

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**

CAROLINA HELOISA GUCHEL BERRI

**AS SUPREMAS CORTES DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
E OS SEUS SISTEMAS COMPARADOS DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

CURITIBA

2020

CAROLINA HELOISA GUCHEL BERRI

AS SUPREMAS CORTES DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
E OS SEUS SISTEMAS COMPARADOS DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de **Mestre em Direito**. Linha de Pesquisa: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Coutinho Pagliarini

CURITIBA

2020

B533s Berri, Carolina Heloisa Guchel
As supremas cortes do Brasil e dos Estados Unidos da América e os seus sistemas comparados de prestação jurisdicional / Carolina Heloisa Guchel Berri. - Curitiba, 2020.
158 f.
Orientador: Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Internacional UNINTER.
1. Direito. 2. Tribunais Superiores – Brasil. 3. Tribunais Superiores – Estados Unidos. 4. Estados Unidos – Suprema Corte. 5. Brasil – Supremo Tribunal Federal. 6. Direito constitucional. 7. Direito comparado. 8. Poder judiciário. I. Título.
CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

CAROLINA HELOISA GUCHEL BERRI

**AS SUPREMAS CORTES DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
E OS SEUS SISTEMAS COMPARADOS DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de Pesquisa: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade.

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini
UNINTER/PR – Orientador e Presidente

Prof.ª Dra. Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
UniCEUB

Prof.º Dr. Eduardo Oliveira Agostinho
PUC/PR

Prof.º Dr. Martinho Martins Botelho
UNINTER/PR

Curitiba, 02 de março de 2020.

Dedico este trabalho à minha família, meu
porto seguro em todas as
tempestades.

AGRADECIMENTOS

Sinto-me uma pessoa muito afortunada por Deus colocar em minha vida pessoas do bem que me ajudam a ser uma versão melhor de mim mesma a cada dia. Minha gratidão por Deus é eterna, muito além desta vida, por sempre estar comigo e ser meu Norte no caminho do bem.

Agradeço com todo meu coração aos meus pais Amilcar José Berri e Marilú Guchel Berri por sempre estarem ao meu lado, apoiando-me e me ajudando a evoluir; a vocês, todo o meu amor.

Agradeço às minhas queridas irmãs Larissa Heidrich Wollinger, Michelle Angela Guchel Berri Schuster e Thais Helena Guchel Berri, pelo amor e amizade eternos. Agradeço aos meus sobrinhos que tanto amo, Aline Carolina Zatelli, Eduarda Guchel Berri Agostini e Lucas Eduardo Berri Schuster, e ao meu cunhado, Daniel Agostini Neto. Agradeço a todos os meus familiares, que neste e em tantos outros momentos me brindaram com extremado amor.

Ao meu querido orientador, Professor Alexandre Coutinho Pagliarini, agradeço imensamente pela sua amizade, suas lições e toda a orientação nesta trajetória; mais que um Professor, é um amigo que guardarei no coração para sempre, ele que tem sido fundamental para a minha formação e minha evolução; sem ele nada disso seria possível.

Ao coordenador, Professor Daniel Ferreira, agradeço sempre pelo apoio em momentos de dificuldade e incentivo em momentos de luta.

Aos mestres, Professores do Mestrado, Andreza Cristina Baggio, Doacir Gonçalves de Quadros, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Martinho Martins Botelho, Rui Carlo Dissenha, agradeço por todo ensinamento ao longo dos estudos e pelo exemplo a seguir.

Aos meus queridos amigos do Mestrado, especialmente à *coalizão rígida*, nas pessoas de Gustavo Marques Krelling, Hellen Caroline Pereira Fernandes, Luciana Benassi Gomes Carvalho e Renata Brindaroli Zelinski, e ao meu amigo parceiro de idas e vindas SC-PR, Bruno Thiago Krieger; sem vocês esta jornada não seria tão proveitosa, emocionante e divertida como foi, apesar das grandes lutas enfrentadas. Não posso esquecer do amigo e exemplo Antonio José Carvalho da Silva Filho, que, com minha amiga Luciana, já mencionada, apresentou-me à Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO, ampliando meu horizonte no estudo do Direito.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo analisar de forma comparada as Supremas Cortes dos Estados Unidos da América e do Brasil e seus sistemas de prestação jurisdicional, a fim de descrever suas particularidades e verificar se houve efetiva implementação de elementos do sistema jurídico norte-americano no Direito brasileiro, especialmente o sistema de precedentes, com posição crítica e contrária a respeito. A elaboração deste estudo científico se fundamentou em pesquisa bibliográfica, mais precisamente na coleta de doutrina a respeito da temática no âmbito do Direito Constitucional, bem como em levantamentos jurisprudenciais que enfatizaram as duas Supremas Cortes. Ao longo da pesquisa foram estudados os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, a atuação das Supremas Cortes mencionadas, e, por fim, as diferenças e semelhanças entre os sistemas jurídicos e a problemática envolvendo a implementação de mecanismos do *common law* pelo Brasil. Por meio da leitura e da interpretação desta dissertação, depreende-se que cada sistema jurídico guarda sua singularidade, historicidade, base e cultura, e a implementação de mecanismos de sistemas estrangeiros sem o arcabouço necessário traz uma perspectiva deveras sombria especialmente para o Estado Democrático de Direito, derruindo garantias fundamentais constitucionais.

Palavras-chave: *Civil Law*. *Common Law*. Direito Constitucional Comparado. Supremas Cortes.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze in a comparative way the Supreme Courts of the United States and Brazil and their systems of jurisdictional provision, in order to describe their particularities and verify if there was an effective implementation of elements of the North American legal system in Brazilian Law, especially the precedent system, with a critical and contrary position on it. The elaboration of this scientific study was based on bibliographic research, more precisely on the collection of doctrine on the subject within the scope of Constitutional Law, as well as on jurisprudential surveys that emphasized the two Supreme Courts. Throughout the research, the legal systems of common law and civil law were studied, the performance of the Supreme Courts mentioned as well, and, finally, the differences and similarities between the legal systems and the problem involving the implementation of common law mechanisms by Brazil. From the reading and interpretation of this dissertation, it emerges that each legal system keeps its uniqueness, historicity, base and culture, and the implementation of foreign systems mechanisms without the necessary framework brings a very bleak perspective especially for the Democratic State of Law, undermining fundamental constitutional guarantees.

Keywords: Civil Law. Common Law. Comparative Constitutional Law. Supreme Courts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A TRADIÇÃO NORTE-AMERICANA DO <i>COMMON LAW</i>: INTRÓITO	13
1.1 ESCORÇO HISTÓRICO	13
1.1.1 O surgimento do <i>common law</i> no mundo	13
1.1.2 O surgimento do <i>common law</i> nos Estados Unidos da América	19
1.2 A INAUGURAÇÃO DO <i>JUDICIAL REVIEW</i>	21
1.3 A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA FRENTE AO <i>COMMON LAW</i> – ORIGINALISMO (<i>ORIGINALISM</i>) E CONSTITUCIONALISMO VIVO (<i>LIVING CONSTITUTIONALISM</i>)	24
1.4 A FORÇA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS – <i>STARE DECISIS</i>	26
1.5 APONTAMENTOS FINAIS	32
2 A TRADIÇÃO BRASILEIRA DO <i>CIVIL LAW</i>: INTRÓITO	34
2.1 ESCORÇO HISTÓRICO	34
2.1.1 O surgimento do <i>civil law</i> no mundo	34
2.1.2 O surgimento do <i>civil law</i> no Brasil	44
2.2 CARACTERÍSTICAS DO <i>CIVIL LAW</i>	46
3 ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: O ONTEM E O AGORA	48
3.1 A ORIGEM	48
3.2 ORGANIZAÇÃO GOVERNAMENTAL	51
3.3 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA	53
3.4 COMPETÊNCIA	54
3.5 MÉTODO JURISDICIONAL	62
3.6 SELEÇÃO DOS JUÍZES NO SISTEMA JUDICIÁRIO NORTE-AMERICANO	64
4 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL: O ONTEM E O AGORA	68
4.1 A ORIGEM	68
4.2 ORGANIZAÇÃO GOVERNAMENTAL	70
4.3 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA	73
4.4 COMPETÊNCIA	74
4.5 MÉTODO JURISDICIONAL	81

4.6 SELEÇÃO DOS JUÍZES NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	85
5 ESTUDO COMPARADO A RESPEITO DO JULGAMENTO QUE LEGITIMOU A UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO PELA SCEUA E PELO STF.....	90
5.1 DECISÃO DA SCEUA SOBRE O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: A VERDADE DA PRECEDÊNCIA.....	90
5.1.1 O recurso.....	90
5.1.2 O trâmite do recurso na Suprema Corte.....	91
5.1.3 A decisão da Suprema Corte	92
5.1.4 A verdade da precedência.....	97
5.2 DECISÃO DO STF SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E RESOLUÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) SOBRE O CASAMENTO HOMOSSEXUAL: A INVERDADE DA PRECEDÊNCIA	99
5.2.1 As ações.....	99
5.2.2 O trâmite das ações na Suprema Corte	100
5.2.3 A decisão da Suprema Corte	102
5.2.4 A inverdade da precedência.....	106
6 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> E A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO A IMPLEMENTAÇÃO DE MECANISMOS DO <i>COMMON LAW</i> PELO BRASIL	109
6.1 PRINCIPAIS DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS.....	109
6.2 A ADOÇÃO ASSISTEMÁTICA DO <i>COMMON LAW</i> E DO SISTEMA DE PRECEDENTES	116
6.3 A NECESSIDADE DE UMA POSIÇÃO CRÍTICA.....	121
6.3.1 A problemática	121
6.3.2 A negação do sistema de precedentes.....	124
6.3.3 Súmula vinculante	131
6.3.4 Futuro sombrio	136
CONCLUSÃO	141
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	149

INTRODUÇÃO

Brasil e Estados Unidos da América (EUA) possuem sistemas jurídicos diferentes – o primeiro *civil law* e o segundo *common law* –, sendo diverso o propósito de cada qual, desenhado pela história, cultura e aplicabilidade do Direito de cada nação. Essas diferenças se verificam no cenário jurídico encontrado em cada ordem legal, especialmente no atuar de suas Supremas Cortes.

Os EUA possuem um forte sistema de precedentes, que, combinado com o *common law* e a doutrina do *stare decisis*, dirige o meio jurídico daquele país. O Brasil não possui um sistema de precedentes igual ou parecido com o dos EUA, mas sim disposições constitucionais a respeito de decisões específicas vinculantes somadas às normas a respeito do assunto constantes no Novo Código de Processo Civil, conjunto este que deveria ser capaz de proporcionar ao Poder Judiciário e aos jurisdicionados um norte mínimo a ser seguido no que tange à coerência e integridade das decisões judiciais. Todavia, tal “pacote de coerências jurisprudenciais” não tem sido visto nem nos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre um mesmo assunto, conforme será demonstrado com mais detalhes adiante.

Apesar de tudo o que foi dito nos dois parágrafos anteriores, mantém-se viva no Brasil uma corrente doutrinária que apoia verdadeiro ativismo judicial pela Suprema Corte brasileira, defende a existência de uma *commonlização* e de um precedentalismo no Brasil, atrelando-os inexoravelmente e de forma inseparável ao *common law* norte-americano. É por conta desta doutrina ativista que aqui se questiona a possibilidade de implementação de elementos e mecanismos de sistemas jurídicos estrangeiros na ordem interna, bem como se pela atuação do STF está havendo essa implementação, com análise de suas consequências, mormente eventual afastamento do sistema jurídico do *civil law* no qual Brasil está inserido. Neste sentido, a pergunta seria: estão os ministros do STF a dispensar o Direito positivo brasileiro em nome de uma suposta modernização do sistema *under the american way of judging*? Não é de se crer nisso.

Em termos metodológicos, anuncia-se aqui que esta dissertação se relaciona com a linha de pesquisa “Jurisdição e Processo na Contemporaneidade”, a partir da perspectiva que pretende aprofundar, de forma crítica, o estudo sobre a implementação de mecanismos estrangeiros em nosso modo de julgar, isso sem que

tenha havido a configuração normativo-estrutural necessária sem a qual se degenera e prejudica o sistema jurídico interno. Logo, a pertinência temática deste trabalho se dá em tempos de “aplausos” ao ativismo judicial, especialmente da Suprema Corte brasileira, que muitas vezes julga ao desprestígio da lei e da Constituição, subvertendo os ditames basilares do Estado Democrático de Direito e a tripartição dos Poderes estabelecida pela Carta de 1988.

Nessa toada, tendo em vista o controle de constitucionalidade remontar aos EUA, importa analisar de forma comparada os sistemas jurídicos destes dois países, a atuação de cada Suprema Corte e sua prestação jurisdicional, analisando-se contemporaneamente se ocorre a importação de institutos do sistema jurídico do *common law* pela Suprema Corte brasileira, tanto em suas características primordiais quanto em seu modo de decidir, e os impactos ao cenário político-jurídico.

Os capítulos desta dissertação estarão assim dispostos: (i) breve análise dos sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law* que regem os cenários jurídicos brasileiro e norte-americano, respectivamente; (ii) especificidades do *civil law* brasileiro, de origem romano-germânica; (iii) uma espécie de transição “mal resolvida” entre a tradição brasileira do *civil law* e o que querem os ativistas chamar de adoção do *common law*, mas que aqui se defende como sendo uma implementação forçada e mal feita de um sistema exógeno; (iv) sobrevalorização do STF em detrimento dos dois outros Poderes; (v) estudo comparado do *common law* anglo-saxão, com especial destaque para o dos EUA, país em que – lá sim! – se adota o precedente judicial; (vi) estudo comparado do STF e da Suprema Corte dos EUA. Por evidente, esta pequena apresentação de capítulos resume aquilo que consta no sumário retroapresentado; pode-se explicar melhor: serão estudadas as principais diferenças e semelhanças entre os sistemas jurídicos em exame, bem como as controvérsias envolvendo a implementação de mecanismos do *common law* pelo Brasil, principalmente os reflexos sobre a norma constitucional e as consequências ao cenário político-jurídico brasileiro, de modo que a ênfase é direcionada à discussão sobre a adoção assistemática do *common law* e do sistema de precedentes, com o estabelecimento do problema e posicionamento crítico a respeito.

Por fim, necessário frisar que esta dissertação não se volta ao cumprimento da pretensão de apontar solução para o problema encontrado ou de alegar a inconstitucionalidade da *commonlização*, que tem sido levada a cabo pelo STF. Limita-se a dissertação a tentar ofertar racionalmente uma resposta ao problema de

pesquisa indicado desde o início da fase de orientação, tendo a escrita observado um estilo respeitoso aos posicionamentos contrários.

1 A TRADIÇÃO NORTE-AMERICANA DO *COMMON LAW*: INTRÓITO

1.1 ESCORÇO HISTÓRICO

1.1.1 O surgimento do *common law* no mundo

O *common law* é um sistema jurídico que teve como berço a Inglaterra, como bem explana Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 54):

O *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso.

Mas antes de se falar na prática do *common law* em si, é importante retratar que no início, mesmo com bastante atividade legislativa, a Inglaterra ainda era governada mais por costumes variáveis e não escritos do que por leis uniformes e estabelecidas, sendo a principal razão pela lacuna do *common law* em si nesse período a inexistência de qualquer mecanismo judicial para exigí-lo (BAKER, 2005, p. 3, tradução livre).¹

Eric Hobsbawm e Terence Ranger (2000, p. 2-3, tradução livre) ensinam que o costume não pode se dar ao luxo de ser invariável, porque nem mesmo as sociedades tradicionais assim o são. O Direito consuetudinário ou comum ainda mostra essa combinação de flexibilidade em sua substância e formalidade na sua adesão ao precedente. Nesse ponto, está bem ilustrada a diferença entre tradição e costume. Costume é o que os juízes fazem; tradição é a peruca, o manto e outras práticas parafernais e ritualizadas formais em torno de sua ação substancial. O declínio do

¹ “Nevertheless, despite all this legislative activity, England was still governed more by unwritten and variable costume than by uniform and settled law. The principal reason for the absence of common law at this stage was the absence of any national judicial machinery to require it.”

costume modifica inevitavelmente a tradição com a qual está habitualmente entrelaçado.²

René David (1998, p. 279) explica que o estudo do *common law* deve ser iniciado pelo estudo do Direito inglês, conceituando da seguinte forma:

O sistema da *common law* é um sistema de direito elaborado na Inglaterra, principalmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça, depois da conquista normanda. A família da *common law* compreende, além do direito inglês, que está na sua origem, e salvo certas exceções, os direitos de todos os países de língua inglesa. Além dos países de língua inglesa, a influência da *common law* foi considerável na maior parte dos países, senão em todos, que politicamente estiveram ou estão associados à Inglaterra.

O modelo inglês ocupa um lugar proeminente na família *common law*. Para a compreensão do domínio geográfico do Direito inglês, René David (1998, p. 281) explana que ele se limita à Inglaterra e ao País de Gales, não sujeitando o Reino Unido, Grã-Bretanha, Irlanda do Norte, Escócia, Ilhas do Canal da Mancha e Ilha de Man.

O Direito inglês se desenvolveu de forma autônoma, não conheceu a renovação pelo Direito romano, nem mesmo a renovação pela codificação, ao contrário do que ocorreu com o Direito lusitano, o francês e outros da família romano-germânica. Uma importante característica sua é a valorização da continuidade histórica de si próprio, como substrato de uma evolução que não sofreu qualquer intervenção de revoluções, identificando-se como a “prova da grande sabedoria da *common law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e de qualidades correspondentes nos juristas e no povo inglês” (DAVID, 1998, p. 283). Há paralelo, no mesmo sentido, na doutrina brasileira de Orlando Magalhães Carvalho (1943, p. 45).

René David (1998, p. 283-284) divide em quatro os principais períodos da história do Direito inglês: 1) período anterior à conquista normanda de 1066 (período anglo-saxônico); 2) de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors em 1485 (período da formação do *common law* – Direito novo comum a todo reino em substituição aos

² “‘Custom’ cannot afford to be invariant, because even in ‘traditional’ societies life is not so. Customary or common law still shows this combination of flexibility in substance and formal adherence to precedente. The difference between ‘tradition’ and ‘custom’ in our sense indeed well illustrated here. ‘Custom’ is what judges do; ‘tradition’ (in this instance invented tradition) is the wig, robe and other formal paraphernalia and ritualized practices surrounding their substantial action. The decline of ‘custom’ inevitably changes the ‘tradition’ with which it is habitually intertwined.”

costumes locais); 3) de 1485 a 1832 (período da rivalidade com a *equity* – desenvolvimento de um sistema complementar e por vezes rival); 4) de 1832 até os dias atuais (período moderno – adaptação do *common law* ao desenvolvimento da lei e a uma sociedade dirigida pela administração).

No período anglo-saxônico, compreendido espaço temporal anterior ao ano de 1066 – quando da conquista da Inglaterra pelos normandos –, estava presente o Direito anglo-saxônico, cujas leis eram pouco conhecidas e redigidas em língua anglo-saxônica, e não mais em latim como as outras leis bárbaras (DAVID, 1998, p. 284).

As leis apenas regulavam aspectos limitados das relações sociais, a exemplo disso, René David (1998, p. 284-285) menciona: “As leis de Aethelbert, rei do Kent, redigidas em língua anglo-saxônica no ano de 600, apenas comportam 90 frases breves. As leis do rei dinamarquês Canuto (1017-1035), quatro séculos mais tarde, são mais elaboradas e anunciam já a passagem da era tribal para a feudal.”

Neste período anterior à conquista normanda, inobstante a submissão a um só soberano, o Direito se fazia presente de modo local, não existindo ainda um Direito comum à Inglaterra como um todo (DAVID, 1998, p. 285).

Quanto ao segundo período, intitulado por René David (1998, p. 285) como sendo da formação do *common law*, com a conquista normanda em 1066 não se viu alterado o Direito anglo-saxônico existente em si, mas uma mudança capital, no que tange a um poder forte e rico para a Inglaterra, desaparecendo a época tribal, dando espaço à instalação do feudalismo, que então permitirá o desenvolvimento do *common law*.

René David (1998, p. 286) define o que seria na época o *common law* ou, como chamada pela gíria normanda, *comune ley*:

A comune ley ou *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Este direito, em 1066, não existe. A assembleia dos homens livres, chamada *County Court* ou *Hundred Court*, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem qualquer pretensão de ser racional. Continuando, em princípio, a ter competência depois da conquista, as *Hundred Courts* ou *County Courts* serão pouco a pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo (*Courts Baron, Court Leet, Manorial Courts*); mas estas estatuirão igualmente com base na aplicação do direito costumeiro eminentemente local. As jurisdições eclesiásticas instituídas depois da conquista aplicam o direito canônico comum a toda a cristandade. A elaboração da *comune ley*, direito inglês e comum a toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo

nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster.

Em relação aos Tribunais Reais de Justiça (Tribunais de Westminster), vale mencionar que, no início da conquista normanda, havia a *Curia regis*, da qual o rei, auxiliado por servidores próximos e pessoas importantes do Reino, exercia somente a “alta justiça”, sendo considerada Corte de grandes personagens, grandes causas e situações excepcionais. No século XVII, organizações dentro da *Curia regis* passaram a ganhar autonomia, como Parlamento e Comissões Jurisdicionais. Disso, decorrem os Tribunais Reais, competentes apenas para questões relativas a finanças reais (Tribunal de Apelação – *Exchequer*), propriedade e posse de imóveis (Tribunal de Pleitos Comuns – *Common Pleas*), e questões criminais graves que afetem a paz do Reino (Tribunal do Banco do Rei – *King’s Bench*). A divisão de competências com o passar do tempo deixa de existir e essas questões específicas se submetem às jurisdições reais como um todo (DAVID, 1998, p. 286-287).

E, pelo fato de os Tribunais Reais atuarem com qualidade muito superior às demais jurisdições existentes, modernizando o processo, principalmente em relação à produção de provas, no fim da Idade Média, eles passam a ser os únicos a administrar a justiça (DAVID, 1998, p. 288).

Até 1875 os Tribunais Reais atuaram como jurisdição de exceção, somente se tornando “jurisdição de Direito comum” no século XIX. Enquanto jurisdição de exceção, particulares não tinham acesso direto aos Tribunais Reais, mas somente com uma concessão da autoridade real e pagamento de taxas, o que não era simples de se conseguir na época, além de ser necessário um processamento particular para cada um dos casos excepcionais (DAVID, 1998, p. 288-289).

Ao contrário do continente que se fixava em regras substantivas, na Inglaterra os juristas destinavam sua concentração às regras processuais (*remedies precede rights* – em primeiro lugar o processo), sendo grande problemática conseguir a admissão de um caso nos Tribunais Reais e conseguir vencer os formalismos ao longo do processamento até a decisão. Decorrente disso, “a common law só aos poucos passou a conter normas substantivas, que definissem os direitos e as obrigações de cada um” (DAVID, 1998, p. 290). No mesmo sentido, António Manuel Hespanha (2005, p. 182-183).

Como a legislação era escassa e não existia, à época, a concepção – típica do direito moderno – de que um direito depende de um ato normativo que o constitua e defina seu campo de aplicação, a construção do ordenamento jurídico, na Inglaterra, tornou-se dependente da própria atividade judicial. À medida que novos writs eram concedidos, os precedentes passavam a ser estudados e invocados em demandas futuras. Com isso, operou-se a fórmula típica dos primeiros tempos do common law. Na Inglaterra dos plantagenetas, remedies precede rights (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 30).

