto para frente, e para reformular deve-se discutir porque aquele caso não se aplica, ou porque os fatos não são os mesmos, ou porque erraram ou, ainda, porque a sociedade mudou.

Segundo DUXBURY, há pelo menos três maneiras em que se pode conceber um

⁵⁴³ Idem.

⁵⁴⁴ Idem.

⁵⁴⁵ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p.105.

⁵⁴⁶ Idem.

precedente. A primeira seria a opinião de que a maioria das decisões judiciais (*case-law*) contém um fundamento para a decisão ou *ratio decidendi*, cuja identificação é a chave para determinar de que modo um precedente vincula futuras Cortes. Segundo, existe a noção de que um precedente pode oferecer atualmente a um Tribunal, fundamentos pré-articulados para se chegar a determinada decisão, permitindo que se evitem os custos e o tempo de estudos e raciocínio de um problema jurídico a partir do zero. Por fim, existe a compreensão de que a “doutrina do precedente exige que os juízes tratem os precedentes como diretrizes impositivas que dão origem a motivos excludentes, deste modo antecipando-se ou tomando o lugar de julgamentos individuais, como deveriam ser feitos”.⁵⁴⁷

Essas três concepções são criticadas, cada uma de certa maneira. A primeira explicação da força vinculante do precedente relacionado ao conceito de *ratio decidendi* encontra várias objeções – a de que alguns casos têm mais do que uma *ratio* e outros não apresentam nenhuma e ainda que mesmo que se aceite que existem boas razões para se determinar a *ratio* de um caso, há uma discordância a respeito do modo como será feito.

A segunda concepção de que os precedentes são usados como razões prontas ou construídas e levam a decisões robustas e eficientes sofre a crítica de que, não obstante, os juízes algumas vezes consideram que a virtude da eficácia da decisão deve ser superada pela necessidade de se iniciar a decisão de maneira certa, dando-se mais valor aos princípios da justiça do que a seu expediente administrativo.⁵⁴⁸

Quanto à última concepção, que vê os precedentes enquanto motivos excludentes, é necessário que os precedentes sejam aceitos como diretrizes para as Cortes posteriores – assumindo-se que sejam mais de acordo com a regra do que passíveis de alteração e adaptação do que tende a ser o caso.⁵⁴⁹

Outros elementos de similaridade, ou mesmo de convergência, podem ser vistos quando se verificam as razões que justificam o respeito aos precedentes. Nos sistemas de direito codificado, um aspecto que chama a atenção para os motivos de se respeitar os precedentes interpretativos seria a busca da unidade ou uniformidade do direito e nas decisões judiciais por meio do sistema jurídico. Ou seja, não é suficiente que o mesmo corpo de direito escrito seja observado por meio das diversas esferas do Poder Judiciário, mas “it should be in

⁵⁴⁷ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p.108.

⁵⁴⁸ *Idem*.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p.109.

force in the same interpretation in all parts”⁵⁵⁰. É necessário demonstrar que as decisões judiciais estão de acordo com o direito, e um dos meios de fazê-lo é mediante uma interpretação comum do direito.

Ademais, a doutrina do *stare decisis* se fundamenta no fato de que a coerência entre as decisões garante a coerência do sistema na sua totalidade.⁵⁵¹Essa coerência no sistema de *common law* já era sugerida pelos *legal humanists* no século XVII, sendo vista como um requisito da própria *rule of law*. Ou seja, as máximas do direito criariam uma relação lógica e coerente de sistema.⁵⁵²

Por outro lado, o papel unificador do precedente pode ser visto simplesmente como um aspecto do caráter unitário do sistema jurídico de um Estado bem ordenado, com o objetivo de manter a ordem dos tribunais. A coerência jurídica, junto com a uniformidade da decisão, é um valor aceito amplamente e garante o respeito à força do argumento dos precedentes, devendo ser alcançada por meio da função interpretativa dos juízes.

Veja-se que o valor da uniformidade pode ser considerado um desejo técnico jurídico, assim como a coerência pode ser considerada como um aspecto de lógica, garantindo ambos a integridade do sistema jurídico.⁵⁵³

Ainda, é possível afirmar que outra razão a justificar a força normativa dos precedentes diz respeito aos valores constitucionais, morais e políticos fundamentais. Explicase, o fato de as Cortes manterem a uniformidade do direito e a uniformidade em sua

⁵⁵⁰ BANKOWSKI, Zenon; et al. Op cit., p. 486.

⁵⁵¹ Ibidem, p. 487. “Given that (or so far as) we are here dealing with societies characterized by an adherence to the ideology and the practice of “rational” legal order in the sense proposed by Max Weber (1967), we can indeed say that coherence in interpretation of particular provisions over many cases, and interpretative practices aimed at securing an overall coherence of the legal system, are absolutely fundamental to them. Coherence in both senses is of the very essence of rational legal order, Just as it is definitive for the idea of a rational legal discourse. It is not surprising that, in all the systems studied, the value of coherence of law is one key element in the locally understood rationale for the practice of treating precedent as binding in whatever is the particular sense or senses locally ascribed to its bindingness (or, more generally, its normative force). This is understandable as an independent rationale for precedent, rooted in the very character of the rational argumentation essential for rational legal order”. “Em função disso (ou tanto quanto isso) nós estamos aqui lidando com sociedades caracterizadas por uma aderência à ideologia e à prática de uma ordem jurídica “racional” no sentido proposto por Max Weber (1967), e podemos seguramente dizer que coerência na interpretação de determinadas disposições, em muitos casos, e práticas interpretativas voltadas para assegurar uma coerência geral do sistema jurídico, são absolutamente fundamentais para eles. A coerência, em ambos os sentidos, deriva da própria essência da ordem jurídica racional, assim como é definitiva para a ideia de um discurso legal racional. Não é surpreendente que, em todos os sistemas estudados, o valor da coerência do direito é um elemento chave no entendimento racional local para a prática de tratar os precedentes como vinculantes em quaisquer que sejam os sentidos locais atribuídos à sua vinculação (ou, mais geralmente, sua força normativa). Isto é compreensível como uma racionalidade independente para o precedente, enraizada no próprio caráter da argumentação racional essencial para a ordem jurídica racional”.

⁵⁵² WALTERS, Mark. Legal Humanism and Law-as-integrity. *Cambridge Law Journal* 67 (2) July 2008, p. 364.

⁵⁵³ BANKOWSKI, Zenon; et al. Op cit., p.487.

interpretação e aplicação a cada caso pode ser considerado como um requisito para assegurar o Estado de Direito (*rule of law*), no qual é presente o princípio da igualdade de tratamento dos indivíduos em seu aspecto formal, de igualdade perante a lei.⁵⁵⁴

Ora, a uniformidade do direito é essencial para que se garanta a igualdade de tratamento entre casos similares, o que é possível mediante a analogia entre um caso e outro.

Para além disso, a certeza, a previsibilidade e a segurança jurídica são valores que, presentes num Estado de Direito, influenciam o respeito aos precedentes⁵⁵⁵.

A igualdade perante a lei, a certeza e segurança jurídicas ou mesmo a previsibilidade das decisões judiciais podem ser vistas como questões moralmente aceites e exigidas numa sociedade, assim como podem ser consideradas direitos fundamentais, como acontece no Brasil. Não obstante, é importante ressaltar que esses valores ou direitos têm também um aspecto instrumental, e a prática de respeito aos precedentes também se justifica do ponto de vista utilitarista garantindo os seguintes resultados: i) eficiência da justiça no sentido de economia do trabalho dos juízes; ii) eficiência no interesse das partes, no sentido de confiabilidade no que já foi decidido; iii) evitar (avoidance) litígios desnecessários especialmente quando já existirem decisões a respeito por Cortes superiores.⁵⁵⁶

Um dos argumentos a favor da doutrina dos precedentes é que em certos contextos, tal como o contexto Judiciário, seguir um precedente pode ser aceite pelos juízes e advogados como um standard comum de uma prática correta de decisão, a divergência do precedente pode, portanto, levar à crítica e censura,⁵⁵⁷ conforme visto anteriormente.

Destarte, é de se verificar que existem razões diferentes que justificam a vinculação aos precedentes. Quando se está diante ao *stare decisis* vertical, a justificativa para que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores pode se dar de acordo com a *normal justification thesis* de Joseph Raz,⁵⁵⁸ segundo a qual uma autoridade é legítima para alguém “if she will do a better job of conforming to the reasons that apply to her by following the authority’s orders than she would by following her own lights”.⁵⁵⁹ A autoridade se justifica

⁵⁵⁴ Ibidem, p. 487-488.

⁵⁵⁵ Ver Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

⁵⁵⁶ Ibidem, p. 490.

⁵⁵⁷ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p.151.

⁵⁵⁸ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom* 48, 1986. p. 53 apud HERSHOVITZ, Scott. Op. cit., p.

⁵⁵⁹ Idem.

especialmente pelo conhecimento específico (*special expertise*), bem como pela possibilidade de harmonizar e resolver problemas diversos e ligados entre si.

Mas essa tese não consegue explicar a vinculação horizontal aos precedentes, uma vez que um Tribunal não segue seu precedente por conta de sua própria autoridade ou em virtude de um conhecimento específico. Não se justifica que é melhor decidir de acordo com suas antigas decisões do que de acordo com o que pensa atualmente o Tribunal.

Outra justificativa para se seguir os precedentes seria a questão da eficiência⁵⁶⁰, ou seja, se a cada novo caso o Judiciário tivesse de decidir como se fosse a primeira vez, o trabalho iria aumentar absurdamente. Tal tese não se sustenta, até porque, num sistema de precedentes, os juízes perdem bastante tempo procurando estudar as decisões anteriores. Para além disso, não se pode descurar que o “*stare decisis* deve ser eficiente para a sociedade e não para os juízes ou para o Judiciário”.⁵⁶¹

Alguns defendem argumentos pragmatistas de eficiência da adoção dos precedentes obrigatórios em virtude da possibilidade de certeza e previsibilidade no direito, ou seja, deste modo, as pessoas poderiam planejar suas vidas e seus negócios, o que não seria possível se os juízes não estivessem vinculados aos precedentes. Entretanto, os argumentos de certeza ou eficiência não justificam a aplicação dos precedentes por si mesmos sem ter em conta o mérito das decisões.⁵⁶²

Argumentos consequencialistas não podem fornecer uma justificativa completa sobre a obrigatoriedade de se seguir precedentes. Uma justificativa consequencialista completa só seria possível se alguém conseguisse comparar todas as previsíveis consequências de se decidir seguindo um precedente a todas as previsíveis consequências de se decidir de outro modo e depois demonstrar que a decisão que seguiu o precedente é superior a qualquer outro procedimento alternativo para solução do problema.⁵⁶³

⁵⁶⁰ Esta é hoje uma das grandes justificativas para a reforma do Código de Processo civil, com a ideia de se barrar recursos para os Tribunais Superiores no Brasil, e também de reduzir o número de Ações e recursos pendentes de julgamento no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

⁵⁶¹ “Judicial resources are just one kind of resource among many, and if efficiency is to justify *stare decisis*, we must know that the gains in conserving judicial resources are not offset by losses elsewhere. That is, *stare decisis* must be efficient for society, not simply efficient by judges.” “As fontes judiciais são apenas um tipo de fonte entre outras e, se a eficiência justifica o *stare decisis*, nós devemos saber que os ganhos em conservar as fontes judiciais não são compensados por perdas em outros locais. Isto é, o *stare decisis* deve ser eficiente para a sociedade e não simplesmente eficiente para os juízes.” Ibidem, p.109. Essa reflexão também deve ser feita no Brasil, uma vez que as mudanças previstas para o novo Código de Processo Civil estão fundamentadas em questões pragmáticas, não apenas de segurança jurídica, mas de eficiência das decisões com a consequente celeridade nas resoluções dos casos concretos.

⁵⁶² Ibidem, p.111.

⁵⁶³ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p. 153.

O comprometimento dos tribunais aos precedentes pode nos garantir um certo grau de certeza e previsibilidade, ou seja, quando se planeja ou se faz algo as pessoas querem ser capazes de prever as consequências de suas ações, e, portanto, podem achar bastante útil saber que o problema X surge como consequência do que fizeram e então o Tribunal, comprometido com o modo que enfrentou este problema no passado, vai decidir A.⁵⁶⁴

Dessa maneira, a doutrina do precedente, justamente por conta de sua capacidade de garantir certo grau de certeza jurídica, acaba por ser mais valorizada naquelas áreas do direito mais previsíveis, como contratos, por exemplo, ou ainda qualquer área do direito relacionada primariamente por regular transações voluntárias entre cidadãos.⁵⁶⁵

Para aqueles que defendem argumentos consequencialistas, reconhecer que a força obrigatória dos precedentes desenvolve a certeza jurídica é a chave para se compreender a verdadeira natureza científica do *common law*. O *case law* tem um propósito científico, em outras palavras, a previsibilidade dos eventos utilizando-se da experiência passada, e a possibilidade de que essa previsibilidade seja mantida, assim como nas outras áreas da ciência, como uma presunção fundamental de uniformidade.⁵⁶⁶

Existem ainda argumentos deontológicos a justificar a aplicação da doutrina do precedente, no sentido que casos iguais devem ser tratados da mesma maneira e que existe um valor intrínseco em tratar os casos similares como consequência de um tratamento equânime de situações similares perante os tribunais, como uma expectativa implícita da ordem jurídica⁵⁶⁷, num Estado Constitucional Democrático de Direito.

Entretanto, deve-se ter em vista que a doutrina do *stare decisis* não significa apenas a vinculação do juiz aos precedentes no sentido de seguir o precedente, mas também inclui as possibilidades de superação e revogação (*overruling*), bem como de distinção dos precedentes (*distinguishing*), na medida em que em todos estes casos há compromisso com o passado. Veja-se que o Tribunal que não se considera vinculado ao precedente não precisa nem revogar

⁵⁶⁴ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p.160.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p.161.

⁵⁶⁶ “Recognizing that precedent-following fosters legal certainty, Frederick Polloc argued, is the key to understanding the truly scientific character of the *common law*: case-law has a scientific aim, namely, the prediction of events by means of past experience, and the possibility of such predications rests, as in other sciences, on a fundamental assumption of uniformity”. Reconhecer que a utilização de precedentes encoraja a segurança jurídica, conforme argumentou Frederick Polloc, é a chave para entender o caráter verdadeiramente científico do *common law*: o *case-law* tem um objetivo científico, a saber, a previsão de eventos por meio da experiência passada e a possibilidade de que tal previsão consista, como em outras ciências, numa suposição fundamental de uniformidade.”*Idem*.

⁵⁶⁷ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p.170.

nem distinguir um precedente, basta apenas ignorá-lo como se não existisse.⁵⁶⁸

Se no âmbito vertical é possível defender a utilização dos precedentes em prol da uniformidade do direito, da segurança jurídica, da equidade, ou mesmo da eficiência, deve-se buscar outro fundamento para que um Tribunal superior se sinta vinculado a suas próprias decisões.

Nesse viés, a tese que melhor justifica a utilização da doutrina do *stare decisis* também no âmbito horizontal é a que vê o direito como integridade:

Stare decisis does not require a court to blindly follow incorrectly decided precedents. Nor does it require a court to stand by a precedent irrespective of its merit. What *stare decisis* does require is that courts engage with the past and act with integrity. They do this when they display a commitment to a coherent, defensible view of the content of the *law*.⁵⁶⁹

Até porque a integridade não é reduzida à consistência ou coerência das decisões, no sentido de serem seguidas, de modo que um juiz que decide com integridade não vai necessariamente tratar casos semelhantes da mesma maneira. A integridade, em alguns casos, será justamente a razão para separar o fato do precedente de seu fundamento teórico previamente anunciado – um exemplo pode ser quando a Corte determina que a *ratio gerada* numa decisão anterior é de fato diferente da que se tinha pensado tivesse sido produzida – ou mesmo quando partindo de um precedente, se chega a grandes mudanças, quando teorias enunciadas no passado são identificadas como erros.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ “There is good reason to think of *stare decisis* as a broader practice than simply following precedent. If a court seeking to act with integrity has previously announced a *rule of law*, it has three options: it can follow it, it can overrule it, or it can distinguish the case. *Overruling* and distinguishing are as much ways of engaging with the past as following is. They are ways of saying, “we recognize that our prior decision is relevant in deciding what we ought to do now, but for these reasons we are not following it here”. A court that did not consider itself bound by *stare decisis* would not need to overrule or distinguish cases because it would not recognize what it had done in the past as relevant to what it ought to do now.” “Há uma boa razão para se pensar no *stare decisis* como uma prática mais ampla do que simplesmente seguir precedentes. Se uma Corte, procurando agir com integridade, anunciou previamente uma *rule of law*, ela tem três opções: ela pode segui-la, pode revogá-la, ou pode distinguir o caso. Revogar e distinguir são jeitos de se engajar com o passado tanto quanto seguir os precedentes o é. Existem modos de se dizer “nós reconhecemos que nossa decisão anterior é relevante para decidirmos o que nós devemos fazer agora, mas, por essas razões, nós não estamos a seguindo aqui. Uma Corte que não se considera vinculada ao *stare decisis* não precisaria revogar ou distinguir casos porque ela não reconheceria que o que ela fez no passado é relevante para o que ela deve fazer agora”. HERSHOVITZ, Scott. Op. cit., p.116.

⁵⁶⁹ “O *Stare decisis* não exige que um tribunal siga cegamente precedentes decididos incorretamente. Também não se impõe que o juiz defenda um precedente independentemente do seu mérito. O *stare decisis* exige é que os tribunais se envolvam com o passado e agir com integridade. Eles fazem isso quando eles exibem um compromisso com uma visão coerente e defensável do conteúdo do direito”. HERSHOVITZ, Scott. Op. cit., p.118.

⁵⁷⁰ Como os casos proferidos pela Suprema Corte americana durante a era Lochner., DUXBURY, Neil. *The authority...*, p. 171. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga...* Op.cit, p. 101

Nesse caso, a justiça e a eficiência podem vir como consequência da prática da integridade no *stare decisis*, mas não como objetivos em si mesmo.

Verifica-se que a doutrina do *stare decisis* busca garantir vários princípios da *rule of law* como segurança jurídica, coerência do sistema, igualdade, uniformidade e previsibilidade do direito.

Diferente dos sistemas de tradição romano-germânica, que priorizaram assegurar tais valores mediante um sistema jurídico codificado e pretensiosamente completo, nos sistemas de tradição do *common law*, buscou-se garantir tais valores por meio da doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios, que procurou garantir a proteção do princípio da igualdade pelo princípio do *treat like cases alike*.

A uniformidade, previsibilidade e segurança jurídicas foram e são garantidas na medida em que os juízes estão limitados a seguir os precedentes ou a justificar sua não adesão a eles.

Não obstante, não é todo o conteúdo do precedente que se torna vinculante para as futuras decisões, mas seus motivos determinantes ou *ratio decidendi*, que deverão ser abstraídas do caso antecedente e observados nos casos futuros.

Por consequência é de extrema importância a identificação da *ratio decidendi* que será tratada no próximo tópico junto com a *obiter dicta*, que compreende fundamentos secundários de uma decisão.

1.2

A descoberta da *ratio decidendi* e da *obiter dictum* de um precedente

Um dos temas mais importantes a ser estudado na doutrina dos precedentes é em relação a *ratio decidendi* e *obiter dicta*, ou o modo como se definem quais os motivos determinantes da decisão que vinculam os casos subsequentes.

Nessa dimensão, apesar de não existir uma única possibilidade de se explicar o que aconteceu num caso particular, descrever este caso é selecionar características do mesmo que pareçam relevantes para o presente caso.

É a partir dos *reported cases* que se deve retirar o precedente. Nos sistemas de

tradição de *common law* é necessário verificar que nem toda a opinião manifestada pelo juiz cria um precedente judicial. Para que uma opinião tenha o peso de um precedente é necessário que ela tenha sido dada por um juiz e também que tenha sido necessária para a decisão de um caso particular, isto é, não pode ser *obiter dictum*.⁵⁷¹ A *ratio decidendi* de uma decisão nos sistemas de *common law* é o que vai criar um precedente vinculante nas decisões seguintes e, portanto, se faz necessário descobri-la.

Neil MACCORMICK faz as seguintes considerações a respeito da *ratio decidendi* e da *obiter dicta* de um caso:

A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of *law* put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decision in the case.⁵⁷²

Pode-se definir como regra geral que o precedente é a parte da decisão de um Tribunal que vincula Tribunais de mesma hierarquia ou Tribunais inferiores, ou seja, seria aquela parte cujo enunciado contenha a razão ou o princípio segundo o qual a questão foi decidida perante a Corte. Esse princípio que fundamenta a decisão, e que forma a parte impositiva dela, formando um precedente é que é considerado a *ratio decidendi*.⁵⁷³

Um precedente é, destarte, uma decisão judicial que contém em si mesma um princípio. O princípio subjacente que forma a parte impositiva da decisão é chamado *ratio decidendi*. Veja-se que a decisão concreta é vinculante para as partes, mas é a *ratio decidendi* abstratamente considerada que adquire força de lei para todos.⁵⁷⁴

Dessa forma, a *ratio decidendi* dos casos relatados é que deve ser considerada a verdadeira fonte do precedente.

Se uma afirmação foi colocada na decisão mas não foi necessária para se decidir o caso, então não tem a mesma força vinculante, embora possa ter efeitos persuasivos em

⁵⁷¹ GOODHART, Arthur L. *Determining...*, p. 161.

⁵⁷² “A *ratio decidendi* é uma decisão dada por um juiz de modo expresse ou implícito que é suficiente para resolver uma questão de direito posta em causa pela argumentação das partes em um caso, sendo um ponto necessário à fundamentação da decisão no caso”. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric...*, p. 153.

⁵⁷³ GOODHART, Arthur L. *Determining...*, p. 164.

⁵⁷⁴ SALMOND, John. *Jurisprudence*. 7. ed. [S. l.: s. n.], 1924, p. 201, apud GOODHART, Arthur L. *Determining...*, p. 161.

decisões futuras.⁵⁷⁵

Rupert CROSS⁵⁷⁶, por sua vez, define a *ratio* como qualquer *rule of law* expressamente ou implicitamente considerada pelo juiz como um passo necessário para se alcançar sua conclusão, tendo em conta a linha de raciocínio por ele adotada. Essa definição sofreu algumas críticas, especialmente pela dificuldade de se verificar a coercibilidade de qualquer necessidade lógica que pudesse guiar o juiz a decidir qual norma específica seria necessária.

Assim, deve-se ter em conta que o princípio de um caso não está necessariamente nos argumentos do Tribunal ou na proposta de nova regra apresentada, o que importa, na verdade, não é apenas a opinião dos juizes, mas de que modo eles decidiram baseados nos fatos apresentados,⁵⁷⁷ ou ainda, quais princípios, abstratamente considerados, serviram de fundamento para a decisão.

GOODHART ressalta a importância dos fatos numa decisão, especialmente no grupo de fatos selecionados pelo juiz como importantes; os fatos relevantes são aqueles escolhidos pelo juiz entre diversos outros fatos, são aqueles nos quais ele fundamenta sua decisão, e é nessa escolha de fatos essenciais que o juiz cria o direito.⁵⁷⁸ Veja-se que o sistema de precedentes se tornaria sem sentido se fosse adotada a conclusão do juiz numa decisão, mas não se aceitasse seu ponto de vista sobre os fatos, uma vez que sua conclusão foi baseada justamente nos fatos essenciais⁵⁷⁹ (“*material facts*”), no modo como ele os viu, não se podendo adicionar ou subtrair dos mesmos fatos provando que outros fatos existiram no caso. Separar a conclusão acerca dos fatos materiais nos quais o juiz baseou sua conclusão seria ilógico e levaria a uma decisão arbitrária.⁵⁸⁰

Em outras palavras, não haveria lógica dizer que não se está vinculado aos fatos tais como estabelecidos pelo juiz e, por outro lado, afirmar que se está vinculado à sua conclusão

⁵⁷⁵ *The limits of precedent*: Being the presidential address of the Rt. Hon. Viscount Simon, Lord Chancellor, president of the Holdsworth Club of the students of the Faculty of Law in the University of Birmingham, 1942-43 [Unknown Binding], Published by the Holdsworth Club of the University of Birmingham, p. 3.

⁵⁷⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. Op. cit., p. 39 et seq.

⁵⁷⁷ GOODHART, Arthur L. *Determining...*, p. 168.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 169.

⁵⁷⁹ Ver: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Op. cit., p. 169: “Decisions on questions of fact do not constitute a precedent, for every case is considered to be unique. In order to constitute a precedent, a decision must concern a point of law.” “Decisões sobre questões de fato não constituem precedentes, pois cada caso é considerado único. Para que se constitua um precedente, uma decisão deve dizer respeito a um ponto de direito.”

⁵⁸⁰ GOODHART, Arthur L. *Determining...*, p. 169. Com base nesta concepção se fará uma crítica às súmulas vinculantes, nas quais não é possível verificar os fatos que deram origem à decisão, e, portanto, não se acha facilmente a *ratio decidendi*.

sobre estes fatos.⁵⁸¹ A autoridade do precedente pode, inclusive, ficar enfraquecida, ainda mais, se por qualquer razão a Corte precedente, ao decidir um caso, procedeu sem uma completa determinação dos fatos.⁵⁸²

Veja-se que as decisões que detalham de forma mais clara suas particularidades factuais são mais facilmente distinguíveis do que aquelas que são enunciadas como meras generalizações que enunciam uma ampla regra de princípio sem referência aos fatos dos casos de que são derivados.

Assim, o método de argumentação *case-by-case* nos sistemas de *common law* dá uma maior importância aos fatos e à fundamentação sobre os fatos e o direito em cada precedente, uma vez que o estilo dos julgamentos lida com uma detalhada articulação dos casos que parecem ser similares. Algumas vezes o processo inclusive apresenta uma aparência de narrativa de contação de histórias. Quando de uma história para outra, ou de uma decisão para outra, se extrapola a questão da analogia, é necessário enfrentar questões como a natureza e “força gravitacional”⁵⁸³ que outras histórias ou decisões possam ter para o caso em tela.⁵⁸⁴

Geoffrey MARSHALL, por sua vez, ao analisar o que é vinculante num precedente, vai enfrentar a questão da determinação da *ratio decidendi*, explicando que em qualquer sistema que se dá atenção ao *case law*, devem ser feitas algumas distinções entre os fatos e as questões relevantes e irrelevantes das decisões ou precedentes anteriores, e que a autoridade e força não estão ligadas à decisão em si, mas apenas a certa descrição do que ocorreu e do que ficou decidido e que pode ser extraído da decisão.

Desse modo, torna-se necessário definir, com certo grau de precisão, o que é a *ratio decidendi* (*extracted element*) e o que significa a importância desse extrato nos sistemas que adotam a teoria de precedente vinculante. Assim, percebe-se que nos sistemas de *common law*, grande parte das discussões sobre os precedentes envolvem o problema do que significa a *ratio decidendi* de um caso e como a *ratio decidendi* é estabelecida⁵⁸⁵

GOODHART, para explicar o que é a *ratio decidendi* de uma lide, apresenta dois princípios: i) em qualquer caso futuro em que os fatos são A, B e C o Tribunal deve adotar a

⁵⁸¹ Ibidem, p. 172.

⁵⁸² DUXBURY, Neil. *The authority...*, p. 2.

⁵⁸³ Dworkin utiliza a expressão “força gravitacional dos precedentes” para defender a vinculação das decisões posteriores não só à *ratio decidendi*, mas também aos princípios abstratos que a fundamentaram. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...* Op.cit., p. 174 et seq.

⁵⁸⁴ BANKOWSKI, Zenon; et al. Op cit., p. 489.

⁵⁸⁵ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? In Mac CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. *Interpreting...*, p. 505-506. Ao se defender a utilização da doutrina do *stare decisis* no sistema brasileiro dever-se-á buscar a *ratio decidendi* de cada caso.

conclusão X e, ii) em qualquer caso futuro em que os fatos são B e C o Tribunal deve adotar a conclusão X. No segundo caso, a ausência do fato A não afeta o resultado se este foi concebido como insignificante ou secundário. Assim, o autor explica que um Tribunal cria um princípio, uma regra de direito quando determina quais são os fatos relevantes e quais são os fatos irrelevantes sobre os quais baseou sua decisão.⁵⁸⁶

Quando a conclusão for baseada num fato cuja existência não foi determinada pelo Tribunal, não há criação de uma norma jurídica. Nesse caso, ter-se-á o *dictum*. Se o juiz ao arrazoar sua decisão sugere um fato hipotético, e presume a conclusão a que iria chegar caso este fato existisse, ele não está criando direito. O problema é conseguir distinguir quando um enunciado é *dictum* ou não, que depende do juiz estar tratando um fato como hipotético ou real,⁵⁸⁷ mas tudo que for hipotético será *dictum*.⁵⁸⁸

Estabelecendo-se o princípio ou a norma determinante de um caso e excluindo-se todos os dicta, o último passo a ser dado é o de determinar quando será um precedente vinculante para os casos vindouros cujos fatos sejam aparentemente similares.⁵⁸⁹ Segundo GOODHART, isso envolve uma dupla análise, primeiro é preciso determinar os fatos essenciais no caso precedente e depois achar aqueles essenciais no caso subsequente. Se os fatos forem idênticos, então o primeiro caso é um precedente vinculante do segundo e o Tribunal deve chegar à mesma conclusão a que chegou no primeiro. Se faltarem fatos essenciais ao primeiro caso ou se houver fatos que não existam no segundo caso, então não se estará diante de um precedente direto.⁵⁹⁰

Nesse caso, apesar de não ser um precedente direto, pode ter um grande peso como analogia. Quando um caso é usado meramente como analogia e não como um precedente direto, os argumentos que fundamentaram a decisão do Tribunal têm mais peso do que a

⁵⁸⁶ GOODHART, Arthur L. *Determining...*, p. 179.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, 179-180.

⁵⁸⁸ “If, therefore, a rule for future cases has to be inferred or constructed from the decision by a later court, there is less reason to exclude any class of statements on the ground that they are dicta, not central or necessary to a particular decision. Such dicta may represent legal evaluations or paraphrases of constitutional or statutory rules to which weight may be attached. Thus, in Spain, according to a decision of the constitutional court, “reasons cited by the constitutional court as obiter dicta may be considered as authorized criteria... and are sometimes used as judicial and doctrinal arguments”. “Se, portanto, uma regra para casos futuros tem que ser inferida ou construída a partir da decisão de uma antiga Corte, há menos razão para se excluir qualquer classe de declaração em função de elas serem pronunciamentos judiciais não centrais ou necessários para uma decisão particular. Tal pronunciamento judicial pode representar avaliações legais ou paráfrases de regras constitucionais ou legais às quais se pode dar peso. Desta forma, na Espanha, de acordo com uma decisão da Corte Constitucional, “motivos citados pela Corte Constitucional como *obiter dicta* podem ser considerados como um critério autorizado... e às vezes ser utilizado como argumento judicial e doutrinário”. MARSHALL, Geoffrey. *Op. cit.*, p. 509.

⁵⁸⁹ GOODHART, Arthur L. *Determining...*, p. 180.

⁵⁹⁰ *Idem*.

própria conclusão. O segundo Tribunal, estando livre para chegar à sua própria conclusão, só vai adotar os argumentos do primeiro Tribunal se considerá-los corretos e vantajosos. Dessa forma, em precedentes análogos, a *ratio decidendi* do caso pode ser descrita como a razão de decidir do caso.⁵⁹¹

Para se identificar o princípio estabelecido num caso, não se deve procurar encontrá-lo, segundo GOODHART, nem nas razões da decisão, nem na *rule of law* estabelecida na decisão, tampouco será possível identificá-lo ao considerar todos os fatos averiguáveis na decisão do juiz. Por outro lado, o método para se saber qual é o princípio de um caso deve levar em conta os fatos tratados pelo juiz como relevantes (*material facts*)⁵⁹² e sua decisão baseada nesses fatos. Determinando-se o princípio, será ainda necessário estabelecer quais fatos foram tidos como irrelevantes (*immaterial facts*) pelo juiz, uma vez que para estabelecer o princípio de um caso são importantes tanto os fatos excluídos quanto os fatos adotados.⁵⁹³

A *ratio decidendi* poderá assim ser encontrada nas razões e fundamentos gerais das decisões judiciais, os quais devem ser abstraídos a partir das peculiaridades do caso concreto. Do mesmo modo, para SALMOND⁵⁹⁴ enquanto a *ratio decidendi* concreta vincula as partes envolvidas no caso, sóa *ratio decidendi* abstratamente considerada é que vai ter força

⁵⁹¹ Ibidem, p. 181.

⁵⁹² Material facts ou fatos materiais são: “those facts essential to the party’s claim or defense, and not the subordinate facts that are the means of proving them.” “(...) aqueles fatos essenciais para a demanda da parte ou da defesa, e não os fatos subordinados que são meios de prová-los.” MARTIN, Elizabeth A. Op. cit., p. 476. Ainda, GOODHART explica de que modo é possível identificar quais os fatos relevantes e quais os fatos irrelevantes para o juiz: i) todos os fatos sobre a pessoa, hora, lugar, espécie, gênero, quantia são irrelevantes salvo se estabelecidos como relevantes; ii) se não há julgamento ou se a decisão não apresenta fatos, então todos os outros fatos presentes nos autos do processo devem ser tidos como relevantes; iii) se há um julgamento, então os fatos estabelecidos na decisão são conclusivos e não podem ser contraditados pelo que está presente nos autos do processo; iv) se a decisão omite um fato que aparece nos autos isto se deve a uma falha ou falta de atenção ou a uma presunção implícita de que o fato é irrelevante, o que será presumido na falta de outra evidência em contrário; v) todos os fatos estabelecidos como irrelevantes pelo juiz devem assim ser considerados; vi) todos os fatos tratados implicitamente como irrelevantes pelo juiz devem ser considerados irrelevantes; vii) todos os fatos tratados como relevantes ou essenciais pelo juiz devem assim ser considerados; viii) se a decisão não diferencia entre os fatos relevantes e irrelevantes, então todos os fatos expostos devem ser considerados relevantes para o caso; ix) se num determinado caso existem diversas decisões que concordam com o resultado, mas que diferem sobre os fatos materiais, então o princípio do caso deve considerar a soma dos fatos tidos como relevantes pelos diversos juízes; x) uma conclusão baseada num fato hipotético é um *dictum*. GOODHART, Arthur L. *Determining...*, p. 182-183.

⁵⁹³ Ibidem, p. 182.

⁵⁹⁴ “A precedent is therefore a judicial decision which contains in itself a principle. The underlying principle which thus forms its authoritative element is often termed the *ratio decidendi*. The concrete decision is binding between the parties to it, but it is the abstract *ratio decidendi* which alone has the force of law as regards the world at large”. “Um precedente é, portanto, uma decisão judicial que contém em si um princípio. O princípio implícito que assim forma seu elemento impositivo é mais comumente denominado de *ratio decidendi*. A decisão concreta vincula as partes a ela, mas é a *ratio decidendi* abstrata que por si só tem a força de direito em relação ao mundo em geral”. SALMOND, Sir John William. *Jurisprudence*. London: Sweet & Maxwell, 1924, p. 173.

normativa, ou seja, o que vincula os casos futuros não é a decisão em si, mas os princípios implícitos que, abstratamente considerados, a fundamentaram.

O que se pode concluir é que todo precedente é e apenas pode ser “an illustration of principle”, ou seja, é o que se quer dizer quando se afirma que a única parte do precedente que tem força obrigatória é sua *ratio decidendi*.⁵⁹⁵

Na prática, há muita discussão, envolvendo juízes e doutrinadores, acerca da dificuldade de se capturar ou conceituar de forma clara alguns elementos centrais da prática judicial. A *ratio* é talvez o conceito mais contestado, uma vez que não é meramente descritivo, mas também se caracteriza como norma em vigor.⁵⁹⁶

A dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, segundo Geoffrey MARSHALL, de se chegar a um consenso na definição da *ratio* não significa que exista uma verdadeira confusão na prática, ao contrário, advogados e juízes experientes são capazes, com certo grau de compreensão comum, de operar o sistema de precedentes na prática, diversamente de sua descrição abstrata.⁵⁹⁷

Por outro lado, conforme a explicação de GOODHART acima, a respeito da definição da *ratio decidendi* de um caso, o que se percebe é que o conceito de *obiter dicta* é construído por exclusão, ou seja, tudo que o não fizer parte da *ratio*, será *dicta*.

Esse método excludente de definição da *dicta*, mascara, segundo Geoffrey Marshall, diversos modos pelos quais uma *dicta* judicial pode estar relacionada a influenciar um caso concreto. Ou seja, uma *dicta* pode ser relevante a algum aspecto do caso, mas não ao caso na sua totalidade.⁵⁹⁸

⁵⁹⁵ MARSHALL, Geoffrey. Op. cit., p. 510-511. “The phrase “ratio decidendi” had been used by John Austin (1869) in his lectures on jurisprudence in the 1830s: “Law made judicially must be found in the general grounds or reasons of judicial decisions. The general reasons or principles of a judicial decision (as thus abstracted from any peculiarities of the case) are commonly styled by writers on jurisprudence the ratio decidendi”. Seventy years later, Sir John Salmond’s *Jurisprudence* concluded similarly that the ratio decidendi was the underlying principle (of a decision) which forms its authoritative element”. (...) Eugene Wambaugh (1894), suggested also that, when a case turns only on one point, the doctrine or *ratio* must be a general rule without which the case must have been decided otherwise. He added that the doctrine of the case must be one that is in the mind of the court.” A frase “*ratio decidendi*” foi utilizada por John Austin (1869) em suas palestras sobre jurisprudência nos anos 1830s: “O Direito elaborado judicialmente deve ser encontrado nos fundamentos ou razões gerais das decisões judiciais. Os fundamentos gerais ou princípios de uma decisão judicial (como se abstraídos de quaisquer peculiaridades do caso) são comumente denominados pelos escritores sobre jurisprudência como “*ratio decidendi*”. Setenta anos depois, Sir John Salmond, em *Jurisprudence*, concluiu similarmente que a *ratio decidendi* era o princípio implícito (de uma decisão) que formava seu elemento de autoridade”. (...) Eugene Wambaugh (1894), sugeriu também que, quando um caso se torna o único ponto, a doutrina ou *ratio* deve ser uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra forma. Ele acrescentou que a doutrina do caso deve ser aquela que está na mente da Corte.” Ibidem, p. 511.

⁵⁹⁶ Ibidem, p. 513.

⁵⁹⁷ Ibidem, p. 505-506.

⁵⁹⁸ Ibidem, p. 516.

O que se verifica é que não há um desprezo das *obiter dicta* pelos tribunais. Muitos dos tribunais inferiores utilizam como argumentos e com força persuasiva nas novas decisões. MARSHALL explica, inclusive, que alguns *obiter dicta* funcionam como rationes decidendi putativas em fundamentos judiciais posteriores.⁵⁹⁹

Ainda, é importante ter em vista que é difícil que dois eventos sejam exatamente iguais. Para uma decisão ser precedente de outra decisão não é necessário que os fatos do caso atual e do caso anterior sejam absolutamente idênticos. Se isso fosse necessário, seria difícil que uma decisão fosse considerada um precedente para outra. É necessário, por outro lado, caracterizar as similitudes realmente relevantes entre os dois eventos, determinando quais são realmente importantes e quais podem ser ignoradas.⁶⁰⁰

Tendo em vista que a doutrina do *stare decisis* não exige uma vinculação absoluta com as decisões anteriores, mas ao contrário, exige o respeito com o passado, é possível, em alguns casos, a revogação ou distinção do precedente, conforme se verá no próximo item.

1.3

Possibilidades de superação dos precedentes: *overruling* e *distinguishing*

Para além das justificativas e razões para se criar uma doutrina e prática de respeito aos precedentes judiciais, é certo que existem também razões contrárias a sua aplicação. Uma das críticas que se faz à pressão pela uniformidade no direito ou na prática jurisprudencial é que a uniformidade pode ser inimiga de uma responsabilidade sensível à diversidade local de condições e atitudes sociopolíticas.

Outra crítica apresentada se dá no sentido de que uma elaboração coerente de normas jurídicas injustas (pelos precedentes), ou normas que já não têm mais utilidade ou que já não estão mais de acordo com a realidade social, permitiriam levar a novos conflitos com as fundamentações mais coerentes das atuais compreensões morais das relações sociais. Doutra

⁵⁹⁹ Idem.

⁶⁰⁰ SCHAUER, Frederick. Op. cit., p. 577.

parte, também se apresenta como ponto negativo à utilização da doutrina dos precedentes o fato de que a igualdade formal perante a lei poderia coexistir com uma desigualdade (substantiva) de tratamento fortemente contestada.

Por fim, condena-se o fato de que a pretensa estabilidade e certeza jurídica, a serem garantidas pela utilização dos precedentes, podem atuar contrariamente à ideia de adaptabilidade do direito às mudanças tecnológicas, econômicas e sociais, e às ideias mutantes de bem-estar e de justiça. Uma completa estabilidade restringiria qualquer mudança para adaptação ao progresso (não importando o que significa exatamente progresso).⁶⁰¹

O que se percebe é que existem diversos motivos para se resistir à ideia de estabilidade absoluta de precedentes estabelecidos há muito tempo. As mudanças na tecnologia, no comércio e na indústria, a complexidade das relações de gênero e de família, aumentam a sensação de que as normas jurídicas, assim como as doutrinas, estão em descompasso com as novas necessidades e aspirações da sociedade. Para além disso, novas concepções sobre os direitos fundamentais aumentam a sensação de que o respeito aos precedentes, ao invés de representar o conhecimento adquirido no passado, acaba por se tornar um peso morto no progresso social, ou seja, no afã de se estabelecer uma justiça formal de tratar de modo igual os casos similares (*treat like cases alike*) se chegaria a uma injustiça ou desigualdade substantiva.⁶⁰²

Cabe, nessa dimensão, a jurisdição constitucional ter a sensibilidade de verificar quando há necessidade de adaptação do direito ou de precedentes já consolidados à nova realidade político-social de cada sociedade, mesmo que isso implique mudanças radicais ao custo de uma incoerência ou falta de uniformidade momentânea em relação ao sistema jurídico.⁶⁰³ Ressalta-se que essa incoerência não significa que não se esteja buscando a integridade. A integridade não significa apenas coerência entre as decisões, é mais que isso, exige o respeito ao passado, mas este respeito não significa imutabilidade dos precedentes. Os

⁶⁰¹ BANKOWSKI, Zenon; et al. Op cit., p. 491.

⁶⁰² Ibidem, p. 491.

⁶⁰³ Veja-se o exemplo da Polônia que teve que adaptar a antiga legislação comunista à nova realidade democrática: “Moreover, in Poland, with the changeover to a market system, much legislation has had to be changed and much still needs to be changed. The Polish Supreme Court has quite understandably said that uniformity should not be made into a fetish, and in the transitional stage between a command and market economy in Poland, precedents must sometimes provide new law even at the cost of some momentary incoherence or lack of uniformity in the system as a whole”. “Além do mais, na Polônia, com a mudança para o sistema de mercado, grande parte da legislação teve que ser alterada e grande parte ainda precisa de alterações. A Suprema Corte Polonesa afirmou que a uniformidade não deveria se transformar num fetiche, e que na fase transicional entre um comando e a economia de mercado na Polônia, os precedentes devem algumas vezes propiciar um novo direito, mesmo a custo de alguma incoerência momentânea ou ausência de uniformidade do sistema em sua totalidade”. Ibidem, p. 492

precedentes podem ser alterados e mesmo assim pode-se garantir a integridade da decisão judicial se, quando do julgamento e da revogação do precedente, o juiz respeita o passado, justifica sua mudança ou justifica a não aplicação daquele caso concreto. Ou seja, a coerência deve-se dar com a totalidade do sistema e não apenas com a decisão anterior.

O que se verifica é que, quando há uma legislação ou decisões ultrapassadas ou uma baixa probabilidade de uma nova legislação vir a ser editada pelo Poder Legislativo, em ambos os sistemas, como já visto anteriormente, as Cortes tomam para si o papel de desenvolver novas direções e interpretações para uma mudança jurídica ou pelo menos interpretativa do direito.⁶⁰⁴ Aliado a isso, as visíveis transformações nos textos legislativos⁶⁰⁵ com a previsão de normas cada vez mais abstratas e de textura aberta, junto com as normas que estabelecem direitos fundamentais e princípios constitucionais, geram uma demanda para que os tribunais deem um sentido mais concreto a essas normas abstratas e abertas.⁶⁰⁶

Por outro lado, as sociedades contemporâneas estão muito mais complexas, e esse aumento de complexidade leva a uma maior falibilidade das normas escritas (legisladas) sendo mais dinâmico o processo de enfrentamento das questões pelo Poder Judiciário, estabelecendo-se precedentes.

Dessa forma, para que os precedentes se adaptem às novas realidades sociais, ou em casos em que se busca a correção das decisões, há previsão, nos sistemas de *common law* de métodos de superação dos precedentes, quer pela sua não aplicabilidade ao caso novo, quer porque foi criado um novo precedente em detrimento da decisão anterior.

Assim, os dois principais métodos utilizados pelos Tribunais para evitar seguir um precedente são *distinguishing* e *overruling*. Em ambos os casos é necessário que os juízes deixem claros os motivos da não aplicação do precedente.

O fato de os juízes terem a possibilidade de não seguir os precedentes não significa que os precedentes não têm força obrigatória ou vinculante, mas demonstra que a força obrigatória deles é limitada.⁶⁰⁷

De outra parte, deve-se ter em vista o peso da tradição que o precedente tem para os juízes, assim a decisão que ele elabora, em que pese não esteja de acordo com o precedente,

⁶⁰⁴ O que leva à judicialização da política, conforme já explicitado no Capítulo 2.2 da Parte I.

⁶⁰⁵ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol.15, Porto Alegre: UFRGS, 1998, p.134-135.

⁶⁰⁶ BANKOWSKI, Zenon; et al. Op. cit., p. 492.

⁶⁰⁷ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p. 111. Por outro lado, existe a força gravitacional do precedente que, segundo Dworkin, vincula os casos futuros aos argumentos de princípio das decisões anteriores.

deve respeitar aquela tradição. Dito de outra maneira, mesmo que o julgador não aplique o precedente, ele não pode ignorá-lo, devendo explicar por quais motivos não o está aplicando naquela decisão.⁶⁰⁸

O precedente terá, nesse sentido, autoridade mesmo quando o juiz não o seguir, pois ao fundamentar sua decisão deverá partir do precedente e apresentar razões e justificativas para não o seguir, só o fato de ter que justificar não seguir o precedente demonstra a sua autoridade e força.

A atividade de distinção (*distinguishing*) permite uma explicação mais imparcial e simples no sentido de que a decisão anterior não foi respeitada porque seus fatos são distintos, materialmente diferentes, daqueles do caso que está para ser decidido.

Distinguishing é o que os juízes fazem quando no processo de decisão eles distinguem entre um caso e outro.⁶⁰⁹

A distinção de um caso é fundamentalmente um problema de diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta* – separando-se os fatos que são materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes para a decisão. A distinção entre um caso e outro é primeira e primordialmente uma questão de se mostrar diferenças fáticas entre o caso antecedente e o caso atual, demonstrando-se que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão.⁶¹⁰

Perceba-se que não se trata de qualquer diferença prévia que garante essa justificativa, a distinção deve ser de tal maneira que demonstre motivação suficientemente convincente para se abster de seguir uma decisão anterior,⁶¹¹ referindo-se aos princípios que fazem estas distinções significantes.

Veja-se que o ato de distinguir o caso não altera a autoridade do precedente porque o Tribunal não verifica a qualidade da decisão, mas apenas constata que ela não é aplicável ao caso concreto. Embora possa acontecer de um precedente ficar enfraquecido se for “very

⁶⁰⁸ Ibidem, p.112.

⁶⁰⁹ “Is what judges do when they make a distinction between one case and another.” “É o que os juízes fazem quando eles diferenciam um caso do outro.” Ibidem, p.113.

⁶¹⁰ “Is primarily a matter of differentiating the *ratio decidendi* from *obiter dicta* – separating the facts which are materially relevant from those which are irrelevant to a decision”. “É primordialmente uma questão de diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta* – separar os fatos que são materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes para uma decisão”. Idem.

⁶¹¹ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p.114. “Not just any old difference provides such a justification: the distinction must be such that it provides a sufficiently convincing reason for declining to follow a previous decision”. “Não apenas qualquer diferença antiga proporciona tal justificativa: a distinção deve ser tal que proporcione um motivo suficientemente convincente para se declinar da decisão anterior”.

distinguished”.⁶¹²

Os juízes distinguem um caso não porque é inerente ao seu papel de *law-making*, mas porque entendem que a adoção do precedente não é o resultado mais correto ao caso atual, que possui fatos materiais distintos dos da decisão precedente.

A distinção entre precedentes também pode, segundo DUXBURY, significar a criação de uma nova norma, especialmente quando, partindo-se de um precedente, o Tribunal concluir que uma determinada decisão depende da presença de um maior conjunto de fatos materiais.⁶¹³

Cita-se, a título ilustrativo, o seguinte exemplo:

Se a Corte decidiu em *Black v. Black* que X deveria ser o resultado quando se tem os fatos A, B e C, então se A, B e C são os fatos relevantes em *White v. White*, nós podemos esperar que o resultado seja X. Mas imagine que em *Grey v. Grey* a Corte distinga *Black v. Black* ao decidir que X deve ser o resultado quando A, B, C e E acontecem. Se em *Grey v. Grey*, A, B, C mas não E estão presentes, então X não vai ser o resultado, apesar da presença dos fatos relevantes que o levaram a ser o resultado no caso anterior. Ao adicionar as condições necessária para X, a Corte, em *Grey v. Grey* alterou a norma: a *ratio decidendi* de *Grey v. Grey* é mais restrita – vai ser aplicada em um menor número de casos, desde que exige a presença de mais fatos relevantes – do que a de *Black v. Black*⁶¹⁴.