Com o passar dos tempos, a ideia de somente o interesse da Coroa despertar a competência e a consequente atuação dos Tribunais Reais foi se mitigando; em consequência disso, foi-se alargando a competência dos Tribunais Reais, até pelo gradual desaparecimento dos demais tribunais existentes, inclusive os que tratavam do Direito privado em si. Tal desenvolvimento histórico que dá conta do alargamento aqui tratado promoveu o desaparecimento, de certo modo, do próprio Direito privado, com a compreensão dos litígios como questões de Direito público, tendo sido disponível no sistema inglês o *writ* (mandado) através do qual do rei emanava uma ordem aos seus agentes, a fim de que determinem ao demandado agir de modo legal, em consonância com a pretensão do demandante (DAVID, 1998, p. 293-294).

Por serem tribunais de exceção, tendo sua competência extremamente limitada, os Tribunais Reais se obrigaram naquele momento a criar um novo Direito – comum a toda Inglaterra –, denominado *common law* ou *comune ley*, tendo como base costumes locais diversos da Inglaterra. A prática era a forma de se aprender o Direito, por essa razão, diferente dos demais países europeus, juristas e juízes até os dias atuais são formados pela prática essencialmente, e não apenas através de diplomação universitária (DAVID, 1998, p. 294-295).

A respeito do terceiro período histórico mencionado por René David (1998, p. 295-296), que compreende os anos de 1485 a 1832, se conheceu o surgimento de um sistema rival – a *equity*, que veio contra o excesso de formalismo existente no *common law*, posto que somente havia os Tribunais Reais (desaparecimento antes mencionado das demais jurisdições), não sendo mais suficiente a abarcar as problemáticas da sociedade, mormente pela excessiva formalidade. Os particulares, diante de falhas ou omissões dos Tribunais Reais, passaram a recorrer ao Rei, através do Chanceler, e solicitar sua intervenção. Com mais e mais frequência, o rei decidia os casos a ele aclamados, sob a sistemática de “equidade do caso particular”, aplicando, a partir disso, doutrinas equitativas, corrigindo os próprios Tribunais Reais ao longo do século XV.

Interessante que o Chanceler, a partir de 1529, passa a atuar como um juiz, mas movido pelo Direito canônico e romano, extremamente diferente do processo do *common law*, tendo a jurisdição do Chanceler apoio dos soberanos ingleses. Estava o período entre o absolutismo real com um sistema novo e o *common law* com necessidade de reforma, tendo no século XVI quase se reunido à família dos Direitos do continente europeu, pela decadência do *common law* e pela atuação da jurisdição do Chanceler (DAVID, 1998, p. 296-297).

Ocorre que, os Tribunais do *common law* se aliaram ao parlamento contra o absolutismo real, o que, combinado com a desorganização da jurisdição do Chanceler, culminou em 1616 em um compromisso entre *common law* e *equity*, representados pelo *chief justice* da Corte (Presidente da Corte), Coke, e pela jurisdição do Chanceler, através do Rei Jaime I, firmando que a jurisdição do Chanceler deveria respeitar o *common law* e os precedentes, e não somente julgar pela equidade. Essa dualidade do sistema inglês (*common law* e *equity*) fez com que fosse incorporado ao *common law* algumas soluções da *equity*, deixando de ser necessária a intervenção do Chanceler (DAVID, 1998, p. 297-299).

Como último período histórico do *common law* da Inglaterra, de 1832 até os dias atuais é denominado o período moderno, resumindo-se na adaptação do *common law* ao desenvolvimento da lei e a uma sociedade dirigida pela administração. Ideias democráticas e o desenvolvimento da lei marcam esse período, em que o Direito substantivo passa a ser o foco e não mais somente a processualística. Esse Direito substantivo será a base para a futura sistematização das soluções do *common law*. A organização judiciária é alterada pelos *Judicature Acts* (Atos do Parlamento – Leis), não havendo mais distinção formal entre Tribunais do *common law* e Tribunais da *equity*. Mais tarde, com o *welfare state*, uma enormidade de litígios entre a administração e os cidadãos começa a preocupar o Direito inglês, que se vê em um movimento de aproximação ao Direito do continente europeu, mormente pela internacionalização inerente (DAVID, 1998, p. 300-302).

Desse modo, como berço do *common law*, a Inglaterra disciplinou o sistema jurídico através de marcantes passagens históricas que o foram delineando e modificando, moldado hodiernamente pela globalização e internacionalização.

1.1.2 O surgimento do *common law* nos Estados Unidos da América

Os EUA, em decorrência da colonização inglesa, sofreram impactante influência inglesa em sua sociedade, nos aspectos políticos, econômicos e jurídicos. Por tal influência propagada, a colonização inglesa foi o marco da origem do *common law* no referido país norte-americano.

De forma mais precisa, a efetiva aplicação do Direito inglês em suas colônias nos EUA pode se verificar do julgamento do *Calvin's case* em 1608, oportunidade em que se decidiu que o sistema jurídico em vigor na Inglaterra predominaria em suas colônias inglesas. O Direito do *common law* naquele período se perfazia por meio de cartas ou estatutos da Coroa. Apesar disso, não se está diante de uma tradição pura do *common law*, posto que não se copiou integralmente o sistema jurídico inglês, até mesmo pelas peculiaridades existentes no país colonizado (JOBIM, 2013, passim).

René David (1998, p. 359-360) afirma que, “[...] o princípio do *Calvin's case* comporta uma restrição: a *common law* inglesa só é aplicável nas colônias ‘na medida em que as suas regras são apropriadas às condições de vida reinantes nestas colônias’”. Isso fez com que o *common law* inglês não fosse aplicável em alguns locais nos EUA, pois muitos habitados somente por colonos, sem presença de juristas ou intelectuais. Sem mencionar que a realidade de uma sociedade feudal da Inglaterra, onde se desenvolveu o *common law* por um período, não era a realidade norte-americana. Fazendo com que em muitos locais não se reconhecesse o *common law*, constituindo-se a ignorância fato propulsor da construção do Direito norte-americano, com início de criação de normas pelos colonos, a fim de lutar contra os arbítrios dos julgadores da época. Repousando aí uma importante diferença entre *common law* inglês e norte-americano nesse período histórico: EUA temia nos julgadores e a Inglaterra temia na lei o arbítrio e a ameaça à liberdade.

Algumas mudanças no século XVIII fizeram com que os colonos melhorassem sua condição de vida e sentissem a necessidade de um Direito mais evoluído. O *common law* passa a ser tido como um mecanismo contra o absolutismo real, aplicado por juristas raros e magistrados sem formação jurídica, de forma mais geral com implemento de algumas leis inglesas pelas Cortes norte-americanas (DAVID, 1998, p. 360-361).

Em 1776, com a proclamação da independência norte-americana e sua consagração em 1783, surgiu o anseio de trazer ao povo a autonomia de um Direito norte-americano. Nessa toada, seguiram-se acontecimentos extremamente importantes na história norte-americana, especialmente na seara constitucional, com a Constituição dos EUA, promulgada em 1787, e a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), de 1791.

Ou seja, no processo de revolução através de sua independência, os EUA não buscavam apenas fugir da dominação inglesa, mas sim renovar-se, distanciando-se da antiga ordem inglesa e em busca de uma nova esperança, um novo norte de liberdade e felicidade:

Em 1776, não havia mais dúvida na mente dos americanos de que eles estavam no meio de uma revolução, a mais completa, inesperada e notável de toda a história das nações. O fato de ter sido verdadeiramente uma revolução foi atestado pela própria linguagem que eles usaram para expressar seu afastamento da velha ordem e sua esperança pelo novo. Porque a Revolução se tornou algo mais do que simplesmente libertação do domínio britânico. [...] O que havia começado na década de 1760 como explosões de hostilidade contra ações específicas do Parlamento e autoridades particulares da Coroa em uma década se transformou em um genuíno movimento revolucionário, sustentado por um credo poderoso e até milenar pelo qual os americanos não se viam mais meramente lutando pela proteção de liberdades particulares, mas à beira de inaugurar uma nova era de liberdade e felicidade (WOOD, 1972, p. 43-44, tradução livre).³

Até meados do século XIX poderia se hesitar sobre o desfecho da luta entre *common law* e codificação que ocorreu nos EUA, período em que vários Estados norte-americanos adotaram códigos. Contudo, pode se afirmar que efetivamente o sistema do *common law* foi incorporado pelos EUA, mas mantida sua originalidade norte-americana, pois só aceitaram o Direito inglês em si quando figuravam como colônia, não o reproduzindo mais após sua secessão e soberania (DAVID, 1998, p. 361-364).

³ “By 1776 there could be no longer any doubt in the Americans’ minds that they were in the very midst of a revolution, the most complete, unexpected, and remarkable, of any in the history of nations. That it was truly a revolution was attested by the very language they used to express their estrangement from the old order and their hope for the new. For their Revolution had become something more than simply liberation from British rule. [...] What had begun in the 1760’s as outbursts of hostility against specific actions of Parliament and particular Crown officials had within a decade escalated into a genuine revolutionary movement, sustained by a powerful, even millennial, creed by which Americans saw themselves no longer merely contending for the protection of particular liberties but on the verge of ushering in a new era of freedom and bliss.”

Por fim, René David (1998, p. 364-366) explana que no século XX, marcado nos EUA como social, o poder administrativo se desenvolve em nível federal e estadual, ao lado dos três poderes tradicionais. Concluindo que permanecem diferenças entre os Direitos inglês e norte-americano, tanto pela cultura, educação dos juristas, a prática em si, dentre outras características, mas não é tão extrema, pois os norte-americanos se consideram integrantes da família do *common law*.

1.2 A INAUGURAÇÃO DO *JUDICIAL REVIEW*

Com inigualável pioneirismo à jurisdição constitucional, o *common law* norte-americano trouxe um marco para o sistema de controle de constitucionalidade das leis no constitucionalismo moderno, bem como uma verdadeira independência ao Poder Judiciário à época, no julgamento do *leading case* *Marbury v. Madison* (5 U. S. 137 (1803)) pela SCEUA, no ano de 1803; cujo conteúdo alastrou-se mundo afora como sendo uma inovação a ser observada pelos estudiosos de Direito Constitucional em um caso em que a justiça declarava inválida, para aquele certo caso concreto, uma lei votada regularmente por representantes do povo. De fato, isso chamou a atenção do mundo porque jamais se vira um Judiciário dar negação à aplicação da norma geral e abstrata do Legislativo.

A priori, cabe observar que a Suprema Corte norte-americana, no início de sua história, não tinha força no ordenamento jurídico norte-americano, sendo considerado o poder mais fraco dentro da tripartição dos poderes, nem mesmo possuindo sede própria em seu início.

[...] a Suprema Corte americana em 1803 não era a poderosa corte que nós conhecemos hoje. Em 1803 estava ainda em nascimento a República americana, organizavam-se ainda os lugares a serem ocupados pelos Poderes e a força da Suprema corte era ainda objeto de disputa política. Desde a Lei Judiciária de 1789 e a primeira sessão em 2 de fevereiro de 1790 até a posse de Marshall em 1801 a Suprema Corte americana tinha julgado apenas 55 casos e seu poder era quase nenhum se comparado com outros órgãos dos demais Poderes (STERN, 2016, p. 206).

Outrossim, importa situar o aspecto político daquele momento histórico, com John Adams como Presidente dos EUA, considerado um federalista, perdendo as eleições presidenciais para o democrata republicano Thomas Jefferson.

Antes de deixar a presidência, John Adams tomou algumas providências políticas, especialmente uma série de nomeações de seus aliados para alicerçar suas forças no Poder Judiciário e frustrar a agenda de Jefferson. Duas importantes nomeações merecem destaque: a nomeação de John Marshall para exercer o cargo de *chief justice* (presidente) da SCEUA, e a de William Marbury para assumir o cargo de *justice of the peace* (juiz de paz) do Distrito de Colúmbia. O destaque a Marshall decorre da importância do cargo a ele atribuído e o fato de ele ter sido Secretário de Estado de Adams, já o destaque a Marbury se dá pelas consequências geradas a partir da não efetivação de sua nomeação pelo governo sucessor.

Na ocasião, o Senado aprovou as nomeações feitas que, assinadas pelo Presidente, se dirigiram ao Secretário de Estado para oficializá-las e proceder sua entrega. Ocorre que, como inúmeras nomeações restaram para os últimos momentos do governo de Adams, algumas delas não se perfectibilizaram, dentre elas, a de Marbury. E quando Jefferson assumiu o governo, nomeando como Secretário de Estado James Madison, o mesmo recusou levar a cabo a ordem de nomeações pendentes, muito provável pelas tensões políticas apresentadas na época.

Desse modo, Marbury acionou a SCEUA, pleiteando através de *writ of mandamus* (mandado de segurança) a efetivação de sua nomeação, o fazendo com supedâneo no §13 do *Judiciary Act of 1789* (Lei do Judiciário de 1789) a fim de embasar a competência da Suprema Corte para tanto.

René David (1998, p. 395-396) resume o teor do julgamento do caso pela SCEUA:

O juiz-em-chefe, John Marshall, elabora, nesta questão, o acórdão de um Supremo Tribunal cuja maioria pertencia, como ele, ao partido federalista. Reconhecem que Marbury tinha sido nomeado juiz nas condições determinadas pela lei e de maneira definitiva. Tinha direito a receber a comunicação da sua ordem de nomeação; esta comunicação não sendo um poder deixado ao arbítrio do Presidente e do Secretário de Estado. Um *writ de mandamus* podia ser aplicado, ordenando ao Secretário de Estado comunicar a Marbury a sua ordem de nomeação. Mas, declara Marshall, o Supremo Tribunal não é competente para deliberar este mandato. A Constituição dos Estados Unidos prevê, de fato, que o Supremo Tribunal é somente uma instância de recurso, exceto em certos casos particulares. O *Judiciary Act*, 1789, permitindo consultá-lo diretamente para lhe exigir que formule ordens à Administração, vai contra o disposto nesta norma da Constituição. O Supremo Tribunal deve recusar-lhe qualquer efeito.

Assim, o julgamento se deu pela inconstitucionalidade de uma lei que criou uma competência à própria Suprema Corte, competência esta não prevista e fora dos moldes da Constituição, criando-se assim importante precedente tanto quanto ao *judicial review* (revisão judicial – possibilidade do Judiciário controlar a legalidade de uma norma), à fixação de competência daquela Corte, além de restar assente a primazia da Constituição. E Marshall, mesmo com as dificuldades políticas envolvidas, de forma sábia e estratégica, verificou estar diante de um perfeito caso para desenvolver o princípio do *judicial review*, assegurando o papel do Judiciário e principalmente da Suprema Corte em seu papel de intérprete da Constituição.

Ao conciliar ao mesmo tempo a afirmação da competência da Suprema Corte para o controle de constitucionalidade, e a consequência necessária da impossibilidade de garantir o direito de Marbury, a maestria política de Marshall se revela: se por um lado emitia decisão que seus inimigos no governo não poderiam descumprir, já que não lhes ordenava nada, por outro lado afirmava para a Suprema Corte um poder que nunca antes experimentara, um poder que nos séculos que se seguiram revelou-se capaz de erigir a Suprema Corte a papel de suma importância jurídica e política (STERN, 2016, p. 196).

Observa René David (1998, p. 395-396) que, “Ainda que nenhum texto tenha dado expressamente esse poder, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos estabeleceu, a partir de 1803, na famosa questão *Marbury v. Madison*, o princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis, mesmo das federais”, asseverando o autor também que por meio desse julgamento se assegura o respeito aos princípios fundamentais e a uniformidade do Direito nos EUA.

Para finalizar, colhe-se do teor do julgado em tela célebres palavras de Marshall, que resume o importante posicionamento da Suprema Corte: “It is emphatically the duty of the Judicial Department to say what the law is” “É enfaticamente o dever do Departamento Judicial dizer o que é a lei” (*Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803), tradução livre).

1.3 A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA FRENTE AO *COMMON LAW* – ORIGINALISMO (*ORIGINALISM*) E CONSTITUCIONALISMO VIVO (*LIVING CONSTITUTIONALISM*)

A Constituição dos EUA significa para o referido período histórico (1787-1791) a própria independência e fundação do país consolidadas.

Na realidade, conforme se verá, o Estado Federal é um fenômeno moderno, que só aparece no século XVIII, não tendo sido conhecido na Antiguidade e na Idade Média. Sem dúvida, houve muitas alianças entre Estados antes do século XVIII, mas quase sempre temporárias e limitadas a determinados objetivos, não implicando a totalidade dos interesses de todos os integrantes. O Estado Federal nasceu, realmente, com a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787 (DALLARI, 1998, p. 255).

René David (1998, p. 397) explicita que “A Constituição dos Estados Unidos é, dominando o edifício da *common law*, uma lei do tipo românica, que não visa diretamente resolver litígios, mas que estabelece as regras gerais de organização e de conduta dos governantes e dos administradores”.

O próprio Marshall se pronunciou no caso *McCulloch v. Maryland*, afirmando que a Constituição interpretada pela Suprema Corte tende a durar muitos séculos, devendo ser objeto de adaptação às crises e necessidades da sociedade.

Pelo fato de a Constituição dos EUA trazer preceitos amplos e abertos, dando azo à interpretação pelo próprio sistema jurídico do *common law* e principalmente pelo *judicial review*, surgem duas teorias de interpretação da Constituição – *originalism* (originalismo) e *living constitutionalism* (constitucionalismo vivo).

Os originalistas, também conhecidos como textualistas, em posicionamento claramente conservador, defendem a interpretação em conformidade com a intenção original dos *founding fathers* (pais fundadores – redatores da Constituição), de forma objetiva e literal. Já os não originalistas entendem que deve se dar à Constituição uma interpretação contemporânea, adaptando-se à realidade social apresentada, compreendendo a Constituição como um “documento vivo”.

Richard F. Duncan (2016, *passim*), ao mencionar o posicionamento do *associate justice* da SCEUA, âncora do posicionamento originalista – Antonin Gregory Scalia (falecido em 2016) –, descreve que referido *associate justice* afirmava que se a Constituição não possui um significado fixo sobre determinada questão, então

deveria ser deixado inteiramente ao Legislativo, do que à Corte, determinar o conteúdo e significado da lei através de valores sociais modernos. Defendendo Scalia que a Constituição não é um organismo vivo, mas um documento legal que diz o que diz, e não diz o que não diz, não cabendo à Corte escrever a Constituição, mas sim aplicá-la.

Em contraponto, Wil Waluchow (2005, *passim*) propõe uma concepção alternativa para as Constituições, denominando de *living trees* (árvores vivas), que se resume em uma árvore viva capaz de crescer e se expandir dentro dos limites inerentes à sua natureza como parte de uma Constituição, adaptando-se às novas circunstâncias contemporâneas e às crenças em evolução sobre a justiça. E, como árvores vivas, suas raízes são fixas (por precedentes e termos escolhidos para expressar os compromissos morais da Carta) e seus ramos podem se desenvolver ao longo do tempo por meio de uma jurisprudência *common law* de Direitos morais em desenvolvimento, tendo mais chances de reconciliar as Cartas Constitucionais com a autoimagem de cidadãos autônomos, detentores de Direitos autônomos que, infelizmente, não tem todas as respostas.

Ronald Dworkin (2006, p. 19-20) 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.

David A. Strauss (2010, *passim*) admite que a Constituição dos EUA figura como uma Constituição viva, no qual se inserem tradições e precedentes ao longo de sua história, combinado com a estabilidade do texto da Constituição em si, todavia, permanece um dilema a respeito da reconciliação de uma Constituição dinâmica com um imutável texto constitucional.

René David (1998, p. 392) retrata a evolução da interpretação da Constituição dos EUA da era conservadora a uma era de progresso:

O Supremo Tribunal dos Estados Unidos pode, graças à possibilidade que lhe era oferecida, desarmar a corrente de hostilidade que tinham provocado,

antes de 1936, o seu conservantismo exagerado e a sua estreita ligação aos princípios de um liberalismo superado; surge atualmente, de um modo que seria surpreendente há cinquenta anos, como um elemento de progresso da nação.

Verifica-se, assim, que há duas principais doutrinas a respeito da interpretação da Constituição dos EUA: uma denominada *originalism* (originalismo), trazendo a ideia de interpretação objetiva e restrita ao texto e intenção dos *founding fathers*; e outra *living constitutionalism* (constitucionalismo vivo), trazendo uma interpretação da Constituição como se fosse um documento vivo, devendo ser interpretada de acordo com a evolução da sociedade, sem emenda aposta.

Observa-se, ainda, que desde a década de 1930 nos EUA vem se arraigando no Judiciário uma visão mais progressista (*living constitutionalism* – constitucionalismo vivo) e menos textual (*originalism* – originalismo), visando aplicar a Constituição em conformidade à necessidade hodierna da sociedade, interpretando-se as normas constitucionais e as adequando à dinâmica atual da sociedade, processo característico do *common law*.

Contudo, importante detalhar que, diante do atual cenário de composição da SCEUA, principalmente com a saída do *associate justice* Anthony M. Kennedy e a última indicação do Presidente Donald Trump, *associate justice* Brett Kavanaugh, a hodierna maioria dos *justices* da Suprema Corte é conservadora, do partido republicano. No quadro atual apresentado, a SCEUA tende a permanecer na linha conservadora, com interpretação constitucional na direção do *originalism*.

1.4 A FORÇA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS – *STARE DECISIS*

Os precedentes judiciais se perfectibilizam na prática de decisões fundadas em uma ou algumas decisões anteriores consideradas como um norte a casos semelhantes, sempre que verificados mecanismos comuns que liguem a experiência entre os casos. Sobrevindo o *stare decisis* (observância ao que foi previamente decidido) no *common law* como a doutrina de deferência às decisões judiciais precedentes, decisões estas já tomadas em problemas semelhantes – *treat like cases alike* (tratar de modo igual casos semelhantes). Um precedente somente já basta para

a construção do Direito. Ou seja, tem força de lei os precedentes, devendo ser respeitados pelas partes, operadores do Direito, governo, tribunais e público em geral.

O primado é a jurisprudência, o *case law*, como decisiva para a compreensão da lei. De acordo com David A. Strauss (2010, p. 37-38, tradução livre), sob a perspectiva do *common law*, não se pode determinar o conteúdo do Direito através de um único texto de autoridade ou das intenções de uma única entidade, dado que o conteúdo do Direito é determinado pelo processo evolucionário que o produziu e seus intérpretes atuais podem contribuir para a evolução, mas de forma a continuar com a evolução, não ignorando o que existe e começando de novo – emergindo essa evolução pelo desenvolvimento de um corpo de precedentes. Assim, a lei emerge deste processo evolutivo através do desenvolvimento de um corpo de precedentes.⁴

O *stare decisis* advém do termo em latim *stare decisis et non quieta movere*, podendo ser entendido como o respeito, a observância ao que foi decidido, se resumindo como um dos pilares do sistema judiciário norte-americano, principalmente se tem como fonte a Suprema Corte, moldando o caminho dos demais julgadores.

Como preleciona Júlio César Rossi (2015, p. 81) no *common law* surge a doutrina dos precedentes, que não se confunde com o *stare decisis*, pois este é diverso da aplicação pura de casos análogos, haja vista que o *stare decisis* veio depois da doutrina dos precedentes, a fim de sistematizar e catalogar as decisões, distinguindo entre *holding/ratio decidendi* e *dictum/obiter dictum*, dentre outros detalhes abaixo analisados.

Tanto para o Direito inglês como para o americano, o *common law* é considerado um Direito jurisprudencial. As normas legais somente são efetivamente assimiladas no Direito americano se já interpretadas e aplicadas pelas Cortes, não se referindo à lei em si mas à decisão que a aplicou. “Quando não existe precedente, o jurista americano dirá naturalmente: ‘There is no law on the point’ (Não há Direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja.” (DAVID, 1998, p. 367).