Nesse viés, a *ratio* do novo caso exige condições presentes na *ratio* do caso precedente, mas não vai ser aplicada, salvo se alguma nova condição ou conjunto de condições estiver também presente.

É de se ressaltar que a doutrina do *stare decisis* não é um requisito constitucional ou legal nem nos EUA, nem na Inglaterra, mas uma imposição que os próprios Tribunais assumem, como uma forma de proteger o sistema judicial de eventuais injustiças ou instabilidade.

Entretanto, haverá casos em que as mudanças da sociedade exigirão a adaptação do direito as novas realidades, assim como deverá haver modificações nos precedentes quando se constatar que o Tribunal incidiu em erro.

Nessa dimensão, DUXBURY vai explicar que a razão mais óbvia de se superar (*overruling*) um precedente é quando o Tribunal inferior que o criou cometeu um erro. Mas o *overruling* tende a ser uma questão mais complicada quando um Tribunal está diante de

⁶¹² Idem.

⁶¹³ DUXBURY, Neil. *The authority...*, op.cit., p. 115

⁶¹⁴ Idem.

decisão própria ou quando está perante uma decisão proveniente de um Tribunal com mesma hierarquia. Nessas circunstâncias, o Tribunal que está a revogar o precedente vai querer, no mínimo, estar convencido de que o precedente impugnado está claramente errado.⁶¹⁵

Não é comum nos sistemas de *common law* que se revogue um precedente apenas porque se discorda do resultado da decisão. Ao contrário, o Tribunal vai superar um precedente provavelmente porque, no mínimo, acha que os julgadores anteriores aplicaram mal ou ignoraram uma previsão legal ou constitucional relevante, ou que uma legislação subsequente revogou o fundamento do precedente ou, ainda, que o precedente de alguma maneira dá uma ideia equivocada do direito.⁶¹⁶

Enquanto a distinção (*distinguishing*) entre um caso e outro pode ser compreendida como um modo de emenda em alguns casos específicos, a superação de precedente (*overruling*) é um modo de revogar a decisão anterior e substituí-la por uma nova, e, portanto, é considerada frequentemente como uma iniciativa judicial mais radical. Mas isso não significa que o *overruling* possa acabar com os fundamentos do *stare decisis*. Se o caráter obrigatório dos precedentes é valorado como um modo de restringir o arbítrio e limitar a discricionariedade judicial, a superação de precedentes pode ser considerada algumas vezes “uma importante opção para se remediar casos em que os tribunais exerceram sua discricionariedade de modo inapropriado”.⁶¹⁷

Em outras palavras, a revogação de um precedente deve ser compreendida como um método pelo qual um Tribunal nega um precedente com o objetivo de confirmar o direito. Ou seja, quando um Tribunal de última instância admite que suas decisões podem estar erradas

⁶¹⁵ “(...) the most obvious reason for *overruling* a precedent is that the inferior court which created it made a mistake. But *overruling* tends to be a more delicate matter when a court is considering a decision of its own or of a court of equal authority. In these circumstances the *overruling* court will at the very least want to be convinced that the impugned precedent is clearly wrong”. “(...) o motivo mais óbvio para se derrubar um precedente é quando a Corte inferior que o criou cometeu um erro. Mas a superação do precedente tende a ser uma questão mais delicada quando um Tribunal está analisando uma decisão própria ou de um Tribunal de igual autoridade. Nestas circunstâncias o Tribunal que promove a superação do precedente irá, ao menos, querer se convencer de que o precedente atacado está claramente equivocado.” Ibidem, p.118.

⁶¹⁶ “A court is unlikely to overrule a precedent merely because it does not like the way that an earlier panel thought about an issue; more likely it will overrule because, at the very least, it finds that the earlier panel misapplied or overlooked a relevant statutory provision, or that subsequent legislation has undermined the precedent or that the precedent in some other way misrepresents the law”. “Não é provável que um Tribunal derrube um precedente apenas porque ele não gosta do modo como uma de suas turmas mais antigas pensava sobre um assunto; mais provável é que ele o derrube porque, no mínimo, crê que a antiga turma aplicou equivocadamente ou não percebeu uma disposição legal relevante, ou porque uma legislação subsequente superou o precedente, ou porque o precedente de certa forma não representa corretamente a lei”. Ibidem, p. 119.

⁶¹⁷ “(...) *overruling* might sometimes be considered an important remedial option where courts have exercised discretion inappropriately”. “(...) a revogação pode, algumas vezes, ser considerada um importante opção corretiva nos casos em que as cortes exerceram sua liberdade de maneira inapropriada.” Ibidem, p. 122.

pode-se concluir que uma decisão judicial apenas estará errada se for contrária ao direito, por consequência, que o direito será algo superior a qualquer decisão.

O juiz que age de forma justa e razoável, e que enfrenta suas dúvidas com profissionalismo e conhecimento, não precisa, nas palavras de DUXBURY, “ser um escravo do passado e um déspota do futuro”, preso pelas decisões de seus predecessores, muitas vezes já falecidos.⁶¹⁸

De acordo com essa perspectiva, um juiz vai adotar uma observância estrita do precedente apenas quando servir aos propósitos do direito, se a aplicação de um precedente vier a produzir um resultado que não está de acordo com os propósitos de justiça e de direito e que atendam à moralidade política e constitucional da comunidade, o precedente não será aplicado.⁶¹⁹

É importante observar que a autoridade dos precedentes garante a própria confiança no sistema. Ou seja, a justificativa para que se aceite uma autoridade como legítima é porque se confia nela, confiar numa autoridade é confiar que ela vai executar suas funções de maneira mais adequada. A confiança nos tribunais explica por que uma Corte Suprema pode modificar sua prática de aplicação de precedentes e encontrar pouca rejeição. Se há, de um modo geral, consenso sobre a seriedade na atuação dos tribunais, haverá uma presunção que essa mudança ocorreu baseada num motivo justo.⁶²⁰

Entre a variedade de modos pelos quais os precedentes podem ser revogados ou não aplicados, é possível se concluir que aquilo que já foi considerado como uma *ratio* vinculante caiu para a categoria de *obiter dictum*.

Dessa forma, *obiter-ing* um precedente é um outro modo pelo qual um precedente

⁶¹⁸ DUXBURY, Neil. *The authority...*, p.130. “The judge who acts fairly and reasonably, and who performs his duties with professionalism and skill, need not be a slave to the past and a despot for the future, bound by the decisions of his dead predecessors and binding for generations to come the judgments of those who will succeed him.” “O juiz que age de forma justa e razoável e que encara suas obrigações com profissionalismo e habilidade, não precisa ser um escravo do passado nem um ditador do futuro, vinculado às decisões de seus antecessores já falecidos e vinculativa para as novas gerações.”

⁶¹⁹ Ibidem, p. 136. NR 93 Cf. “Carl Schmitt’s proposition that a judicial decision will be correct if it can be assumed that another judge (meaning not every single judge but an average median, normal, legally learned judge) would, in light of the norms of ‘the entire judicial practice’, have reached the same decision; in other words, a judge’s decision not to treat a prior decision as absolutely binding will be correct if it can be assumed that this is what another judge working according to the same rules of practice would have done”. “Carl Schmitt propõe que uma decisão judicial estará correta se considerar que outro juiz (significa não cada juiz singular mas um juiz mediano, normal e bem instruído) poderia, à luz das normas de toda a prática jurídica, ter chegado à mesma decisão; em outras palavras, uma decisão judicial de não considerar a decisão anterior como absolutamente vinculante será correta se puder presumir que isto é o que outro juiz, de acordo com as mesmas normas, teria feito”.

⁶²⁰. Ibidem, p. 138.

pode ser evitado ou revisto.⁶²¹

Explica-se, *obiter-ing* seria a transformação de um fundamento, que foi considerado essencial para decisão de um caso concreto que passa a ser compreendido como uma argumentação secundária não determinante para a decisão.

Além disso, é certo que com o passar do tempo há uma maior dificuldade na interpretação da linguagem utilizada em determinado precedente, especialmente naqueles países em que a tradição do *stare decisis* já vem sendo utilizada há alguns séculos. É certo que o processo de caracterização de uma decisão não termina com sua primeira formulação, sendo necessária a contínua reinterpretação do passado na medida em que vamos chegando ao futuro. Pessoas diversas dos julgadores reinterpretem a decisão, e ela mesma vai se modificando ao passar de geração para geração, do mesmo modo que a brincadeira do telefone sem fio. Assim, as decisões chegam ao presente carregadas das caracterizações e dos comentários que foram feitos pela sociedade.⁶²²

Como visto nos tópicos anteriores, a doutrina do *stare decisis* foi construída como um modelo para garantia de alguns princípios estruturantes da *rule of law*, tais como segurança jurídica, igualdade, coerência e estabilidade.

A coerência de um sistema não codificado só foi possível pela doutrina de precedentes vinculantes, segundo a qual o direito seria construído numa cadeia lógica e coerente, alternando-se a aplicação de métodos indutivo e dedutivo quando do julgamento dos casos concretos. Assim, a partir de uma decisão concreta buscava-se, por meio do método indutivo, abstrair os princípios que fundamentaram a *ratio decidendi* daquele caso para que na decisão seguinte, pelo método dedutivo, se aplicasse o princípio abstrato (já extraído do caso anterior) ao novo caso concreto.

Ainda, a preocupação com a equidade levou ao desenvolvimento do princípio do “*treat like cases alike*”, segundo o qual os juízes deveriam tratar de modo semelhante os casos assemelhados e, portanto, justificando a aplicação do precedente anterior aos novos casos que apresentassem os mesmos fatos.

Do mesmo modo, a segurança jurídica seria garantida na medida em que houvesse limites ao juiz, que estaria vinculado pelos precedentes.

Doutra parte, como é admitida a possibilidade de revogação (*overruling*) ou distinção (*distinguishing*) dos precedentes, poder-se-ia pensar que nenhum desses princípios estariam

⁶²¹ MARSHALL, Geoffrey. Op. cit., p. 516.

⁶²² SCHAUER, Frederick. Op. cit., p. 574.

sendo respeitados, criando incoerência entre as decisões, ou mesmo desigualdade entre casos semelhantes, o que levaria a uma instabilidade e insegurança jurídica pela imprevisibilidade das decisões.

Por essa razão, necessário se faz pensar numa doutrina do *stare decisis* ampla que signifique a vinculação e coerência não apenas com a decisão precedente em si, mas com o conjunto de princípios que lhe fundamentaram, além do conjunto de princípios erigidos pela comunidade política estejam previstos quer na Constituição, quer na legislação, quer nos precedentes judiciais, quer na prática constitucional, o que será apresentado no próximo capítulo.

2

Escrevendo um Romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica

O Judiciário, como visto anteriormente, assume um novo papel interpretativo a partir da segunda metade do século XX com a revolução dos direitos humanos e a consequente judicialização da política.

Esse novo papel exige que o Judiciário enfrente questões que envolvem conteúdo político e moral relacionadas a direitos humanos ou fundamentais, que só existirão quando do julgamento dos casos, momento em que esses direitos terão seus significados.

Em outras palavras, enquanto no contexto do positivismo que influenciou o desenvolvimento da tradição do *civil law* pressupunha-se que o significado da norma já estava contido no texto e que, portanto, o Judiciário, no seu papel interpretativo já estaria limitado por este, a nova realidade que envolve os julgamentos relacionados aos direitos humanos não mais se encaixa neste antigo modelo mecanicista de interpretação.

Ao contrário, na medida em que os direitos humanos possuem caráter aberto e indeterminado e conteúdo moral, é possível afirmar que os mesmos só possuem significado concreto quando de sua efetivação. E esse significado vai ser dado pelo Judiciário que passa a não ter mais os limites estampados no texto escrito.

Essa nova situação causa insegurança jurídica, eis que não existem limites pré-definidos para a atividade interpretativa, não pelo menos no modelo mecanicista, ficando os juízes livres para dar conteúdo aos direitos humanos. Além disso, o fato de os tribunais brasileiros não se sentirem vinculados às decisões emanadas pelos Tribunais Superiores sobre o mesmo assunto também causa insegurança jurídica.

No presente capítulo, pretende-se, primeiramente, contextualizar o problema da insegurança jurídica causada pela imprevisibilidade das decisões judiciais no Brasil. Num segundo momento analisa-se o modelo de direito como integridade de Dworkin e de que modo o mesmo é compatível com uma doutrina ampla do *stare decisis*. Por fim, defender-se-á que a adoção de uma doutrina de precedentes vinculantes que aplique o princípio da

integridade na prestação jurisdicional será capaz de garantir a segurança jurídica, a previsibilidade, a estabilidade e a igualdade, não só nos casos de decisões conflitantes com aquelas emanadas pelos tribunais superiores mas também nos casos difíceis a serem enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1

Insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões judiciais no contexto brasileiro

A segurança faz parte da vida humana, sendo necessária para que o ser humano possa planejar e conduzir sua vida; por tal razão o princípio da segurança jurídica é elemento constitutivo do Estado de Direito.⁶²³ A segurança jurídica, por sua vez, é esperada em diversas áreas do direito, desde contratos, família, até questões empresariais, trabalhistas e tributárias.

Os sistemas de tradição do *civil law* preocuparam-se em garantir a segurança jurídica pela codificação do direito, buscando tornar o sistema completo e mais conhecido da população e com isso garantir a segurança e previsibilidade no direito. Além disso, os Códigos e sua pretensão de completude dariam a garantia de segurança, certeza e previsibilidade nas relações jurídicas, na medida em que todas as respostas estariam expressas nos Códigos, o juiz estaria limitado a aplicar a lei, que já estava prevista e determinada.

Já nos sistemas de *common law* a busca da segurança jurídica não estava baseada na lei, ou na suposta completude do sistema, mas no sistema de precedentes judiciais, no qual, por meio de uma racionalidade se procurava garantir a coerência entre as decisões. Assim, nesse sistema, em que pese o juiz não se encontrar limitado pela lei, se encontrava limitado pelos precedentes. Essa limitação imposta pela doutrina do *stare decisis* significa respeito aos precedentes; respeito este que engloba os atos de segui-los, distingui-los ou revogá-los. O que nunca se admitiu foi a possibilidade de ignorar as decisões anteriores que retratam a prática

⁶²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 252. DWORKIN: “As pessoas precisam de regras para viver e trabalhar juntas com eficiência, e precisam ser protegidas quando confiam em tais regras. Contudo, estimular e recompensar a confiança nem sempre são atitudes de importância decisiva; às vezes é melhor que certas questões permaneçam sem regulamentação por convenção, para permitir o jogo de opiniões independentes, por parte dos juízes e do público quanto àquilo que os juízes poderão vir a decidir”. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito...*, p. 176.

constitucional e a moralidade política da comunidade.

Nos sistemas de *common law*, nos quais sempre imperou a ideia de *judge-made-law*, a primazia do Poder Judiciário é considerada “como um elemento de estabilidade que se traduz numa atividade de construção normativa voltada para a segurança jurídica”,⁶²⁴ até porque essa atividade sempre teve limites na doutrina do *stare decisis*.

O que se observa, entretanto, é uma grande mudança nos sistemas jurídicos na segunda metade do século XX, com a revolução dos direitos humanos. Como visto anteriormente, diversos países vêm adotar constituições democráticas com catálogos de Direitos fundamentais – como aconteceu no Brasil com a Constituição Federal de 1988 – ou incorporar documentos internacionais para proteção dos direitos humanos. A mudança de pilar nas estruturas jurídicas do sistema de *civil law* para dar primazia aos direitos humanos fundamentais altera substancialmente o papel da jurisdição constitucional na interpretação do direito, na medida em que não é possível uma definição *a priori* desses direitos. Ou seja, em que pese muitas vezes estarem expressos num documento escrito, não há como prever o resultado de sua interpretação no caso concreto.

Como saber previamente se será permitido o aborto para proteção dos direitos fundamentais à privacidade, igualdade e liberdade da mulher ou se este será proibido por violar o direito à vida do nascituro, ou ainda, como decidir casos difíceis que envolvem o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado de um lado e o direito fundamental ao desenvolvimento, ou se é necessário instituir políticas afirmativas no Parlamento para assegurar a igualdade entre homens e mulheres.

Enfim, o que se percebe é que esses direitos, por sua própria natureza, são abstratos e só terão significação no caso concreto. Tal abstração faz parte de direitos constitucionais em que se pretendeu um mínimo de consenso sobre sua positivação. Melhor explicando, embora não seja possível definir os limites e as consequências do direito à igualdade, é possível defender sua presença num documento constitucional como valor supremo a ser respeitado por todos. Assim acontece com a maioria dos direitos humanos e fundamentais, o consenso se dá no nível abstrato, mas não no concreto, até porque o dissenso é da própria natureza humana.

Na medida em que as normas que estabelecem direitos fundamentais, de conteúdo

⁶²⁴ DUARTE, Fernanda; et al. Ainda há Supremacia do Judiciário. In DUARTE, Fernanda; VIERA, José Ribas. (Org.). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 50.

moral, exigem significação para seu conteúdo, o Judiciário acaba assumindo novo papel que implica decisões que reflitam a moralidade política da comunidade. A insegurança se dá na medida em que questões de conteúdo moral e político, sobre as quais não há consenso por parte da comunidade, acabam sendo decididas por um poder não eleito pela população.

Para além disso, a insegurança jurídica também vem sendo sentida na medida em que os Tribunais brasileiros não se preocupam em garantir uma coerência às suas decisões, nem em respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores, ademais, mesmo as Cortes Superiores não respeitam sua própria construção jurisprudencial.

Apesar dessas disparidades, a segurança é princípio fundante do Estado Constitucional brasileiro. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu preâmbulo, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira.

A segurança e a igualdade ainda estão previstas no caput do artigo 5º da Carta de 1988, como direitos fundamentais dos cidadãos. Do mesmo modo, o inciso XXXVI do artigo 5º estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O princípio da segurança jurídica que pode ser deduzido de nossa Constituição, busca restringir a atuação estatal, que tem seus limites fixados na própria Constituição e legislação infraconstitucional, de forma a se garantir a estabilidade e a paz social. Ou seja, a supremacia da Constituição Federal vai funcionar como “único meio de assegurar aos cidadãos a certeza da tutela da segurança e da justiça como valores máximos da organização da sociedade”.⁶²⁵

A certeza do direito e a segurança jurídica fazem parte da própria construção do Estado Constitucional liberal, que vincula as funções do Estado às leis para proteção da liberdade e da economia.⁶²⁶

Por outro lado, o princípio da segurança jurídica busca propagar o sentimento de previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos da regulação das condutas no seio da sociedade; tal sentimento intenta tranquilizar os cidadãos, permitindo que eles possam programar ações futuras, “cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo

⁶²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n.19, Síntese, set./out. 2002. p. 32.

⁶²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 105.

pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza”.⁶²⁷

Em que pese ser inalcançável a segurança jurídica, o que se pretende, na verdade, é reduzir a insegurança jurídica a índices aceitáveis.⁶²⁸

A segurança jurídica não se realiza quando os Tribunais inferiores decidem diversamente dos Tribunais Superiores, quando turmas ou câmaras de um mesmo Tribunal, decidem de modo divergente entre si. Do mesmo modo, é violado o princípio da segurança jurídica quando o Tribunal Superior desrespeita sua própria prática e seus próprios precedentes.

Observe-se que a segurança jurídica nas decisões judiciais só pode existir junto com o princípio da igualdade, pois não há que se falar em segurança jurídica quando se depara com decisões conflitantes sobre assuntos e fatos exatamente idênticos.

Não se pode descurar que a igualdade é a base da segurança jurídica, assim como o é a justiça, especialmente no que diz respeito à vinculação aos precedentes. O princípio da segurança jurídica presente no Estado Democrático de Direito estabelecido na Carta Constitucional de 1988 exige que a norma –esteja prevista ou num texto legal ou abstraída de uma decisão – deva valer para todos, fazendo da igualdade outro atributo da segurança.

Pode-se, ainda, afirmar que, decorrente do princípio do Estado Democrático de Direito, estão intimamente relacionados os valores da certeza jurídica, da estabilidade jurídica e da previsibilidade dos cidadãos em relação à aplicação do direito. Tais valores ou princípios constitucionais justificariam a prática de respeito aos precedentes, quer sejam meramente interpretativos como nos países ligados a tradição do *civil law*, quer vinculantes como nos países de tradição do *common law*.

Desse modo, em qualquer sistema jurídico, há uma tendência de os Tribunais darem certo peso aos precedentes, independentemente dos méritos intrínsecos da decisão contida neles, o que pode ser fortemente justificado pela necessidade de estabilidade e previsibilidade tanto do direito quanto das decisões judiciais proferidas em nome da lei. E tudo isso, segundo

⁶²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 149.

⁶²⁸ “As a philosopher of law among the ranks of lawmakers, I always had a certain inclination to remind colleagues that certainty is unattainable, and that the most one can do is aim to diminish uncertainty to an acceptable degree. What degree is acceptable depends on the fact that other values, including justice in the light of developing but currently unforeseen situations, are at stake.” “Como um filósofo do direito no meio de vários legisladores, sempre tive uma certa inclinação para lembrar aos colegas que a certeza é inatingível, e que o máximo que se pode querer fazer é diminuir a incerteza para um nível aceitável. Que grau é aceitável dependerá do fato de que outros valores, incluindo a justiça à luz do desenvolvimento mas situações imprevistas atualmente, estão em jogo.” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric...*, p. 11.

Zenon BANKOWSKI, é da própria essência de se dar aos cidadãos uma medida tolerável de segurança jurídica e confiança na sua fruição de quaisquer direitos que lhes são conferidos pela lei.⁶²⁹

No Brasil, a falta de uma definição clara a respeito da vinculação dos Tribunais inferiores aos precedentes dos Tribunais superiores, em total afronta aos princípios da igualdade, previsibilidade, segurança e estabilidade jurídica, causa um aumento de litigiosidade desnecessária no âmbito dos Tribunais Superiores.

MARINONI ressalta o comum desrespeito dos Tribunais Federais e Estaduais aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a quem a Constituição dá a função de intérprete último do direito federal,⁶³⁰ uma vez que, na prática, referidos Tribunais “não apenas se sentem autorizados a desconsiderar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como, ainda, não justificam as razões pelas quais deixam de aplicá-los”.⁶³¹

Esse desrespeito aos precedentes judiciais é confortavelmente apoiado pela doutrina do *civil law*, que compreende que não há direito do cidadão à uniformidade ou estabilidade das decisões judiciais. Essa é a posição afirmada por CANOTILHO:

É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a uniformidade ou estabilidade da jurisprudência. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais. É uma dimensão irreduzível da função jurisdicional a obrigação de os juizes decidirem, nos termos da lei, segundo a sua convicção e responsabilidade. A bondade da decisão pode ser discutida, pelos tribunais superiores que, inclusivamente, a poderão revogar ou anular, mas o juiz é, nos feitos submetidos a julgamento, autonomamente responsável.⁶³²

Equivocado e ultrapassado esse entendimento que adapta o princípio da segurança jurídica às práticas “consolidadas”, como se um princípio constitucional devesse ser lido à luz da tradição do *civil law*, na qual a segurança jurídica era supostamente alcançada por limitar o juiz a dizer as palavras da lei. Pensar desse modo seria o mesmo que dizer que o princípio da

⁶²⁹ BANKOWSKI, Zenon; et al. Op cit., p. 488.

⁶³⁰ art. 105, III da CF 1988.

⁶³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 97-98. Nesse sentido, a Juíza Patrícia Helena Daher Lopes ao julgar caso de desaposentação perante o INSS, embora reconhecer entendimento do STJ, decide de forma contrária aquele Tribunal: “O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento segundo o qual a renúncia opera efeitos *ex nunc*. A devolução de proventos não é devida, visto que os valores recebidos tinham natureza alimentar. (...) Entretanto, este Juízo entende de forma diversa. A exigência de devolução não encontra obstáculo no fato de as prestações recebidas terem caráter alimentar.” JFPR – Vara Previdenciária de Curitiba – AO 2008.70.00.008373-3/PR – DJ 14.10.2009

⁶³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 260.

segurança jurídica só irradia seus efeitos a alguns órgãos do poder público. Ademais, no *common law* também há limitação da atuação do juiz, mas essa se dá justamente pela doutrina do *stare decisis*.

A certeza e segurança jurídica também existem e são desejadas nos sistemas de tradição da *common law*; não obstante, existem três diferenças básicas com as presentes nos sistemas de *civil law*. No *common law*, a certeza e segurança jurídica têm um papel muito mais funcional, não possuindo a posição de dogma como nos sistemas romano-germânicos. Ou seja, apesar de se entender que as pessoas devem saber sobre seus direitos e obrigações de modo a planejar suas ações e ter segurança sobre quais serão as consequências jurídicas daí advindas, tem-se claro que essa previsibilidade não é absoluta.⁶³³

No *common law* se tem segurança jurídica dando-se força de lei às decisões judiciais, algo que era proibido pela tradição do *civil law*. Assim, diversas decisões judiciais ao longo do tempo garantem uma variedade de exemplos de decisões, regras e princípios que devem ser obedecidos. Um conjunto de decisões pode dar mais certeza, segurança e previsibilidade no direito do que apenas leis escritas. Enquanto a certeza e segurança jurídica são argumentos a favor da *stare decisis* nos países de tradição no *common law*, são contra a *stare decisis* no *civil law*.⁶³⁴

Ora, na medida em que se caminha para uma maior importância do direito jurisprudencial ou *judge-made-law* com a expansão da atividade judicial e do *judicial review* em grande número dos Estados Constitucionais contemporâneos, e também no Brasil, conforme já estudado no tópico que trata da judicialização da política, deve-se adotar o entendimento de que as decisões judiciais produzem efeitos normativos quando da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto e, portanto, necessário se faz o respeito ao princípio da segurança jurídica.

Outra questão importante a ser considerada é que a igualdade é base da segurança jurídica, assim como o é a justiça. Não é possível mais aceitar a ideia de que a segurança jurídica consiste apenas na coisa julgada ou imutabilidade das decisões judiciais, ou que a segurança jurídica estaria na lei e em sua aplicação pelo julgador.

É necessário também que o princípio da igualdade, como atributo da segurança jurídica, prevaleça nos tribunais no sentido de que casos semelhantes sejam tratados de modo semelhante (*treat like cases alike*).

⁶³³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 48-49.

⁶³⁴ Ibidem, p. 49.

Veja-se que para que os Tribunais mantenham a uniformidade do direito, é necessário que haja uniformidade na sua interpretação e aplicação quando do julgamento dos casos, por ser um requisito do próprio Estado Constitucional de Direito. E o Estado Constitucional de Direito demanda que haja igual tratamento dos indivíduos perante a lei, do ponto de vista formal e material. Não é admissível que o direito seja interpretado de maneiras diferentes em casos similares, isso é uma afronta não só ao princípio da segurança jurídica, mas também ao princípio da igualdade garantido na Constituição. Veja-se que a uniformidade do direito nas decisões judiciais é parte essencial da igualdade de tratamento em casos essencialmente similares, e que, portanto, devem ser julgados de acordo com uma interpretação similar e estável do direito.⁶³⁵ Até porque é legítima a expectativa daquele que se encontra em situação similar à decisão já julgada pelo Judiciário de não ser surpreendido por decisão diversa.⁶³⁶

Ressalta-se que não se defende aqui que o princípio da igualdade exija que haja uma adesão estrita ou cega aos precedentes, mas deve-se ter em vista que as pessoas, segundo o princípio da equidade, têm direito a ser tratadas com igual consideração e respeito, devendo, portanto, se decidir aplicando-se não necessariamente a decisão anterior ou sua *ratio*, mas os princípios que a fundamentaram.

Além disso, assim como os atos normativos, as decisões judiciais devem ter linguagem clara, compreensível e não contraditória.

Por outro lado, do mesmo modo que a lei não pode ter efeitos retroativos, salvo exceções constitucionais, seria possível defender que eventual mudança de entendimento

⁶³⁵ BANKOWSKI, Zenon; et al. Rationales for Precedent..., Op. cit., p. 488. “A similar rationale for the normative force of precedent concerns fundamental constitutional and político-moral values. That courts maintain uniformity in law and in its interpretation and application from case to case can be considered a requirement for securing the *rule of law* or Rechtsstaat; for these are ideals that demand the equal treatment of individuals in the sense of formal equality before the law. This would be a sham IF the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law.” “Um raciocínio similar para a força normativa dos precedentes consiste em valores fundamentais constitucionais e de moralidade política. Que os tribunais mantenham a uniformidade no direito e na sua interpretação e aplicação de caso para caso pode ser considerado um requisito para garantir o Estado de Direito ou Rechtsstaat, pois estes são ideais que exigem a igualdade de tratamento entre os indivíduos no sentido da igualdade formal perante a lei. Isso seria uma farsa se o direito fosse sujeito a interpretações variadas de caso para caso, pois seria apenas nominalmente o mesmo direito que se aplicaria a casos diferentes, com características essencialmente semelhantes entre si. Assim, a uniformidade do direito é uma parte essencial da igualdade de tratamento dos casos essencialmente semelhantes, ou seja, casos que poderão ser considerados semelhantes sob uma dada (e estável) interpretação do direito.”

⁶³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 107.

jurisprudencial dos Tribunais Superiores gerasse efeitos prospectivos,⁶³⁷ salvo se em benefício do cidadão, até porque a segurança jurídica que se pretende ver protegida é do cidadão e não do Poder Público.

Ademais, a confiança e segurança jurídica implicam que haja durabilidade e permanência “da ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas”⁶³⁸, paralelamente à confiança nas situações jurídicas, o que por óbvio só será alcançado com uniformidade e estabilidade das decisões judiciais. De nada adianta haver permanência das leis e da Constituição se não houver confiança e previsibilidade nas decisões judiciais, que também fazem parte da ordem jurídica.

Entretanto, não é isso que vem ocorrendo: primeiro, porque no direito de tradição *civil law* como o brasileiro, com a adoção do constitucionalismo, deixa-se uma grande margem de apreciação para o juiz, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional, uma vez que o caráter principiológico e aberto da Constituição torna necessária a interpretação por parte dos mesmos para densificação de suas normas. Segundo, porque os tribunais não respeitam seus próprios precedentes nem os precedentes dos tribunais superiores, causando instabilidade nas relações jurídicas, imprevisibilidade, e, ainda, fulminando o princípio da proteção da confiança no direito.

Nesse viés, é o jurista de tradição no *common law* que vê o direito de tradição de *civil law* como inseguro, na medida em que essa liberdade concedida aos juízes para decidir sem respeito aos precedentes acaba por permitir “mudar o conteúdo das regras, de uma maneira pouco propícia à segurança das relações jurídicas”.⁶³⁹

Ademais, é importante ter em vista que, diversamente do que se argumenta no sentido que respeitar as súmulas vinculantes é limitar a atuação dos juízes, ou seja, de que o respeito aos precedentes é reduzir o papel dos juízes de 1º grau, tem-se que este papel é maior

⁶³⁷ Nessa mesma linha de entendimento já se manifestou o Ministro Celso de Mello quando do voto sobre a infidelidade partidária: “Esta Suprema Corte, considerando os precedentes por ela própria firmados, analisados sob a perspectiva das múltiplas funções que lhes são inerentes – tais como conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado -, tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigma, a não incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios consagrados por este Supremo Tribunal”. STF – MS 26.603 – Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 18.12.2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2010

⁶³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 254. As expressões acima são mencionadas pelo autor quando o mesmo trata da segurança jurídica na legislação.

⁶³⁹ DAVI, René. Op. cit., p. 327.

do que no sistema de *civil law*, em que há o duplo grau de jurisdição sobre quaisquer questões, significando, assim, que as decisões de 1º grau podem ser cassadas, e portanto, o que se verifica que é no *civil law* e não no *common law* que se dá menor valor às decisões proferidas pelos juízes de 1º grau.⁶⁴⁰

A utilização de uma teoria do *stare decisis* ganha peso na medida em que as decisões anteriores pertencem a um corpo histórico de fundamentação (*reasoning*), que devem servir de inspiração para futuras reflexões.

Além de garantir a igualdade, a segurança e confiança jurídica e a uniformidade do direito, é possível defender que a doutrina do *stare decisis* ainda tem as virtudes de promover “a estabilidade, a previsibilidade e a eficiência do sistema jurídico, enquanto, ao mesmo tempo que limita o âmbito de discricionariedade judicial, melhora a aparência de integridade do processo judicial”.⁶⁴¹

Quando se fala em insegurança não se está apenas a apontar as diferentes decisões emanadas dos Tribunais brasileiros, sem qualquer preocupação com as decisões já tomadas anteriormente pelos Tribunais Superiores⁶⁴², em afronta ao princípio da segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade e igualdade. Ao lado dessa preocupação, há outra em relação à coerência entre as decisões do Supremo Tribunal Federal, ou seja, de que modo o Tribunal, no exercício da Jurisdição Constitucional, deve respeitar e se vincular a seus próprios precedentes.

Por outro lado, em virtude do caráter aberto das normas relativas aos direitos e princípios constitucionais, é necessário que os Ministros do STF lhe deem conteúdo e significado. A insegurança a respeito aparece na medida em que essas normas têm conteúdo moral ou político, muitas vezes sem consenso a respeito de sua interpretação por parte da

⁶⁴⁰ Nesse sentido, confira-se MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 136.

⁶⁴¹ MARKMAN, Stephen. Precedent? Tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions. *Texas Review of Law & Politics*, v. 8, Spring 2004, p. 283-288. “The virtues of *stare decisis* are well-understood, promoting as it does the stability, the predictability, and the efficiency of the legal system, while also limiting the realm of judicial discretion and enhancing the appearance of integrity of the judicial process”. “As virtudes do *stare decisis* são bem compreendidas, promovendo, desta forma, a estabilidade, a previsibilidade e a eficiência do sistema jurídico, além de limitar a esfera de discricionariedade judicial e melhorar a aparência da integridade do processo judicial”.

⁶⁴² Veja-se a preocupação com a segurança manifestada pela Min. Cármen Lúcia quando do julgamento do MS 26.604 a respeito da fidelidade partidária: “Tendo em vista, pois, razões de segurança jurídica e de que cuida a espécie de evolução jurisprudencial, para o que há de se ter o cuidado necessário para que a jurisprudência seja um ponto de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos, e ainda considerando não ter havido mudanças no ordenamento jurídico quanto à matéria, reconheço o direito do impetrante a titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006.” Embora uma análise mais profunda acerca do caso tenha sido feita por Eneida Desirée SALGADO que entendeu que a decisão do STF no caso em questão não teve qualquer coerência com o histórico das decisões do próprio STF nem retratou a moralidade político constitucional da comunidade brasileira a respeito do tema. SALGADO, Eneida Desirée. Op. cit., passim.

comunidade, e caberá a um grupo de Ministros não eleitos pelo povo a definição da moralidade política da comunidade ao decidir o caso concreto.

Ainda, alguns doutrinadores têm se preocupado com a insegurança jurídica causada pela possibilidade de mutação constitucional realizada pelo STF⁶⁴³, pela faculdade dos Ministros utilizarem-se de princípios não escritos na Constituição como fundamento de suas decisões, substituindo, assim, a tarefa do legislador.

Em realidade, esses doutrinadores ainda sofrem grande influência da visão tradicional do *civil law*, no qual se espera que um documento codificado, agora a Constituição, consiga com seu texto limitar a atuação do Poder Judiciário. E portanto, só conseguem ver como legítima a reforma formal da Constituição, por a entenderem apenas como seu texto e não como um documento vivo.

Ora, os princípios constitucionais do mesmo modo que os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 têm linguagem aberta e são normas que têm por trás de si mesmas *background moral values*, o que significa dizer que a linguagem e o texto em si não têm o condão de limitar a atuação dos intérpretes, até porque, como já visto anteriormente, é da natureza da linguagem permitir diversos significados. Tentar limitar a interpretação da Constituição pela norma escrita é equiparar a norma ao texto, o que não é possível especialmente quando se trata de direitos humanos fundamentais.

A comunicação entre a Constituição e a realidade histórica é feita pela prática constitucional da comunidade e também pelo Poder Judiciário, é próprio das normas de direitos fundamentais e seu caráter abstrato a possibilidade da “constante evolução de seu significado e o ajustamento de seu sentido às exigências da realidade sem a necessidade de se convocar a todo instante a manifestação do Poder Constituinte Derivado”, ou seja, sua abertura permite assim “o evoluir permanente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a história e o seu progresso”.⁶⁴⁴

Essa tendência não se dá apenas no âmbito constitucional. Em virtude da rápida transformação por que passa a sociedade contemporânea, os códigos passaram a estabelecer, intencionalmente, cláusulas gerais abertas, que permitem ao julgador certa margem para adaptar as normas aos novos valores da sociedade⁶⁴⁵. Dito de outra maneira, a perenidade de

⁶⁴³ SALGADO, Eneida Desirée. Op.cit.

⁶⁴⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 26-27.

⁶⁴⁵ Judith Martins-Costa explica que as cláusulas gerais possuem a vantagem da “mobilidade, proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contêm, pelo que é afastado o risco do

um sistema constitucional ou legal se dá justamente com a adoção de normas gerais, abstratas e abertas, de conteúdo indeterminado que possam se adaptar as rápidas mudanças da sociedade atual.

Nesse sentido MENELICK explica que:

Permanente é o que é capaz de ser relido e ressignificado consoante uma sempre renovada gramática de práticas sociais. Os direitos fundamentais só fundamentam a nossa sociedade porque descalçam os nossos preconceitos. Naturalizados, permitindo a permanente abertura de processo de inclusão que se traduz nas sempre novas pretensões de direito ao reconhecimento de diferenças específicas, como direito básico à igualdade, tal como prefigurado no §2o do art. 5o da CR/88, que, no entanto, por sua vez, sempre volta a excluir. Quando afirmamos que a Constituição constitui uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, afirmamos quais são as diferenças que não podem fazer qualquer diferença social, comprometendo-nos a tratar a todos, independentemente de tais diferenças, com igual respeito e consideração. É dessa forma que a história do constitucionalismo vai se revelar para nós como um tenso processo aberto de permanente inclusão, porque sempre exclui.⁶⁴⁶

Veja-se que, nos Estados Unidos, a revolução judicial e não emendas formais à Constituição é que tem servido como um dos principais caminhos para uma mudança fundamental da Constituição, entendida essa como um instrumento vivo.⁶⁴⁷

imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade.” Ainda, explica a autora que, por conta de sua “grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão destas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, **uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.**”(g.n.) E portanto, caberá ao juiz, segundo a autora, criar, complementar ou desenvolver as normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização poderá estar fora do sistema jurídico. Mas, a partir do momento em que se incorporam aos fundamentos da decisão, “reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização destes elementos, originariamente extra sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico”. MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol.15, Porto Alegre: UFRGS, 1998, p.134-135.

⁶⁴⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. Op. cit., p. 8.

⁶⁴⁷ ACKERMAN faz a seguinte constatação: “It is judicial revolution, not formal amendment, that serves as one of the great pathways for fundamental change marked out by the living Constitution. Despite their insistence on the primacy of the written text, movement-Republicans are not misled by their own rhetoric when it comes to the serious business of transforming constitutional politics into constitutional law. But judicial revolution isn’t the only way to transform constitutional values in the modern era. A second great pathway involves the enactment of landmark statutes that express the new regime’s basic principles: the Social Security Act, for example, or the Civil Rights Acts of the 1960s.” “É a revolução judicial, e não alteração formal, que serve como um dos grandes caminhos para a mudança fundamental marcada pela Constituição viva. Apesar de

Nesse contexto, para garantia da segurança jurídica nos casos difíceis que envolvem questões de moralidade política relacionadas aos direitos fundamentais, tais como a união homoafetiva, aborto, propõe-se que deve o STF, mesmo que esteja enfrentando o tema pela primeira vez, olhar para o que já foi construído a respeito dos direitos envolvidos, e a partir da construção histórica, moral, social e jurisprudencial do direito, enfrentar e fundamentar sua nova decisão.

A segurança e a estabilidade que se propõem não estarão na certeza ou na previsibilidade da decisão em si, em se saber o que vai ser julgado, mas na certeza de que os Ministros julgarão de acordo com a integridade, ou seja, comprometidos a uma coerente e defensável visão dos direitos e deveres que as pessoas têm, o que é possível na adoção da doutrina do *stare decisis* que envolve que a vinculação dos tribunais ao passado significa que podem aplicar um precedente, revogá-lo ou distingui-lo, mas nunca ignorá-lo.

Nessa dimensão, seguir, distinguir ou revogar um precedente são partes integrantes da busca da integridade na decisão, porque está ligado à ideia de que o que foi decidido no passado é importante para o que se deve decidir agora.⁶⁴⁸

É mediante a utilização da doutrina do *stare decisis* a partir de uma ideia de direito como integridade que se garantirá a segurança jurídica não só nos casos fáceis ou repetitivos, mas também nos casos difíceis, que envolvem questões de moralidade política da comunidade, conforme se verá no próximo tópico.

2.2

O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais

Pretende-se demonstrar, no presente tópico, que a teoria desenvolvida por Ronald DWORKIN se aproxima bastante ao método do *common law* e é a que melhor justifica o

sua insistência na primazia do texto escrito, o movimento republicano não é enganado por sua própria retórica quando se trata da importante questão de transformar política constitucional em direito constitucional. Mas a revolução judicial não é a única forma de transformar os valores constitucionais na era moderna. Uma segunda via envolve muito a promulgação de leis que expressam princípios básicos do novo regime: a Lei da Segurança Social, por exemplo, ou o Civil Rights Act de 1960.” ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution. *Harvard Law Review*, v.120, n.7, 2007, p 1742. Disponível em: <http://heionline.org>. Acesso em 18 jan.2009.

⁶⁴⁸ Defendendo a mesma ideia ver HERSHOVITZ, Scott. Op. cit., p. 116 -117.

respeito aos precedentes judiciais. O próprio DWORKIN assume que o método jurídico que sua teoria do direito como integridade melhor descreve é, de fato, o método tradicional do *common law*.⁶⁴⁹

Busca-se, assim, apontar os elementos de proximidade entre o método do *commonlaw* e a teoria do direito como integridade de DWORKIN, para defender que este é o método mais adequado a garantir a realização da segurança jurídica, da estabilidade das relações sociais e da proteção da equidade.

A proximidade da teoria do direito como integridade de DWORKIN ao método do *common law* pode ser verificada quando o autor fala de um direito como integridade formado por uma comunidade de princípios, para além do texto escrito da Constituição, quando fala dos precedentes judiciais como prática constitucional, bem como quando defende a ideia de um romance em cadeia, como se cada juiz, ao julgar, estivesse escrevendo o capítulo de um romance, devendo para tanto partir do capítulo anterior, para poder avançar no romance.

Essa aproximação da teoria de DWORKIN ao método do *common law* também é defendida por Mark Walters que, por sua vez, ressalta que as ideias desenvolvidas pelos humanistas do *common law* em relação ao direito e filosofia, especialmente no que diz respeito ao valor da coerência, na interpretação e verdade, e na integridade e o método do *case-law* “são sugestivas de várias das compreensões jurisprudenciais agora associadas a teoria do direito como integridade de DWORKIN”.⁶⁵⁰ Esses humanistas sustentavam que as decisões do *common law* envolviam interpretações do direito à luz de uma teoria da filosofia moral e política evidenciada por uma tradição cultural e intelectual específica, o que seria exatamente o que DWORKIN sustenta.⁶⁵¹

Um outro valor elevado pelos humanistas foi o valor da coerência, que em termos jurídicos era essencial para o amadurecimento da ideia da *rule of law*, bem como necessário ao método baseado em casos (*case-based method*) do *common law*. A coerência, assim, seria

⁶⁴⁹ “Como os juízes devem raciocinar nos casos difíceis? (...)Nos termos da combinação simples de positivismo e utilitarismo que descrevi, os juízes devem introduzir novas formas de julgamento para preencher as lacunas do direito, mas a combinação determina o caráter desse raciocínio judicial ao sustentar que os juízes devem tentar fazer o que o Legislativo teria feito. O interpretacionismo, assim como outras teorias jurídicas, também pressupõe que os juízes inovem em seus julgamentos de moralidade política nos casos difíceis, orientando-os a buscar um equilíbrio interpretativo entre o conjunto de decisões legislativas e judiciais que representam a estrutura jurídica e os princípios gerais que parecem constituir a melhor maneira de justificar essa estrutura. Como afirmei em outro livro, esse é, na verdade, o método tradicional do *common law*.” DWORKIN, Ronald. *Justice...*, p. 251. DWORKIN, Ronald, *Justiça ...*, p.355

⁶⁵⁰ WALTERS, Mark D. *Legal Humanism...*, p. 361.

⁶⁵¹ *Ibid*, p.363

possível se os métodos humanistas de lógica e dialética fossem seguidos.⁶⁵²

WALTERS explica que Sir John Doderidge⁶⁵³, ao buscar um método para o *common law* por meio da retórica e da lógica humanista, já insistia que existia uma “verdade” sobre o direito que não era uma questão de história ou metafísica, mas que era descoberta por meio de discussão e debate. Esse discurso foi apresentado como “*art of reasoning*”, tendo como fundamento o ideal de coerência. Proposições jurídicas deveriam ser vistas como parte de uma estrutura maior de princípios jurídicos abstratos, e proposições específicas e abstratas que fossem similares deveriam ser organizadas da mais ampla e geral à mais especial e particular com todas as partes combinadas entre si como se houvesse uma espécie de consanguinidade entre elas. A coerência deveria ser vista não apenas em cada regra do direito, mas em todo seu sistema.⁶⁵⁴

É essa justamente a ideia do direito como integridade, que também pode ser comparada à doutrina da responsabilidade política a que estariam sujeitos os juízes, desenvolvida por DWORKIN em “Levando os Direitos a sério”⁶⁵⁵. Referida doutrina “condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”. E afirma que, no caso dos princípios, a doutrina “insiste na aplicação da consistência distributiva a todos os casos, pois não admite a ideia de uma estratégia que possa ser mais bem servida pela distribuição desigual do benefício em questão”.⁶⁵⁶ Não se trata de coerência apenas com a decisão judicial precedente, mas

⁶⁵² WALTERS, Mark D. *Legal Humanism ...*, p. 364-365. Nesse sentido: “The principles within particular departments of law, said Dodderidge, should demonstrate “coherency”(“local” coherence Dworkin would say); but Ramist method, if followed to its end, would leave not Just “every title of the Law” but “the whole body thereof” in “a perfect shape”. Common law method should, He Said, permit one to see “a perfect plot of the coherence of things”, a series of rules and principles arranged “from the most ample and highest Generall, by many degrees of descent, as in a Pedigree or Genealogie, to the lowest special and particular”, with all of the structure’s parts “combined together as it were in a consanguinity of blood and concordanced of nature”. “Os princípios nas áreas particulares do direito, disse Dodderidge, devem demonstrar “coerência” (coerência “local” diria Dworkin), mas o método ramista, se seguido até o final, deixaria não apenas cada direito, mas o corpo em uma forma perfeita. O método do common law, segundo ele, permite que se veja uma perfeita trama de coerência das coisas, uma série de regras e princípios organizados “do mais amplo e mais genérico, por muitos graus de descida, como num pedigree ou genealogia, ao mais especial e particular”, com todas as partes da estrutura “combinadas como se possuíssem uma consanguinidade ou concordância natural””.

⁶⁵³ Sir John Doderidge, *The English Lawyer, Describing a method for the managing of the Lawes of this land*, 1631. apud WALTERS, Mark D. *Written Constitutions...*, p. 252

⁶⁵⁴ Idem.

⁶⁵⁵ O capítulo 4, “Casos Difíceis”, foi originalmente publicado em 1975 na *Harvard Law Review*. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, Op.cit., p. XXI.

⁶⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, Op.cit., p. 137-138.

coerência com os princípios que a fundamentaram⁶⁵⁷. Ou seja, em que pese não ser necessária uma adesão estrita ao passado, a coerência com o conjunto de princípios que representa a moralidade política da comunidade implicará que todos sejam tratados com igual consideração e respeito nas decisões. Isso é o que DWORKIN chama de “força gravitacional” dos precedentes.

A “força gravitacional” do precedente, justamente ampliará sua força para além dos novos casos que “se situam fora de sua órbita particular”⁶⁵⁸. Ou seja, não é apenas a *ratio decidendi* que irá vincular os casos futuros, mas os princípios que a embasaram. Dessa feita, o juiz deverá “limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”⁶⁵⁹.

Assim, só terão força gravitacional as decisões baseadas em princípios. As decisões utilitaristas, que se baseiam em argumentos de política não terão qualquer força gravitacional.⁶⁶⁰

Por outro lado, é possível afirmar, que em seu sentido formal, o discurso da razão do *common law* é apenas um método ou técnica da razão que produz respostas em questões do direito altamente técnicas ou moralmente questionáveis. Mas a igualdade da razão (*equality of reason*) que define essa técnica implica um conteúdo moral também limitado. A técnica formal da razão do *common law* promove, segundo DWORKIN, o valor da integridade, de tratar os indivíduos com igual respeito e consideração, o que na prática judicial dos precedentes é possível por meio do *treat like cases alike*.⁶⁶¹

Na verdade, a equidade que se pretende nas decisões é, mais ampla que o princípio do *treat like cases alike*, pois não significa apenas tomar decisões semelhantes em casos semelhantes, mas significa adotar os mesmos princípios que fundamentaram decisões semelhantes.