Sobre a intitulada doutrina dos precedentes:

⁴ “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 a new. Characteristically, the law emerges from this evolutionary process through the development of a body of precedents.”

Diga-se que a melhor tradução para *doctrine* no presente contexto, seria regra e portanto *doctrine of precedents* seria, em português, 'regra do precedente'. *Precedent* é a única ou várias decisões de um *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados (SOARES, 1999, p. 40).

Charles D. Cole (1998, p. 12) conceitua *stare decisis* como:

[...] política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e 'não mudem a questão decidida'. Este princípio [...] veio para a cultura jurídica dos Estados Unidos da tradição do *common law* inglês.

Nessa senda, deve-se deixar claro que não há confusão entre o *stare decisis* e o sistema do *common law* em si, pois este existe muitos séculos antes daquele, sendo o *stare decisis* somente um elemento do sistema do *common law* (MARINONI, 2010, p. 33).

De acordo com John Chipman Gray (1921 apud GOODHART, 1930, p. 161, tradução livre), nem todo pronunciamento judicial forma um precedente, necessitando para tanto ser um pronunciamento feito por um juiz, sendo o teor desse pronunciamento necessário para o julgamento de um caso particular; sem essas duas características, se verifica o *obiter dictum*, que se resume em um pronunciamento sem papel na formação do julgado, que não retrata o denominado precedente.⁵

Trazendo um conceito esclarecedor a respeito dos precedentes judiciais com suporte no sistema do *stare decisis*, Randy J. Kozel (2018, p. 816, tradução livre) explana que, diante de questões incertas do cenário constitucional, através do *stare decisis* os precedentes judiciais trazem ao povo uma base mais firme para a compreensão e adaptação aos preceitos constitucionais.⁶

Sobre a integridade como propulsora do sistema de precedentes e consequentemente do *stare decisis*, Ronald Dworkin (2007, p. 260-261) assim descreve:

⁵ "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*."

⁶ "By settling uncertain areas of the constitutional landscape under a system of *stare decisis*, judicial precedents likewise give people a firmer basis for understanding and adapting to constitutional precepts. [...] Supreme Court decisions are full of precedents."

[...] a integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juizes decidem os casos difíceis nos tribunais. [...] Estabeleci uma distinção entre duas formas de integridade ao arrolar dois princípios: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A primeira restringe aquilo, que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juizes tratem nosso 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.

Scott Hershovitz (2008, p. 103-104, tradução livre) define que a integridade é um valor advindo da adoção de comportamentos reiterados no tempo, aplicando-se às Cortes e indivíduos de modo que reconheçam que o que eles fizeram no passado influencia o que eles devem fazer no hoje, promovendo o *stare decisis* a integridade no processo de decisão judicial, posto que preceitua a distinção ou rejeição de seus precedentes nos casos concretos julgados:

A chave para entender a prática do *stare decisis*, eu devo argumentar, está em outro lugar. Especificamente, reside na virtude que Ronald DWORKIN chama de integridade. Integridade é um valor percebido por padrões de comportamento através do tempo. A única exigência que a integridade faz aos indivíduos e aos tribunais é que eles reconheçam que o que fizeram no passado afeta o que deveriam fazer agora. *Stare decisis*, pretendo mostrar, promove a integridade na tomada de decisões judiciais. [...] Como veremos, um tribunal sem preocupação com a integridade de sua própria tomada de decisão não precisaria distinguir ou anular seus precedentes. Poderia simplesmente ignorá-los.⁷

Para Sérgio Gilberto Porto (*online*), a doutrina do *stare decisis* imprime segurança e qualidade às decisões judiciais, que, no sistema *common law*, vincula o juízo futuro. O *stare decisis* se aplica aos casos posteriores que apresentem a mesma questão legal, pelo primado de que causas iguais merecem soluções iguais, buscando a identidade de suporte fático e pretensão, a fim de garantir isonomia no tratamento jurisdicional.

⁷ “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 across 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.”

O poder dos juízes de vincular futuros juízes ao raciocínio e interpretações do direito através de seus pronunciamentos advém da doutrina do *stare decisis*, em latim para “sustentar questões decididas”. *Stare decisis* pode operar tanto horizontalmente, vinculando outros juízes sobre a questão discutida na Corte, ou verticalmente, vinculando juízes de instâncias inferiores da hierarquia judicial. *Stare decisis* dá a um painel de juízes o poder de fazer o direito dentro de qualquer jurisdição onde eles tenham autoridade horizontal ou vertical de *stare decisis*, porque os juízes nessa jurisdição estarão obrigados a respeitar precedentes mesmo quando eles estariam inclinados a raciocinar de forma diferente (BOEGLIN; TARANTO, 2015, p. 2193-2194, tradução livre).⁸

A respeito da *ratio decidendi* (razão de decidir), é tida como um pronunciamento judicial de forma expressa ou implícita, suficiente para resolver uma questão de Direito trazida em um processo pelas partes, envolvendo uma questão em que um pronunciamento foi necessário para a justificar o julgamento no caso (MACCORMICK; SUMMERS, 2009, p. 153, tradução livre).⁹

Nessa dinâmica, o processo de criação do Direito segue regras atinentes ao sistema em que está inserido, havendo um importante engendramento que permite encontrar a *ratio decidendi* de um caso julgado, que vem a ser um sistema preciso de relatório de casos, contendo os fatos de cada caso e as razões de decidir, essencial para fornecer aos juízes o conhecimento de como outros tribunais ou o próprio tribunal decidiu casos semelhantes e vinculando os casos futuros que se identificarem (MULHOLLAND, 1999, p. 216).

Importante observação de Charles D. Cole (1998, p. 21): “Precedente vinculante nos Estados Unidos não significa, porém, que o precedente de um caso esteja escrito em pedra.”

O precedente judicial é anulável e indispensável. A Suprema Corte comumente explica que o respeito pelo precedente é importante e até necessário ao estado de direito. Ao mesmo tempo, a Corte adverte que nenhum precedente está além da reconsideração e que a doutrina do *stare decisis* não é um “comando inexorável” para suportar os erros do passado (KOZEL, 2018, p. 790, tradução livre).¹⁰

⁸ “Judges’ power to bind future judges to the reasoning and interpretations of law advanced in their opinions comes from the doctrine of *stare decisis*, Latin for ‘to stand by decided matters’. *Stare decisis* can operate either horizontally, by binding other judges on the issuing court, or vertically, by binding judges at lower levels of the judicial hierarchy. *Stare decisis* gives a panel of judges the power to make law within any jurisdiction where they have horizontal or vertical *stare decisis* authority, because judges in that jurisdiction will be obligated to respect precedent even when they would otherwise be inclined to reason differently.”

⁹ “[...] 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.”

¹⁰ “Judicial precedent is defeasible and it is indispensable. The Supreme Court commonly explains that respect for precedent is important, and even necessary, to the rule of law. At the same time, the Court

Através das lições acima, registra-se que o precedente não é imodificável, podendo sofrer alterações em decorrência da evolução cultural, legislativa e da própria postura dos julgadores, por meio dos denominados *overruling* (superação total), *overriding* (superação parcial), *prospective overruling* (superação futura) e *signaling* (sinais de superação futura).

Deve-se ressaltar que o precedente não é imodificável, pois a lei básica pode ser mudada pelo legislador em relação ao precedente anterior e a evolução cultural pode tornar o precedente obsoleto, ou a maioria da Suprema Corte ou da corte que emitiu o precedente pode mudar o seu entendimento sobre a matéria. A doutrina do *stare decisis* não impede uma mudança na lei e não é um comando inexorável, mas reflete um juízo político que proporciona estabilidade no sistema judicial (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 163).

O *stare decisis* comporta, assim, uma limitação, sendo permitido à Suprema Corte dos EUA e aos Supremos Tribunais dos diferentes Estados desvincular-se de sua própria jurisprudência, interpretando de modo flexível a Constituição e adaptando às necessidades econômicas modernas, até para se permitir haver o domínio de uma Constituição de extrema dificuldade em sua modificação. No que pertine aos Estados, podem visar a unidade do *common law*, a fim de alinhar-se ao que está prevalecendo em outros Estados, mas situação muito difícil de ocorrer (DAVID, 1998, p. 391-392).

No que diz respeito às definições de *overruling* (superação total), *overriding* (superação parcial), *prospective overruling* (superação futura) e *signaling* (sinais de superação futura), Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 187-189) assim preleciona:

[...] são importantes as noções de *overruling* e *overriding*, correspondendo a primeira à revogação total de um precedente e a segunda a sua revogação parcial. O trabalho com tais idéias e com a decisão sobre a revogação ou não de precedentes se centra, no cotejo do acerto, desacerto, inconveniência ou obsolescência do precedente que se pretende revogar, portanto, de sua (in)congruência social e/ou de sua (in)consistência sistêmica, justamente com os dois valores principais que justificam a adoção de precedentes com efeitos vinculantes: (a) segurança jurídica/proteção da confiança dos cidadãos; e (b) isonomia.

Nas hipóteses, contudo, em que razões de segurança jurídica e/ou de isonomia desaconselham a revogação do precedente, há possibilidade de recurso a formas intermediárias de decisão, como técnica que possibilita otimizar a eficácia de todos os valores em tensão e impor sacrifício mínimo a cada um. Uma forma de decisão intermediária, no sentido mencionado acima,

cautions that no precedent is beyond reconsideration and the doctrine of *stare decisis* is not an “inexorable command” to endure the mistakes of the past.”

é o *prospective overruling*, pela qual, a despeito da aplicação do precedente antigo ao caso concreto que ensejou sua superação, acrescenta-se à decisão a informação de que, para os eventos ocorridos a partir de então ou de determinada data fixada na própria decisão. O precedente antigo não mais será aplicado, considerando-se superado. Outra modalidade de decisão intermediária consiste na técnica do *signaling*, em que o tribunal vinculante, ao apreciar determinado caso concreto, aplica-lhe o precedente antigo, mas informa, sinaliza à comunidade jurídica a intenção de alterá-lo, o que afasta, a partir do aviso, a justificada confiança em sua aplicação, abrindo caminho para sua superação.

A doutrina do *stare decisis* é salutar para o funcionamento do *common law* no sistema jurídico norte-americano, haja vista que implica uma carga de responsabilidade aos julgadores, que devem se pautar nos precedentes judiciais cabíveis ao caso *sub judice*; garantindo, por derradeiro, a segurança jurídica e a coerência das decisões e da atuação do Judiciário como um todo, posto que disciplinados por um comportamento firmado jurisprudencialmente, não causando assim desvirtuamentos antijurídicos, nem mesmo colocando em xeque a atuação do Judiciário perante os demais poderes e a sociedade.

Ao mesmo passo, seja pelo *distinguishing* (distinção entre caso concreto *sub judice* e o paradigma/precedente), ou pelas formas de *overruling* (superação total), *overriding* (superação parcial), *prospective overruling* (superação futura) e *signaling* (sinais de superação futura), não se permite engessar e paralisar o Judiciário, permitindo adaptação consciente e equilibrada da Constituição às necessidades contemporaneamente apresentadas.

Em conclusão, verifica-se no *stare decisis* as características de segurança jurídica e isonomia entre os casos julgados, na medida em que o sistema jurídico do *common law* norte-americano se formata a direcionar os julgadores em um norte seguro e limitado em sua atuação, vinculado aos precedentes judiciais e seus regramentos e princípios definidos pelo *stare decisis*.

1.5 APONTAMENTOS FINAIS

Conhecendo a origem do *common law* no mundo, tendo a Inglaterra como berço e vergastando seu desenvolvimento histórico, verificou-se como ocorreu o desenvolvimento desse sistema nos EUA, por meio da colonização pela Inglaterra,

que se modificou, sofreu ameaças de extinção, mas perdurou e assim segue até os dias atuais, apenas guardando algumas dissonâncias do modelo inglês até pela cultura e sociedade apresentada em cada um dos Estados mencionados.

O importante caso *Marbury v. Madison* julgado pela SCEUA, o qual deu origem ao controle de constitucionalidade das leis, assentou a supremacia da Constituição e delimitou sua competência, trazendo poder e força a uma Corte que no início de sua história era tido como o poder mais fraco, nem mesmo possuindo sede própria. Assim, agigantou-se desde o julgamento mencionado, com crescimento frequentemente acelerado até os dias hodiernos, gerando por meio de seus precedentes a vinculação de todas as outras esferas judiciais, bem como dos poderes Legislativo e Executivo.

Já sobre a questão concernente à interpretação da Constituição dos EUA, tem-se seus dois principais destacados posicionamentos – *originalism* (originalismo) e *living constitutionalism* (constitucionalismo vivo) –, não havendo unanimidade na escolha dos mesmos, estando a maioria atual da SCEUA mais inclinada ao *originalism*, posto que a maior parte dos seus membros agora é da ala conservadora.

Grande destaque merece a doutrina do *stare decisis*, que formata de modo fundamental o sistema de precedentes judiciais, por meio de normas e limitações para a atuação do Poder Judiciário e principalmente da Suprema Corte, com interessantes dinâmicas do sistema jurídico do *common law*, trazendo segurança jurídica, coerência jurídica, limitação ao Judiciário e isonomia entre os casos julgados.

Tendo em vista que o sistema jurídico do *common law* norte-americano é considerado um Direito jurisprudencial, pautado em um sistema de precedentes, torna-se imprescindível o *stare decisis* e seus mecanismos acima mencionados, de modo a ordenar a lógica, coerência, integridade e segurança jurídica do sistema como um todo, em respeito à evolução da sociedade.

2 A TRADIÇÃO BRASILEIRA DO *CIVIL LAW*: INTRÓITO

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Imprescindível à pesquisa a análise histórica do sistema jurídico no qual o Brasil está inserido, de modo a compreender a origem do *civil law* e sua evolução na esfera global, para após aprofundar o estudo no ingresso do sistema ao Direito brasileiro, entendendo suas características e peculiaridades, haja vista que determinantes a qualquer conclusão que se chegue na pesquisa em tela.

2.1.1 O surgimento do *civil law* no mundo

Civil law é como se identifica os Direitos romano-germânicos, advindo da “tradução inglesa de *jus civile*, tomada como paradigma do direito romano, recebido por aquelas ordens jurídicas e tronco comum dos direitos europeus continentais” (ALMEIDA, 1998, p. 144). Pela importância para o desenvolvimento da ciência jurídica no fim da Idade Média, na época moderna e no século XIX alguns autores denominam *família romano-germânica*, enquanto outros de *civil law system* em oposição ao *common law* (GILISSEN, 2003, p. 20). Como se trata de um estudo comparado entre sistemas jurídicos que formam o Direito em si no Brasil e nos EUA, será tratado como um sistema jurídico o *civil law*, em contraposição ao *common law*.

O sistema jurídico romano-germânico atualmente se dispersa pelo mundo inteiro, transpondo as fronteiras do antigo Império Romano, se estendendo à América Latina, maior parte da África, Japão e Indonésia, devendo essa expansão à colonização e à técnica jurídica da codificação (DAVID, 1998, p. 25). É uma tradição jurídica que prevalece na Europa, América Latina, muitas partes da Ásia e África, e até mesmo em territórios rodeados pelo *common law*, como Louisiana, Quebec e Porto Rico (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 23).

Há uma longa história por trás da família romano-germânica ligada diretamente à antiga Roma, sendo responsável pela continuidade do Direito romano, dando conclusão à sua evolução (DAVID, 1998, p. 25).

A história do direito romano é uma história de 22 séculos, do século VII a.C. até ao século VI d.C., no tempo de Justiniano, depois prolongada até ao século XV no império bizantino. No Ocidente, a ciência jurídica romana conheceu um renascimento a partir do século XII; a sua influência permanece considerável sobre todos os sistemas romanistas de direito, mesmo nos nossos dias (GILISSEN, 2003, p. 80).

Em um comparativo com o *common law*, o sistema jurídico *civil law* é considerado mais antigo, mais amplamente difundido e mais influente, tendo como marco de origem comumente apontado o ano de 450 a.C., quando supostamente se deu em Roma a publicação da Lei das Doze Tábuas (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 23). Como denomina John Gilissen (2003, p. 80-81, 87), quando Roma era um pequeno centro rural, a iniciar pelo século VIII a.C., tratava-se de um período do Direito romano muito antigo, arcaico, primitivo, de uma sociedade rural pautada na solidariedade clânica, que evoluiu para o que chama de época clássica do Direito romano (II a.C. a III d.C.), quando o mundo mediterrâneo é paulatinamente submetido à Roma, com influências externas de Grécia e Egito, apresentando caráter individualista com submissão absoluta ao imperador, com grandes escritos sobre Direito privado, mormente coisas e obrigações.

Ao longo do referido período histórico, mais precisamente no século V a.C., havia pouca base legal, formada pela Lei das XII Tábuas, pelas leis votadas nos comícios no último período da República e pelas *ações* (*legis actiones*) para garantia das pretensões jurídicas através do papel do magistrado que administrava a justiça nas causas cíveis, que se baseava na análise das circunstâncias específicas de cada caso concreto para uma adequada solução, formando-se o *Direito dos pretores*, em busca de justiça material do caso, tornando-se fonte imediata do Direito, perdurando até meados de 476 d.C., século III d.C., com o advento do *Direito vulgar* (HESPANHA, 1998, p. 68-70).

Com a queda do Império Romano no Ocidente, o Direito romano perdeu sua forte atuação, sendo objeto de fusão com as normas tribais germânicas dos invasores, em algumas partes da Itália, sul da França e Península Ibérica (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 30).

Em que pese o império romano ter construído um sistema jurídico sem precedentes no mundo, pelas invasões que sofreu, teve sua queda no ano de 410 d.C., quando Roma foi saqueada por Alarico, advindo como resultado populações romanizadas e bárbaros/invasores, convivendo cada qual seguindo sua própria lei. Contudo, pela crescente miscigenação, foram aproximando-se, vigorando os costumes e não mais tão somente a lei. A lei do período para o Direito romano se resume nas compilações de Justiniano no Oriente, *Lex Romana Wisigothorum* e Breviário de Alarico na França e Península Ibérica, deveras eruditas e complicadas; e para os bárbaros, tratava-se de leis esparsas que regulavam partes ínfimas do Direito. A consequência foi aplicação de um *Direito vulgar* espontaneamente pela população da época, sendo resolvidos conflitos entre grupos sociais pela lei do mais forte ou por uma autoridade arbitrária de um superior. Em suma, interessa compreender que, antes do século XIII, o quadro do Direito europeu se apresentava sob um caráter consuetudinário e descentralizado (DAVID, 1998, p. 29-30).

A respeito do período vivenciado, António Manuel Hespanha (1998, p. 70) relata a atuação salutar do imperador Justiniano, que, por meio do *Corpus Iuris Civilis*, abaixo retratado, constitui a memória medieval e moderna do Direito romano:

[...] nos meados do século VI, o imperador Justiniano, um apaixonado pela cultura clássica e um nostálgico das antigas grandezas de Roma, empreende uma tarefa de recolha de textos jurídicos da tradição literária romana, desde as obras dos juristas romanos clássicos, que mandou reunir numa compilação a que chamou *Digesto* (*i. e.*, resumo, seleção) ou *Pandectas* (*i. e.*, obra enciclopédica), 529 d.C., até a legislação imperial dos seus antecessores, que foi recolhida no *Código* (*i. e.*, livro), 529 d.C. A sua obra de recolha foi completada por um manual de introdução, as *Instituições*, 529 d.C., e por uma compilação póstuma, as *Novelas*, 565 d.C., as constituições novas promulgadas pelo próprio Justiniano depois da saída do *Código*.

Importa mencionar que o *civil law* está diretamente vinculado ao Direito romano, mormente sob a compilação e codificação de Justiniano no século VI d.C., o que torna oportuno salientar que, apesar da óbvia mudança das legislações desde 529 d.C., o primeiro dos três livros dos Institutos Justinianos (Das Pessoas, Das Coisas, Das Obrigações) foi largamente utilizado para elaboração das legislações vindouras, sendo que a maior parte dos códigos civis do século XIX efetivamente trata das mesmas relações e problemáticas apresentadas outrora por Justiniano (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 27-28). A título de explanação, com a publicação do *Corpus Iuris Civilis* em Roma, Justiniano intencionou à época organizar os materiais

publicados de forma extensa, desordenada e repetitiva, trazendo a estruturação a um grande número e variedade de comentários e tratados escritos pelos juristas da época (*jurisconsultos*) (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 27-29).

Assim, o cenário desordenado antes apresentado transmuta quando, pela evolução das cidades e do comércio, a sociedade toma consciência de que apenas o Direito assegura ordem ao progresso (DAVID, 1998, p. 31). Referido período de transformação – renascença medieval – se teve início à medida que os europeus começaram a recuperar o controle do Mar Mediterrâneo, marcando um período de renovação intelectual e artística, com interesse renovado pelo Direito sob o aspecto intelectual e acadêmico, ganhando protagonismo as universidades (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 30).

De modo geral, se considera que o ressurgimento do Direito romano se deu em Bolonha/Itália no final do século XI. Antes disso, no império romano do Oriente ressurge o interesse em torno do *Corpus Iuris Civilis* com a publicação em grego de uma compilação denominada *Basílica*, muito menos influente que o documento italiano. De qualquer modo, de fato Bolonha foi o berço da primeira universidade europeia moderna, onde o Direito estudado era o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, tornando-se o centro jurídico do mundo ocidental (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 30-31).

Nesse período, a religião e a moral diferenciam-se e não mais se confundem com o Direito, que ganha autonomia no século XII. E diferente do que ocorreu no *common law*, que teve ligado o progresso do Direito à existência de tribunais centralizados, o sistema do Direito romano-germânico era fundado por uma comunidade de cultura, independente de intenção política, tendo nessa fase o renascimento do Direito no continente europeu devido às universidades. O Direito das universidades trazia um modelo de organização social, não se dedicava ao contencioso, ao julgamento em si, mas sim regras a respeito de comportamentos sociais (DAVID, 1998, p. 31-33).

Uma verdadeira ciência do Direito foi elaborada pelas universidades, independentemente dos diversos sistemas jurídicos existentes no referido período na Europa, baseando seu estudo na codificação de Justiniano, tratando-se de um Direito teórico, escrito, comum, mais completo e mais evoluído que os Direitos locais da época (GILISSEN, 2003, p. 203).

O ensino do Direito romano nas universidades teve várias fases, sendo a primeira dos *glosadores*, que tinha por norte a explicação do sentido originário das leis romanas (meados do século XIII); a segunda, dos *pós-glosadores/comentadores/comentaristas* (século XIV), com a adaptação das leis romanas à sua sociedade; e, a terceira, *usus modernus Pandectarum*, nos séculos XIV e XV, visando encontrar uma solução justa a um problema apresentado pela *communis opinio doctorum* (DAVID, 1998, p. 34-35).

Sobre mais detalhes dos *glosadores*, lição de FERRAZ JÚNIOR (2018, p. 39):

Aceitos como base indiscutível do direito, tais textos foram submetidos a uma técnica de análise que provinha das técnicas explicativas usadas em aula, sobretudo no *trivium* – Gramática, Retórica e Dialética, caracterizando-se pela glosa gramatical e filológica, donde a expressão *glosadores*, atribuída aos juristas de então. Em sua explicação, o jurista cuidava de uma harmonização entre todos eles, desenvolvendo uma atividade eminentemente exegética que se fazia necessária porque os textos nem sempre concordavam, dando lugar às *contrariedades*, as quais, por sua vez, levantavam as *dubitationes*, conduzindo o jurista à sua discussão, *controversia*, *dissentio*, *ambiguitas*, ao cabo da qual se chegava a uma *solutio*. A *solutio* era obtida quando se atingia, finalmente, uma concordância. Seus meios eram os instrumentos retóricos para evitar-se incompatibilidade, isto é, a divisão do objeto no tempo e no espaço, a hierarquização dos textos conforme o esquema escolástico da tese, da antítese e da *solutio*.