Ainda, é de se ter em vista que, na visão de DWORKIN, a verdade aparece de nossos esforços internos de apresentar justificativas coerentes para as convicções que sustentamos ou para os casos paradigmas que aceitamos, e que “não obstante nós possamos iniciar com convicções ou casos particulares e ir em direção a explicações gerais, a demanda de coerência

⁶⁵⁷ “Coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...* Op.cit., p. 139

⁶⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, Op.cit., p. 174.

⁶⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, Op.cit., p. 177.

⁶⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, Op.cit., p. 172.

⁶⁶¹ WALTERS, Mark D. *Written Constitutions...*, p. 255-256.

ou integridade requer uma oscilação entre concepções concretas e abstratas⁶⁶² até que se alcance o equilíbrio devido. Esse processo era contemplado pela dialética humanista.

DWORKIN says that truth about what is Just (or moral or legal) is obtained through a process of reflection that oscillates between consideration of beliefs or convictions about particular examples or paradigm cases of justice (or morality or legality) and a general theoretical structure that shows those beliefs to constitute a unified and justifiable body of convictions, with the expectation that both particular beliefs and general theory will be refined until a satisfactory point of equilibrium is reached. The resulting theoretical structure not only explains and justifies existing determinations, but it provides answers in relation to points of controversy not yet determined.⁶⁶³

O método do *common law*, assim como o direito como integridade⁶⁶⁴, é aquele no qual os juízes nos casos difíceis estendem ao povo atual os direitos que estavam implícitos na teoria de moralidade política que melhor justifica o reconhecimento de direitos nas relevantes decisões judiciais do passado.⁶⁶⁵ Fazendo um paralelo, é possível, num constitucionalismo do *common law* que esses direitos implícitos estejam presentes numa Constituição do *common law*, prévia e que fundamenta a própria Constituição; é também razoável afirmar que são os mesmos direitos presentes na Constituição Invisível de TRIBE.

Essa proximidade ao método do *common law* pode ser justificada inclusive porque DWORKIN constrói sua teoria observando a prática judicial norte-americana, resgatando “o desejo de construção de uma sociedade mais igualitária por meio de um direito que não se resume na legalidade, pois também possui uma dimensão moral e política”.⁶⁶⁶ O autor deixa claro que a aplicação do direito pelos juízes não é neutra ou apolítica, nem “estão alheios ao processo de criação do direito, pois toda vez que o aplicam o constroem”.⁶⁶⁷

O autor afirma ser “inquestionável que os juízes “criam novo direito” toda vez que decidem um caso importante. Anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma

⁶⁶² WALTERS, Mark D. *Legal Humanism...*, p. 367.

⁶⁶³ “Dworkin afirma que a verdade sobre o que é justo (moral ou legal) é obtida por meio de um processo de reflexão que oscila entre o respeito às crenças ou convicções sobre exemplos ou casos particulares paradigma de justiça (ou moralidade ou legalidade) e uma estrutura teórica geral que mostra essas crenças como constituindo um corpo unificado e justificável de convicções, com a expectativa de que ambas, as crenças particulares e a teoria geral, serão refinadas até que se alcance um ponto satisfatório de equilíbrio. O resultado dessa estrutura teórica não só explica e justifica as determinações vigentes, mas fornece respostas aos pontos de controvérsia ainda não determinados”. WALTERS, Mark. *Legal Humanism...*, p. 355; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 155; DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes...*, p. 246.

⁶⁶⁴ Para Mark WALTERS, o direito como integridade é quase uma imitação do método do *common law* tal com desenvolvido pelos humanistas. *Ibidem*, p. 369.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 369.

⁶⁶⁶ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. *Op. cit.*, p.46.

⁶⁶⁷ *Idem*.

disposição”.⁶⁶⁸ Entretanto, “essas “novas” formulações jurídicas” são, para DWORKIN, “como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido”. Ou seja, as novas formulações representam a “correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito”⁶⁶⁹, mesmo que não tenha sido reconhecido anteriormente.

Dessa feita, não se trata de discricionariedade como no convencionalismo ou no positivismo em que o juiz “cria” o novo direito em caso de lacunas, mas de interpretação do melhor direito como integridade que representa a moralidade política de uma comunidade.⁶⁷⁰

Veja-se que DWORKIN refuta a concepção positivista que nos casos nos quais inexistente a incidência de uma regra expressa, o magistrado estaria autorizado, por meio de um poder discricionário, a criar um direito novo e aplicá-lo retroativamente ao caso.⁶⁷¹ Quando ele critica o modelo de regras, significa que este modelo não dá mais conta da complexidade da sociedade atual. Ainda, é possível afirmar que uma vez que a Constituição supera o modelo de regras, naquilo que se tem, aparentemente, um modelo de regras, se tem por trás um princípio. O direito como integridade gera, destarte, a consistência necessária para um modelo de princípios.

Vera Karam de CHUEIRI explica que esse processo de criação é distinto do positivismo, “que atribui aos juízes o poder discricionário de fazer o direito em casos em que este não se encontra disponível no sistema legal, mas, sim, no sentido de que os juízes podem e devem, com criatividade, buscar nos princípios o fundamento para suas decisões por meio da sua interpretação”.⁶⁷² Nessa dimensão, devem os juízes construir o direito de forma coerente, da melhor maneira possível a adequá-lo, não só às decisões do passado, mas também ao presente e ao futuro.

Para que haja essa construção coerente do direito o juiz deve elaborar um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro. Por outro lado, essa justificação deve se dar tanto do ponto de vista vertical quanto horizontal, ou seja, a justificação vertical é fornecida por diferentes estratos de autoridade, com a ideia de que as decisões servem de controle das decisões

⁶⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O império...*, p. 9.

⁶⁶⁹ Idem.

⁶⁷⁰ “Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tido em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”. DWORKIN, Ronald. *O império...*, p. 271.

⁶⁷¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin? De que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. (Orgs.). *Direito & literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 21.

⁶⁷² Idem.

tomadas em níveis inferiores enquanto a horizontal requer apenas que os princípios que justifiquem uma decisão em um nível seja consistente com a justificação oferecida para as demais decisões do mesmo nível.⁶⁷³

DWORKIN entende que existe apenas uma única resposta correta para os casos difíceis, e não somente respostas diferentes. Casos difíceis seriam aqueles que, na tradição anglo-americana, envolvem situações em que não há uma regra específica ou clara que venha a ser aplicada ao caso concreto submetido ao Judiciário.⁶⁷⁴

Quando DWORKIN defende a tese da única resposta correta não significa que, conforme explica Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA, o mesmo alegue que, do ponto de vista semântico, “qualquer juiz chegaria a uma mesma resposta”,⁶⁷⁵ nem defende que existe uma solução ideal.

Para Vera Karam de CHUEIRI, a resposta certa “não é algo dado, mas construído argumentativamente. A sua elaboração sugere a analogia da prática jurídica com o exercício literário, consubstanciando a ideia da *chain of law*, a qual constituir-se-á no turning point para a consideração do direito como um conceito interpretativo”.⁶⁷⁶

A partir da ideia do direito como integridade e na busca de coerência das decisões, DWORKIN vai fazer uma analogia com a literatura, criando um gênero literário artificial que vai chamar de *romance em cadeia*.

O *romance em cadeia* exige que cada autor, ao escrever um novo capítulo, interprete tudo o que foi escrito até então, com a compreensão “de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro”,⁶⁷⁷ ou seja, deve ter em vista que está diante da criação de um único romance, como se fosse obra de um único autor. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve.⁶⁷⁸

Nessa dimensão, cada romancista, com exceção daquele que inicia o romance, tem dupla responsabilidade, de interpretar e criar, o que nas palavras de DWORKIN, significa que cada um “precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o

⁶⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...* p. 182 -183. Verificar se é no nacional ou no inglês.

⁶⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio...*, p. 175 et seq. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Op. cit., p. 21.

⁶⁷⁵ Idem.

⁶⁷⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discusso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995, p. 68.

⁶⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão...*, p. 236.

⁶⁷⁸ Veja-se que: “O texto estipula uma restrição severa em nome da identidade: Todas as palavras devem ser levadas em consideração e nenhuma pode ser mudada a fim de torná-lo uma obra de arte de arte melhor. (...) Portanto o estilo de interpretação de qualquer crítico literário será sensível às suas convicções teóricas a respeito da natureza de um texto canônico e das evidências que o corroboram”. Ibidem, p. 223.

que é o romance criado até então”.⁶⁷⁹

Os casos controversos e difíceis no Direito são aqueles que ocorrem especialmente no âmbito da Jurisdição constitucional nos casos em que envolvem direitos fundamentais, eis que não há regra definida *a priori* e ainda porque seu conteúdo envolve questões de moralidade política. Destarte, a decisão desses casos difíceis devem ocorrer como no “romance em cadeia”.

O autor afirma que essa similaridade é mais evidente nas decisões judiciais do *common law*, ou seja, “quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante”,⁶⁸⁰ para, a partir dessa interpretação do passado, perceber o que já foi criado até então, para criar o novo capítulo, num processo de reinterpretação e recriação.

Em que pese referida afirmativa, é possível aplicar o romance em cadeia nos sistemas de *civil law*, como o Brasil, especialmente no âmbito da Jurisdição Constitucional, quando se trata de buscar o significado dos princípios e direitos fundamentais, que não está no texto constitucional. Nessa dimensão, diferente do convencionalismo, em que o juiz teria a discricionariedade para criar um novo direito perante casos difíceis e do pragmatismo que permite que o juiz decida de modo consequencialista para o futuro, pensando no bem coletivo sem qualquer compromisso com o passado, também no *civil law* é possível pensar que os limites para atuação da jurisdição constitucional, para além do texto escrito da Constituição, poderão ser encontrados no direito como integridade.

Nessa perspectiva, cada novo juiz (ou Ministro, no caso da Jurisdição constitucional brasileira) deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não só para descobrir o que disseram ou qual era seu estado de espírito quando o disseram, mas também para “chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então”.⁶⁸¹

Além disso, as novas decisões, assim como o romance em cadeia, devem ser

⁶⁷⁹ “Deve decidir como os personagens são “realmente”, que motivos os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impleir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser a interpretação em um estilo não subordinado a intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão...*, p. 236-237.

⁶⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão...*, p. 237-238.

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 238

construídas com base em princípios e não fundamentadas em políticas, pois, para DWORKIN, os fundamentos em política são mais frágeis, além de serem de competência dos poderes políticos. O magistrado encontra-se vinculado a um dever geral de coerência, ou seja, coerência com as outras decisões já tomadas e a serem tomadas, por meio de uma consistência articulada, sendo tal dever de coerência mais compatível com os argumentos de princípio do que com os argumentos de política.⁶⁸² E, portanto, caberá aos juízes decidirem com base nos mesmos princípios, ainda que não sejam favoráveis às suas convicções pessoais.

Assim como Hércules – o juiz sobre-humano criado por DWORKIN – os magistrados devem se pautar no princípio da integridade na prestação jurisdicional, segundo o qual, o direito deve ser visto como um todo coerente e estruturado.

Ou seja, enquanto a doutrina do *stare decisis* estrita determina julgar os casos semelhantes da mesma maneira, nos casos difíceis deve-se ampliar o princípio do *treat like cases alike*, para que se decida de acordo com o direito como integridade, que é estruturado “por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhe que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”⁶⁸³.

Hércules concluirá que sua teoria da equidade oferece a única explicação adequada à prática do precedente em sua totalidade, contudo, deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões.⁶⁸⁴

De acordo com Ronald DWORKIN, todos os juízes são filósofos, por necessidade, e nenhum juiz é melhor filósofo do que Hércules, que vê que o império do direito engloba não só decisões sobre direitos realizadas no passado, mas também direitos implícitos na teoria de moralidade política que estas decisões pressupõem. Ele é capaz de examinar todas as leis de um sistema e depois construir uma teoria compreensiva de moralidade política que mostra essas leis como coerentes e unificadas. Dessa teoria emergirão não apenas respostas certas em casos difíceis, mas o valor da integridade – o valor de se estender a todos os direitos assegurados a alguns de modo que igual consideração e respeito sejam assegurados para todos

⁶⁸² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 139.

⁶⁸³ DWORKIN, Ronald. *O império...*, p. 291.

⁶⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 174; 180. DWORKIN explica que a força gravitacional de um precedente, vale dizer, de um relato, de uma decisão política anterior, está na equidade, isto é, em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. *Ibidem*, p180.

– será respeitado.⁶⁸⁵

Hércules deve, desse modo, construir um esquema de princípios abstratos e concretos que possam fornecer uma justificativa coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.⁶⁸⁶

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade buscam, ao decidir casos difíceis, encontrar “em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”⁶⁸⁷.

Hércules deve se perguntar qual sistema de princípios foi estabelecido, devendo elaborar, uma teoria constitucional e uma teoria política que justifique a Constituição como um todo, inclusive os princípios implícitos e não escritos,⁶⁸⁸ devendo, ainda verificar qual o sistema político estabelecido pela mesma.

Em que pese DWORKIN defender um juiz com dotes sobre-humanos, que decida de acordo com a integridade, ou seja, de acordo com o conjunto de princípios que espelha a moralidade política de uma comunidade, não significa que Hércules seja um juiz ativista⁶⁸⁹ pois, o ativismo, como uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, permitiria ao juiz ignorar não só a Constituição como também “as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política”, de modo a “impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. Verifica-se que, apesar de Dworkin aceitar um tribunal ativista que esteja preparado para dar respostas a questões de moralidade política, esse ativismo não significa desrespeitar o passado, ao contrário, deve o juiz olhar o que já foi escrito até então, para escrever o novo capítulo. Ou seja, os juízes devem aplicar a Constituição por meio da interpretação, devendo ajustar suas decisões “à prática constitucional e não ignorá-la”.⁶⁹⁰

As exigências da integridade podem ser divididas nos seguintes princípios de integridade política: princípio da integridade na legislação e princípio da integridade no julgamento.

O princípio da integridade na legislação “pede aos que criam o direito por legislação

⁶⁸⁵ WALTERS, Mark D. *Legal humanism...*, p. 352-375.

⁶⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 181.

⁶⁸⁷ Idem.

⁶⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 167.

⁶⁸⁹ Nem tampouco o juiz passivista que daria deferência ao Legislativo.

⁶⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império...*, p. 451-452.

que o mantenham coerente quanto aos princípios”,⁶⁹¹ ou seja, pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente com a moral da comunidade. Deve o legislador então se empenhar em proteger os direitos morais e políticos de todos, “de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade”.⁶⁹²

Nesse sentido CHUEIRI explica que “as leis devem representar a moralidade compartilhada entre os membros de uma comunidade” e que, portanto, a legitimidade política e a possibilidade de um direito coercitivo derivariam “de uma fidelidade dos cidadãos aos princípios da comunidade, que seriam representativos de seus padrões morais”.⁶⁹³

Doutra parte, o princípio da integridade no julgamento pede aos juízes que, ao “decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido”, ou seja, “consiste na exigência de que as decisões judiciais tentem analisar as leis como sendo moralmente coerentes”.⁶⁹⁴ Desse modo, os juízes devem ver o direito como “associação de princípios, como uma comunidade governada por uma visão simples e coerente de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo na proporção adequada”.⁶⁹⁵

A integridade na deliberação judicial requer, nessa dimensão, que os juízes tratem o “atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”.⁶⁹⁶

⁶⁹¹ DWORKIN, Ronald. *O império...*, p. 203.

⁶⁹² Ibidem, p. 266.

⁶⁹³ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Op. cit., p.55- 56. DWORKIN, Ronald. *O império...*, p. 230.

⁶⁹⁴ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Op. cit., p. 55.

⁶⁹⁵ “A justiça, como dissemos, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu.” DWORKIN, Ronald. *O império...*, p. 483.

⁶⁹⁶ Ibidem, p. 261. Vera Karam de CHUEIRI explica a diferença no discurso de justificação, do Legislativo, e de aplicação do Judiciário: “Os argumentos de justificação seriam regidos pela universalidade, a qual pressupõe a imparcialidade tanto quanto às pessoas, quanto aos procedimentos. As normas devem ser justificadas pela universalidade, segundo a qual a sociedade proclama, por meio do discurso público, de maneira imparcial, seus valores e desejos. Nesse aspecto, há uma intensa relação entre o pensamento de Günther e o de Dworkin, na medida em que este afirma que os argumentos de política devem representar os valores da comunidade política com igual respeito e consideração (GÜNTHER, 2004, p. 412). Já os argumentos de aplicação seriam regidos pela coerência, de maneira a efetivar a imparcialidade. A aplicação só será imparcial quando for coerente, isto é, se adequar a todas as características de uma situação, de maneira a tratar igualmente casos iguais, tendo em vista não apenas a norma isolada, mas a pluralidade de situações que gravitam ao seu redor. Também nesse aspecto, há semelhança com o pensamento de Dworkin em relação aos argumentos de princípios. Para Dworkin, também existe a necessidade do juiz, ao aplicar o caso concreto, se mostrar coerente não apenas em relação às normas do sistema jurídico, mas essencialmente em relação aos princípios erigidos pela comunidade política (GÜNTHER, 2004, p. 414)”. CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Op. cit., p. 52. RAZ faz o seguinte apontamento “the law consists of those principles of justice and

Além disso, a sociedade que aceita ser governada pelo princípio da integridade admite que é governada “não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem”, desse modo, “o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias”.⁶⁹⁷

Veja-se, aqui, que o autor assume a possibilidade de direitos implícitos, princípios não escritos ou mesmo de uma Constituição invisível, o que está de acordo com o constitucionalismo do *common law*, para o qual a Constituição engloba não apenas a Constituição escrita, mas também os princípios não escritos do *common law* que foram construídos historicamente e que podem ser apreendidos, se observados a prática constitucional e os precedentes judiciais.

Reitere-se que na medida em que o direito como integridade “supõe que as pessoas têm direitos (direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas e que portanto autorizam a coerção) que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções”⁶⁹⁸, está admitindo a existência de uma Constituição não escrita do *common law*, que compreende princípios não escritos presentes na prática constitucional de uma comunidade.

Além disso, o método para verificação de quais princípios que embasaram as decisões e que fazem parte do direito como integridade é o próprio método utilizado no sistema de uma Constituição não escrita do *common law*.

A essência do direito não escrito na Inglaterra se dava, justamente, pela busca da coerência por meio de uma interpretação com movimentos descendentes e ascendentes, do particular ao especial, do especial ao geral e ainda ao mais genérico, e depois dos princípios e proposições abstratos e fundamentais descendo para o problema particular e específico.⁶⁹⁹ Ou seja, de um caso concreto se buscava por meio de um método indutivo interpretativo buscar qual o princípio abstrato estava contido na *ratio decidendi* abstratamente considerada. Assim,

fairness and procedural due process that provide the best (i.e, morally best) set of sound principles capable of explaining the legal decisions taken throughout the history of the polity in question”. “(...)o direito é constituído pelos princípios de justiça e equidade e devido processo legal procedimental que oferecer o melhor (isto é, moralmente melhor) conjunto de sólidos princípios capaz de explicar as decisões judiciais tomadas em toda a história do governo em questão”. RAZ, Joseph. Dworkinian integrity and coherence. In BURLEY, Justine (Ed.) *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Malden: Blackwell Publishing, 2004.

⁶⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império...*, p. 229.

⁶⁹⁸ DWORKIN, Ronald, *O império...*, p. 164.

⁶⁹⁹ WALTERS, Mark D. *Written Constitutions...*, p. 252-253.

definindo-se qual o princípio geral e abstrato utilizado no precedente, utilizava-se então um método interpretativo dedutivo de aplicação do mesmo ao novo caso concreto. Essa técnica foi primeiramente sustentada pelos Humanistas.⁷⁰⁰

O direito como integridade pressupõe uma comunidade de princípio. DWORKIN assume um ponto de vista mais generoso e abrangente do que a compreensão compartilhada da comunidade presente no modelo de regras. Para ele, as pessoas só podem ser consideradas como membros de uma comunidade política quando aceitam que são governadas por princípios comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político, e, portanto, assume que existem princípios anteriores à Constituição, nos mesmos moldes que uma Constituição do *common law*, o que fica claro na explicação que CHUEIRI faz acerca de uma comunidade de princípios:

Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossa. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. Em resumo, cada uma aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da comunidade política. Este modelo satisfaz as condições de Dworkin numa sociedade moralmente pluralista. Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios.⁷⁰¹

Quando DWORKIN defende que a base racional do direito como integridade “tende para a igualdade no sentido que (...) sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa”,⁷⁰² tem-se a mesma ideia de *treat like cases alike*, presente na doutrina do *stare decisis*.

Veja-se que a integridade não significa apenas coerência, no sentido de decidir casos

⁷⁰⁰ WALTERS, Mark D. *Legal Humanism...*, p. 366.

⁷⁰¹ “A comunidade de princípios é uma comunidade moralmente plural, ou seja, ela procura uma integridade entre os diversos valores morais, respeitando igualmente a moral de todos os cidadãos. Ela adota um compromisso com os seus princípios e os manifesta na elaboração das políticas por meio da legislação e na sua aplicação pelo judiciário nas decisões judiciais”. CHUEIRI, Vera. Op.cit., p. 56

⁷⁰² DWORKIN, Ronald. *O império...*, p. 257.

semelhantes da mesma maneira, ou seja, “se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é ao mesmo tempo, mais e menos”.⁷⁰³

Explica-se: apesar da integridade exigir que “as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”⁷⁰⁴ essa coerência não significa apenas seguir os precedentes, a coerência deve se dar com os princípios da comunidade, e, portanto, o juiz poderá se afastar da linha das decisões anteriores “em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo”.⁷⁰⁵

Ou seja, é a própria ideia da doutrina do *stare decisis* presente no *common law*, na medida em que os juízes podem revogar (*overruling*) um precedente, se este for incompatível com o sistema de princípios presente não só nos precedentes judiciais, mas aqueles que decorrem da própria estrutura da Constituição, incluindo-se os princípios implícitos, os princípios não escritos e a própria *Constituição invisível* de uma comunidade política.

O direito como integridade refuta que “as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro”. Ao contrário, para o direito como integridade “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”⁷⁰⁶.

DWORKIN apresenta as seguintes dimensões para a integridade no direito: i) uma decisão judicial deve ser fundamentada em princípios, “não por acordos, estratégias ou acomodações políticas”;⁷⁰⁷ ii) a integridade deve ser aplicada verticalmente, no sentido de que o juiz ao julgar deve “demonstrar que sua afirmação é coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas”⁷⁰⁸ da Constituição; iii) a integridade deve ser aplicada horizontalmente, no sentido de que um juiz, tendo aplicado um princípio, também deve dar a mesma importância a esse princípio nos novos casos que vier a decidir.⁷⁰⁹

Os juízes, segundo o princípio Judiciário de integridade, devem identificar os direitos

⁷⁰³ Ibidem, p. 264.

⁷⁰⁴ Idem.

⁷⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O império...*, p. 264.

⁷⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *O império...*, p. 488-489.

⁷⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, p. 133.

⁷⁰⁸ Idem.

⁷⁰⁹ Idem.

e deveres legais tendo em vista que foram todos criados por um único autor, a comunidade personificada, que, portanto, expressa uma concepção coerente de justiça e equidade.⁷¹⁰

Quando Dworkin defende que a integridade é “tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”⁷¹¹ significa que os juízes devem, ao julgar os casos difíceis, buscar fundamentos no conjunto de princípios que formam o direito como integridade. Mas, a partir do momento em que há uma nova decisão, este produto da interpretação e densificação dos direitos e princípios passa a servir de nova fonte de inspiração para os casos futuros, haverá sempre um processo de interpretação e reinterpretção. Assim, o produto da interpretação passa a ser sua fonte de inspiração na reinterpretção dos princípios que compõem o direito como integridade.

Nesse sentido:

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.⁷¹²

Esse é o método interpretativo tradicional do *common law*, que alterna a interpretação para aplicação no caso concreto e depois que se tem o produto da interpretação, torna a interpretá-la para abstrair-lhe os princípios fundamentais que serviram de fundamento para decisão.

Dessa forma, interpretando a decisão e verificando-se os argumentos de princípios que foram utilizados, será possível haver vinculação não apenas ao conteúdo explícito das decisões coletivas tomadas no passado, “mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa,”⁷¹³ devendo-se considerar toda a gama de normas jurídicas que vigora atualmente na comunidade.

Por conseguinte, deve-se abstrair os princípios que justificam não só as decisões no âmbito do Judiciário, mas também aquelas tomadas no âmbito do Legislativo. Entretanto, não poderá o juiz utilizar-se de argumentos de justificação política que embasaram a elaboração de uma lei, mas poderá verificar, por meio de um método indutivo, quais os princípios que lhe

⁷¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império...*, p.271-272.

⁷¹¹ Idem.

⁷¹² Ibidem, p.273.