Observa-se que na universidade de Bolonha, os *glosadores* e *comentaristas* se destacaram por suas visões sobre o Direito e sua didática, produzindo imensa literatura a respeito do *Corpus Iuris Civilis*, constituindo a base do Direito comum europeu. Já na França, os acadêmicos *humanistas* dissociavam-se do *Digesto* e aproximavam-se das *Institutas* de Justiniano, espécie de manual de Direito (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 32).

Interessante que, na França (século XIII), cria-se na Cúria Régia um grupo especializado em matéria judiciária, constituindo-se o parlamento de Paris e das províncias tribunais soberanos, com a participação no governo do reino, ocorrendo por vezes em algumas matérias o afastamento tanto dos costumes quanto do Direito romano, para aplicação da equidade; relevante, assim, a importância da jurisprudência nesse período. A Alemanha não apresentou o mesmo cenário, pois a desintegração do império e da sociedade no século XIII acarretou o desaparecimento da jurisdição central, enfraquecendo a jurisprudência. Na Itália, Espanha e Portugal, o Direito romano tornou-se o “Direito comum”. De todo modo, oportuno observar que nesse período apresentado da Idade Média, o Direito existia independente de

autoridade, a função do soberano era puramente administrativa (DAVID, 1998, p. 45-48).

Ainda no mesmo século, o Direito das universidades estava exposto a um perigo: o de se limitar a permanecer acadêmico, gerando na prática a problemática de a sociedade ser regida pelo Direito, mas o processual ser resolvido pelo sobrenatural. Isso veio à tona na decisão do IV Concílio de Latrão em 1215, levando os países da Europa continental a adotar um novo processo, dessa vez racional, tendo como norte o Direito canônico (DAVID, 1998, p. 38-39).

O Direito canônico – Direito da Igreja cristã – se revelou inicialmente nos tempos apostólicos, com intuito de resolver os problemas internos da Igreja e entre os crentes pela palavra de Deus; evoluiu em 313 d.C. com a liberdade de culto pelo imperador Constantino, fomentado pelo poder imperial; conseguindo reconhecimento de privilégio de foro a partir do século V; e no século X aumentando sua jurisdição; com a progressiva extensão de seu domínio jurídico-jurisdicional com a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C., invasões germânicas e pela cultura escrita (HESPANHA, 1998, p. 84).

O direito canônico constituiu objeto de trabalhos doutrinários, muito mais cedo que o direito laico; constituiu-se assim uma ciência do direito canônico. O direito canônico, sendo pois um direito escrito e um direito erudito muito antes do direito laico da Europa Ocidental, exerceu uma profunda influência na formulação e desenvolvimento deste direito laico (GILISSEN, 2003, p. 135).

No *civil law*, o Direito canônico da Igreja Católica romana era objeto de estudo nas universidades juntamente com o estudo do Direito civil. Ao tempo do renascimento, havia em Bolonha um corpo substancial de Direito canônico escrito disponível para estudo. Assim, o cenário do referido período se resumia na sobreposição de jurisdições – Direito canônico (cortes eclesiásticas) / universidades (cortes reais) / Direito consuetudinário (cortes senhoriais) (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 33-36).

Antônio Manuel Hespanha (1998, p. 66-67) explana que a doutrina jurídica dos séculos XV, XVI e XVII se revela menos unilateral que as anteriores, apresentando uma unidade que contempla as fontes do Direito naquele período, o Direito de Justiniano, Direito canônico e Direitos locais. Continua o referido autor, explicando que tal panorama se apresentou devido a um conjunto de fatores, tais como a reconstituição do Império de Carlos Magno e, depois, do Sacro Império Romano-

Germânico, unindo um império, uma religião e um Direito como algo natural à organização humana. Por fim, afirma que os juristas letrados, universitários, expressando-se através do latim, prepararam estudos universitários que possibilitaram um discurso jurídico comum até metade do século XVIII.

De modo mais específico, cabe identificar que nos séculos XVII e XVIII ganhou destaque a escola do Direito natural nas universidades, com método de aplicação universal e não somente local, de caráter imutável, reconhecendo a função da lei; é tida como verdadeira propulsora e preparadora da futura codificação; não abandona o Direito romano no que tange ao Direito privado, mas propõe um novo método de aplicação desse Direito, sendo a França pioneira nesse exemplo; já no Direito público inova, exigindo consagração dos Direitos naturais do homem com a garantia de suas liberdades (DAVID, 1998, p. 36-38).

No século XVIII, a escola do Direito Natural traz dois importantes êxitos: um deles a efetiva criação do Direito público; e outro, a concepção da atividade do legislador; conduzindo ao período moderno da história do Direito romano-germânico, com a codificação. A ideia surgiu pela realidade apresentada: já não se consideravam os Direitos locais e as universidades ensinavam um Direito como modelo de justiça; por que não o completar, o esclarecer e o positivar? E foi o que se fez através da ambição do Direito natural: codificar o Direito à sociedade, o qual deve ser aplicado pelos tribunais, pondo fim à fragmentação do Direito da época. A codificação teve como palco principal em 1804 a França, no início da Revolução, consubstanciado nas ideias de 1789 e na expansão napoleônica; a Alemanha em 1896 e a Suíça em 1881-1907, onde também se deu a codificação, mas não com o mesmo êxito francês (DAVID, 1998, p. 51-53).

Sobre as promessas da codificação e a diferença do que antes existia:

Enquanto uma consolidação pretendia apenas reproduzir o direito existente sem modifica-lo, numa continuidade histórica, o código, ao contrário, é ruptura. Para Lorenzetti, o código “pretende criar uma nova regulação, substitutiva; ao invés de compilar, ordena, baseando-se na racionalidade. Tem um caráter de constituinte no Direito Privado”.

Em segundo lugar, a consolidação gerava insegurança, pois não era possível saber quais dispositivos estavam em vigor, enquanto no código, com sua sequência coordenada e completa de artigos, representaria segurança.

Em terceiro lugar, a consolidação seria incognoscível para o cidadão e o código seria uma espécie de manual do Direito, pois qualquer cidadão poderia consulta-lo e obter esclarecimentos para o desempenho de suas obrigações.

Em quarto lugar, a organização de uma consolidação se baseia no critério cronológico e não consegue fugir de uma regulação casuística, ao passo que

um código se baseia num modelo dedutivo, fundamentado em axiomas (ROBERTO, 2003, p. 30).

Nessa toada, sob a influência do Direito natural, declarações e documentos universais sobre Direitos humanos, o Direito público se apresenta efetivamente no *civil law* como produto da revolução no Ocidente por um século a partir de 1776, revolução esta exemplificada pelos trágicos eventos, tais como “Revoluções Americana e Francesa, o Risorgimento Italiano, a série de guerras de independência que libertaram as nações latino-americanas, a unificação da Alemanha sob Bismarck e a libertação da Grécia do jugo turco depois de séculos de dominação” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 39).

No período das revoluções houve uma valorização ao Direito natural e à razão, propugnando que os seres humanos são iguais e possuem Direitos naturais, posicionando-se o governo de forma a reconhecer e proteger esses Direitos. Sem mencionar a separação dos poderes surgida com os ideais revolucionários, que na França teve o intuito de limitar o juiz a um papel de menor importância, já nos EUA prevaleceu a ideia dos *checks and balances* (controles recíprocos entre os poderes) (BARBOZA, 2011).

Em verdade, dessas modificações resultou uma grande revolução intelectual, uma nova visão sobre o Direito, administração/Direito, organização do sistema legal, normas de Direito material e processual, contra instituições sobreviventes do feudalismo que mantinham espécies de aristocracias de forma clara, como a aristocracia da toga. Com a referida revolução intelectual, não mais subsistiram as aristocracias da época, inclusive a aristocracia da toga, além de uma memorável segunda consequência, a separação dos poderes governamentais (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 39-42).

Sobre a aristocracia que se combateu nas revoluções, mormente a das togas:

Antes da Revolução Francesa, os membros do Judiciário francês constituíam uma classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade, como mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nessa época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais (MARINONI, 2009, p. 28).

Em relação à aristocracia da toga, importa observar que há uma grande diferença entre *common law* e *civil law* que vai reverberar para grandes características de cada um desses sistemas, pois nos EUA a revolução se deu com o Judiciário ao lado do povo, já na Europa, a exemplo da França, a revolução se deu contra as aristocracias existentes, sendo uma delas a das togas; sendo o Judiciário alvo das revoluções da Europa, o que não se viu nos EUA (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 42).

Sob essa perspectiva, vale mencionar que, em 1790, foi instituída a Corte de Cassação francesa (em que pese a denominação, não fazia parte do Judiciário), a qual tinha como objetivo limitar o poder do juiz cassando decisões que não se coadunassem com o Direito criado pelo parlamento, “corrigindo” o juiz que não aplicasse “corretamente” a lei (MARINONI, 2009, p. 32-33). Tratava-se isso do sagrado respeito francês à “*volonté générale*” de Rousseau, cuja representação suprema era a lei votada e aprovada pelos representantes eleitos do povo (no Parlamento).

Antes mesmo disso, frisa-se o foco de Montesquieu na separação dos poderes com a limitação do Judiciário, a fim de que se detivesse à aplicação da legislação elaborada pelo Legislativo – *le juge est la bouche de la loi*.

De forma mais específica, a respeito da separação dos poderes e do efeito para o positivismo:

A teoria clássica da divisão de poderes, constituída com um claro acento anti-hierarquizante face à concepção personalista anterior, iria garantir de certa forma uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência da política na administração, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito (cf. Friedrich, 1953:208; Locke 1952:58; Montesquieu, s.d.). Ora, essa neutralização política do Judiciário (Luhmann, 1972) é uma das peças importantes para o aparecimento de uma nova forma de saber jurídico: a ciência do direito do século XIX. De fato, a neutralização política do Judiciário significará a canalização da produção do direito para o endereço legislativo, donde o lugar privilegiado ocupado pela lei como fonte do direito. A concepção da lei como principal fonte do direito chamará atenção para a possibilidade de o direito mudar toda vez que mudar a legislação. Destarte, em comparação com o passado, o direito deixa de ser um ponto de vista em nome do qual mudanças e transformações são rechaçadas. Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento desta estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão da Era Moderna. Para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser a usual: a ideia de que, em princípio, todo o direito muda, torna-se a regra, e que algum direito não muda, a exceção. Essa verdadeira institucionalização da mutabilidade do direito na cultura de então corresponderá ao chamado

fenômeno da positivação do direito (Luhmann, 1972) (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 49).

Consectário desse período histórico, o desenvolvimento de sistemas jurídicos nacionais que, apesar de diferenças substanciais, eram harmonizados com a forma e a substância do Direito civil romano, sob a influência do *jus commune* (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 35-36).

Em que pese apontar grandes diferenças entre França, Itália, Espanha e Portugal, pois cada qual mantém sua originalidade, o autor traça muita semelhança se considerado o conjunto de seus elementos, afirmando que “pode-se seguramente falar em uma família romano-germânica” (DAVID, 1998, p. 58).

Contrariamente ao que inspirou a codificação, passou-se nas universidades a nacionalizar a codificação, tornando o Direito aos juristas o seu Direito nacional, desvinculando a supranacionalidade que a codificação propugnava. Com o passar do tempo, o envelhecimento dos códigos atenuou, eliminando muitas vezes, a atitude positivista nacionalista do século XIX, reconhecendo a doutrina e a jurisprudência como importantes aliados da legislação. A ideia de justiça que era carregada ao Direito privado passou a ser colocada sobre o Direito público, atribuindo-se à administração e ao Estado função primordial para um novo senso de justiça na sociedade – justiça distributiva (DAVID, 1998, p. 53-55).

A codificação adotada nos séculos XIX e XX favoreceu a expansão do Direito romano-germânico para diversos outros Estados além do continente europeu. Na América, muitos Estados que foram colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas aceitaram naturalmente as concepções jurídicas romano-germânicas, adaptando à sua realidade interna. Já em grande parte da África e Madagascar, que tinham antes uma estrutura tribal fragmentária, muito se arraigou o Direito romano-germânico. Nos dois extremos da Ásia e na Indonésia também houve adoção do Direito romano-germânico, combinado com o Direito muçulmano e consuetudinário (DAVID, 1998, p. 61-64).

Para recordar, tamanha a importância das *Institutas* de Justiniano e do histórico do período romano correspondente que os códigos civis elaborados durante o século XIX nos principais Estados da Europa Ocidental (um deles o Código Napoleônico, de 1804) muito se assemelhavam aos três primeiros livros das *Institutas* de Justiniano e aos elementos do Direito civil romano que compunham o *jus commune* da Europa Medieval (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 33).

José Carlos Moreira Alves (2000, p. 3) ressalta a importância do Direito romano ao Brasil, mencionando que no Código Civil de 1916, dos 1807 artigos, 1445 tem raízes na cultura romana, além da grande influência também no atual Código Civil.

Em suma, ao sistema jurídico *civil law* o Direito civil romano atua como a base de sua tradição, mesmo com os avanços históricos e legislativos, tendo forte consequência em sua caracterização ao longo da história até os tempos hodiernos.

2.1.2 O surgimento do *civil law* no Brasil

Da junção dos antigos Direito romano e Direito canônico, aliados aos costumes jurídicos dos povos germânicos (de alguma forma amalgamados pelo Sacro Império Romano Germânico), formou-se o que se denomina *civil law*, e este influenciou largamente o Brasil também por conta de Portugal e França. Desta (re)união de povos e nações que influenciaram este país, é certo pensar-se numa denominação – para substituir o anglicanismo do *civil law* – segundo a qual o *civil law* pode ser melhor compreendido semanticamente e historicamente pela expressão hifenizada romano-luso-franco-germânica, com primado da norma jurídica geral e abstrata posta no sistema pelo Congresso Nacional conforme processo legislativo determinado pela Constituição Federal, a qual será fonte de referência para o processo decisório e aplicação dos Poderes Judiciário e Executivo.

A partir das grandes navegações no século XV e com a descoberta do continente americano e do Brasil, este se submeteu a Portugal como colônia desde 1500 até 1822, ano de sua independência. No período colonial, regeram as relações jurídicas no Brasil as Ordenações Afonsinas, as Manuelinas e, por fim, as Filipinas – neste último caso, no tempo durante o qual Portugal esteve sob o domínio espanhol.

A primeira das Ordenações portuguesas foram as *Afonsinas*, publicadas por D. Afonso V (1446); seguidas por *Manuelinas*, compiladas no reinado de D. Manuel (1512-1521). Finalmente, quando Portugal passou para o domínio da Espanha, adotamos as Ordenações *Filipinas* (1603) cujos preceitos de Direito Civil, embora profundamente alterados e atualizados, sobretudo graças à Consolidação das Leis Cíveis elaboradas por Teixeira de Freitas, vigoraram, no Brasil, até 1916, quando entrou em vigor o nosso atual Código Civil (REALE, 2002, p. 141-142).

A respeito das Ordenações Filipinas, José Cretella Junior (2000, p. 90) ensina que vigoraram por largo espaço temporal em conjunto com leis extravagantes, indo além da fase colonial.

Sobre a dificuldade de se lidar com ordenamento jurídico de Portugal no Brasil colônia:

[...] o primeiro estágio está certamente cingido à recepção do direito português pela sociedade colonial e sua adaptação aos usos e costumes locais. A primeira grande transição das instituições jurídicas brasileiras ocorre com a institucionalização do sistema judiciário, apartado de Portugal. Essa obra é montada inicialmente com a vinda da família real portuguesa para o Brasil. No entanto, somente se completa com o aumento da densidade institucional que vai ocorrer ao longo do Segundo Império. Faltava capacidade de formar quadros próprios pela ausência de faculdades de direito, por exemplo. Com o funcionamento dos cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda, começa a ser paulatinamente modificado esse panorama. É óbvio que os juristas dessa reconstrução jurídica nacional – no primeiro momento – tiveram formação na antiga metrópole, em especial na Universidade de Coimbra. Mas Rui Barbosa traz um exemplo da mudança de ares que é possibilitada pela formação nacional (VERONESE, 2012, p. 298).

Pela necessidade de superar o império, de se ter uma lei nacional e uma legislação moderna, ordenada e lógica, no século XIX se inicia uma fase de projeto de substituição das Ordenações Filipinas no Brasil, contratando-se Teixeira de Freitas para tal (VERONESE, 2012, *passim*).

Acerca do desenvolvimento normativo do Brasil pós-colonial, oportuno trazer a lição de Alexandre Veronese (2012, p. 311), que explica sobre a codificação no Brasil, apontando como antecedentes: Projeto de Código Civil, capitaneado por Francisco Inácio de Carvalho Moreira (barão de Penedo) de 1840 a 1901; Consolidação das Leis Civis por Augusto Teixeira de Freitas (1858), com uma segunda proposta apresentada mais tarde com unificação do código comercial; Arrazoador de Código Civil do Conselheiro José Tomás Nabuco de Araújo, sem sucesso pelo seu falecimento; Projeto de Código Civil do Senador Joaquim Felício dos Santos (1882 a 1891); Projeto de Código e debate com Rui Barbosa (1901 a 1902); Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua (1901 a 1916), que teve importante participação de Rui Barbosa quanto à forma que se estava conduzindo os trabalhos, proporcionando mais qualidade na apreciação e tramitação, pelo menos no Senado.

Desse modo, verifica-se total influência do sistema jurídico *civil law* de origem romano-luso-franco-germânica no Brasil desde o início de sua colonização pela Coroa

Portuguesa, perpassando pela independência do Brasil, sua codificação própria, até os dias atuais, com adequação à evolução da sociedade.

2.2 CARACTERÍSTICAS DO *CIVIL LAW*

Para Miguel Reale (2002, p. 141-142), a tradição romanística tem como primado o processo legislativo, determinando às demais fontes do Direito um valor secundário; define também que a tradição latina ou continental – *civil law* – se acentuou após a Revolução Francesa, momento em que se definia a lei como a única expressão autêntica da vontade da nação.

Carlos Ferreira de Almeida (1998, p. 147) acentua que no Direito romano-germânico, “[...] vale o primado da lei, encarada como fonte normativa de referência para todas as questões jurígenas, enquanto o discurso dominante oficial sobre a jurisprudência subalterniza a sua função, relegando-a para o plano das fontes mediatas”.

No *civil law* a regra de Direito é tida como solução a um caso concreto, portanto vem a ser a base para a codificação no Direito romano-germânico; ao passo que a regra de Direito para o *civil law* não é aquela elaborada segundo decisões judiciais, haja vista que “na concepção romano-germânica, não deve procurar a solução de todas as questões concretas que se apresentarão na prática; a sua função é formular regras, suficientemente gerais, ordenadas em sistema”, para que assim “juízes e cidadãos deduzam facilmente o modo como tal ou tal dificuldade concreta deve ser resolvida” (DAVID, 1998, p. 79-81). Ou seja, no *civil law* a tarefa dos juízes é essencialmente uma tarefa de interpretação de fórmulas legislativas, diversamente do que ocorre no *common law*, no qual a técnica jurídica se reveste do processo das distinções (DAVID, 1998, p. 82). Nos países onde a formação do Direito é jurisprudencial, é evitado abolir ou modificar uma regra, pois difícil prever as consequências ao conjunto do sistema, diferentemente do Direito romano-germânico, onde se saberá de forma cristalina quais as regras atingidas e quais permanecerão inalteradas (DAVID, 1998, p. 85).

Dentre as fontes do Direito romano-germânico, a lei é a primordial, sendo a função do jurista a de “descobrir, com auxílio de vários processos de interpretação, a

solução que em cada caso corresponde à vontade do legislador”; as demais fontes – costume, jurisprudência, doutrina e princípios gerais – ocupavam, por um momento histórico no passado, uma posição subordinada e de importância reduzida a princípio, mas com o tempo ganharam espaço, passando a haver, assim, algum lugar às demais fontes do Direito ao lado das normas legisladas (DAVID, 1998, p. 87-88).

A respeito de algumas características diferenciais aferidas entre o *civil law* e o *common law* no que concerne aos modos de atuar:

[...] a conhecida doutrina do *stare decisis*, típica da *common law*, – isto é, o poder e obrigação dos órgãos judiciais em basear seus julgamentos em decisões anteriores – é obviamente incompatível com o princípio da separação dos poderes, na forma em que a doutrina é formulada nos países da *civil law*, e por essa razão é rejeitada nesta tradição jurídica. Decisão judicial não é lei.

[...] Isto tudo pode parecer demasiadamente técnico e de duvidosa importância, mas de fato é o básico para a nossa compreensão da tradição da *civil law*, uma vez que a função dos juízes nesta tradição é interpretar e aplicar a ‘lei’, na forma em que esta é tecnicamente definida em suas jurisdições. Tanto o positivismo estatal quanto o dogma da separação de poderes requerem que os juízes recorram apenas à ‘lei’ ao decidir os casos. Parte-se do pressuposto de que, seja qual for o problema que se lhes apresente, os juízes serão capazes de encontrar alguma norma aplicável – seja a lei, um regulamento ou um costume válido. Eles não podem fundamentar suas decisões em doutrina ou jurisprudência, em substituição à norma (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 49-50).

Importa a lição de que “uma tradição, por definição, é algo marcado por continuidade e que parece se opor à ideia de inovação e mudança”, contudo, “como observou Heráclito, os rios correm e nunca nos banhamos duas vezes nas mesmas águas”; ou seja, a tradição pode se modificar, mas sempre seguirá um padrão, um caminho que depende para sua existência e continuidade, tanto que as mudanças são determinadas pela experiência do passado, sendo a mudança “um sinal de continuação da vida” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 210).

Das lições colhidas, verifica-se primordial ao *civil law* a segurança e certeza do Direito, cuja proteção se dá pela lei; por consectário, nessa senda não se admite ao juiz a criação do Direito geral e abstrato – mas sim e só do individual e concreto, segundo as normas gerais e abstratas! –, sobretudo por causa da necessidade de previsibilidade e segurança jurídica, características estas que, inegavelmente, marcam o *civil law* desde sempre, fora o fato de que no *civil law* está mais clara a separação dos Poderes de Montesquieu.

3 ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: O ONTEM E O AGORA

3.1 A ORIGEM

Com a proclamação da independência norte-americana no ano de 1776 e sua consagração em 1783, surgiu o anseio de trazer ao povo a autonomia de um Direito norte-americano. Nessa toada, seguiram-se acontecimentos extremamente importantes na história norte-americana, especialmente na seara constitucional, com a Constituição dos EUA (*U.S. Constitution*), promulgada em 1787 e ratificada em 1788, e a Carta de Direitos (*Bill of Rights*), de 1791.

A *U.S. Constitution* foi redigida pelos *founding fathers* (“pais fundadores”), cuja experiência colonial os deixou muito cautelosos a respeito de um governo central poderoso demais e com potencial de tirania, refletindo em três principais estruturas desenhadas para combater possível abuso de poder pelo governo: federalismo (*federalism*), separação de poderes (*separation of powers*) e freios e contrapesos (*checks and balances*).

A Constituição dos EUA é considerada super rígida se comparada a outras Constituições, incluindo a brasileira, posto que para aprovação de uma emenda, além das duas Casas do Congresso, ainda é necessária a ratificação pelas Assembleias Legislativas de três quartos dos Estados ou convenções especialmente criadas nos Estados com essa finalidade. Tanto é que em mais de 230 anos de ininterrupta existência, propostas mais de sete mil emendas, trinta e três foram aprovadas, mas apenas vinte e seis ratificadas pelos Legislativos estaduais e uma ratificada por Convenções estaduais (SOUTO, 2019, p. 228).

A criação de sistemas judiciais é uma grande característica do Estado moderno, com origem na Europa. Somente a partir do século XVIII, com a ratificação da Constituição dos EUA, o Judiciário norte-americano ganhou legitimidade para atuar.

E por meio da Constituição norte-americana, atualmente composta por sete artigos e 27 emendas, foi criada a Suprema Corte, mais especificamente em seu Artigo III, trazendo disposições específicas a respeito do Poder Judiciário, nos seguintes moldes:

ARTIGO III

Seção 1 O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.

Seção 2 A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros. Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer. O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei.

Seção 3 A traição contra os Estados Unidos consistirá, unicamente, em levantar armas contra eles, ou coligar-se com seus inimigos, prestando-lhes auxílio e apoio. Ninguém será condenado por traição se não mediante o depoimento de duas testemunhas sobre o mesmo ato, ou mediante confissão em sessão pública do tribunal. O Congresso terá o poder de fixar a pena por crime de traição, mas não será permitida a morte civil ou o confisco de bens, a não ser durante a vida do condenado.

A Lei Judiciária de 1789 (conhecida como *First Judiciary Act*), que organizava na época o Judiciário, trouxe disposições a respeito da cúpula do Judiciário, denominando-a de *Supreme Court of the United States* (Suprema Corte dos EUA).

Apesar de ter dispositivo específico na Constituição, a SCEUA no início não estava sedimentada na prática, muito menos tinha definida sua atuação, legitimidade e competência, nem mesmo possuía sede autônoma em seus primórdios.

A Suprema Corte norte-americana tem sede em Washington e jurisdição sobre todo o território nacional. Todavia, antes de a capital ser construída, funcionou em Nova Iorque e lá realizou sua primeira sessão em 2 de fevereiro de 1790; depois mudou-se para a Filadélfia, onde permaneceu até a construção da capital, em 1800. Já em Washington, funcionou em diferentes salas (*Chambers*) no Capitólio, primeiro naquilo que é conhecida hoje como *Old Supreme Court Chamber* (1819-1860) e depois na *Old Senate Chamber*, que antes havia sediado as reuniões do Senado, local em que a Suprema Corte permaneceu por três quartos de século, de 1860 a 1935, ano da conclusão do seu majestoso prédio, que é sua sede desde então. A sede

própria é fruto de iniciativa de William Howard Taft, que em 1929 conseguiu do Congresso os recursos para o início da obra. *Chief Justice* Taft foi o único homem na história dos Estados Unidos a exercer a Presidência da República (1909-1913) e a Presidência da Suprema Corte (1921-1930) (SOUTO, 2019, p. 4).

William J. Brennan Jr. (1992, p. 61) explana que, apesar de ratificada, a Carta de Direitos (*Bill of Rights*) “entrou num longo período de hibernação”; a própria Suprema Corte não atuou na defesa dos Direitos garantidos constitucionalmente até 1857.

Oportuno relembrar, conforme José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 24-25), o cenário histórico mundial, mesmo que, de forma breve, ligado à jurisdição constitucional, no qual surge a ideia de *lex fundamentalis*, o que se verificou em Atenas, na Grécia Antiga, separando lei superior do que atualmente seriam normas infraconstitucionais, sendo que estas deveriam estar em conformidade com a lei superior, sob pena de não poder ser aplicada pelos juízes e ainda acarretar ação pública de ilegalidade. Ainda, no Direito Romano havia mecanismo semelhante através do Senado. No Direito Natural também se observa técnica similar, entabulando a ideia de Santo Tomás de Aquino. Já no século XVII, Sir Edward Coke, no julgamento do *Bonham's Case* em 1610, defendeu a análise pelos juízes a respeito das leis em consonância ao *common law*, visando fortalecer o *common law* prejudicado na época pelas jurisdições especializadas, como a *equity*.

Inobstante os dados históricos importantes acima mencionados, inigualável marco para o sistema de controle de constitucionalidade foi o caso *Marbury v. Madison* (5 U. S. 137, 1803), julgado pela SCEUA no ano de 1803, trazendo um novo norte para a jurisdição constitucional e verdadeira independência e legitimidade para a Suprema Corte. Antes disso nada ocorreu de forma tão crucial a ponto de se inaugurar efetivamente uma tradição do *judicial review*, com a legitimidade da Suprema Corte. Recordando, os *founding fathers* nada trouxeram especificamente a respeito, vindo a se aprofundar a matéria com a discussão entre os Federalistas (Adams) e Antifederalistas (Jefferson).

Em suma, apesar de outros momentos históricos repercutirem na formação do *judicial review* como um todo, foi no julgamento do caso *Marbury v. Madison* que o controle de constitucionalidade encontrou seu suporte e solidificação, trazendo a soberania da Constituição e a legitimidade do Judiciário, mais especificamente da Suprema Corte no papel de defesa da Constituição.

Sobre as dificuldades para a afirmação institucional do Judiciário Supremo norte-americano nos primeiros tempos após a positivação da Carta Magna e mediante a reviravolta proporcionada pelo julgamento do caso *Marbury v. Madison*:

[...] é possível identificar dois entraves ao surgimento do controle de constitucionalidade (*judicial review*): a insistência dos Estados em, na defesa da liberdade, apesar de conceber a Constituição como texto fundamental, considerá-la como não vinculante em relação ao seu Poder Legislativo; e a desconfiança que os cidadãos possuíam em relação ao Poder Judiciário, no sentido de que a *common law* era considerada muito complexa, o que se pensava que poderia impossibilitar um controle público dos atos jurisdicionais, vez que a compreensão do conteúdo das leis demandava a existência de um conhecimento deveras técnico. Em torno da afirmação do *judicial review* estavam assentados no fato de que não se imaginava um órgão do poder judicial anulando atos de instituições que possuíam representatividade perante a população. Contudo, tudo isso sucumbiu diante do julgamento do caso *Marbury versus Madison* (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 153).

Em outras palavras, o controle de constitucionalidade nos EUA, ao contrário do que ocorre no Brasil, não possui previsão expressa constitucional, mas decorre da jurisprudência da própria Suprema Corte.

Destarte, na combinação de três fatores, quais sejam: (i) a independência norte-americana, (ii) a Constituição positivada dos EUA e (iii) o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, verifica-se a legitimidade da Suprema Corte norte-americana, bem como a inauguração do *judicial review* (controle de constitucionalidade) no Direito Constitucional.

3.2 ORGANIZAÇÃO GOVERNAMENTAL

Interessante disposição a fim de compreender, mesmo que de forma rasa, a organização governamental dos EUA encontra-se na Emenda X, da respectiva Constituição, que determina claramente a larga competência e independência dos Estados-membros dos EUA, *in verbis*: “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo”. Com isso, quer-se dizer que, ao contrário do que ocorre na história do Direito Constitucional brasileiro, a federação norte-americana, além de centrípeta, deixou ao Centro o que as Periferias quiseram deixar.

A estrutura do governo dos EUA possui duas características que ecoam no sistema jurídico norte-americano, quais sejam, separação dos poderes e federalismo (BURNHAM, 2006, p. 1).

Quanto à separação dos poderes, estabelece limites de competência a cada um deles – Executivo, Legislativo, Judiciário –, atuando cada qual como poderes independentes e interdependentes institucionalmente, respeitando a liberdade do poder fragmentado (TRIBE, 1988, p. 18-20). No Artigo I da Constituição, o Congresso tem o poder de elaborar leis, no Artigo II o Presidente tem o poder de executar as leis, e no Artigo III o Judiciário tem o poder de interpretar as leis. Como conseqüência, os *founding fathers* estabeleceram também na Constituição o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), onde cada um dos poderes exercia alguma restrição sobre o poder do outro, por exemplo, o Congresso tem o poder de elaborar leis mas o Presidente pode vetar, o Presidente pode firmar tratados mas o Senado tem que aprovar, Juízes têm mandato vitalício atuando com independência mas o Presidente e o Senado juntos os selecionam.

E no que tange ao federalismo, com a dimensão federal e estadual, grande autonomia dos Estados e soberania garantida à Federação, caracteriza-se pela independência e poder, cada qual possuindo seu próprio sistema jurídico (ALMEIDA, 2016). Tão claro que, para William Burnham (2006, p. 1-2), os EUA possuem 51 governos diferentes.

Assim, o sistema do federalismo, no qual o governo federal divide com os governos estaduais poder e competência, é a chave do governo norte-americano. Ao mesmo tempo que a Federação é soberana, cada Estado possui grande independência para se autogerir, inclusive no âmbito judicial. Como explica Gregório Assagra de Almeida (2016), “cada Estado norte-americano possui o seu próprio sistema jurídico, composto, geralmente, por normas próprias sobre direito processual, sobre direito civil etc”, sendo que podem optar pela adoção da *Federal Rules of Civil Procedure* (a exemplo do Código de Processo Civil brasileiro), mas não são obrigados a tanto, pelo que atualmente cerca de 35 dos 50 Estados adotam e os demais possuem regramento próprio.

3.3 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

A organização judiciária dos EUA é formada por dois níveis: estadual e federal. Em relação às Cortes estaduais, a Constituição e a legislação de cada Estado estabelecem a respeito das mesmas; já sobre as Cortes federais, a Constituição dos EUA, em seu Artigo III, Seção 1, cria especificamente a Suprema Corte e concede ao Congresso a competência para criar as demais Cortes federais abaixo da Suprema.

Ou seja, a legislação ordinária federal (*U.S. Statutes*) traz a organização do Poder Judiciário, que pode se dar através de *Acts* (leis advindas da cooperação entre Executivo e Legislativo), atos unicamente do Poder Executivo e resoluções da Suprema Corte (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 155).

A figura do júri é muito presente na primeira instância, no julgamento de crimes e em situações na esfera cível, participando a sociedade diretamente dos julgamentos. As partes, na esfera cível, e o acusado, na esfera criminal, podem renunciar a essa garantia constitucional, optando pelo julgamento por um juiz.

Há juízes estaduais e juízes federais, sendo que os regramentos a respeito da justiça estadual dependem da organização de cada Estado-membro, os quais possuem autonomia para tanto.

A Justiça Federal (*Federal Courts*) é composta no primeiro grau de jurisdição pelas Cortes Distritais (*US District Courts*, *Trial Courts* ou *Courts of Original Jurisdiction*) e pelas Cortes de Competência Especial (*Special Jurisdiction Courts*). Já no segundo grau de jurisdição é composta por 13 Cortes regionais ou 13 Circuitos, sendo denominados *Courts of Appeals*, formadas por uma Corte específica para o Distrito Federal da Columbia/Washington, uma Corte chamada de *Court of Appeals for the Federal Circuit* para recursos contra a *US Courts of Claims* e a *US Court of International Trade*, e onze Cortes Regionais, chamadas de *US Court of Appeals for the Circuit*.

Com jurisdição limitada, o sistema de Cortes federais atua em casos que envolvem a discussão da constitucionalidade de uma lei, leis federais e tratados firmados pelos EUA, casos envolvendo embaixadores e ministros, disputas entre dois ou mais Estados, lei do almirantado, falência e *habeas corpus*.

As cortes federais não são tribunais de jurisdição geral, pois só podem decidir as questões que lhes tenham sido atribuídas por atos do Congresso, e este, por sua vez, só lhes pode deferir jurisdição sobre nove categorias de casos e controvérsias listados no Artigo III, da Constituição de 1787, de modo que tais categorias permitem que as cortes federais de primeiro grau desempenhem papel importante na demanda de direitos federais e na solução de conflitos interestaduais e internacionais (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 155).

A Justiça Estadual (*State Courts*) é composta em primeira instância pelo que denominam de *Trial Courts*, no nível intermediário pelas Cortes de Apelação (*Court of Appeals*), e como última instância estadual a Suprema Corte (*Supreme Court*).

Com jurisdição geral, o sistema de Cortes estaduais atua com a maioria dos casos criminais, sucessões (envolvendo testamentos e propriedades), maioria dos casos de contratos, responsabilidade civil, Direito de família, dentre outros.

No plano estadual, as Constituições Estaduais regulamentam a organização judiciária, através dos *State Statutes* (normas adotadas em cooperação entre Executivo e Legislativo), e as regras votadas em seus judiciários superiores, enfatizando-se que a matéria não é de competência remanescente, e a legislação federal não pode interferir na soberania estatal (*state sovereignty*), mesmo a título de *implied powers* (poderes implícitos) (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 157).

Sobre eventuais casos de conflitos de jurisdição entre as Cortes estadual e federal, a resolução se dá por meio das regras de Direito Internacional Privado norte-americano, denominado *Conflict of Laws* (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 157).

Como último grau de jurisdição, a SCEUA, melhor analisada a seguir com o estudo da sua composição, competência e seu papel no *judicial review*.

3.4 COMPETÊNCIA

A Suprema Corte é um dos três órgãos do governo federal dos EUA, a única Corte efetivamente mencionada na Constituição de 1787, competindo-lhe julgar casos que discutam temas de Direito constitucional, lei federal e tratados, que estavam sendo discutidos nas cortes federais e supremas cortes estaduais; além disso, a Suprema Corte é legitimada para julgar casos que envolvam Direitos de almirantado ou marítimo, casos em que os EUA sejam parte, casos de conflito entre dois ou mais Estados da nação, entre cidadãos de Estados diferentes ou países estrangeiros, entre

um Estado e indivíduo ou países estrangeiros, entre cidadãos do mesmo Estado em caso de conflito de propriedade em Estados diferentes (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 171).

A Lei Judiciária de 1789 (conhecida como *First Judiciary Act*) legitimou a Suprema Corte a julgar os recursos contra decisões das Cortes estaduais quando se questionasse a validade de lei federal ou de tratado, ou quando referidas decisões afrontassem a Constituição, tratados ou leis dos EUA (*repugnant to the constitution, treaties, or laws of the United States* – seção 25), através do *writ of error* (COMMAGER, 1958, p. 154). Nesse período, que se estendeu até 1891, atuava a Suprema Corte como se fosse um tribunal de revisão, aumentando consideravelmente o número de *mandatory appeals* (apelações que obrigatoriamente deveriam ser apreciadas), resultando, assim, em uma pauta impraticável em termos de números, com longos períodos para se proferir decisões e sem liberdade para julgamento dos casos relevantes.

Diante do cenário, a Lei Judiciária de 1891 (*Judiciary Act of 1891*) alterou o *First Judiciary Act* por meio de duas grandes mudanças: (i) criação dos 13 Circuitos – *U.S. Courts of Appeals* (Cortes Federais de Apelação, o que comparativamente pode-se referir no Brasil aos Tribunais Regionais Federais), que passaram a atuar como intermediários entre primeira instância federal e Suprema Corte; (ii) introdução do *writ of certiorari*, trazendo a liberdade da Suprema Corte para indicar quais casos a si trazidos das Cortes intermediárias seriam objeto de sua apreciação e quais não. Ou seja, mesmo ainda existindo as apelações de conhecimento obrigatório para parte dos casos protocolados na Suprema Corte (*mandatory appeal*), a partir de 1891 importante nova dinâmica de funcionamento da Suprema Corte se instalou, com a possibilidade de, em algumas hipóteses, submeter ao seu julgamento apenas as questões mais importantes político-administrativas e econômicas que a Corte reputasse devidas, influenciando com isso no sistema judicial como um todo e na opinião pública da nação.

Através do *writ of certiorari* (avocatória do processo), conhecido também como *the cert*, a Suprema Corte analisa em cada caso a si trazido se há razões imperiosas para julgamento do caso, o que denomina-se *compelling reasons*; é um ato discricionário da Suprema Corte, pois não precisa haver a justificativa ou qualquer explanação a respeito da aceitação do caso para julgamento ou não; se quatro dos nove *justices* (juízes) se manifestarem favoráveis, será concedido o *writ of certiorari*,

situação que denomina-se *rule of four*; as regras a respeito do *certiorari* são determinadas pelo Regimento da Suprema Corte (*Supreme Court Rules*), as quais serão ao longo do estudo melhor analisadas.

Para a associação dos advogados (*American Bar Association*) teve grande repercussão a liberdade da Suprema Corte por meio do *writ of certiorari*, especialmente diante da grande quantidade de petições negadas por aquela Corte a partir dessa mudança, pois o cenário anterior era a Suprema Corte como “fácil desaguadouro dos recursos dos processos judiciais”. Isso porque ainda na primeira metade do século XX questões simplórias e triviais tentavam alcançar a Suprema Corte, e cada vez mais o Congresso compreendia a relevante função da Suprema Corte, reduzindo a sua competência obrigatória para afastar casos irrelevantes e casos que necessitavam de jurisdição especializada. Nessa toada, no Ato de 1916, o Congresso houve por bem delimitar ainda mais a competência da Suprema Corte, afastando o julgamento de falências, registros de marca e recursos da Corte Distrital de Porto Rico, conferindo à Suprema Corte exercer o *writ of certiorari* nos casos que discutissem a aplicação de legislação ou autoridades federais (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 172-173).

Através da Lei Judiciária de 1925 adveio nova alteração ao *Judiciary Act* outrora vigente, conhecida como *Judge's Bill* (Lei dos Juízes), mais precisamente no tocante à jurisdição da Suprema Corte, dada a enormidade de processos pós-Primeira Guerra Mundial. Por meio dessa alteração, cristalino aumento da discricionariedade da Suprema Corte, concedendo-a o controle quase total de sua atividade jurisdicional, restringindo ainda mais as apelações de conhecimento obrigatório (*mandatory appeals*). João Carlos Souto (2019, p. 76) comenta que o grande responsável por essa Lei Judiciária de 1925 foi William Howard Taft, única pessoa na história dos EUA que exerceu o cargo de Presidente da República e posteriormente *chief justice* da Suprema Corte, exímio político em ambos os cargos exercidos. O mesmo autor menciona que referida Lei Judiciária redefiniu o papel da Suprema Corte não por criar o *writ of certiorari* (até porque já existia), mas por lhe trazer novo sentido, estabelecendo os regramentos e definições que até os dias atuais permanecem vigentes.

Outra alteração se deu pela Lei Judiciária de 1988 – *Supreme Court Case Selections Act of 1988* –, tornando a apelação denominada *mandatory appeal* cada

vez mais rara na jurisdição constitucional norte-americana, reduzindo severamente a possibilidade recursal à Suprema Corte por meio desse caminho.

Em suma, atualmente, a Suprema Corte possui competência originária (*trial jurisdiction* ou *original jurisdiction*) e competência recursal (*appellate jurisdiction* ou *review jurisdiction*), de acordo com o Artigo III, seção 2, da Constituição.

A competência originária é a jurisdição única para “todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado”.

Já a competência recursal é dividida em três modalidades: (i) apelação (*mandatory appeal*), (ii) certificação (*certification*) e (iii) *writ of certiorari* (submetido à discricionariedade da Corte). Nas duas primeiras modalidades, a Corte tem o dever de admitir o recurso e o processar (em tese); já no *certiorari* a admissibilidade recursal é discricionária. A apelação (*mandatory appeal*) é regulada atualmente pela Lei de 1988 acima mencionada, que trouxe alteração ao Código dos EUA, excluindo grande parte da remessa obrigatória dos casos de apelação à Suprema Corte. Já a certificação (*certification*), muito mais rara, se verifica quando uma Corte de segunda instância endereça para a Suprema Corte uma questão de Direito federal para que esclareça um ponto duvidoso, estabelecendo uma espécie de precedente a ser seguido; “[...] a certificação é muito pouco utilizada [...] levantamento feito no ano de 2010 informa que a Suprema Corte aceitou somente quatro certificações (consultas) em espaço de 64 anos, vale dizer, desde 1946, não obstante o instrumento existir desde o século XIX e ter relativa presença na vida judiciária do país” (SOUTO, 2019, p. 75).

Por fim, o *certiorari*, mais importante mecanismo recursal, que já existia desde o *Judiciary Act* de 1891, porém, com a Lei de 1925, assumiu os contornos que o permeiam até hoje, tendo como característica a discricionariedade da Suprema Corte em definir qual caso justifica seu julgamento, deixando clara a Regra n. 10 do Regimento da Suprema Corte que se trata de assunto de discricionariedade judicial e não de Direito, concedendo-se em caso de haver razões imperiosas para julgamento do caso, o que denominam *compelling reasons*.

Sobre detalhes da Regra n. 10, seguem observações de João Carlos Souto (2019, p. 78):

A petição do *certiorari* não será admitida se se basear em meros erros, de fato ou de direito, praticados em instâncias inferiores, consoante se extrai também da regra nº 10 do Regimento da Corte, de modo que essa diretriz exime o Tribunal de ter que corrigir eventuais equívocos cometidos anteriormente por outros órgãos do Judiciário.

[...] Simultaneamente ao listar três situações que “indicam” a interposição do *certiorari*, a Regra nº 10 do Regimento ressalva a prerrogativa da Corte em admitir ou não o *writ*, ou seja, as três hipóteses não são determinantes, mas meramente indicativas, de modo que fica ressalvado o poder discricionário da Corte, a essa altura já percebido pelo leitor como algo absolutamente natural e onipresente. A primeira hipótese é de decisão de uma Corte Federal de Apelação (*United States Court of Appeals*) divergente de pronunciamento sobre uma relevante questão federal proferida por outra Corte Federal ou por Tribunal estadual de “último recurso” (*an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort*). A segunda é quando uma Corte estadual de última instância decidiu importante questão federal (*a state court of last resort has decided an important federal question*) que conflita com entendimento de outra Corte estadual de idêntica categoria ou com Corte de Apelação Federal (*United States Court of Appeals*). A terceira e última hipótese também se refere aos mesmos tribunais estaduais e federais, quando a decisão versar sobre importante questão federal que ainda não foi, mas deveria ser, resolvida pela Suprema Corte, ou, ainda, se qualquer deles decidiu uma importante questão federal de forma que esteja em conflito com pronunciamentos relevantes do Tribunal Supremo.

Desse modo, a Corte analisa a *petition for writ of certiorari* protocolada e decide se o caso pode ser aceito para julgamento; se quatro dos nove *justices* (juízes) se manifestarem favoráveis, será concedido o *writ of certiorari*, situação que se denomina *rule of four* (não há publicação das razões do acolhimento ou da negativa); as regras a respeito do *certiorari* são determinadas pelo Regimento da Suprema Corte (*Supreme Court Rules*), como já mencionado acima; quando concedido (*grant the certiorari*), as partes são intimadas para a elaboração de razões escritas (*legal briefs*), depois acontecem os debates orais (*oral arguments*), dias após a Corte, através de seus nove integrantes, se reúne a portas fechadas para discutir a matéria recursal, fixando o entendimento majoritário, fase conhecida como *case conference*, na qual os *justices* discutem e compartilham os rascunhos (*drafts*) uns dos outros; posteriormente, é indicado um *justice* responsável pela elaboração do voto da maioria, denominada *opinion*, indicação esta por tradição feita pelo *chief justice*, que pode ser ele mesmo ou um de seus colegas, dentre os *justices* que estiver com a maioria; nessa fase os *justices* finalizam seus votos, direcionando-se à maioria ou aos dissidentes; somente a versão final do voto é disponibilizado ao público, com a publicação do resultado.