⁷¹³ Idem.

servem de fundamento. Ou seja, mesmo por trás de regras positivas há princípios que podem delas ser inferidos.⁷¹⁴

Então é possível afirmar a utilização da doutrina dos precedentes vinculantes sob este enfoque, não no sentido de engessamento das decisões judiciais, mas que as atuais decisões partam das decisões anteriores e tenham ainda no direito como integridade, com seu conjunto de princípios como fundamento para adaptação do direito à realidade social. Ainda, deve-se ter em vista que a Constituição visível e invisível com seus princípios escritos e não escritos faz parte do conjunto de princípios presente no direito como integridade.

Como visto no capítulo que tratou do *stare decisis*, este tem duas variações, podendo ser vertical ou horizontal. O *stare decisis* vertical exige que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores, sendo explicada a deferência das Cortes inferiores às Cortes superiores na medida em que facilita a coordenação entre os juízes e tem o potencial de melhorar o processo de decisão judicial uma vez que os juízes (Ministros) dos tribunais superiores têm supostamente “ilíbado saber jurídico” e maior experiência do que aqueles de 1ª instância, além de garantir uniformidade e estabilidade das decisões. Já o *stare decisis* horizontal exige que a Corte siga seus próprios precedentes e a justificativa mais convincente para a obrigatoriedade que um juiz aplique o mesmo princípio em novos casos, mesmo quando não for favorável a suas convicções pessoais, só será justificável para aqueles que veem o direito como integridade e se comprometem com a história de sua comunidade.⁷¹⁵

Veja-se que em nenhum momento a integridade está buscando a uniformidade das decisões, mas que estas sejam baseadas em princípios, na medida em que as pessoas não são governadas apenas por um conjunto de direitos e deveres, mas, mais do que isso, por princípios que formam um ideal político que orienta a vida em sociedade, tal como os princípios não escritos de uma *common law* constitution.⁷¹⁶

O direito como integridade não significa defender, dessa maneira, uma adesão cega

⁷¹⁴ “Mas se a força gravitacional do precedente tem por base a ideia de que a equidade exige a aplicação coerente dos direitos Hércules deve então descobrir os princípios que se ajustam não apenas ao precedente específico para o qual algum litigante dirige sua atenção, mas para todas as outras decisões no âmbito de sua jurisdição geral e, na verdade, também às leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas a partir de princípios e não a partir de uma determinada política”. DWORKIN, R. Levando os direitos a sério...., op.cit. p. 181.

⁷¹⁵ Cf. nota 514 supra. HERSHOVITZ, Scott. Op. cit., p.103-104.

⁷¹⁶ Cf. nota 569 supra. HERSHOVITZ, Scott. Op. cit., p. 116.

aos precedentes⁷¹⁷, no sentido de que os juízes devem respeitar precedentes que consideram errados. Nos moldes da teoria do *stare decisis* é possível que a Corte reveja sua decisão, porque ela estava errada, “pelo fato de os princípios que as determinaram serem incoerentes com princípios mais fundamentais embutidos na estrutura e na história da Constituição”.⁷¹⁸ Esse poder de rever as decisões tomadas no passado deve, segundo DWORKIN, ser exercido com modéstia e boa-fé, e rever decisões não significa ignorá-las⁷¹⁹.

Dessa forma, a integridade que se pretende exige coerência de princípio moral e, portanto, justifica-se que “quando as práticas históricas (...) não podem ser consideradas consistentes com os princípios já reconhecidos, estas práticas devem ser abandonadas”.⁷²⁰ Ou seja, ao defender-se a aplicação da doutrina do *stare decisis* tal como no método tradicional do common law, de modo a aplicar-se o princípio da integridade na decisão judicial, é possível defender-se a possibilidade de revogação ou distinção dos precedentes em fundamentos não consequencialistas.

Em outras palavras, a teoria do *stare decisis* que observa o princípio da integridade exige respeito aos precedentes e não sua imutabilidade, mas não admite que se revogue um precedente porque este será melhor para toda a comunidade tal como o pragmatismo, que ignora os precedentes com base em argumentos de política. Dessa forma, o que se defende pela aplicação do princípio da integridade na decisão judicial é que se aplique uma ampla doutrina do *stare decisis*, pela qual se impõe respeito ao passado, o que poderá ser feito seguindo, revogando ou distinguindo os precedentes.

⁷¹⁷ “*Stare decisis* does not require a court to blindly follow incorrectly decided precedents. Nor does it require a court to stand by a precedent irrespective of its merit. What *stare decisis* does require is that courts engage with the past and act with integrity. They do this when they display a commitment to a coherent defensible, defensible view of the content of the law”. HERSHOVITZ, Scott. Op. cit., p.118.

⁷¹⁸ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 168

⁷¹⁹ Dworkin aprofunda a discussão acerca do direito à contracepção e do direito ao aborto nos primeiros estágios da gravidez, conforme decisão da Suprema Corte tomada no caso *Roe vs. Wade*, e afirma que não se pode ignorar os princípios que garantem o direito constitucional à contracepção, como o reconhecido princípio da autonomia na procriação, quando se está a tratar do direito ao aborto, sob pena de aniquilar o direito como integridade. Capítulo 3, p. 115-189 DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Resumo da decisão, p. 182. Este capítulo 3 foi também publicado anteriormente: DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights...

⁷²⁰ “Integrity requires coherence in moral principle and coherence is especially important in constitution-making when the moral principles in play are fundamental. Integrity commands that the nation speak with one voice on such important matters of principle, and it therefore demands that when its historical practices – of racial segregation, for instance – cannot be seen to be consistent with principles elsewhere recognized, those practices must be abandoned. (...) constitution-makers can provide integrity in their constitutional protections only by mandating a moral test that allows the community to identify the principles to which it takes itself to be committed even when it recognizes that it has not kept faith with those principles in the past.” DWORKIN, Ronald. Response In: HERSHOVITZ, Scott. *Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 292.

No próximo tópico, pretende-se demonstrar a possibilidade de utilização da doutrina dos precedentes vinculantes que respeite o princípio da integridade na prestação jurisdicional para que se garanta a segurança jurídica no contexto brasileiro, propugnando que o Supremo Tribunal Federal, tal qual no *romance em cadeia* de Dworkin, escreva a jurisprudência brasileira numa única voz, como se fosse um único autor, que reinterpreta o que foi escrito até então para escrever o capítulo seguinte.

2.3

O Princípio da Integridade na Decisão Judicial: Possibilidade de Garantia da Segurança Jurídica no Brasil

Na perspectiva das mudanças pelas quais o Direito passou nas últimas décadas, com a Revolução dos Direitos Humanos ocorrida no pós-guerra, adoção de constituições democráticas com declarações de direitos fundamentais, a assunção dos direitos humanos e fundamentais com status de supremacia no âmbito político e jurídico das sociedades contemporâneas, percebe-se um crescimento da atividade das Supremas Cortes e Cortes Constitucionais em diversos Estados, tanto aqueles com tradição no *civil law* quanto aqueles com tradição no *common law*.

Esse aumento de atividades assumidas pelo Poder Judiciário e Cortes Constitucionais se dá não só do ponto de vista quantitativo, de aumento dos casos e da demanda da sociedade em relação ao Judiciário, mas também sob o ponto de vista qualitativo, passando os Tribunais a terem de enfrentar diversos assuntos que envolvem questões políticas, morais, econômicas, de relevante importância para a comunidade.

Aliado ao movimento da judicialização da política, tem-se que o caráter aberto das normas de direitos humanos e fundamentais acabam conferindo aos juízes o poder de instituir

os valores de moralidade política que irão dar significados a esses direitos, muitas vezes em detrimento de uma deliberação política por parte do Parlamento.

Para além disso, é possível afirmar que o atual sistema jurídico brasileiro, em que pese ter sua tradição no *civil law*, acaba tendo que enfrentar um paradoxo, na medida em que o sistema não consegue dar previsibilidade na aplicação das leis; por outro lado, também não admite um sistema que busque uma coerência nas decisões judiciais, como forma de garantia da segurança jurídica dos cidadãos e da estabilidade e previsibilidade das relações sociais.

Entretanto, apesar de os precedentes terem assumido no Brasil, num primeiro momento, natureza meramente interpretativa, a partir do momento em que se assume a presença de ambiguidades, obscuridade e normas indeterminadas nos códigos, e se positivam os direitos humanos na Constituição por meio da adoção de um sistema de direitos fundamentais, é necessário ampliar a interpretação dos princípios implícitos ou não escritos de um modo que revele e preserve ou mesmo constitua um sistema de direito racional e coerente, demonstrando que as normas e os princípios jurídicos desenvolvem-se de acordo com as necessidades da sociedade em determinado momento.⁷²¹

Veja-se que a partir da Constituição Federal de 1988 prevaleceu no sistema jurídico brasileiro a leitura principiológica do direito constitucional, mudando o STF da posição de mero aplicador do direito para a de “realizador de direitos” e “garantidor dos princípios constitucionais”⁷²². Essa mudança é sentida especialmente na jurisprudência e no papel mais incisivo do Supremo especialmente quando deve decidir diferentemente do que foi decidido anteriormente pelo Legislativo ou Executivo.

Há, assim, uma aproximação do papel do juiz (especialmente dos Ministros do STF) do sistema brasileiro com tradição romano-germânica ao sistema de *common law*, no qual os juízes têm papel de *judge-made-law*.

Por outro lado, verifica-se que, apesar de já haver uma aproximação de alguns institutos processuais à doutrina de precedentes vinculantes obrigatórios, essa ainda é apenas parcial, não dando conta da diversidade de decisões sobre os mesmos assuntos, às vezes emanadas inclusive de um mesmo Tribunal, nem tampouco da insignificância das decisões dos tribunais superiores em relação aos inferiores, que não se sentem obrigados a decidir de forma uniforme e coerente com o que decidiram os Tribunais que lhe são superiores.

⁷²¹ BANKOWSKI, Zenon; et al. Op cit., p. 484.

⁷²² CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Op. cit., p. 45-46.

É nesse contexto que se justifica a importância do estudo do direito como integridade e da ideia do romance em cadeia, conforme delineado por DWORKIN, como uma forma de garantir uma coerência no direito e nas decisões judiciais, evitando uma insegurança jurídica decorrente não só das decisões dos tribunais inferiores que não levam em consideração o que já foi decidido pelos Tribunais Superiores, como também da maneira livre com que atualmente os Ministros dos Tribunais Superiores podem lançar mão das decisões anteriores, utilizando-as “de maneira aleatória, sem confirmação do conteúdo da decisão (*ratio decidendi*) –, ou de maneira estratégica –, apenas aquelas que favoreçam a linha argumentativa do Ministro”⁷²³.

Ora, a importância de uma integridade e coerência nas decisões do STF se dá especialmente no que diz respeito aos casos difíceis, nos quais os Ministros devem firmar uma posição não só verificando a posição já manifestada pelo Tribunal em outras ocasiões, mas que venha a servir de precedente para futuros casos semelhantes. E por óbvio que a obrigação de integridade e coerência nas decisões também deve valer para os tribunais inferiores, tanto em relação as suas próprias decisões quanto em relação às decisões firmadas pelas Cortes que lhe são superiores.

Ainda, verifica-se que não há qualquer preocupação, que o STF em suas decisões, se justifique perante a sociedade a integridade de suas decisões, no sentido de que não parte de suas decisões anteriores sobre determinado assunto quer para tratar os cidadãos com igual consideração e respeito, quer para a partir da decisão anterior demonstrar que o Tribunal agora entende de modo diferente ou que o novo caso não se assemelha ao anterior de modo a justificar a aplicação do precedente.

Defende-se aqui a utilização da ideia do “romance em cadeia” e do “direito como integridade” de DWORKIN, para que o Supremo passe a proferir suas decisões como se estivesse a escrever capítulos de um romance, com coerência em relação ao capítulo anterior e permitindo que o romance ainda continue a ser escrito por outras decisões (capítulos) no futuro, de modo que haja não só uma continuidade do processo decisório no tempo, devendo ser coerente não apenas às decisões do passado, mas também às normas e principalmente aos princípios erigidos pela comunidade política.⁷²⁴

⁷²³ VOJVODIC, Adriana de M.; MACHADO, Ana Mara F.; CARDOSO, Evorah L. C., *Escrevendo Um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF*. *Revista Direito GV*, São Paulo n. 5, 2009, p. 22.

⁷²⁴ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. *Op. cit.*, p. 52.

Essa integridade e continuidade do processo decisório garante uma maior estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas para os cidadãos nesse novo modelo de direito constitucional brasileiro, que, no que diz respeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, se aproxima das jurisdições do *common law*, devendo nelas buscar sua experiência na ideia de precedentes vinculantes, que se buscará justificar na teoria de Ronald DWORKIN, de que as decisões da Suprema Corte devem ser escritas tais como se fossem capítulos de um romance na história do direito jurisprudencial brasileiro.

Agora, há de se enfrentar algumas dificuldades por que passa a Jurisdição Constitucional brasileira para defender que a doutrina do *stare decisis*, como uma teoria que aplica o princípio da integridade na jurisdição, é a doutrina que mais se adéqua ao novo direito constitucional brasileiro, a permitir estabilidade, previsibilidade, coerência, segurança e integridade no direito.

Atualmente o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando diversos casos difíceis nos quais os Ministros buscam, cada um fundamentar sua decisão, o que acaba por formar uma decisão complexa, de difícil apreensão da posição do Tribunal e, por consequência, de sua *ratio decidendi*. Explica-se, em casos difíceis, que envolvem a definição acerca do conteúdo moral de direitos fundamentais sobre os quais não há consenso pela comunidade política – como, por exemplo, aborto, eutanásia, cotas em universidades públicas – a repercussão pública é bastante grande, com o acompanhamento de perto da imprensa e da população da posição que o Tribunal irá adotar. Assim, nessa perspectiva, os Ministros buscam dar maior fundamentação às suas decisões, as quais acabam por conter maior carga argumentativa, especialmente porque tais casos emblemáticos servirão de referência para casos futuros.

Não obstante a justa preocupação dos Ministros, o que se verifica é que cada um julga o caso individualmente e há apenas a soma das decisões favoráveis ou contrárias com motivos determinantes diversos, o que impede que se forme um entendimento do Tribunal acerca de determinado assunto e que se possa retirar daquele conjunto de decisões proferidas num único caso qual seria a *ratio decidendi* ou os princípios que a fundamentaram a vincular os casos vindouros que venham a tratar do mesmo assunto.

Na mesma dimensão, é possível defender a utilidade de se propor a teoria de DWORKIN do Direito como integridade, uma vez que demonstra a necessidade de diálogo não só entre as decisões, mas também intradecisões do Supremo Tribunal Federal, para que haja um entendimento coerente por parte do Tribunal que seja passível de ser apreendido não só pelos profissionais do Direito, mas também por toda a comunidade.

Hoje, o que se verifica é que nos casos difíceis, cada Ministro dá um voto com uma fundamentação própria, não há, assim, debate entre os Ministros para que haja uma posição majoritária do Tribunal a respeito dos motivos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão de determinado caso. Tal situação prejudica que o precedente possa ser utilizado nos casos futuros.

A possibilidade de se estabelecer um entendimento coerente por parte do STF não significa engessar o posicionamento dos Juízes dos Tribunais inferiores e de 1º instância, ao contrário, significa consolidar o processo interpretativo de modo a garantir maior segurança jurídica e estabilidade nas relações sociais⁷²⁵.

Examinar-se-ão, agora, dois casos paradigmáticos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal que demonstram a afirmação acima e que, por consequência justificam que as decisões devem procurar um debate entre os Ministros para que busquem definir, de antemão, os aspectos polêmicos do caso e que possam chegar a um consenso sobre qual fundamento deve ser o motivo determinante da decisão, de modo que se possa permitir a utilização da teoria do *stare decisis* e do romance em cadeia para dar estabilidade ao sistema jurídico em sua totalidade.

O primeiro caso que se enfrenta é o relacionado a pesquisas sobre células-tronco A ADI em questão⁷²⁶ foi proposta pelo Procurador Geral da República que buscava a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, por violar o direito à vida e à dignidade da pessoa humana garantidos na Constituição de 1988.

A decisão repercutiu em diversos meios, especialmente médico e católico, envolvendo questões relacionadas ao início da vida humana e da proteção do Estado a respeito. A importância da decisão do STF a respeito do caso se justifica na medida em que os princípios nela contidos, especialmente que tentam definir parâmetros para a proteção da vida pelo Direito, devem servir de precedente para os casos relacionados ao aborto do feto anencefálico⁷²⁷, bem como ao aborto de um modo geral.

⁷²⁵ VOJVODIC, Adriana de M.; MACHADO, Ana Mara F.; CARDOSO, Evorah L. C., Escrevendo Um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo n. 5, 2009, p. 22.

⁷²⁶ STF – ADI 3510 – Rel. Ministro Carlos Britto – DJU 01.02.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> . Acesso em 25 out. 2010.

⁷²⁷ Ou antecipação terapêutica do parto, conforme colocado na ADPF assinada pelo Prof. Luis Roberto BARROSO, na qual ele sustenta que no caso do feto anencefálico não há vida a ser protegida e, portanto, não há que se falar em aborto. STF – ADPF 54 – Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em 10 dez 2010.

No caso em tela, os Ministros foram para além da constitucionalidade da lei, definindo questões relacionadas à própria regulamentação da lei⁷²⁸, mas além disso cada decisão de cada Ministro tem fundamentos diferentes.

Os Ministros Carlos Ayres Britto, relator da ação, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello votaram pela constitucionalidade do artigo atacado e, portanto, a ADI foi julgada improcedente por maioria de votos.

Apesar de os Ministros acima terem chegado a um consenso quanto à constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, não houve consenso quanto aos motivos determinantes da decisão.

O Relator da ADI, Ministro Carlos Ayres Britto, ao fundamentar sua decisão, defendeu a tese de que “para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano”⁷²⁹, devendo haver participação ativa da futura mãe. Para ele, o zigoto (embrião em estágio inicial) é a primeira fase do embrião humano, mas que não pode ainda ser considerado pessoa natural, pois ainda não houve a formação do cérebro. Por outro lado, enfatizou a relevância da pesquisa com células-tronco para tratamento das doenças e ainda lembrou que é competência do Estado garantir o direito à saúde. Assim, fundamentou seu voto nos direitos à vida, à saúde, ao desenvolvimento da pesquisa científica e à dignidade da pessoa humana protegidos na Constituição Federal de 1988

O Ministro Cezar Peluso, por exemplo, entendeu que “como, para efeito da ampla e integral tutela outorgada da Constituição da República, deve haver vida, e vida de pessoa humana, a falta de qualquer um dos componentes dessa conjunção invalida o fundamento básico da demanda, “que embriões congelados não têm vida suscetível de tutela, na acepção do ordenamento constitucional”, uma vez que “O prognóstico ou a profecia de contínuo desenvolvimento do ciclo vital não convém, destarte, à realidade biológica dos embriões congelados, que, desde o instante do congelamento, deixam de reger-se pela lei natural que lhes seria imanente”⁷³⁰.

⁷²⁸ Gilmar Mendes, por exemplo, defendeu que a Corte deixasse expresso em sua decisão a ressalva da necessidade de controle das pesquisas por um Comitê Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde. STF – ADI 3510 – Voto Ministro Gilmar Mendes – Rel. Ministro Carlos Britto – DJU 01.02.2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> > . Acesso em 25 out. 2010.

⁷²⁹ STF – ADI 3510 – Rel. Ministro Carlos Britto – DJU 01.02.2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> > . Acesso em 25 out. 2010.

⁷³⁰ STF – ADI 3510 – Voto Ministro Cesar Peluso – Rel. Ministro Carlos Britto – DJU 01.02.2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> > . Acesso em 25 out. 2010.

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, entendeu pela utilização do princípio utilitarista uma vez que “O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos”.⁷³¹

Veja-se que é bastante difícil saber quais foram os fatos, bem como os motivos determinantes que levaram ao STF, e não cada Ministro individualmente, a decidir pela constitucionalidade da lei de biossegurança.

A questão sobre o início da vida, ou do início da proteção do direito em relação à vida e à dignidade da pessoa humana são importantes para outros casos, como o da antecipação terapêutica do parto em caso de fetos anencefálicos, e também em caso de aborto.

Quando se tem o direito como integridade dando fundamento para as decisões, nos casos futuros quando se for decidir sobre o aborto, o Tribunal deverá partir dos princípios que fundamentaram os casos anteriores. O direito como integridade significa coerência do ponto de vista da interpretação lógica das decisões e da construção histórica e relação com elas; a integridade proposta por DWORKIN não tem o sentido de completude⁷³² no texto escrito, mas há integridade se considerar o direito estabelecido também nas decisões judiciais e nos princípios implícitos dela decorrentes.

A decisão a respeito do início da vida não deve mudar de acordo com pressões políticas ou religiosas, pois deve o STF buscar sustentar suas decisões no conjunto de princípios que fundamentam o Estado Constitucional brasileiro, sejam eles expressos, implícitos ou não escritos, o que deve ser buscado na prática constitucional e nas decisões judiciais que retratam a interpretação que a comunidade construiu acerca de determinados direitos. Decidir com base em princípios, significa decidir com base nos mesmos princípios, estejam eles a favor das convicções políticas de seus julgadores ou não.

Entretanto, a ausência de uma coerência interna, na própria decisão, prejudica a prática do *romance em cadeia* e dos precedentes obrigatórios, uma vez que não houve consenso sobre a *ratio decidendi* de determinada decisão, e, portanto, torna difícil que as

⁷³¹ A Ministra Ellen Gracie acompanhou o voto do Relator integralmente. Para a Ministra, somente depois do embrião estar dentro do útero é que poderá classificá-lo como pessoa. Ainda, em voto a Ministra Ellen Gracie lembrou que no direito pátrio somente é qualificado como pessoa aquele nascido com vida. No caso dos pre-embriões não há como falar em nascituro, o que existe é possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não existe com aqueles “embriões inviáveis ou destinados ao descarte”.

⁷³² Isto fica claro quando DWORKIN argumenta que Hércules ao contrário da atuação comum de aplicação do direito, não encontra a priori os limites do direito para só então mobilizar suas próprias convicções políticas de modo que complementem o que o direito exige, utilizando-as para determinar que direitos possuam as partes que a ele se apresentam. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 196.

próximas decisões sigam uma linha interpretativa coerente com a história e prática constitucionais.

Outro caso que demonstra a diversidade de fundamentos utilizados pelos Ministros quando do julgamento de um caso, dificultando a percepção da *ratio decidendi* do Tribunal, é o caso Ellwanger.

Sigfried Ellwanger impetrou Habeas Corpus⁷³³ perante o STF buscando desconstituir a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que o condenara pelo crime de racismo pela edição e venda de livros que traziam em seu texto ideias preconceituosas e discriminatórias.

A defesa de Ellwanger se fundamentava especialmente na alegação de que os judeus não eram raça, e que, portanto, não haveria crime de racismo, caso em que o crime estaria prescrito.

O Ministro Moreira Alves, relator do caso, concedia o habeas corpus acatando os argumentos da defesa.

Já o Ministro Marco Aurélio também concedia o habeas corpus, mas por motivos diferentes. O Ministro fez uma leitura moral da Constituição e entendeu que a mesma ao estabelecer no artigo 5º, inciso XLII o crime de racismo como imprescritível, teria levado em conta o preconceito contra os negros e não contra o povo judeu, pois estar-se-ia a falar da Constituição brasileira. Além disso, defendeu a proteção dos direitos de liberdade, especialmente a liberdade de expressão, por entender que se tratava de princípio fundante do sistema constitucional brasileiro, uma vez que no momento de ruptura com a ditadura, essa era de extrema importância. Nessa dimensão, embora voto vencido, entendeu que deveria haver prevalência da liberdade de autonomia do pensamento individual “como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto”.

Os Ministros Mauricio Correa, Celso de Mello e Gilmar Ferreira Mendes negaram o habeas corpus especialmente porque o conceito de racismo a ser considerado não deveria ser o da ciência ou da medicina, mas o conceito histórico-cultural, no qual o antissemitismo vê o povo judeu como raça inferior. Ainda trazem o princípio da dignidade humana como princípio fundante do Estado brasileiro e entendem que Ellwanger violou a dignidade do povo judeu.

⁷³³ STF - HC 82424 – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 19.03.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 10 dez. 2010.

Gilmar Mendes também fundamentou sua decisão no princípio da proporcionalidade, devendo-se verificar qual o último limite da liberdade de expressão, pois em uma sociedade plural como a brasileira não deve aquela prevalecer em detrimento da dignidade da pessoa humana, principalmente se com a publicação de um livro com mensagens antissemitas, possa ter como consequência a intolerância, o racismo, o que violaria o regime democrático.

O Ministro Cezar Peluso chegou a afirmar em seu voto que “a discriminação é uma perversão moral, que põe em risco os fundamentos de uma sociedade livre”, o que também demonstra uma leitura moral dos direitos e princípios constitucionais. Por outro lado, o Ministro Sepúlveda Pertence, denegou o habeas corpus por ter se convencido de que os livros editados por Ellwanger não se tratavam de revisionismo histórico e ainda porque poderiam incitar o racismo.