Ou seja, o julgamento em si se dá a portas fechadas, comunicando-se o resultado, o que possibilita a ampla discussão entre os *justices*, permitindo uma

interação através dos *drafts* de cada qual, possibilitando uma real construção do resultado, mudança de opinião, e a busca por uma maioria, dialogando a fim de construir uma *opinion* da Corte e não de cada um dos *justices*, como em larga escala ocorre no Brasil.

Portanto, há quatro fases principais no julgamento: (i) leitura das milhares de petições distribuídas, (ii) sustentações orais, (iii) discussão prévia como cada juiz votará e ajuste da pauta e (iv) redação dos votos (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 189).

Interessante que o *chief justice* (presidente da Corte) é quem distribui as relatorias dos processos, atuando como porta-voz e representante da Corte, supervisionando o orçamento e administrando o pessoal. Além disso, o *chief justice* preside as sessões nas quais ocorrem a sustentação oral, bem como a sessão deliberativa que ocorre às portas fechadas, falando por primeiro e votando por último (SOUTO, 2019, p. 65).

Atualmente, o principal mecanismo de acesso à Suprema Corte (sendo quase a totalidade dos casos analisados): *writ of certiorari*. Aliado a isso, como verifica-se da evolução acima retratada, a cada novo *Judiciary Act* e demais alterações legislativas, a Suprema Corte ganha mais discricionariedade para filtrar os casos que vão a julgamento pelo *writ of certiorari*; ou seja, o controle discricionário da referida Corte ganha força em detrimento do controle obrigatório¹¹.

O *certiorari* não é visto como uma solução perfeita para o controle de constitucionalidade nos EUA, mas como um meio possível a proporcionar à Suprema Corte desenvolver seu papel na uniformização do Direito.

Para que o país tenha um sistema unificado e uniforme de justiça constitucional e legal, deve haver um único tribunal com poder para decidir a respeito de uma lei federal, supervisionar e corrigir, se necessário, as ações de outros tribunais que decidiram casos envolvendo questões federais. Como é fisicamente impossível para um só tribunal tomar todos ou mesmo uma grande fração de tais casos e dar-lhes a devida consideração (...) o país deve estar satisfeito com o melhor que pode ser feito, diante de tais circunstâncias (MADDEN, 1963, p. 159, tradução livre).¹²

¹¹ "The Supreme Court achieved its goal of limiting appellate jurisdiction as of right and expanding discretionary for a large class of cases" (NOWAK; ROTUNDA; YOUNG, 1978, p. 29-30). A Suprema Corte alcançou seu objetivo de limitar a jurisdição de apelação como de direito e expandir a discricionariedade para uma grande classe de casos (tradução livre).

¹² "If the country is to have a unified and uniform system of Constitutional and statutory justice, there must be a single tribunal with power to decide what the federal law is, and to supervise, and correct, if necessary, the actions of other tribunals which have decided cases involving federal questions. Since it is physically impossible for any single tribunal to take all, or even any large fraction of such cases and give them the full consideration [...] the country must be satisfied with the best that can be done, in the circumstances."

Obviamente há muitas críticas acerca da discricionariedade imanente do *certiorari*, designando à Suprema Corte poder de agenda sem necessidade de justificativa. Porém, há juristas, como Richard Posner (2005, p. 34 e 40), que explanam que não somente é um órgão judicial mas também um órgão político no sistema de freios e contrapesos a Suprema Corte, o que transparece nas decisões dos casos constitucionais na maior parte das vezes, até porque a Constituição envolve questões políticas, sendo objeto do julgamento por consequência, e não apenas certo ou errado a respeito de normas legais.

Há que se ter em mente que a Suprema Corte dos EUA, diferente da Suprema Corte do Brasil, somente atua no controle de constitucionalidade difuso ou concreto, não atuando no controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato. EUA e Brasil possuem diferentes sistemas difusos de controle de constitucionalidade, principalmente porque nos EUA a Suprema Corte tem liberdade para elaborar sua própria pauta, devido ao *writ of certiorari* à grande maioria dos casos a si direcionados, por meio do qual decide o que quer julgar sem necessidade de justificativa; presente sempre o efeito *erga omnes* quando declarada inconstitucionalidade de uma lei; a decisão é *stare decisis*, precedente eficaz a todos os casos análogos e juízes; além da doutrina da questão política (*political question doctrine*), na qual questões de natureza fortemente política que deveriam ser reguladas cuidadosamente por lei, devem sempre que possível ser deixado ao crivo do Legislativo, deixando a decisão ao Legislativo e não ao Judiciário (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 186).

A respeito do funcionamento da Suprema Corte em si, cabe retratar que o quórum mínimo é de seis membros, sendo os julgamentos sempre por todos os membros, ou seja, sempre será decisão plenária, o que chamam de *en banc* ou *full bench*. O ano judiciário, denominado *term*, estabelece-se a partir da primeira segunda-feira de outubro e se estende até junho ou no máximo julho.

Conforme dados da própria Suprema Corte (<https://www.supremecourt.gov/about/courtatwork.aspx>), a cada mandato aproximadamente 7.000 a 8.000 novos casos são a si direcionados, volume muito maior do que apresentado no século passado (em 1950, por exemplo, a Corte recebeu apenas 1.195 novos casos e no mandato de 1975 recebeu apenas 3.940). A revisão plenária, com argumentos orais dos advogados, é atualmente concedida em cerca de 80 desses casos a cada mandato, e o Tribunal geralmente dispõe de cerca de 100 ou

mais casos sem a revisão plenária. Em outras palavras, a Suprema Corte julga cerca de 100 casos por ano (no máximo), beirando a 1% dos casos protocolados. Neste *term*, até o momento (14/11/2019), a Suprema Corte concedeu 50 *writs of certiorari*, como pode ser verificado de sua página: <https://www.supremecourt.gov/orders/grantednotedlists.aspx>; tendo ainda mais sete meses de seu atual mandato adiante.

Conforme apurou H. W. Perry Jr. (1991, p. 268-270), a decisão recorrida é revertida depois da concessão do *certiorari* entre 65-75% dos casos; assim, fortes indícios de acolhimento do reclamo recursal caso aceito e concedido o *writ of certiorari*.

Em uma breve comparação com o cenário da Suprema Corte brasileira:

Na década de 1990, enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos julgava na casa de dezenas – e ainda continua a fazê-lo no século XXI – de processos por ano, o Supremo Tribunal Federal já atingia as dezenas de milhares. Em 1999, o STF julgou 56.307, em 2000 julgou 109.662, e, em 2017, proferiu 126.531 decisões, consoante Relatório encaminhado pela Presidência do Supremo Tribunal Federal ao Senado, em fevereiro de 2018. Considerando que o Presidente da Corte não recebe processos para relatar, é como se cada um dos dez ministros restantes julgasse individualmente pouco mais de 12 mil processos em um ano (SOUTO, 2019, p. 86).

Para finalizar, importantes observações a respeito da jurisdição da Suprema Corte:

A jurisdição da Suprema Corte pode ser dividida em originária e recursal. Esta, por sua vez, pode ser dividida em jurisdição recursal obrigatória e discricionária, também conhecida como jurisdição a *certiorari*. A área de jurisdição originária sobre casos entre estados ou envolvendo embaixadores e outros ministros públicos e cônsules é muito pequena. Esses casos são considerados de primeira instância pela Suprema Corte. A jurisdição recursal é muito mais ampla e inclui o poder, e em alguns casos a obrigação, de revisar casos. Em um número muito pequeno de casos, o Congresso requer a jurisdição recursal obrigatória na Suprema Corte. Muitas destas apelações são trazidas diretamente de uma corte distrital. A grande maioria dos casos chega até a Suprema Corte a partir da jurisdição recursal discricionária da corte sob a sua revisão a *certiorari*. Uma petição de um *writ a certiorari* é submetida pela parte prejudicada à decisão de uma corte inferior, para que ela seja revista. Caso quatro dos nove membros acatem o *writ*, ele será concedido e a questão será apreciada pela Suprema Corte. A corte aceita submeter à sua apreciação casos de grande interesse nacional, com o objetivo de uniformização nacional da questão. Ela recebe cerca de 8 mil pedidos de *writ a certiorari* por exercício (que inicia no começo de outubro e termina no final de junho ou no início de julho subsequente), mas apenas 100, aproximadamente, são concedidos. Quando a corte rejeita a concessão de um *writ*, não justifica a sua decisão. Ainda, a negativa de concessão de um *writ a certiorari* não pode ser considerada precedente de uma análise da questão legal do caso pela corte. [...]. As decisões da Suprema Corte sobre

questões referentes às leis federais são irrecorríveis. Não podem, portanto, ser revertidas, exceto nestes casos: 1) a própria corte pode modificar a sua própria decisão em casos subsequentes; 2) a decisão da Corte está baseada na constituição, a qual pode ser emendada para mudar de forma prospectiva os efeitos da decisão tomada; 3) a decisão da Corte está baseada em uma lei que o Congresso pode emendar a fim de alterar os efeitos futuros de decisões da corte [...] (FINE, 2011, p. 37-38).

Em suma, de longa data grande poder destinado à Suprema Corte, que guarda ampla discricionariedade para estabelecer quais casos serão objeto de sua apreciação, posto que a maioria esmagadora da demanda está inserida nos casos sujeitos à concessão do *writ of certiorari*.

3.5 MÉTODO JURISDICIONAL

Muito diverso do Brasil, nos EUA o juiz obviamente se guia pelas normas legais, mas utiliza como fonte primordial o *case law* em seu decidir, além do que, não atua como agente gerador de impulsos processuais, posto que o processo se dirige pela iniciativa das partes (*adversary* no cível e *accusatory* no criminal, pois depende do autor e réu no cível e do promotor e réu no criminal).

Na prática, predomina o precedente, pela velocidade em comparação à lei, apesar de ter muitas leis cada vez mais, haja vista que “o processo de interpretação é, dessa forma, o método que define, delimita e concretiza (efetiva) as leis”; ou seja, é comum quando há uma lei de um Estado sem julgamento, os advogados se socorrerem de lei semelhante em outro Estado que tenha tido decisão a respeito; portanto, o precedente judicial é a principal fonte do Direito norte-americano (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 158-159).

Para melhor compreensão, no *common law* se terá o contraste entre (i) o *common law* e o *judge-made law* (Direito aplicado pelo juiz) e (ii) o *statute law* (Direito criado pelo legislador). A primordial fonte é o *case law*, mas este pode ser modificado pela lei, que lhe é superior hierarquicamente, quando então designa-se que um caso foi revogado por lei (*case reversed by statute*) (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 160-161).

Não pode se falar que enquanto um juiz não decidiu não se aplica a lei, mas o método do *common law* é diverso do *civil law*, pois no sistema brasileiro o operador do Direito primeiro verifica se há lei para determinado caso e após pesquisa doutrina

e jurisprudência; já nos EUA, o caminho é inverso, primeiro se busca *cases* e após, se verificada alguma lacuna, socorre-se à lei; aqui a lei tem papel primordial e lá secundário ao operador do Direito.

Até porque o sistema jurídico norte-americano tem como ponto primordial a regra do precedente, um importante mecanismo que direciona o Direito norte-americano, mormente o modo de decidir das Cortes:

[...] *doctrine of stare decisis*, também chamada *doctrine of precedents*. Diga-se que a melhor tradução para *doctrine* no presente contexto, seria regra e portanto *doctrine of precedents* seria, em português, 'regra do precedente'. *Precedent* é a única ou várias decisões de um *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou juízes que lhe são subordinados (SOARES, 1999, p. 40).

Stare decisis é a sustentação basilar do *common law*, um importante instituto do Direito norte-americano, através do qual uma Corte, por uma questão de previsibilidade, justiça e consistência, deve aplicar como precedentes princípios estabelecidos em casos anteriores a futuros casos similares ou análogos; por uma questão de ordem pública, a Corte está vinculada por suas próprias decisões. Desse modo, o atuar da Suprema Corte se baseia nos precedentes, julgamentos anteriores a respeito do tema tratado, pois o sistema jurídico e o posicionamento da Suprema Corte em si devem ser íntegros e coesos, garantindo a segurança jurídica. Destarte, apesar de um julgamento da Suprema Corte se basear em um caso concreto, não se restringe ao efeito *inter partes*, mas sim *erga omnes*, devido ao *stare decisis* no sistema do *common law*, onde os precedentes possuem força vinculante.

A respeito das fontes do Direito norte-americano, Júlio César Rossi (2015, p. 59) preleciona:

Assim, considerando esses aspectos fundamentais das fontes de direito no sistema norte-americano, podemos concluir que elas são de duas ordens: primárias e secundárias. As primeiras refletem a estrutura do sistema jurídico, notadamente o federalismo e a separação de funções (poder), incluídos nessa categoria a Constituição da nação e as dos estados-membros, as leis federais e estaduais, os regulamentos, os atos administrativos federais e estaduais e o *case law* (*judge-made law*) nas duas esferas de governo. Em relação às fontes secundárias, elas explicam, discutem, interpretam, ressaltam, criticam e buscam por mudanças no direito. Em verdade, elas não criam direitos e obrigações legais. São típicas fontes dessa qualidade as resenhas sobre direito ou artigos científicos, dissertações, cartilhas, enciclopédias jurídicas, recomendações e propostas ao Poder Legislativo, além de outras fontes doutrinárias.

Em outras palavras, como força motriz do sistema jurídico *common law* a doutrina dos precedentes – *stare decisis* –, vinculando o Judiciário ao respeito à integridade, coesão e segurança jurídica. Tanto é que, da simples análise dos julgados da Suprema Corte, como será feito no quinto capítulo, se infere que cada posicionamento firmado pela Corte vem calcado em precedentes, em decisões anteriores que são o suporte para cada tema discutido.

Além disso, nos EUA há duas principais doutrinas sobre a interpretação da Constituição, como já mencionado no primeiro capítulo dos EUA: (i) *originalism* (originalismo), trazendo a ideia de interpretação objetiva e restrita ao texto e intenção dos *founding fathers*; e (ii) *living constitutionalism* (constitucionalismo vivo), trazendo uma interpretação da Constituição como se fosse um documento vivo, devendo ser interpretada de acordo com a evolução da sociedade, sem emenda aposta.

Com crescente adeptos, desde a década de 1930, uma visão mais progressista (*living constitutionalism* – constitucionalismo vivo) e menos textual (*originalism* – originalismo), a fim de se interpretar o texto constitucional em conformidade à necessidade hodierna da sociedade, adequando à dinâmica atual da sociedade, processo característico do *common law*. Apesar disso, pelo atual cenário de composição da Suprema Corte, principalmente com a saída do *associate justice* Anthony M. Kennedy e a última indicação do Presidente Donald Trump, *associate justice* Brett Kavanaugh, a hodierna maioria dos *justices* da Suprema Corte é conservadora, do partido republicano, tendente a permanecer na linha conservadora, com interpretação constitucional na direção do *originalism*.

3.6 SELEÇÃO DOS JUÍZES NO SISTEMA JUDICIÁRIO NORTE-AMERICANO

Como já mencionado, há juízes estaduais e juízes federais no Poder Judiciário dos EUA, e com maior apreço à pesquisa, os juízes da Suprema Corte.

Em relação aos juízes federais, estes são selecionados pelo Presidente dos EUA e pela maioria simples dos Senadores, conforme disposição do Artigo III, Seção 1, da Constituição. Terri Peretti (2008, p. 3) explica que a seleção de juízes federais americanos sempre foi mais política e partidária do que em outras nações democráticas; na Europa, há tribunais específicos para interpretar normas estaduais

e constitucionais, sendo que os juízes europeus são mais frequentemente recrutados através de um sistema de serviço público que enfatiza o mérito; já nos EUA, os tribunais federais exercem funções ordinárias legais e extraordinárias, e seus membros são selecionados seguindo o recrutamento tradicionalmente um caminho de ativismo partidário.¹³ Além disso, o cargo de juiz federal é vitalício se o selecionado demonstrar “bom comportamento” (*good behavior*).

Já os juízes estaduais podem ser selecionados por diversas formas, a depender da legislação de cada um dos 50 Estados, sendo as principais: (i) pelo governador; (ii) pela legislatura (governador indica e uma comissão legislativa aprova), a exemplo de Connecticut, Virginia, dentre outros; (iii) em quase metade dos EUA por eleição popular, algumas inclusive partidárias (republicanos v. democratas); (iv) chamado de *Missouri Plan*, criado em 1945, a seleção pelo mérito, quando surge uma vaga, uma comissão por integrantes da associação de advogados, cidadãos indicados pelo governador e presidente da Corte respectiva indicam três candidatos, o governador seleciona um deles que assume o cargo de juiz estadual por um ano e após concorre em eleição pela permanência. Geralmente os juízes estaduais possuem mandatos de seis a doze anos, com exceção de alguns Estados que trazem limite de idade e outros que determinam o cargo como vitalício.

Mais precisamente sobre o foco da pesquisa – Suprema Corte – os *justices* são selecionados através da nomeação pelo Presidente dos EUA e sabatina do Senado (desde 1925 o procedimento de sabatina, como grande propulsor Alexander Hamilton, em O Federalista, capítulo 76).

Nove *justices* compõem a Suprema Corte, sendo um deles nomeado como *chief justice* (juiz presidente) e os demais como *associate justices* (juízes associados), em conformidade com a Lei Judiciária de 1869 (*Judiciary Act of 1869*). Mas nem sempre foi assim, variando de seis a dez *justices* antes disso.

O cargo é vitalício e não há exigência de requisitos específicos de idade ou formação.

¹³ “The selection of American federal judges has always been more political and partisan than in other democratic nations. In judicial systems in Europe, for example, the tasks of statutory interpretation and constitutional review are assigned to separate courts, with appointments to constitutional courts subject to super-majoritarian approval in light of their more political and discretionary duties. Moreover, European judges are more often recruited through a civil service system emphasizing merit. In contrast, American federal courts exercise both ordinary legal and extraordinary constitutional functions, while its members are selected by the president and a simple majority of senators. Additionally, recruitment has traditionally followed a path of partisan activism.”

Conforme os dados acima mencionados, o cargo de juiz, desde a primeira instância até a Suprema Corte é altamente politizado, dividindo-se entre os democratas e os republicanos de forma clara, tanto é que há inúmeras pesquisas a respeito da divisão polarizada da política nos EUA e as consequências ao cenário das Cortes.

Cabe ressaltar que a política faz tanto parte do Judiciário que, seguindo George Washington (que selecionou federalistas para as suas 14 nomeações para a Suprema Corte), os demais Presidentes recrutaram candidatos de dentro de seu próprio partido político quase 90% das nomeações, sendo que nenhum escolheu um candidato do partido oposto desde 1971, quando Richard Nixon escolheu Lewis Powell, um democrata conservador, como parte da estratégia eleitoral do presidente de cortejar o sul (PERETTI, 2008, p. 10).

Bruce Ackerman (1988, *passim*) discorre a respeito dos processos formais de alteração do texto constitucional previstos no Artigo V da Constituição, explanando também a respeito da possibilidade de mudança constitucional informal realizada através de “nomeações transformativas”, a qual é realizada pelo Presidente dos EUA e pela maioria do Senado, podendo os Presidentes conseguir assegurar mudanças significativas na seara constitucional sem o apoio político amplo e profundo que tais mudanças constitucionais exigem em uma democracia.

Até porque, conforme aponta Terri Peretti (2008, p. 6-7), no que diz respeito a nomeações para a Suprema Corte, as rejeições no Senado foram muito mais frequentes no século XIX, quando um em cada três candidatos foi rejeitado.

Apesar da polarização da política, verifica-se que a maioria das indicações judiciais é confirmada no Senado, tanto historicamente quanto atualmente (PERETTI, 2008, p. 18-19). Além disso, os Presidentes podem tentar se manter fora da região de impasse, reagindo estrategicamente às restrições do Senado, ao selecionar candidatos mais moderados, ajudando a explicar a taxa de confirmação de 90% para os candidatos da Suprema Corte desde o final da Guerra Civil (PERETTI, 2008, p. 27).

Nos tribunais inferiores, as mudanças de confirmação foram mais significativas; as taxas de confirmação para os juízes dos tribunais de distrito e de circuito têm visto um declínio constante desde a década de 1970 e estão, atualmente, em uma baixa de cinquenta anos (PERETTI, 2008, p. 7).

Cabe registrar que a atuação do Senado nas sabatinas sofre muita crítica, ao passo que há um foco obsessivo com a ideologia do candidato e oposição do grupo de interesse, que deixam os senadores de examinar as habilidades legais e as credenciais profissionais de um candidato (PERETTI, 2008, p. 16). A exemplo da obsessão pelo tema aborto, usando como um teste decisivo, como fizeram com o atual *associate justice* Clarence Thomas, que recebeu mais de 70 perguntas relacionadas à decisão *Roe v. Wade* no Senado em suas audiências de confirmação (PERETTI, 2008, p. 11-12).

Atualmente, como *chief justice* da *U.S. Supreme Court*, John Roberts, e os oito *associate justices*, Clarence Thomas, Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Samuel Alito, Sonia Sotomayor, Elena Kagan, Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh. Na ala dos republicanos (conservadores) estão Roberts, Thomas, Alito, Gorsuch e Kavanaugh (estes dois últimos indicados pelo Presidente Donald Trump); e na ala dos democratas (liberais/progressistas) estão Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan. Ou seja, a maioria da Suprema Corte é atualmente conservadora.

Os *justices* da Suprema Corte são, assim, indicados pelo Presidente dos EUA em conformidade ao próprio partido político do Presidente, sujeitos à aprovação pelo Senado, sendo uma grande característica do cenário jurídico-constitucional norte-americano; tornando a escolha dos juízes um poder cada vez mais importante, diante da competência de interpretar garantias fundamentais, bem como pela discricionariedade envolvida no método de decidir quais casos submetem-se à sua apreciação e julgamento, revolvendo e direcionando matérias salutaras à nação, o que remonta à politização envolvida.

4 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL: O ONTEM E O AGORA

4.1 A ORIGEM

Não há como falar da origem da Suprema Corte do Brasil (Supremo Tribunal Federal – STF) sem analisar os detalhes de sua criação. Com a breve análise histórica, se verifica que a Proclamação da República do Brasil em 15 de novembro de 1889 inaugurou de modo independente o modelo constitucional evoluído até os dias atuais, ao passo que “[...] a Constituição escrita era exigência da própria independência, pois esta implicava o rompimento dos costumes e a destruição das instituições políticas tradicionais” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 34).

A criação do STF se deu através do Decreto n. 848/1890, tendo ocorrido a primeira sessão em 28 de fevereiro do ano seguinte. Referido Decreto veio a organizar a Justiça Federal, estabelecendo competência originária e recursal, em destaque o controle de constitucionalidade difuso/concreto. Detalhe que merece comentário é que a Suprema Corte foi criada antes mesmo da primeira Constituição republicana do Brasil, que somente foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

Há que se ressaltar o importante papel de Rui Barbosa para a Constituição de 1891 e pela inspiração norte-americana do controle de constitucionalidade difuso/concreto adotado, apesar de diversos os sistemas jurídicos:

Foram palavras de Rui Barbosa colhidas por Calmon em diversas obras do autor: «Autor da Constituição republicana, estremecendo-a pelas afinidades morais da paternidade...» (1) «...Profissional que o concebeu (àquele texto), redigiu e impôs...» (2) «Comecei então, desde logo, a redigir a Constituição; à tarde, os meus colegas de Ministério jantavam comigo, ouviam o que eu havia escrito, concorriam com as suas idéias e emendas, discutíamos, e, depois, íamos ao Itamarati ler os artigos ao Marechal. Assentaram os colegas em que eu fosse o único a defender e explicar ao Chefe do Governo as disposições do futuro estatuto. Certa vez, o Marechal observou que só eu falava, ao passo que os colegas se conservavam silenciosos. «Ê que, respondi-lhe, sou o vogai de todos eles». Assim apareceu o projeto de Constituição...» (3) «... Quando, em 1890, no Governo Provisório, organizava a Constituição atual...» (4) (1945, p. XI) (FELONIUK, 2019, p. 457).

Em outras palavras, a “maestria salvífica” de Rui Barbosa foi essencial para a Constituição de 1891 e para a formação do controle de constitucionalidade, o qual teve papel fundacional na história constitucional brasileira. É de se ressaltar que esta Constituição do Brasil previu expressamente em seu texto o controle de constitucionalidade; e já que nesta dissertação se está a comparar o STF com a SCEUA, é importante dizer que na Constituição Americana nunca houve qualquer menção a controle de constitucionalidade, tendo isto sido uma construção daquele Tribunal.

Já na Constituição de 1934, além do controle difuso existente na época, uma nova modalidade de controle de constitucionalidade foi abarcada à esfera de competência da Suprema Corte, uma espécie de controle concentrado figurada em uma representação interventiva mediante provocação do Procurador-Geral da República, tal qual como se apresenta hoje através da Lei 12.562/2011; as demais competências originárias e recursais se mantiveram.

De forma mais contundente, com a Constituição de 1946, após a edição da Emenda Constitucional n. 16/1965, se estabeleceu efetivamente o controle abstrato e concentrado sob a competência da Suprema Corte, definindo-se no Brasil um sistema misto/híbrido de controle de constitucionalidade.

Contudo, por meio da Constituição de 1988 é que se fortaleceu o modelo concentrado ou abstrato de constitucionalidade como competência do STF, ampliando seu cabimento, legitimação, com a criação da ADPF, ADI por omissão e mandado de injunção, alargando-se as possibilidades de se ingressar à Suprema Corte.

Após a promulgação da Constituição de 1988, advieram algumas Emendas Constitucionais (EC) que alteraram e revogaram disposições concernentes ao STF, quais sejam, EC n. 3/1993, EC n. 22/1999, EC n. 23/1999, EC n. 45/2004, EC n. 61/2009 e EC n. 103/2019, criando espécie de controle concentrado de constitucionalidade, introduzindo a súmula vinculante e a repercussão geral ao controle concreto de constitucionalidade (este último em relação ao recurso extraordinário), criando o CNJ, dentre outras alterações. Não se esqueça que a Reclamação Constitucional também participa do rol de ações inseríveis na classe controle de constitucionalidade.

Em suma, a cada Constituição e cada Emenda, mais competência ao STF, conduzindo a um caos em volume de trabalho, distanciando-se do que seria uma Corte Constitucional (de jurisdição constitucional) para abarcar papel deveras

afastado do que seria imaginável a uma Corte Suprema de um Estado com onze ministros como membros. Para se ter ideia do número exorbitante de competências não pertinentes ao controle de constitucionalidade, leia-se o artigo 102 da Constituição, e com isso se concluirá que o STF não é um Tribunal Constitucional. Consectário disso, nos últimos anos, por meio da edição de Emendas, tentou-se com a súmula vinculante e a repercussão geral conter tanta demanda conduzida ao STF, mas sem êxito, como adiante será analisado.

4.2 ORGANIZAÇÃO GOVERNAMENTAL

Como República Federativa, o Brasil desde a Constituição de 1891 apresenta a forma republicana de governo (apesar de na Constituição de 1988 não mais subsistir como cláusula pétrea), e desde o Decreto n. 1/1889 a forma federativa.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 84-86) explica que “o ideal federativo é no Brasil tão antigo quanto a reivindicação de independência”, contudo foi formalizada a federação em si pelo Decreto n. 1/1889, transformando as províncias do Império em Estados da República, com autonomia cada qual, configurando federalismo por segregação. Continua o autor prelecionando que houve inúmeras intempéries pela desigualdade vivenciada pelos Estados formados em seu início, o que a Constituição de 1988 tentou amenizar, conferindo maior autonomia aos Estados membros, abandonando o federalismo de integração e restabelecendo o federalismo cooperativo.¹⁴

Da República em si, José Afonso da Silva (2012, p. 102) explica que o sentido é de uma “coletividade política com características da *res publica*”, no verdadeiro aspecto de coisa pública, coisa do povo e para o povo, opondo-se a qualquer forma de tirania.

A formação da República Federativa do Brasil se deu através do artigo 1º da Constituição de 1988, que determina a união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, com a auto-organização dirigida aos mesmos, devendo, contudo,

¹⁴ Sobre o tema: José Afonso da Silva (2012, p. 99-102).

respeito aos ditames constitucionais, mormente os princípios dispostos no artigo 34, VII, da Constituição de 1988, quais sejam:

[...] a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Aos entes federados é destinada competência privativa (artigo 22, 30, 21, §1º), comum (artigo 23), concorrente (artigo 24), supletiva (artigo 24, §3º) e complementar (artigo 30, II), dentre demais detalhes que constam da Constituição de 1988. A realidade da federação centrípeta norte-americana é outra: lá a competência da União é residual.

Já a respeito da separação dos poderes, decorrente da tripartição das funções do Estado, a Constituição de 1988, no seu artigo 2º, dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A separação dos poderes é um dos princípios essenciais do Estado Democrático de Direito, pois resguarda a autonomia, independência dos Poderes; estabelece as funções do Estado, que são exercidas pelo Executivo, Legislativo, Judiciário, o que fundamenta a existência das funções típicas e atípicas de cada Poder; assim como o controle de um Poder sobre o outro.

Ressaltando a importância da separação dos poderes e sua tripartição, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (2015, p. 42) leciona que os três Poderes devem guiar suas condutas em conformidade à Carta Política, sob pena de sua invalidação, pois condutas desconformes à Constituição são consequentemente contrárias ao próprio Estado Democrático de Direito.

Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro (SILVA, 2012, p. 111).

Destarte, a teoria da separação dos poderes se traduz como uma reação, um mecanismo ao exercício ilimitado do poder político em si. Isso através da descentralização do poder e compartilhamento entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no qual ao primeiro compete aplicar a norma vigente, ao segundo a elaboração das normas gerais e abstratas e ao terceiro o julgamento dos conflitos.

No Brasil de forma específica, a separação dos poderes existiu na seara constitucional desde a Carta Imperial de 1824, porém na forma de quatro Poderes, assim definidos: “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.”

Mais tarde, com a Constituição de 1891, a tripartição dos poderes se fez presente de forma clara, sendo denominados como órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, entendidos como harmônicos e independentes entre si. Na Constituição de 1934 a tripartição dos poderes permanece como poderes independentes e coordenados entre si. Em 1937, a Constituição do Estado Novo de Vargas nada trazia sobre a separação dos poderes em si, apenas a competência do Estado; na realidade, tal Carta foi uma encomenda do então ditador a Chico Ciênciã, o Francisco Campos que tanto influenciou a história do Direito Constitucional deste país. Com a Constituição de 1946, retorna o *status* da tripartição dos poderes com independência e harmonia entre os três poderes, o que a Constituição de 1967 apenas reitera.

E finalmente, por meio da Constituição de 1988, em seu artigo 2º, presente a continuidade do sistema tripartite de separação dos poderes, que vigora até os dias atuais, com a seguinte redação: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Tamanha sua importância que consta como cláusula pétrea a separação dos poderes, como se denota do artigo 60, § 4º, inciso III, da Carta Constitucional.

Conforme o princípio da separação tripartite dos poderes, as conseqüentes independência e harmonia dos poderes devem seguir os limites constitucionalmente previstos, cada qual desempenhando a função que lhe foi conferida. Ao Poder Executivo, exercido pelo Presidente da República, com auxílio dos Ministros de Estados, conforme o artigo 76 da Carta Constitucional, é conferido o poder de chefe de Estado e de Governo, tendo sua competência definida no artigo 84 e dos Ministros

no artigo 87, parágrafo único, do mesmo diploma. Já o Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, de acordo com o artigo 44, da Carta Constitucional, tem sua função de legislar e fiscalizar, com suas atribuições e competência estabelecidos nos artigos 48 a 52 e 70, do diploma mencionado. E quanto ao Poder Judiciário, foi-lhe atribuída a função jurisdicional, através de seus órgãos estabelecidos no artigo 92, da Carta Magna, possuindo competências privativas reguladas pelo artigo 96 do mesmo diploma e competências específicas de cada órgão pelos artigos subsequentes.

Compreendida a noção elementar da tripartição dos poderes no Brasil, oportuno trazer à lume a ideia de Georges Abboud (2018) sobre a separação de poderes, na qual afirma ser um princípio que estrutura a democracia constitucional, figurando como um balizador para o controle e adequação dos atos dos três poderes. Inclusive, menciona o posicionamento de Jeremy Waldron a respeito, entendendo a separação dos poderes como um princípio político, de forma a nortear os arranjos políticos e constitucionais do Estado Moderno; garantindo, ainda, a integridade dos poderes, sendo para o Legislativo a dignidade da legislação, já ao Judiciário a independência de suas Cortes, e ao Executivo a sua autoridade.

Por fim, sobre o ambiente político, apesar de verificar na Constituição de 1967 o bipartidarismo, na Constituição de 1988 se determinou a liberdade de criação e funcionamento de partidos políticos, adotando-se um pluripartidarismo, talvez até desenfreado.

4.3 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

O Poder Judiciário tem um capítulo próprio na Constituição de 1988 (Capítulo III), estando os órgãos que o compõem definidos no artigo 92: Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares, Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Destaque para a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através da Emenda Constitucional n. 45/2004, cabendo “o

controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes” (artigo 103-B, §4º, CF).

Na cúpula do Judiciário, como guardião da Constituição, o STF (artigos 101 a 103-B, CF); como responsável pela uniformidade à interpretação da legislação federal, o STJ (artigos 104 e 105, CF); como Justiças especiais federais (artigos 106 a 110, CF), a Justiça do Trabalho (artigos 111 a 116, CF), Justiça Eleitoral (artigos 118 a 121, CF), Justiça Militar (artigos 122 a 124, CF), cada qual com seu Tribunal Superior e órgãos regionais; a Justiça Comum composta pela Justiça Federal (artigo 109, I, CF) e Justiça Estadual (artigos 98, I, 125 e 126, CF).

No âmbito estadual, há Constituições Estaduais, que possuem competência para organizar sua Justiça através da Constituição do Estado e da lei de organização judiciária pelo Tribunal de Justiça (artigo 125, CF).

Sobre a legislação processual, importa mencionar que, diferente dos EUA, no Brasil não é facultativa a adoção da legislação processual federal, mas sim obrigatória.

4.4 COMPETÊNCIA

Como já mencionado acima, o STF foi criado através de um Decreto que organizava a Justiça Federal, de n. 848/1890, logo após a Proclamação da República que se deu no ano anterior, e na época possuía competência originária (denominada “primeira e única instância”) e recursal (denominada “segunda e última instância”). De competência originária, cabia ao STF instruir e julgar processos que envolvessem o Presidente da República nos crimes comuns, os juízes federais nos crimes de responsabilidade, os ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os pleitos entre a União e os Estados ou destes entre si, os litígios e as reclamações entre as nações estrangeiras e a União ou os Estados, a suspeição oposta a qualquer dos seus membros e os conflitos de jurisdição entre os juízes federais ou entre estes e os dos Estados. De competência recursal, cabia ao STF julgar as questões decididas pelos juízes federais com valor superior a dois mil réis, as questões relativas à sucessão de estrangeiros quando não houvesse previsão em tratado, as causas criminais julgadas pelos juízes ou júri federal, as suspeições opostas aos juízes federais; bem como julgar os recursos contra sentenças definitivas

proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados quando a decisão houver sido contrária à validade de tratado ou lei, quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrária à Constituição, aos tratados e leis, e quando a interpretação de um preceito constitucional, lei federal ou tratado seja posta em questão e a decisão final tenha sido contrária à validade do Direito; além disso, proceder à revisão dos processos criminais em que houver sentença condenatória definitiva, qualquer que tenha sido o juiz ou tribunal julgador, e por fim, conceder ordem de *habeas corpus* em recurso voluntário quando tenha sido denegada pelos juízes federais ou por juízes e tribunais locais.

A Constituição de 1891 manteve a competência pelo Decreto estabelecida, somente retirando o valor da causa como requisito para a esfera recursal, retirando disposição sobre o julgamento dos juízes federais nos crimes de responsabilidade e incluindo disposição sobre o julgamento dos Ministros de Estado em crimes comuns e de responsabilidade, com as alterações advindas da EC n. 3/1926.

Muito comentada a Constituição de 1934, pois além das competências já existentes, incluiu uma nova modalidade de controle de constitucionalidade, uma espécie de controle concentrado, pela representação interventiva mediante provocação do Procurador-Geral da República. Além disso, inseriu competência para julgamento: dos Ministros da Corte Suprema nos crimes comuns; do Procurador-Geral da República, Juízes dos Tribunais federais e bem assim dos das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, dos Ministros do Tribunal de Contas e dos Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade; dos Juízes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade; da extradição de criminosos, requisitada por outras nações, e da homologação de sentenças estrangeiras; do *habeas corpus*, quando for paciente ou coator Tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam sujeitos imediatamente à jurisdição da Corte, ou quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância, e, ainda se houver perigo de se consumir a violência antes que outro juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido; do mandado de segurança contra atos do Presidente da República ou de Ministro de Estado; da execução das sentenças contra causas da sua competência originária com a faculdade de delegar atos do processo a juiz inferior. Inseriu também a competência para julgamento de recurso ordinário.

Na redação da Constituição de 1937 nada digno de nota se verificou no que se refere a alterações. Mas na Constituição de 1946, com a edição da Emenda Constitucional n. 16/1965, se consolidou o sistema misto/híbrido de controle de constitucionalidade, trazendo de forma mais abrangente o controle abstrato e concentrado juntamente com o conjunto de competência já existente, com poucas alterações. A Constituição de 1967 do mesmo modo seguiu em relação à competência.

Por meio da Constituição de 1988 é que se fortaleceu o modelo concentrado ou abstrato de constitucionalidade como competência do STF, ampliando seu cabimento, legitimação, com a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e do mandado de injunção, alargando-se as possibilidades de se ingressar à Suprema Corte.

Atualmente, a competência do STF se resume do seguinte modo:

(i) competência originária (única instância): controle de constitucionalidade, através da ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, reclamação constitucional, súmula vinculante e mandado de injunção; processar e julgar originariamente os casos em que os Direitos fundamentais das mais altas autoridades da república estiverem sob ameaça ou concreta violação, ou quando essas autoridades estiverem violando os Direitos fundamentais dos cidadãos; processar e julgar litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território, as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; processar e julgar extradição solicitada por Estado estrangeiro; processar e julgar *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; processar e julgar a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais, a ação em que todos os

membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados, os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal, o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; processar e julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; processar e julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

(ii) competência recursal (última instância): julgar em recurso ordinário o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores se denegatória a decisão, e o crime político; julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Há efeito vinculante e eficácia *erga omnes* nas decisões definitivas de mérito do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade, na ADPF, na súmula vinculante, na reclamação constitucional, na repercussão geral do recurso extraordinário e no mandado de injunção coletivo julgado procedente pelo STF.

José Afonso da Silva (2012, p. 560-562) divide em: (i) jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de constitucionalidade e recurso extraordinário); (ii) jurisdição constitucional da liberdade (originariamente, *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção, extradição; e, recurso ordinário); (iii) jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade (crimes de membros de outros poderes, litígios entre estados estrangeiros, organismos internacionais e um dos entes federados, entre os entes, revisão criminal e rescisória de seus julgados, reclamação, execução de sentença de casos competência originária, conflitos entre STJ e outros tribunais).

J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 895) trata das diversas competências da jurisdição constitucional:

são muito heterogêneas as funções da justiça constitucional. A pontualização dos momentos relevantes na génese da justiça constitucional permite agora, em forma de síntese, individualizar os seus domínios típicos, ressaltando-se sempre, como é natural, as particularidades concretas de cada ordenamento jurídico-constitucional: (1) litígios constitucionais ("Verfassungstreitigkeiten"), isto é, litígios entre órgãos supremos do Estado (ou outros entes com direitos e deveres constitucionais); (2) litígios emergentes da separação vertical (territorial) de órgãos constitucionais (ex.: federação e estados federados, estados e regiões); (3) controlo da constitucionalidade das leis e, eventualmente, de outros actos normativos (Normenkontrolle); (4) protecção autónoma de direitos fundamentais ("Verfassungsbeschwerde", "recurso de amparo"); (5) controlo da regularidade de formação dos órgãos constitucionais (contencioso eleitoral) e de outras formas importante de expressão política (referendos, consultas populares, formação de partidos); (6) intervenção nos processos de averiguação e apuramento da responsabilidade constitucional e, de um modo geral, a «defesa da constituição» contra crimes de responsabilidade (Verfassungsschutzverfahren).

Importa ressaltar que os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade estão listados no artigo 103 da CF, quais sejam, Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Estas mesmas instituições e autoridades são competentes para ajuizar ADPF, reclamação constitucional e provocar o STF para a edição de súmula vinculante.

Após a promulgação da Constituição de 1988, advieram algumas Emendas Constitucionais (EC) que alteraram e revogaram disposições concernentes ao STF, quais sejam, EC n. 3/1993, EC n. 22/1999, EC n. 23/1999, EC n. 45/2004, EC n. 61/2009 e EC n. 103/2019, criando mais espécies de controle concentrado de constitucionalidade, introduzindo a súmula vinculante e a repercussão geral ao controle concreto de constitucionalidade, criando o CNJ, dentre outras alterações.

Dentre as alterações pelas Emendas acima mencionadas, destacam-se duas advindas com a EC n. 45/2004: (i) exigência de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário, sob pena de não admissão do recurso (manifestação de dois terços dos membros do STF para a

negativa); (ii) súmula vinculante, que se perfectibiliza através da decisão de dois terços dos membros do STF, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, a qual terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (cabe reclamação do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula aplicável ou a aplicar indevidamente).

Em relação à competência do STF no exercício da jurisdição constitucional, há duas modalidades de exercício do controle de constitucionalidade: difusa e concentrada, como acima apresentado. O controle difuso resume a possibilidade de se questionar no curso de qualquer processo a constitucionalidade de lei, se restringindo os efeitos às partes (*inter partes*), somente podendo alcançar efeito *erga omnes* se o Senado editar resolução para suspender a execução de lei declarada inconstitucional (artigo 52, X, CF¹⁵). O controle concentrado, incorporado posteriormente no Direito brasileiro, tem regras próprias e se processa diretamente na Corte, proporcionando efeito vinculante (*erga omnes*).

Em suma, a cada Constituição e a cada Emenda, mais competência ao STF, conduzindo a um caos em volume de trabalho, distanciando-se do que seria uma Corte no exercício da jurisdição constitucional, ainda mais pelo número de membros que possui. Resultado disso, nos últimos anos, através de mecanismos editados por Emendas Constitucionais se tentou, mormente pela súmula vinculante e repercussão geral ao recurso extraordinário, conter a enormidade de demandas conduzidas ao STF, mas sem êxito, até mesmo porque tais mecanismos não obstam o ingresso dos processos na Corte.

Comparativamente, em conformidade aos dados retirados dos sítios eletrônicos das Supremas Cortes do Brasil (STF) e dos EUA (SCEUA), oportuno destacar a discrepância do volume de trabalho dos Tribunais em análise, evidenciado pela competência atribuída a cada qual e seu modo de atuar, como verificado ao longo da pesquisa:¹⁶

¹⁵ Apesar do claro dispositivo constitucional, vê-se mutação constitucional através da questionável reeleitura do STF a respeito no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3406 e n. 3470, geradoras do Informativo 886.

¹⁶ Pesquisas prontas disponíveis em:
<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>;
<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>;
<https://www.supremecourt.gov/opinions/opinions.aspx>;
<https://www.supremecourt.gov/about/courtatwork.aspx>.

	STF
composição (Ministros)	11
acervo em 31/12/2018	38.675
acervo até 14/11/2019	31.424
decisões finais em 2018	102.454
decisões finais até 14/11/2019	77.075

	SCEUA
composição (<i>justices</i>)	9
acervo no <i>term</i> 2017-2018	média de 7.000 a 8.000
acervo no <i>term</i> 2018-2019	média de 7.000 a 8.000
decisões finais no <i>term</i> 06/11/2017-28/06/2018	76
decisões finais no <i>term</i> 11/06/2018-27/06/2019	73

Para se ter uma ideia, conforme dados do próprio STF (<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>), em 2019 (até 14/11) foram recebidos 82.634 processos e baixados 86.252 processos, o que demonstra a intensa entrada e saída de processos e recursos a si trazidos, sem adentrar no mérito da qualidade de análise de cada caso, restando impossível concluir que o STF efetivamente analisa os casos que deságua (86.252 em menos de um ano), posto que humanamente impossível. Sem dúvida, esta é a razão pela qual cada um dos onze ministros tem tantos e tantos assessores em seus gabinetes, e não está escrito na Constituição que assessor de ministro tem competência de ministro.

Além disso, das decisões totais do STF em 2018, 88,53% são decisões monocráticas em detrimento de 11,47% de decisões colegiadas; e das decisões totais do STF em 2019 (até 14/11), 85,09% são decisões monocráticas em detrimento de 14,91% colegiadas (<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>).

Nessa senda, importa observar que o Regimento Interno do STF admite que inúmeras decisões sejam tomadas não pelo Plenário, mas sim por uma de suas duas Turmas (artigo 9º) e outras tantas monocraticamente (artigo 21 e ss.), o que se evidenciou gigante crescimento.

Depreendem-se desses dados algumas conclusões:

O STF distancia-se diametralmente das Cortes Constitucionais de outros Estados estrangeiros, mormente dos EUA, foco da pesquisa, por assumir papel muito além das competências tradicionais de uma Corte de jurisdição constitucional, abarrotado de processos e produzindo em larga escala decisões, a maior delas monocráticas, desvirtuando as funções precípuas de uma Corte de Constitucionalidade, prejudicando, assim, o seu papel de guardião da Constituição e de norte definidor da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Já o gigantismo das decisões monocráticas no STF traduz a falta de comunicação entre seus membros, atuação “solo” dos ministros, acarretando na alteração constante do “entendimento sedimentado” pelos próprios integrantes, gerando insegurança jurídica incabível em um Estado Democrático de Direito, maculando o propósito do STF (maturação e discussão de questões relevantes para a sociedade por meio da *colegialidade das decisões*), fomentando a crise institucional, reduzindo o STF a um compêndio de decisões eremíticas, transformando-se em Suprema Corte de individualismos, não mais legitimada para sua atuação constitucional como um tribunal em si. Somando-se ao que se pode chamar de “guerra de liminares” sem nenhuma fundamentação jurídica, ainda contribuem para a insegurança jurídica no Brasil dois outros fatores: a manipulação de pauta pelo relator e o Presidente, juntos; a possibilidade de pedido de vista, sem prazo para devolução do processo. Estes três fatores somados transformam uma colegialidade numa espécie de arquipélago com onze ilhas, ainda mais em tempos de instabilidade e de superjudicialização que fazem do atual Supremo um verdadeiro “Oráculo de Delfos”.

4.5 MÉTODO JURISDICIONAL

Como já verificado, no Brasil se apresenta o sistema jurídico do *civil law*, de origem romano-luso-franco-germânica, com primado da norma jurídica geral e

abstrata posta no sistema pelo Congresso Nacional; as espécies normativas validamente postas são as fontes de referência para o processo decisório dos Poderes Judiciário e Executivo.