Veja-se que as diferentes fundamentações dos Ministros nesse caso – em que pese sua preocupação em justificar-se perante a sociedade – sem ter havido um debate entre eles para que se houvesse a opinião do Tribunal, criam dificuldades em se encontrar a *ratio* da decisão, bem como os princípios que a fundamentaram de modo a permitir não só a vinculação futura dos motivos determinantes de sua decisão, mas a própria força gravitacional do precedente.

Quanto ao tema força gravitacional do precedente, trazem-se como exemplo os argumentos de princípio que embasaram a decisão na ADIN 3105⁷³⁴ pelo STF. Embora o julgamento do caso em tela tenha sido pela constitucionalidade da contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas, conforme previsão estabelecida no artigo 4º da Emenda Constitucional 41/2003, a força gravitacional do precedente não se estende apenas à questão da previdência dos servidores públicos. Ou seja, fundamentou-se a decisão com base em interpretação acerca do direito fundamental ao direito adquirido previsto no artigo 5º, XXVI da Constituição Federal de 1988.

Nesse caso, o STF entendeu que quando a Constituição expressa que “a lei não prejudicará o direito adquirido (...)” significa que referida norma se destina apenas ao legislador ordinário e não ao legislador constitucional. Destarte, embora já fosse pacífica a interpretação de que não havia direito adquirido em face da Constituição, havia divergências por parte da doutrina e tribunais se haveria direito adquirido a ser protegido em face de

⁷³⁴ STF – ADI 3105 – Rel. Ministro Cesar Peluso – DJ 18.02.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> . Acesso em 25 out. 2010.

Emenda Constitucional. No caso, o STF fundamentou a decisão afirmando que não há direito adquirido nem em face da Constituição originária, nem em face de Emenda Constitucional.

Assim, é possível falar que a força gravitacional do precedente se dará em todos os casos que envolverem o direito fundamental ao direito adquirido em face de Emenda Constitucional, e não apenas que se relacionem à possibilidade de contribuição previdenciária de servidores inativos e pensionistas. Nessa dimensão, a partir do romance em cadeia de DWORKIN é possível defender que novos casos que cheguem ao STF a respeito de direito adquirido em face da Constituição devem já partir da decisão anterior, mesmo que seja para haver mudança do entendimento, ou seja, mesmo que o STF mude de posição, ele deve justificá-la nos princípios, na estrutura do sistema constitucional e nos princípios que podem ser inferidos de suas decisões.

Não se está a falar de uma mera obrigação de iniciar a decisão a partir do precedente, mas a ideia de vinculação significa que só poderá haver revogação dele (*overruling*) se houver razões especiais, e não uma mera discordância com as decisões anteriores, especialmente quando há uma convicção de que a decisão anterior está errada.⁷³⁵ Desse modo, atender-se-á à integridade na prestação jurisdicional na medida em que a integridade não significa apenas coerência com as decisões anteriores mas compromisso e respeito a elas, o que implica que, apesar de o Tribunal poder alterar o precedente, só o deverá fazer quando o precedente que se pretende revogar não estiver de acordo com a moralidade político-constitucional da comunidade brasileira, ou não mais retratar a moralidade político constitucional da sociedade brasileira na atualidade.

Veja-se, por exemplo, a questão a respeito da união homoafetiva. O Poder Judiciário brasileiro vem se manifestando nas últimas décadas pelo reconhecimento da união homoafetiva como união estável, para fins de proteção do Estado. Assim, para fins sucessórios, bem como para fins previdenciários, a união homoafetiva vem sendo reconhecida como família na prática constitucional.

Destarte, novas discussões a respeito do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou da adoção de crianças por casal unido homoafetivamente devem partir dos princípios representados nos precedentes, que retratam a moralidade político-constitucional da comunidade brasileira construída histórica e culturalmente por meio das decisões judiciais,

⁷³⁵ É o que se chamaria de presunção moderada a favor do precedente, que é o modelo mais seguido pelas Cortes americanas. Ver: HEALY, Thomas. Op. cit., p. 31-32.

como se estivesse a construir um segundo capítulo desse romance, a ser escrito buscando a integridade e a coerência.

Em breve o STF deverá decidir a respeito do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e, por consequência, se os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis serão também estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas, conforme requerido na ADPF 178, convertida na ADI 4277⁷³⁶, proposta pela Procuradoria Geral da República.

Ou seja, para se enfrentar a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, ou ainda, a questão da adoção de menores por pessoas do mesmo sexo, não se deve partir de uma decisão política com preocupação eleitoreira, nem os argumentos podem se fundamentar em questões de política, pelo bem comum, mas deve-se utilizar os precedentes a respeito dos princípios que devem embasar a discussão do tema.

Historicamente, a prática constitucional que pode ser vista pela leitura da jurisprudência nacional enfrentou a questão da união homoafetiva especialmente o aspecto ligado ao direito de herança, assim como em relação ao direito de pensão previdenciária ao companheiro do mesmo sexo.

Um caso importante na proteção dos companheiros do mesmo sexo no âmbito da previdência social foi a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no âmbito da Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0⁷³⁷, interposta pelo Ministério Público Federal contra o Instituto Nacional do Seguro Social para que este órgão fosse obrigado a considerar os companheiros de mesmo sexo como dependentes preferenciais, para fins de concessão de pensão ou auxílio-reclusão.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando do julgamento da Apelação se manifestou pela procedência da ação, com efeitos *erga omnes* para todo o território nacional, tendo fundamentado sua decisão em argumentos de princípio e de moralidade política da comunidade. O Relator do feito, Desembargador João Batista Pinto Silveira defendeu a equiparação dos companheiros homossexuais e heterossexuais perante a Previdência Social com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, que veicula parâmetros a serem observados por todos os órgãos estatais. Também argumentou que “a exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da

⁷³⁶ STF – ADI 4277 – Rel. Min. Ellen Gracie – Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>> . Acesso em 25 out. 2010.

⁷³⁷ TRF 4ª Região – ACP 2000.71.00.009347-0 – Rel. Des. João Batista Pinto Silveira – DJ 10.08.2005. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em 10 de dez. 2010.

proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas”. De outro lado, trouxe sua leitura a respeito da mudança do comportamento da sociedade, na qual “as noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental” e assumem contornos e formas de manifestação plurívocos, que há um fenômeno mundial pela aceitação das uniões homoafetivas, não podendo o Poder Judiciário se fechar às mudanças sociais, que são mais dinâmicas e se antecipam às modificações legislativas.

Com base na referida decisão, o INSS, tratando da matéria, regulou, por meio da Instrução Normativa n.º 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homosexual.⁷³⁸

Veja-se que no caso em tela houve manifestação do STF ao julgar a PET n.º 1984, que buscava suspender a liminar proferida na Ação Civil Pública em tela, sendo Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio, que indeferiu a suspensão pretendida e fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

“Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado.

O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do artigo 201.⁷³⁹

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou em diversas ocasiões, entendendo que o legislador não pretendeu, pela redação do § 3º do artigo 16 da Lei n.º 8.213/91⁷⁴⁰, excluir a relação homoafetiva do conceito de união estável como entidade familiar⁷⁴¹ para fins de proteção previdenciária. Do mesmo modo, reconheceu a união

⁷³⁸ STJ – RESP 413.198 – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU

⁷³⁹ STF – Pet 1984 – Rel. Ministro Marco Aurélio – DJU 20.2.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 15.6.2010.

⁷⁴⁰ § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

⁷⁴¹ STJ – RESP 395.904 – Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa – DJU 6/2/2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 15.6.2010.

homoafetiva para fins de inclusão de companheiro em plano de saúde⁷⁴², para efeitos de partilha⁷⁴³ e mais recentemente reconheceu a possibilidade de adoção por casal homossexual.⁷⁴⁴

O Tribunal Superior Eleitoral manifestou entendimento de que “sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal”⁷⁴⁵.

Nessas decisões, a união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo foi considerada como família para fins de proteção do Estado.

Também no âmbito do Poder Executivo, a Receita Federal do Brasil divulgou a possibilidade de inclusão de companheiro homoafetivo como dependente para fins de dedução do Imposto de Renda.⁷⁴⁶

Nessa dimensão, as novas discussões a respeito do casamento gay ou da adoção de criança por casal homossexual devem partir dos princípios estampados nos precedentes judiciais que já interpretaram a união homoafetiva como família, quer estes princípios defendam ou não as convicções políticas dos próprios Ministros.

O Supremo Tribunal Federal não está vinculado a precedentes de tribunais inferiores ou mesmo a decisão do Poder Executivo; entretanto, é possível defender que o mesmo está vinculado ao conjunto de princípios erigidos pela comunidade brasileira, não apenas no texto da Constituição Federal, mas também na prática constitucional que lhe dá significado e aproxima o texto da realidade. Por tal razão, deve sim, o Supremo Tribunal Federal ler os primeiros capítulos desse romance, para continuar a escrevê-lo como se fosse um único autor, buscando, assim, a melhor interpretação construtiva das decisões jurídicas do passado

Então, se o Judiciário brasileiro já interpretou que os princípios da igualdade, da não discriminação e da dignidade da pessoa humana equiparam a união homoafetiva à união estável para fins de proteção do Estado não poderá esquecer desses princípios quando se for

⁷⁴² STJ – RESP 238.715 – Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros – DJ 2.10.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 15.6.2010.

⁷⁴³ STJ – RESP 704.803 – Rel. Ministro Vasco Della Giustina – DJ 16.12.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 15.1.2010.

⁷⁴⁴ STJ – RESP 889.852 – Rel. Ministro Luís Felipe Salomão – DJ 10.8.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 15.1.2010.

⁷⁴⁵ TSE – RESPE 24564 – Rel. Ministro Gilmar Mendes – DJ 1.10.2004. Disponível em <<http://www.tse.gov.br>>. Acesso em 15.1.2010.

⁷⁴⁶ Cf. Parecer PGFN/CAT/n.1503/2010 de 19.07.2010. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/>>. Acesso em 16.1.2010.

escrever o segundo capítulo sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo ou sobre a adoção.

Até porque a força gravitacional do precedente significa que, não só sua parte dispositiva irá vincular as decisões futuras, mas também os princípios que fundamentaram a decisão e a interpretação que lhes foi dada.

Desse modo já decidiu o STF, quando do julgamento da Reclamação 1.987-0⁷⁴⁷. No caso em tela, o Ministro Maurício Correa estendeu os efeitos da decisão proferida na ADI 1662 à Reclamação n.º 1.987-0.

Na ADI 1662 foi declarada a inconstitucionalidade dos itens II e XII da IN/TST 11/97, pela interpretação do artigo 100 da Constituição no sentido de que “somente na situação de preterição, e em nenhuma outra, é lícito o sequestro de verbas públicas para fins de pagamento de precatório originado de débito judicial trabalhista”.

A Reclamação se deu em virtude de que o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, com base em outro dispositivo normativo, permitiu o saque forçado no caso de vencimento do prazo para satisfação do crédito inscrito em precatório.

Em que pese a decisão da ADI ter declarado inconstitucional um Ato Normativo do Tribunal Superior do Trabalho e não do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, entendeu o Ministro Relator que o ato impugnado, embora não contrastasse com a decisão em si, estava em confronto com seus motivos determinantes da decisão, bem como com os princípios por ela consagrados.

Defendeu o Ministro que a autoridade dos julgados do Tribunal a serem resguardados pela via da Reclamação se dá não apenas em relação ao teor formal da parte dispositiva do acórdão, mas também em relação aos “princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição”⁷⁴⁸, que devem ser observados nos casos futuros.

Quando o Ministro Mauricio Corrêa entendeu pela transcendência não só da parte dispositiva da decisão, mas também de seus motivos determinantes e dos princípios que a embasaram, aplicou, exatamente, a força gravitacional do precedente. Ou seja, em que pese o

⁷⁴⁷ “(...) A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”. STF – RCL – 1987-0 – Rel. Ministro Maurício Corrêa – DJ 21.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 15.6.2010.

⁷⁴⁸ STF – RCL 2126 – Rel. Ministro Gilmar Mendes – DJ 19.08.02. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 15.6.2010.

caso novo estar fora da órbita particular do precedente, pois não se tratava da mesma norma declarada inconstitucional pelo Supremo. Nesse viés, a força gravitacional do precedente se deu de maneira que os argumentos de princípio que fundamentaram a decisão da ADI n.º 1662 fosse vinculante para o julgamento da RCL 1987.

Nesse sentido, cabe aqui utilizar as palavras de DWORKIN :

A integridade da lei exige que os princípios necessários para embasar uma série de decisões que configuram precedente têm de ser aceitos também em outros contextos. É politicamente sedutora a ideia de aplicar o princípio de autonomia na procriação à contracepção (que, na opinião da imensa maioria das pessoas, os estados não têm o direito de proibir), mas não aplicá-lo ao aborto, que sofre a oposição violenta do poderoso eleitorado conservador. Mas o objetivo da integridade – o objetivo do direito considerado em si – é o de excluir soluções políticas desse tipo. Temos de ser um país de princípios: nossa Constituição deve ser uma expressão de convicções profundas, e não das estratégias táticas de juizes ansiosos para satisfazer as vontades do maior número possível de eleitores.⁷⁴⁹

Decidir com base em princípios é decidir com consistência e integridade, no sentido de que o juiz, ou o Ministro de um Tribunal Superior, deve adotar os mesmos princípios, quando eles forem a favor de suas convicções políticas ou quando eles forem contra.⁷⁵⁰

A interpretação constitucional deve ser feita tendo-se em conta todo o documento, devendo os Ministros, assim como Hércules, “ajustar-se às disposições mais básicas do poder político da comunidade e ser capaz de justificá-las, o que significa que deve ser uma justificativa extraída dos aspectos filosóficos da teoria política”.⁷⁵¹

Se no âmbito da materialidade constitucional há aproximação dos sistemas do âmbito do *civil law* e *common law* quando utilizam os direitos humanos como parâmetro material para o *judicial review*, é certo também que no direito brasileiro tem havido uma preocupação processual em trazer a experiência da doutrina do *stare decisis* presente no sistema de *common law* tendo em vista uma preocupação não só com a segurança jurídica e

⁷⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, p. 167-168.

⁷⁵⁰ DWORKIN, Ronald. Entrevista dada à Owen Bennett Jones no programa The Interview, BBC, 23/01/2010. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/programmes/p005vc49>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

⁷⁵¹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito...*, p. 454.

uniformidade das decisões judiciais, mas também, e especialmente, buscando a celeridade⁷⁵² da prestação jurisdicional.

Nessa dimensão, algumas mudanças no processo civil brasileiro já retratam essa aproximação, além do novo projeto deixar claro, em sua exposição de motivos, a explícita intenção na aproximação também processual com o sistema de precedentes do *common law*.

As primeiras mudanças puderam ser sentidas com a Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Referida Emenda alterou a redação do artigo 102, §2º da Constituição Federal para ampliar o efeito *erga omnes* e vinculante também das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o que demonstra a aplicação da doutrina do *stare decisis* verticalmente quando vincula os demais órgãos do Poder Judiciário a seguir os precedentes.

Ainda, no § 3º do referido artigo insere a exigência da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, o que demonstra clara intenção de objetivação do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e aproximação ao sistema americano, que exige que haja repercussão geral, até porque os efeitos da decisão proferida pela Suprema Corte serão *erga omnes* e vinculante.

Além disso, a exigência da demonstração da repercussão geral pelas partes para que o recurso extraordinário seja admitido demonstra a busca de objetividade no controle difuso, eis que, ao demonstrar a repercussão política, econômica e social, o que se verifica é que a proteção do STF acaba sendo em relação à proteção do ordenamento jurídico para proteger a sociedade e não apenas o direito subjetivo discutido num caso concreto.

Ora, se no âmbito do recurso extraordinário para o STF deve a parte demonstrar que a matéria a ser analisada tem repercussão no âmbito político, econômico ou social, por óbvio também é possível justificar que o resultado dessas decisões também deve ter repercussão social, política ou econômica que justifique a regra de aplicação do precedente, devendo a decisão ter efeitos vinculantes e *erga omnes*.

⁷⁵² Justifica-se no anteprojeto a reforma do CPC nas seguintes palavras: “Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente?(...) São passos fundamentais para a celeridade do Poder Judiciário, que atingem o cerne dos problemas processuais, e que possibilitarão uma Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva”. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

A Emenda n.º 45 ainda inseriu o artigo 103-A na Constituição de 1988, que cria a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta em todas as esferas do poder, com o objetivo de uniformizar jurisprudência e com isso evitar a insegurança jurídica e, ainda, para evitar processos repetitivos sobre a mesma questão.

Veja-se que, nesse viés, é possível defender que é mais coerente e seguro adotar a doutrina do *stare decisis* tal como foi construída nos sistemas de *common law*, do que adotá-la em retalhos como é o caso das súmulas vinculantes. Como as súmulas são apenas a síntese de um entendimento jurisprudencial, da sua leitura apenas não é possível identificar nem os fatos importantes para o julgamento nem a *ratio decidendi* que irá vincular os casos vindouros. Na prática, o que ocorre é que os julgadores não vão buscar a *ratio decidendi* nas decisões que deram origem à súmula e, portanto, pode ocasionar interpretações equivocadas a respeito do precedente.⁷⁵³

No Código de Processo Civil em vigor, também é possível destacar alguns dispositivos que demonstram a aproximação processual à doutrina do *common law*.

O artigo 285-A da lei processual estabelece que “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. Seria o caso de criar precedente vinculante com um único caso, o que é totalmente admissível pela doutrina do *stare decisis*, o problema que se vê nesse dispositivo, no entanto, é que ele pode violar o direito à ampla defesa e ao contraditório, pois, mesmo em caso em que já exista precedente sobre determinada matéria, deverá ser garantido

⁷⁵³ Veja-se, por exemplo a Súmula Vinculante 3, ao estabelecer que “nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”, deu a entender que era possível que nos casos de apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão não seria necessário observar o contraditório e a ampla defesa. Tal súmula não retratou as decisões anteriores, levando a absurdos cometidos pelo Tribunal de Contas da União, onde mesmo após mais de 10 anos do servidor encontrar-se aposentado, não registrava o ato, determinando seu retorno a atividade, sem lhe dar direito ao contraditório ou à ampla defesa. Recentemente os ministros do STF, quando do julgamento do MS 25116, manifestaram-se contrariamente à segunda parte da súmula em tela, demonstrando, nos debates, inclusive a intenção de revê-la. (ver debates: TV Justiça – Programa síntese de 05/06/2010, disponível em: <<http://tv-justica.blogspot.com/2010/06/programa-sintese.html>>. Acesso em: 15 dez. 2010. O caso em tela retrata que para adoção da doutrina do *stare decisis* é muito mais seguro e coerente que a vinculação seja feita com o caso como um todo e não apenas com um enunciado que lhe resume e não permite a apuração dos fatos e motivos determinantes que possam permitir a compreensão exata da *ratio decidendi* em abstrato que irá vincular os futuros casos.

a parte o direito de apresentar defesa no sentido de distinguir o caso, de que o caso precedente não se aplica ao caso atual, bem como de apresentar argumentos que possam levar a uma mudança de entendimento e revogação (*overruling*) do precedente anterior.

Ainda, o artigo 557 do CPC estabelece a possibilidade de o relator negar “seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”,⁷⁵⁴ o que demonstra uma aproximação com a doutrina do *stare decisis*, no sentido de que os precedentes dos tribunais superiores vinculam o julgamento dos tribunais inferiores, em que pese nos sistemas de *common law* não serem necessárias para caracterizar a jurisprudência dominante várias decisões, mas apenas um precedente é suficiente para vincular os tribunais inferiores.

Recentemente, inclusive, a Corte Especial do STJ, no julgamento da Questão de Ordem alusiva ao Recurso Especial 1.148.726⁷⁵⁵ e outros, decidiu que as decisões dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais que vierem a discordar do entendimento do STJ estabelecido pela Lei dos Recursos Repetitivos terão de ser fundamentadas, sob pena dos recursos serem devolvidos à origem.

Nesses casos de objetivação do *judicial review*, o sistema constitucional brasileiro se aproxima do sistema de *common law*, na medida em que é a *ratio decidendi* abstratamente considerada de uma decisão que vincula a sociedade e o poder público e, portanto, deve o Judiciário ter a preocupação de julgar com integridade, de acordo com os compromissos político-morais da sociedade brasileira que podem ser encontrados nas leis, na Constituição, nos precedentes judiciais, na história da comunidade e na prática social.

Como nos sistemas de *common law* as decisões, ou o caráter abstrato da *ratio decidendi* produz efeitos *erga omnes*, para toda a comunidade, justifica-se o direito como integridade no sentido de respeito aos compromissos políticos assumidos pela comunidade.

No Legislativo não é necessária uma fundamentação para as decisões lá tomadas, pois a integridade na legislação se dá por meio da generalidade e pela legitimidade eleitoral. Já no âmbito judicial a integridade na decisão se faz com os compromissos políticos, morais e históricos assumidos pela comunidade, uma vez que a legitimidade do Judiciário não se dá nas urnas mas na prática judicial. A prestação jurisdicional deve buscar garantir a integridade

⁷⁵⁴ No mesmo sentido é a disposição do art. 475, §3º do CPC.

⁷⁵⁵ STJ - RESP 1148726 – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJ 18.12.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 dez. 2010.

do direito por meio de uma leitura moral dos direitos fundamentais, buscando dar significado a seu conteúdo em respeito aos direitos conquistados e construídos historicamente, o que deverá ser verificado não só na Constituição e nas leis, mas também nos precedentes judiciais e nas práticas sociais, deve-se ver “o direito como um todo coerente e estruturado”.⁷⁵⁶

Veja-se que há uma diferença entre a decisão ser vinculante e ser *erga omnes*, uma decisão que crie um precedente, ela atua naquele caso concreto e exige que os juízes, caso se deparem com novos casos, semelhantes ao caso anterior, deem o mesmo entendimento, a ideia de *treat like cases alike*. Já a decisão que produz efeitos *erga omnes* irradia seus efeitos imediatamente para todos que se encontrem naquela situação.

Essa tendência de aproximar processualmente o sistema brasileiro ao sistema de *common law* fica ainda mais visível quando da leitura da exposição de motivos do anteprojeto⁷⁵⁷ do novo Código de Processo Civil e de seu substitutivo. Há uma grande preocupação com a celeridade processual, mas também com a segurança jurídica que deverá ser promovida evitando-se decisões conflitantes e buscando-se estabilidade na jurisprudência já consolidada, que só poderá ser alterada mediante uma adequada fundamentação. A uniformização da jurisprudência também busca realizar o princípio da isonomia.

Ainda, nos debates, foi indicada a atenção ao modelo de *common law*, “em que se dá maior atenção aos fatos da causa julgada pelos tribunais”; também houve a indicação de que se evite a dispersão do conteúdo dos votos, uma vez que reduz a força dos precedentes, além de ter sido sugerida “maior adoção das práticas dos *distinguishing* e do *overruling*”.⁷⁵⁸ Do mesmo modo, recomendou-se que os tribunais superiores uniformizassem *interna corporis* sua jurisprudência, para que possa permitir que os tribunais inferiores respeitem seus precedentes.

As novas regras dispostas no Anteprojeto e substitutivo do novo Código de Processo Civil só produzirão os efeitos almejados de garantir a segurança jurídica, por meio da uniformização e estabilização das decisões judiciais, e o princípio da igualdade se a doutrina do *stare decisis* for aplicada e se for adotado o princípio da integridade na prestação jurisdicional.

Não se pode descuidar que aplicar o princípio da integridade não significa apenas ter consistência na decisão judicial no sentido de aplicar decisões semelhantes a casos

⁷⁵⁶ DWORIN, Ronald. *O império do Direito...*, p. 477.

⁷⁵⁷ BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto, Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

⁷⁵⁸ Idem.

semelhantes. Decidir de acordo com a integridade pode inclusive justificar uma nova interpretação acerca dos motivos determinantes do precedente, justificando a revogação ou a distinção do caso anterior.⁷⁵⁹

A fundamentação das decisões deve-se conciliar com decisões anteriores sobre questões similares. Princípios e direitos fundamentais escritos ou não escritos, expressos ou implícitos devem ser usados de forma coerente.

O raciocínio dos juízes deve levar em conta que princípios e regras emergem de um contexto histórico particular. Os fundamentos morais da Constituição podem ser entendidos como apelos para construção de uma sociedade melhor, mas de forma que estejam de acordo com o desenvolvimento histórico da nação.

As decisões podem trazer novas regras e princípios que emergem do próprio texto constitucional, do contexto histórico e de prévias interpretações judiciais sobre a compreensão da Constituição, os juízes, destarte, devem estar conscientes de que, apesar de o direito estar em constante mudança, a interpretação judicial em si mesma deve envolver métodos que garantam continuidade, estabilidade, coerência e integridade.

Adotando-se o modelo de integridade será possível limitar a liberdade da decisão judicial, prevenindo os abusos e garantido, desse modo a segurança jurídica, conforme assinala Michel ROSENFELD:

To prevent abuses, interpreters should be held to a standard of integrity according to which shifts from one available interpretive avenue to another would only be justifiable IF accompanied by a full and sincere assumption of all the burdens associated with the latter interpretive avenue. Consistent with this requirement of integrity, an interpreter may not resort to an available interpretive avenue to press for an advantage on one occasion and then on the next occasion, abandon that interpretive avenue in favor of another in order to avoid a burden. An interpreter, however, may switch from one available interpretive perspective to another if that interpreter sincerely believes that the latter perspective is better suited to promote the attempted reconciliation sought and if he or she is fully prepared to assume all the burdens that might flow from adoption of the new perspective.⁷⁶⁰

⁷⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes...*, p. 70, DUXBURY, Neil. *The authority...*, p. 171.

⁷⁶⁰ “Para prevenir abusos, os intérpretes devem manter um nível de integridade segundo o qual se desloca de uma via interpretativa disponível para outra que só seria justificável se for acompanhada por uma assunção plena e sincera de todos os encargos associados à última via interpretativa. Em consonância com essa exigência de integridade, um intérprete não pode recorrer a uma via interpretativa disponível para pressionar por uma vantagem em uma ocasião, para, em seguida, na próxima ocasião, abandonar essa via interpretativa em favor de outra, a fim de evitar uma sobrecarga. Um intérprete, no entanto, pode mudar de uma perspectiva interpretativa disponível para outra, que o intérprete acredita sinceramente que a última perspectiva é mais adequada para promover a tentativa de reconciliação pedida e se ele ou ela está plenamente preparado para assumir todos os encargos que podem decorrer da adoção dessa nova perspectiva.” ROSENFELD, Michel. *Just interpretations: Law between Ethics and Politics*. Los Angeles: University of California Press, 1998, p.28.

Justifica-se, desse modo, a adoção do modelo interpretativo do direito como integridade, especialmente para Jurisdição Constitucional brasileira na interpretação dos direitos humanos e princípios constitucionais.

Nessa hipótese, deverá o Supremo Tribunal Federal examinar a força gravitacional dos precedentes, verificando-se a cada nova decisão, os princípios explícitos ou implícitos que serviram de fundamento para que se chegasse aos motivos determinantes de decisões semelhantes anteriores. Desse modo se garantirá o efeito da doutrina do *stare decisis* no âmbito horizontal, na medida que a integridade exige que os julgadores sejam consistentes com os princípios que embasaram suas decisões.

Além disso, adotando-se a integridade nas decisões, por meio da doutrina do *stare decisis*, o STF estará atendendo ao princípio da igualdade, não apenas de tratar casos semelhantes da mesma maneira, mas de forma mais ampla, de tratá-los de acordo com os mesmos princípios.

Por outro lado, defender o respeito à doutrina dos precedentes vinculantes para garantir a previsibilidade das decisões judiciais e a conseqüente segurança jurídica não significa a impossibilidade de alteração deles, ao contrário, mesmo nos casos de revogação ou distinção de precedentes se estará garantindo a segurança jurídica, pois o que se exige não é a certeza da decisão, mas que os Ministros julguem de acordo com a integridade, ou seja, comprometidos com uma coerente e defensável visão do conteúdo do direito.

Deve, assim, o STF falar com uma única voz, atuando de maneira principiológica e coerente em relação aos jurisdicionados, de modo que se estenda a todos os *standards* substantivos de justiça e equidade que foram utilizados para alguns, devendo levar em conta não só o texto escrito da Constituição, mas também os princípios não escritos, os direitos fundamentais implícitos ou a Constituição invisível, os quais poderão ser retirados dos precedentes judiciais e da prática constitucional brasileira, de modo que a decisão reflita, da melhor maneira possível, a moralidade política da comunidade.

Considerações Finais

Na Jurisdição Constitucional brasileira a segurança jurídica só poderá ser garantida na medida em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidirem os casos como se estivessem construindo um *romance em cadeia*, fundamentados em princípios; princípios estes que, tais como os nomes dos personagens de um romance, não podem mais ser alterados; princípios que formam a estrutura constitucional da comunidade, que são motivadores do caminho a ser seguido.

É preciso que esses Ministros olhem, então, para o que já está inscrito na história e na prática constitucional, que leiam as decisões tomadas no passado como inspiração para julgar os direitos fundamentais com a interpretação mais precisa possível, de modo a retratar a moralidade política da comunidade brasileira.

O romance a ser escrito deve guardar fidelidade ao enredo traçado, pois não se propõe um gênero livre, o romance requer uma estrutura a ser observada que deve se desenvolver pelo encadeamento dos capítulos. Ao mesmo tempo, deve-se ter em vista que não se trata de construir um romance histórico, com recorte definido em um período determinado, visto que sempre haverá um capítulo a ser escrito. Assim, em que pese deverem os Ministros olhar para o passado para interpretar os capítulos escritos até o momento, para dar continuidade ao romance, não significa que se dedicarão a uma mera repetição dos capítulos precedentes. Ao contrário, um novo contexto, novas circunstâncias, situações e eventos vão compor a tessitura desse capítulo, respeitando a coerência com o que já foi escrito até então. Não se trata, portanto, de um novo começo, até porque os capítulos do *romance em cadeia* devem ser escritos como obra de um único autor, requisito da doutrina do *stare decisis*, que exige respeito às decisões judiciais anteriores.

Com efeito, o enredo que se delineia nestes tempos e em uma sociedade como a nossa não comporta uma mera reprodução, pois a obra que se está construindo é aberta, não traz previsto um final, uma determinada chegada. A previsibilidade se encontra apenas na saída, no consenso estampado no texto constitucional – que estabelece o primeiro capítulo –, e a partir de cada nova decisão e interpretação deste texto, de cada novo capítulo, deve haver

nova interpretação do que já foi escrito, que servirá como fio condutor para a escritura do capítulo subsequente. Nesses termos, a segurança jurídica e a previsibilidade não estarão no epílogo do romance ou em seu capítulo final, mas no seu intermitente processo de construção.

Cabe aos Ministros, como autores deste romance, perceber as descrições já estampadas nos capítulos antecedentes – mesmo que muitas vezes pareçam descrições destituídas de importância para a história narrada naquele momento –, com a perspectiva de que elas podem fazer sentido no capítulo seguinte, pois a construção é decorrente de uma articulação com os elementos anteriores do romance, os novos elementos apresentados no presente e, ainda, com aqueles que trarão a possibilidade de impactar no futuro.

O significado de cada capítulo não emergirá de imediato, mas dependerá de uma nova leitura e releitura. Ao mesmo tempo em que se escreve um novo capítulo, interpreta-se e reinterpreta-se o passado, que adquire novos significados e contornos⁷⁶¹. Nessa orientação, os significados dos direitos humanos serão sempre reinterpretados e reescritos de acordo com a dinâmica da sociedade.

Por isso mesmo, os Ministros não podem se olvidar que o protagonista desse romance é o povo, cuja dinâmica da vida deverá ser acompanhada pelo direito que, apesar de estar limitado ao enredo estabelecido, não tem o fim previsível. São as ações do povo que levarão o romance a seguir seu caminho. A interpretação e densificação do conteúdo dos direitos humanos e fundamentais pela Jurisdição Constitucional brasileira constituem um processo que estará sempre em constante construção.

Propõe-se, dessa forma, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal se inspirem no modelo do *romance em cadeia* proposto por Dworkin, para que, utilizando-se da doutrina do *stare decisis*, possam dar uma visão coerente da prática constitucional brasileira, de modo a interpretar os direitos humanos e fundamentais de acordo com os princípios que retratem a moralidade política da comunidade brasileira da melhor forma possível, e garantir a segurança jurídica, integridade e estabilidade almejadas pela sociedade.

⁷⁶¹ ROSENFELD, Michel. *Just Interpretation...*, op.cit., p. 18.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **We The People: Foundations**. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

_____. The Living Constitution. **Harvard Law Review**, v.120, n.7, 2007, p 1742. Disponível em: <http://heionline.org>. Acesso em 18 jan.2009.

AKANMIDU, Raphael A. The Morality of Precedent in Law, **Ratio Juris**, v. 14, n. 2, jun. 2001.

ALLAN, T. R. S. In defence of the Common law Constitution: unwritten rights as fundamental law. **LSE Law, Society and Economy Working Papers**. 5/2009. London School of Economics and Political Science. Law Department. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1331375>. Acesso em 03 fev. 2009.

_____. Constitutional Justice and the Concept of Law. In: HUSCROFT, Grant. (Ed.). **Expounding the Constitution**. Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008.

ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

_____. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Rev. Bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 14, n. 39, fev. 1999, p. 83. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091999000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 set. 2010.

Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT17/96) [1996] ZACC 16 (25 July 1996). Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/16.html>>. Acesso em: 27 dez. 2010.

BANKOWSKI, Zenon; et al. Rationales for Precedent. In: Mac CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Ashgate: Hants, 1997.

BARAK, Aharon. **The judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARBOSA, Cláudia Maria. O Processo de Legitimação do Poder Judiciário do Brasil. **Anais Conpedi**. Disponível em:

<<http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2010.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. Dissertação de Mestrado, PUCPR, 2005.

_____. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, v. 65, n. 4, out./dez., 2007, p. 37-38.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil**. Lua Nova, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 dez. 2010.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BISHOP, Joel Prentiss. **Common law and Codification or The Common law as a system of Reasoning** – How and Why essential to good government; what its perils, and how averted. Chicago: Law Book Publishers, 1888.

BLACHÈRE, Philippe. **Contrôle de constitutionnalité et volonté générale**: La loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

BLACKSTONE, William. **Commentaries of the Laws of England**, Document 2. Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_1s2.html>. Acesso em: 26 dez. 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: anteprojeto, Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

BROWN v. BOARD OF EDUCATION, 347 U. S. 483 (1954) No Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=347&invol=483>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

BRUCE, Eva. Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, **VI^e Congrès de droit constitutionnel (AFDC)**, Montpellier, 9-11 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.afdc.fr/>>. Acesso em 26 dez. 2010

CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey; STONE, Adrienne. **Protecting rights without a Bill of Rights: institutional performance and reform in Australia**. Aldershot, Hants : Ashgate, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984.

_____. Repudiating Montesquieu? The Expansion and legitimacy of “Constitutional Justice”. **Catholic University Law Review** (1985) 35 Cath. U. L. Rev. 1.

_____. The “Mighty Problem” of Judicial Review and the contribution of comparative analysis. **Southern California Law Review**, v. 53:409.

CAPPELLINI, Paolo. Códigos. In: FIORAVANTI, Maurizio. (Ed.). **El Estado moderno en Europa: Instituciones y Derecho**. Madri: Editorial Trotta, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Entrevista por CARVALHO, Jacqueline Grosse Fernandes. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 65, n. 4, out./dez. 2007.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Rev. Sociol. Polit.** , Curitiba, n. 23, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 fev. 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, 5(1), jan./jun. 2009.

_____. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

_____. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). **Direito e discurso: discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

_____. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CLINTON, Robert Lowry. **Marbury v. Madison and Judicial review**. [S. l.]: University Press of Kansas, 1989.

CRAM, Iam. Judging Rights in the United Kingdom: The Human Rights Act and the new relationship between Parliament and the Courts. **Review of constitutional Studies**, v. 12, n. 1, 2006.

CRISCUOLI, Giovanni. **Introduzione allo Studio Del Diritto Inglese**. Le Fonti. 2. ed. [S. l.]: Giffrè Editore. 1994.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004.

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

DESCHEEMAEKER, Eric. La question de La fusion de Lo *common law* ET de l'*equity* en droit anglais. À propôs de l'ouvrage *Equity* de Sarah Worthington. **Thémis**, 41, 2007, p. 635. Disponível em:

<<http://www.heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/revjurns41&id=639>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

DICEY, Albert Venn. **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 8. ed. [S. l.] Macmillan, 1996.

DICKSON, Brice. Judicial Activism in The House of Lords 1995-2007. In: DICKSON, Brice (Ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007.

DICKSON, Brice (Ed) . **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007.

DINIZ, Débora. Valores universais e direitos culturais. In: NOVAES, Regina. (Org.). **Direitos humanos: temas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

DUARTE, Fernanda; et al. Ainda há Supremacia do Judiciário. In DUARTE, Fernanda; VIERA, José Ribas. (Org.). **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUXBURY, Neil. The authority of precedent: two problems. **Legal Theory Workshop Series**. Faculty of Law. University of Toronto. 2005.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge: Mass, 2006.

_____. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Response In: HERSHOVITZ, Scott. **Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin**. New York: Oxford University Press, 2008.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A.; SUNSTEIN, Cass R. **The Bill of Rights in the Modern State**. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

ELLIOTT, Mark. United Kingdom: Parliamentary sovereignty under pressure. **International Journal of Constitutional Law**, 545, 2, 2004.

EPP, Charles R. **The Rights Revolution**. Chicago: University Chicago Press, 1998.

ESSER, Josef. **Princípio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence. **Precedent in Law**, Ed. New York: Oxford University Press, 1987.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de código civil na contramão da constituição. **Revista trimestral de direito civil** v.4, 2000.

FARER, Tom J.; GAER, Felice. The UN and Human Rights: At the End of the Beginning. In: ROBERTS, Adam; KINGSBURY, Benedict (ed.), **United Nations, Divided World: The UN's Roles in International Relations**. 2.ed. New York: Oxford University Press, 1993.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*, São Paulo, Landy Editora, 2004.

FINNIS, J.M. **A Bill of Rights for Britain? The moral of contemporary jurisprudence. Maccabean Lecture in Jurisprudence** 1985, London: Oxford University Press, 1985.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: (Ed.). **El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. **Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones**. 3.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

_____. **El Estado moderno en Europa: Instituciones y Derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GAITA, Raimond. **A Common Humanity? Thinking about Love and truth and Justice**. London: Routledge, 2002.

GILLMAN, Howard. How Political Parties can use the Courts to advance their agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891. **American Political Science Review**, v. 96, Issue 3, set. 2002.

GLISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 5. ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Unwritten Constitutional Principles. In: **HUSCROFT, Grant (Ed.) Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. New York: Cambridge University Press, 2008.

_____. **Interpreting Constitutions: a comparative study**. New York: Oxford University Press, 2007.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio decidendi of a Case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, dez. 1930, p. 161. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

_____. The doctrine of the individual binding precedent, 1934.

_____. Precedent in English and Continental Law. **Law Quarterly Review**, n. 50.

GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio da 2ª edição In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: Dobner, Petra; Loughlin, Martin (Ed.) **The Twilight of Constitutionalism?** New York: Oxford University Press, 2010.

GROTE, Rainer. **Rule of law, État de Droit and Rechtsstaat: The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments**. Disponível em: <<http://www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>>. Acessado em: 15 abr. 2009.

GUEST, Stephen. Ronald Dworkin and the question of political stability and legitimacy. In: GOUGH & STABLES. (Eds.) **Sustainability and Security within Liberal Societies:**

Learning to Live with the Future. Routledge Studies in Social and Political Thought series. London: Routledge, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Religion and Rationality: Essays on Reason, God, and Modernity**, edited by Eduardo Mendieta. Cambridge: MIT Press, 2002.

HAMILTON, Alexander. JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

HARRIS, Bruce. Judicial Activism and New Zealand's Appellate Courts. In: DICKSON, Bruce. (Ed.). **Judicial Activism in Common law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007.

HEALY, Thomas, Stare decisis and the Constitution: Four Questions and Answers. **Notre Dame Law Review**, v. 83, 2008; Seton Hall Public *Law* Research Paper No. 1019558. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1019558>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

HERSHOVITZ, Scott. Integrity and Stare decisis. In: HERSHOVITZ, Scott. **Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin**. New York: Oxford University Press, 2008.

_____. **Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin**. New York: Oxford University Press, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

_____. Resituating the Judicialization of Politics: Bush v. Gore as a Global Trend. HeinOnline; **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. 15, n. 2, 2002.

_____. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, 2006, p. 723. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em: 20 fev. 2008.

_____. The Political origins of judicial empowerment through constitutionalization: lessons from Israel's constitution revolution. **Comparative Politics**, v. 33, n. 3, 2009.

_____. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional *Law*. **American Journal of Comparative Law**. V.53, 2005.

_____. The Rise of Constitutional Theocracy. **Harvard International Law Journal**. v. 49, out. 16, 2008.

_____. Beyond the American Experience: The Global Expansion of Judicial Review In GRABER, Mark; PERHAC, Michael (Ed) **Marbury v. Madison: Documents and Commentary**. New York: Congressional Quarterly Press, 2002

HUNT, Lynn. **O romance e as origens dos Direitos Humanos**: interseções entre história, psicologia e literatura. *Varia historia*, Belo Horizonte, v. 21, n. 34, July 2005, p. 269. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752005000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2010.

HUSCROFT, Grant. (Ed.). **Expounding the Constitution**. Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008.

JENKINS, David. From Unwritten to Written: Transformation in the British Common-Law Constitution. **Vanderbilt Journal of Transnation Law**, v. 36, n. 3, 2003.

JURIGLOBE: **Groupe de Recherche sur les systèmes juridiques dans le monde da Universidade de Ottawa**. Disponível em: <<http://www.juriglobe.ca/fra/index.php>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003.

KELLY, Margaret R. L. L. **Common law Constitutionalism - A Different View** (June 2006). Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1147423>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

KOLAKOWSKI, Leszek. **Modernity on endleess trial**. Chicago: The University Chicago Press, 1990.

KOZIKOSKI, Sandro. **Limites e possibilidades do efeito vinculante advindo do controle difuso: neoconstitucionalismo, amicus curiae e a pluralização do debate**. Tese de Doutorado, Curitiba, UFPR, 201

LAFER, Celso. **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

LECLAIR, Jean. Canada's unfathomable unwritten constitutional principles. **Queen's Law Journal**, v. 27, 2001-2002.

LEGARRE, Santiago. RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del "stare decisis". **Revista Chilena de Derecho**, v. 33 n.1, p. 109-124, 2006.

MACAULAY, Fiona. Private Conflicts, Public Powers: domestic violence in the Courts in Latin America. In SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line and ANGELL, Alan. **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents: a comparative study**. England: Dartmouth, 1997.

_____. **Rhetoric and the Rule of law**: A theory of Legal Reasoning, New York: Oxford University Press, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MARKMAN, Stephen. Precedent? Tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions. **Texas Review of Law & Politics**, v. 8, Spring 2004.

MARKOVITS, Inga. Constitution making after national catastrophes: Germany in 1949 and 1990. **William and Mary Law Review**. v. 49. Issue 4. 2008, p. 1307. Disponível em: <<http://wmlawreview.org/issues/49>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. **Interpreting Precedents: a comparative study**. Hants: Ashgate, 1997.

MARTIN, Elizabeth A. (Ed.) **A Dictionary of Law**. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, vol.15, Porto Alegre:UFRGS, 1998.

MCCALLUM, Margaret; SCHMEDEMANN, Deborah A.; KUNZ, Christina L. **Synthesis: legal reading, reasoning and writing in Canadá**. 2. ed. Toronto: CCH Canadian, 2008, p. 65.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. São Paulo: Malheiros, 2010.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Stanford University Press, Califórnia, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAVCSIK, Andrew. **The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation**. In: Postwar Europe. International Organization. v. 54, n. 2 (spring, 2000), p. 218. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable2601297>> Acesso em: 21 fev. 2008.

MORTON, F.L., KNOPFF, Rainer. **The Charter Revolution and the Court Party**. Toronto: Broadview Press, 2000.

MUNRO, William Benett. **The Makers Of The Unwritten Constitution: The Fred Morgan Kirby Lectures**. [S. l.]: Delivered at Lafayette College, 1929.

NAGEL, Robert. American Judicial Review in Perspective. In: Campbell, Tom; Goldsworthy, Jeffrey; Stone, Adrienne. **Protecting rights without a Bill of Rights : institutional performance and reform in Austrália**. Aldershot, Hants : Ashgate, 2006.

NELSON, William E. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review**. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin? De que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. (Orgs.). **Direito & literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 8.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005

PERRY, Michael J. Morality and normativity. **Legal Theory**, 13 (2007).

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PLUCKNETT, Theodore. **A concise history of the common law**. 5. ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **O espírito do Direito inglês e a jurisprudência anglo-americana**. Tradução de Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

RADIN, Max. **Case Law and Stare decisis**: Concerning "Präjudizienrecht in Amerika" **Columbia Law Review**, v. 33, n. 2, fev. 1933. p. 200-201. Published by: Columbia Law Review Association. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1115948>>. Acesso em: 29 jan. 2009.

RAITIO, Juha. **The Principle of Legal Certainty in EC Law**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2003.

RAMSEY, Mike. **Implementing Supremacy: The Past and Future of Article VI**. Preliminary Draft. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/academics/colloquia/constitutionaltheory/index.htm>

RAZ, Joseph. Dworkinian integrity and coherence. In BURLEY, Justine (Ed.) **Dworkin and his critics**: with replies by Dworkin. Malden: Blackwell Publishing, 2004.

ROBERTS, Adam; KINGSBURY, Benedict (ed.), **United Nations, Divided World: The UN's Roles in International Relations**. 2.ed. New York: Oxford University Press, 1993.

ROSENFELD, Michel. Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court (October 2006). **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 4, Issue 4, p. 46, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1098742> or doi:10.1093/icon/mol027. Acesso em 01 set 2010.

_____. **Just Interpretations**. Los Angeles: University of California Press, 1998.

SALGADO, Eneida Desirée. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Tese (Doutorado em Direito), UFPR, 2010. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/22321/1/Tese_Eneida_Desiree_Salgado.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2010.

SALMOND, Sir John William. **Jurisprudence**. London: Sweet & Maxwell, 1924

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3 (fev. 1987). Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em 18 dez 2008.

SCHEPPELE, Kim Lane. Declarations of Independence: Judicial reactions to political pressure. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. (Eds.). **Judicial independence at the crossroads: an interdisciplinary approach**. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002.

SCHIER, Paulo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento de neoconstitucionalismo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, v. 20, Belo Horizonte, 2005.

SELLERS, Mortimer Newlin Stead. The Doctrine of Precedent in the United States of America (September 3, 2008), p. 1. **American Journal of Comparative Law**, v. 54, n. 1, 2006. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1262933>>. Acesso em 15 dez. 2009.

SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed). **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

SILVA, Marcos Alves da. Escola histórica do direito: tradição, intuição e sistema. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana. (Orgs.). **Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas**. Pelotas: Delfos, 2008.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

SUNKIN, Maurice. The United Kingdom. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: Constitutional Politics in Europe**. New York: Oxford University Press, 2000.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo**, 181, 2010, p. 169

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil e a Legalidade Constitucional. **Revista Del Rey Jurídica**, 13:23, 2004.

The limits of precedent: Being the presidential address of the Rt. Hon. Viscount Simon, Lord Chancellor, president of the Holdsworth Club of the students of the Faculty of Law in the University of Birmingham, 1942-43. [Unknown Binding], Published by the Holdsworth Club of the University of Birmingham.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n.19, Síntese, set./out. 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America**. 10. ed. [S. l.]: Vintage Books, 1961.

TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

TUSHNET, Mark V. The Inevitable Globalization of Constitutional Law, (December 18, 2008). Hague Institute for the Internationalization of *Law*; **Harvard Public Law Working Paper** No. 09-06. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1317766>>. Acesso em 26 nov.2009.

_____. The United States: Eclecticism in the service of Pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) **Interpreting Constitutions: a comparative study**. New York: Oxford University Press, 2007.

URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. Mutación Constitucional y fuerza normativa de La Constitución. Una aproximación al origen Del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20, n. 58, jan./abr. 2000, p. 110.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. **Tempo social**, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 set. 2010. p. 41.

VIANNA, Luiz Werneck; et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e Common law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

VOJVODIC, Adriana de M.; MACHADO, Ana Mara F.; CARDOSO, Evorah L. C., Escrevendo Um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo n. 5, 2009.

WALTERS, Mark D. Legal Humanism and *Law-as-integrity*. **Cambridge Law Journal** 67 (2) July 2008.

_____. The Common law Constitution in Canadá: Return of *lex no scripta* as Fundamental Law. **The University of Toronto Law Journal**, vol. 51, n. 2, (spring, 2001).

_____. Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism. In: HUSCROFT, Grant (Ed.) **Expounding the Constitution**. Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008.

WALUCHOW, W. J. Constitutional Morality and Bills of Rights. In: HUSCROFT, Grant (Ed.) **Expounding the Constitution**: Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008.

_____. **A common law theory of judicial review**: the living tree. New York : Cambridge University Press, 2007.

WEINRIB, Lorraine E. The postwar paradigm and American exceptionalism. In: CHOUDHRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WHITTINGTON, Keith E. "Interpose your friendly hand": Political supports for the exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 99, n. 4, 2005.

WOLFE, Christopher. **Judicial activism**: bulwark of freedom or precarious security? Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.