No Direito brasileiro, por derradeiro, a primazia da norma legal é fato inconteste, sendo a principal fonte de Direito, tanto pela história, cultura e tradição já explanadas no segundo capítulo desta pesquisa, quanto pelo princípio constitucional da legalidade (artigo 5º, II, CF), aliado ao artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que autoriza o juiz decidir um caso pela analogia, costumes e princípios gerais do Direito somente quando a lei for omissa, inserindo-a, assim, no topo do cenário jurídico brasileiro.

[...] pode-se dizer que a norma codificada, por si só, em princípio, legitima a sentença. Sendo a sentença embasada em uma norma codificada, não há nenhuma necessidade de outra fundamentação, como, por exemplo, princípios fundamentais de direito (WAMBIER, 2002, p. 100).

Sobre a supremacia legislativa e a obrigatoriedade do magistrado a dever respeito, especialmente no sistema jurídico do *civil law* que o Brasil está inserido:

No sistema jurídico brasileiro, o aplicador da lei, em regra, inclina-se pelas tendências formalistas, que são aquelas fundamentalmente vinculadas ao postulado da racionalidade, tendo em vista que, através deste postulado, pressupõe-se um direito positivo coerente, preciso, completo, decidível, e logicamente derivável. Estas teorias formalistas são formas de pensamento jurídico nascidas a partir da necessidade de produzir-se uma legitimação teórica ao modelo napoleônico de direito, que é a base do sistema jurídico brasileiro. O juiz brasileiro, tal como na tradição romano-germânica, de acordo com Merryman, “é um funcionário, um servidor público; a função judicial é estreita, mecânica e nada criativa”. Trata de um papel simples e estreito, pouco explorado pela criatividade daquele que tem a última palavra na interpretação da lei, – o juiz – uma vez que limitado às restritas noções de supremacia legislativa, de modo que teoricamente é menos importante do que os cientistas do direito (juristas) e por legisladores (CASTRO, 2002, p. 297).

Luiz Alberto Warat (1994, p. 52) ensina que uma ordem jurídica sem lacunas e contradição visa resguardar o valor da segurança, por meio de um Direito positivo, neutro e autossuficiente, traduzindo-se em uma técnica de controle social, não contaminada por formas conflitivas de interação.

Destarte, o juiz, mesmo se em seu entender preferir aplicar solução por analogia, não o poderá fazer havendo lei, pois o juiz é o principal destinatário das

normas legais, devendo se submeter aos seus comandos, mais do que a sociedade como um todo (SCHWARTZ, 1997, p. 138).

Além disso, Georges Abboud (2011, p. 101 e 454) cita casos únicos que o magistrado pode deixar de aplicar a lei, já advertindo sobre a atual e lamentável realidade na Suprema Corte:

[...] a) quando a lei for inconstitucional; b) quando for o caso de aplicação de regras de antinomia; c) quando for o caso de aplicação da interpretação conforme; d) quando for o caso de utilização da arguição de nulidade sem redução de texto; e) quando for o caso de utilização da arguição de nulidade com redução de texto.

Em contrapartida, diuturnamente, nos deparamos com decisões judiciais que, em maior ou menor medida, afastam-se da legalidade vigente sem que esse distanciamento esteja respaldado em controle de constitucionalidade.

[...] O STF, no afã de resguardar sua jurisprudência constitucional, não pode vilipendiar a própria Constituição proferindo decisões inconstitucionais.

Na mesma senda, Paulo Bonavides (2012, p. 478-479):

A hermenêutica esposada pelas teorias tradicionais sempre esteve voltada para o reconhecimento da vontade contida em toda norma jurídica. Ao intérprete caberia tão-somente o labor intelectual de revelar tal vontade, eixo dessas teorias. Tanto poderia ser a vontade da norma como a vontade subjetiva do legislador. Na teoria geral do direito, o campo se reparte, pois, entre subjetivistas e objetivistas, empenhados ambos em resolver aquilo que se lhes afigura o problema capital da interpretação: o de saber se deve prevalecer na operação interpretativa a vontade do legislador histórico ou a vontade objetiva e autônoma da lei, a saber, o seu texto, as palavras objetivadas ou convertidas em “vontade”, de que já se fez menção.

O constitucionalismo clássico se manifestou obviamente em favor da escola objetivista, que melhor se amolda à sustentação do princípio constitucional e democrático, à ordem jurídica estabelecida pelo liberador e à sua concepção de Estado de Direito.

Contudo, adverte o mesmo autor que, atualmente, há novos métodos de interpretação constitucional, tecendo crítica a respeito:

[...] a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que se há de conter, quando cria ou “inventa” *contra legem*, posto que aparentemente ainda aí à sombra da lei, é perniciosa, assim à garantia como à certeza das instituições. Faz-se mister, por conseguinte, ponderar gravemente nas consequências que advêm de um irrefletido alargamento do raio de interpretação constitucional, como a observação tornou patente desde que se introduziram métodos desconhecidos na hermenêutica das Constituições (BONAVIDES, 2012, p. 498-499).

O hodierno cenário do Poder Judiciário está sendo deveras criticado pelo posicionamento ativista e alheio às garantias constitucionais de muitos de seus

integrantes, o que corrói o Estado Democrático de Direito brasileiro. Mais precisamente na Suprema Corte, decisionismos e argumentação metajurídica como fundamentação da decisão não são estranhos ao seu atuar, sendo denominada a conduta da atual Suprema Corte de *supremocracia*¹⁷, *juristocracia*¹⁸, *ministrocracia*¹⁹, dentre outros. Tal cenário torna-se mais trágico diante das alterações à Constituição dos últimos anos, mormente uma delas: súmula vinculante. Somando-se a isso tudo, os doutrinadores defensores de um tal neoconstitucionalismo e de uma tal mutação constitucional, está-se a fugir da primeira interpretação que obrigatoriamente deve ser a gramatical (literal); em boa hermenêutica, só depois vem as outras possibilidades de desvendamento dos significados. Ou seja, o neoconstitucionalismo é inimigo declarado do Direito positivo; a mutação constitucional é algoz dos poderes constituintes originário e derivado.

Como já explanado no subcapítulo da competência, dentro do controle de constitucionalidade há modalidades difusa e concentrada, sendo que o efeito na difusa somente diz sobre as partes em litígio (com exceção do artigo 52, X, CF²⁰) e na concentrada a regra é que a decisão é vinculante (força obrigatória geral – artigo 102, §2, CF). Ocorre que nos demais casos não há essa força vinculante.

Porém, depois da EC 45/2004, com a inserção do artigo 103-A, CF, se possibilitou a súmula vinculante, que são em verdade verbetes sumulares do STF, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre determinada matéria constitucional, cujo efeito é vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Referido instituto será debatido com maior afinco no último capítulo, mas por ora cabe externar que se trata de mecanismo de difícil aplicação no Direito brasileiro, ainda mais pela tradição, cultura e sistema jurídico aqui encontrados, por vezes engessando matérias de suma importância e o sistema constitucional como um todo, ainda mais quando intérpretes correlacionam tal mecanismo aos precedentes norte-americanos e querem trazer o efeito vinculante aos motivos determinantes e não ao dispositivo da decisão em si, o que se verá, não há cabimento.

¹⁷ Oscar Vilhena Vieira (2008).

¹⁸ Ran Hirschl (2004).

¹⁹ Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro (2018).

²⁰ Não se deve esquecer da questionável releitura do STF a respeito no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3406 e n. 3470, geradoras do Informativo 886.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 294-295), trata-se de uma função *paralegislativa* do STF, transparecendo ativismo judicial, atividade legislativa, com grave risco de politização e ofensa à imparcialidade necessária à Justiça.

Ademais, a inclusão na jurisdição constitucional da súmula vinculante e da repercussão geral (esta ao recurso extraordinário) não obsta o ingresso de milhares de demandas no STF, pois não impedem o seu protocolo na Suprema Corte, não tendo o resultado pretendido, como será melhor analisado no último capítulo.

Destarte, sérios desafios na atividade jurisdicional constitucional brasileira, mormente diante de achismos e tentativas de enxertos de institutos de sistemas jurídicos diversos sem o devido respeito ao arcabouço de sustentação jurídica de cada qual. Sobretudo, porque a interpretação, respeitando a Constituição, deve ser em conformidade com a mesma, sendo ela o combate a arbitrariedades e decisionismos ameaçadores do Estado Democrático de Direito.

4.6 SELEÇÃO DOS JUÍZES NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Diferente do sistema norte-americano, a seleção dos Juízes no Brasil se dá por concurso público, na primeira instância, despolitizando o Judiciário no que tange à instância inicial. Os juízes têm sua atividade controlada pelas Corregedorias respectivas, *interna corporis*, o que sofre muita crítica, contudo, não serão debatidas pois desviado do foco da pesquisa.

Já na segunda instância de jurisdição, como regra geral a seleção dos Desembargadores é por mérito e antiguidade, havendo a possibilidade também do *quinto constitucional*, quando advogados e representantes do Ministério Público são indicados para a vaga. Ocorre que, como a organização judiciária sofre várias fragmentações, abaixo serão detalhados os regramentos de cada qual.

A Justiça Estadual se auto organiza, obedecidos os princípios constitucionais, sendo sua competência definida pela Constituição Estadual e a sua organização por lei de iniciativa do próprio Tribunal (artigo 125, CF). os Juízes Estaduais integram o Justiça Estadual por meio de concurso público.

A Justiça Federal se organiza em Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; sendo que os Tribunais Regionais Federais se compõem de no mínimo sete

juízes, nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de 35 anos e menos de 65 anos, sendo um quinto dentre advogados e representantes do Ministério Público Federal, ambos com mais de dez anos de atividade, e os demais mediante promoção dos Juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antiguidade e merecimento, alternadamente (artigo 107, CF). Os Juízes Federais ingressam através de concurso público. A criação de um TRF depende de lei.

Na Justiça do Trabalho, os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, em número de vinte e sete, ingressam os brasileiros com mais de 35 anos e menos de 65 anos, notável saber jurídico, reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, um quinto dentre advogados e representantes do Ministério Público do Trabalho, ambos com mais de dez anos de atividade, e os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, da magistratura de carreira, indicados pelo próprio TST (artigo 111-A, CF). Já os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho, no mínimo sete, são nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de 35 anos e menos de 65 anos, sendo um quinto dentre advogados e representantes do Ministério Público do Trabalho, ambos com mais de dez anos de atividade, e os demais mediante promoção dos Juízes do Trabalho por antiguidade e merecimento, alternadamente (artigo 115, CF). Os Juízes do Trabalho ingressam através de concurso público.

A Justiça Eleitoral se organiza em Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais e Juízes Eleitorais. No TSE, composto no mínimo por sete membros, os Ministros serão eleitos por voto secreto três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, além da nomeação do Presidente da República de dois dentre os seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral indicados pelo STF (artigo 119, CF). Os TRE são compostos, mediante eleição por voto secreto, por dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça, dois juízes dentre juízes de Direito escolhidos pelo Tribunal de Justiça, um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal (ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo), por nomeação pelo Presidente da República dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral indicados pelo Tribunal de Justiça (artigo 120, §1º, CF). Os Juízes Eleitorais no primeiro grau de jurisdição são os Juízes de Direito integrantes da Justiça Estadual e do Distrito Federal.

A Justiça Militar é composta pelo Superior Tribunal Militar, Tribunais e Juízes Militares. No Superior Tribunal Militar são quinze Ministros vitalícios nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a indicação pelo Senado, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis (artigo 123, CF). Os Tribunais Estaduais serão organizados por cada Estado. Os Juízes Militares ingressam através de concurso público. Merece crítica contundente a EC n. 45/2004 que, ao criar o Conselho Nacional de Justiça, não reservou assento para Ministro(a) representante do STM.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) é composto por trinta e três Ministros, nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal e um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente (artigo 104, CF).

Já sobre o foco desta pesquisa – Supremo Tribunal Federal –, tudo se deu início com o Decreto n. 848/1890, que criou o STF e dispôs a respeito de seus membros, em número de quinze na ocasião, o que se manteve na Constituição de 1891, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 292) melhor explicita:

Era de quinze, na Constituição de 1891. A Lei Magna de 1934 o reduziu para onze, no que foi seguida pela de 1946. Na vigência desta, porém, o Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, o elevou para dezesseis, o que foi adotado pela Constituição de 1967. O Ato Institucional n. 6, de 1º de fevereiro de 1969, o reduziu de novo para onze, número que conservou a Emenda n. 1/69, e, agora, a Lei Fundamental em vigor.

Atualmente, então, são onze os membros da Suprema Corte, denominados Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 anos de idade e menos de 65 anos de idade, com notável saber jurídico e reputação ilibada (artigo 101, CF). Os Ministros são nomeados livremente pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado (artigo 101, parágrafo único, CF).

O Presidente e Vice-Presidente do STF são eleitos para o mandato de dois anos, sem possibilidade de reeleição direta, sendo escolhidos por seus membros em uma eleição por voto secreto a ocorrer na segunda sessão ordinária do mês anterior ao da expiração do mandato, ou na segunda sessão ordinária imediatamente posterior à ocorrência de vaga por outro motivo; o quórum para a eleição é de oito Ministros; para eleição, exige-se número de votos superior à metade dos membros do Tribunal, dentre outros detalhes dispostos no artigo 12, do Regimento Interno.

Conforme o Regimento Interno, os Ministros se dividem em duas Turmas, com cinco membros cada uma, sendo que o Presidente somente participa das sessões plenárias.

O cargo é vitalício, com aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade.

Sobre a nomeação dos Ministros do STF, tal qual nos EUA, há críticas, mas no Brasil as críticas focam no imenso poder concedido ao Presidente da República, posto que na história pouquíssimas indicações do Presidente foram rejeitadas pelo Senado, tendo a última rejeição ocorrido há 125 anos.²¹

Sobre as rejeições pelo Senado:

INDICAÇÕES PRESIDENCIAIS, PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, REJEITADAS PELO SENADO DA REPÚBLICA - Na história republicana brasileira, ao longo de 125 anos (1889 a 2014), o Senado Federal, durante o governo Floriano Peixoto (1891 a 1894), rejeitou cinco (5) indicações presidenciais, negando aprovação a atos de nomeação, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, das seguintes pessoas: (1) Barata Ribeiro, (2) Innocência Galvão de Queiroz, (3) Ewerton Quadros, (4) Antônio Sève Navarro e (5) Demosthenes da Silveira Lobo. Nota: Cabe registrar que, nos Estados Unidos da América, no período compreendido entre 1789 e 2014 (225 anos), o Senado norte-americano rejeitou 12 (doze) indicações presidenciais para a Suprema Corte americana (MELLO, 2014, p. 19).

Dalmo de Abreu Dallari (1996, p. 112) denuncia a posição do Senado como mero homologador formal das indicações do Presidente:

A pessoa indicada pelo chefe do Executivo deverá comparecer ao Senado, supostamente para expor suas ideias e ser questionada publicamente pelos membros dessa Corte do Congresso Nacional. Supõe-se que dessa forma, e tendo em conta a vida pregressa do candidato, os senadores obterão elementos para avaliar sua moralidade e seus conhecimentos jurídicos. Para ser considerado aprovado, o candidato deve obter o voto favorável da maioria absoluta dos senadores, com que se pretende evitar que o chefe do Executivo imponha um candidato. Na prática, o Senado Federal tem sido,

²¹ Nesse sentido: Dalmo de Abreu Dallari (1996, p. 115).

sistematicamente, mero homologador formal das indicações, aprovando passivamente os indicados, sem qualquer questionamento.

Para Cristovam Buarque (2012), no esteio da autoria da Emenda n. 44 de 2012, “a excessiva personalização hoje ocorrente, representada pela escolha unipessoal do Presidente da República, propicia distorções incompatíveis com as elevadíssimas funções de guardião da Constituição Federal”.

De qualquer modo, até então, este é o modelo de ingresso na Corte Suprema do Brasil, com seus erros e acertos, sujeito a críticas que evidenciam abertura de discussão acerca de sua efetiva democratização e o papel, por vezes, omissivo do Senado.

Atualmente, como Presidente do STF o Ministro Dias Toffoli (indicado pelo Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2009), como Vice-Presidente o Ministro Luiz Fux (indicado pela Ex-Presidente Dilma Rousseff em 2011), e os demais membros Ministro Celso de Mello (Decano, indicado pelo Ex-Presidente José Sarney em 1989), Ministro Marco Aurélio (indicado pelo Ex-Presidente Fernando Collor em 1990), Ministro Gilmar Mendes (indicado pelo Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso em 2002), Ministro Ricardo Lewandowski (indicado pelo Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2006), Ministra Cármen Lúcia (indicada pelo Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2006), Ministra Rosa Weber (indicada pela Ex-Presidente Dilma Rousseff em 2011), Ministro Roberto Barroso (indicado pela Ex-Presidente Dilma Rousseff em 2013), Ministro Edson Fachin (indicado pela Ex-Presidente Dilma Rousseff em 2015) e Ministro Alexandre de Moraes (indicado pelo Ex-Presidente Michel Temer em 2017).

5 ESTUDO COMPARADO A RESPEITO DO JULGAMENTO QUE LEGITIMOU A UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO PELA SCEUA E PELO STF

A título exemplificativo, neste capítulo pretende-se estudar de forma comparada um julgado de cada Corte Constitucional em apreço a respeito da mesma matéria, qual seja, união entre pessoas do mesmo sexo, a fim de demonstrar o atuar de cada uma das Cortes em seu modo de decidir diante do mesmo tema.

5.1 DECISÃO DA SCEUA SOBRE O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: A VERDADE DA PRECEDÊNCIA

5.1.1 O recurso

Nos EUA, à época do julgamento (2014), treze dos cinquenta Estados norte-americanos não reconheciam o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O caso que chegou à Suprema Corte sob a designação *Obergefell v. Hodges* (576 US _ 2015), teve como tema de discussão *same-sex marriage* (casamento entre pessoas do mesmo sexo). Como caso principal representante perante a Suprema Corte: *James Obergefell v. Richard Hodges, Director of the Ohio Department of Health*, caso que representa outros quatorze casais do mesmo sexo e com ele dois homens cujos parceiros do mesmo sexo faleceram; todos em busca da tutela jurisdicional para ver reconhecido o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O representante da ação foi James Obergefell, o qual viveu vinte e um anos com John Arthur, em Ohio; o casal havia casado em outro Estado, mas Ohio não reconhecia; seu pedido específico era o reconhecimento formal do casamento na certidão de óbito de Arthur, quando ele morresse (o companheiro tinha esclerose lateral amiotrófica). O caso de Obergefell consolidou os demais casos.

Em suma, os peticionantes processaram suas agências estatais em Ohio, Michigan, Kentucky e Tennessee, que somente reconheciam casamento entre homem

e mulher, para contestar a constitucionalidade da proibição desses Estados no casamento entre pessoas do mesmo sexo ou a recusa em reconhecer casamentos entre pessoas do mesmo sexo que ocorreram em jurisdições que previam tais casamentos. Os demandantes em cada caso argumentaram que as Leis dos Estados violaram a Cláusula de Proteção Igualitária e a Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda, e um grupo de autores também apresentou reivindicações sob a Lei de Direitos Civis.

Em todos os casos, cada Corte Distrital julgou a favor dos demandantes, porém a Corte de Apelações do Sexto Circuito (*6th Circuit Court of Appeals*), julgando os casos em conjunto, reverteu a decisão de primeiro grau, sob o principal fundamento de que os Estados não tem obrigação constitucional de licenciar casamentos entre pessoas do mesmo sexo nem reconhecer casamentos ocorridos em outros Estados, posto ser a questão inerente ao processo político e não judicial, não havendo, por conseguinte, violação aos Direitos da Décima Quarta Emenda.

5.1.2 O trâmite do recurso na Suprema Corte

Protocolada a *petition for writ of certiorari* na Suprema Corte, foi concedido em 16/01/2015, tendo ocorrido os debates orais (*oral arguments*) em 28/04/2015 e proferida a decisão em 26/06/2015.

Importante destacar que a Suprema Corte, quando concedeu o *certiorari*, admitindo o recurso, limitou-o a dois questionamentos: (i) A Décima Quarta Emenda exige que um Estado licencie um casamento entre duas pessoas do mesmo sexo?; (ii) A Décima Quarta Emenda exige que um Estado reconheça um casamento entre duas pessoas do mesmo sexo que foi legalmente licenciado e executado em outro Estado? A Corte, por maioria de votos (5x4), respondeu positivamente às duas questões; vê-se que o placar foi apertado.

A decisão da Suprema Corte no caso *Obergefell v. Hodges* foi de lavra do *justice* Kennedy, que proferiu o voto majoritário e foi acompanhado pelos *justices* Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan. Os *justices* Roberts, Scalia, Thomas e Alito dissentiram e cada qual apresentou o seu próprio voto dissidente.

O inteiro teor do julgado da Suprema Corte no caso em exame é composto da seguinte forma: (i) *Syllabus* (antes do voto, é um documento com cinco páginas resumindo o caso e a decisão); (ii) *Opinion of the Court* (é a decisão da Corte, o voto majoritário, escrito pelo *justice* Kennedy, contendo vinte e oito páginas); (iii) *Appendix A - State and Federal Judicial Decisions Addressing Same-Sex Marriage* (Anexo A, contendo um compêndio das decisões estaduais e federais a respeito do casamento entre pessoas do mesmo sexo, em cinco páginas); (iv) *Appendix B - State Legislation and Judicial Decisions Legalizing Same-Sex Marriage* (Anexo B, contendo legislação estadual e decisões legalizando casamento entre pessoas do mesmo sexo, com uma página); (v) *ROBERTS, C. J., dissenting* (voto dissidente do *justice* Roberts, com vinte e nove páginas); (vi) *SCALIA, J., dissenting* (voto dissidente do *justice* Scalia, com nove páginas); (vii) *THOMAS, J., dissenting* (voto dissidente do *justice* Thomas, com dezoito páginas); (viii) *ALITO, J., dissenting* (voto dissidente do *justice* Alito, com oito páginas).

Cabe retratar que o cenário de composição da Suprema Corte ao tempo desse julgado não é o mesmo que o atual, como já verificado no terceiro capítulo; ademais, tinha-se de um lado os liberais/democratas (*justices* Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan) e de outro lado os conservadores/republicanos (*justices* Roberts, Scalia, Thomas e Alito), sendo o *justice* Kennedy (relator do voto majoritário) conhecido como *swing vote*, ora votando com os liberais, ora com os conservadores, que nesse caso votou com os liberais.

5.1.3 A decisão da Suprema Corte

Por maioria, a Suprema Corte decidiu que o casamento tem sido uma instituição central na sociedade desde os tempos antigos, mas ele não está alheio à evolução do Direito e da sociedade, até porque, ao excluir casais do mesmo sexo do casamento, nega-se a eles a constelação de benefícios que os Estados relacionaram à instituição casamento.

Dos quase cem precedentes mencionados no voto vencedor, os principais precedentes acerca da matéria (união entre pessoas do mesmo sexo), demonstrando a evolução do pensamento da Suprema Corte, são: (i) *Loving v. Virginia* (1967), que

derrubou leis que restringiam casamento entre pessoas de diferentes raças; (ii) *Romer v. Evans* (1996), no qual se decidiu que o Estado não pode negar proteção a Direitos individuais baseado em sua orientação sexual; (iii) *Lawrence v. Texas* (2003), que derrubou lei da Georgia que criminalizava certos atos homossexuais; (iv) *U.S. v. Windsor* (2013), que derrubou lei federal que negava benefícios a pessoas do mesmo sexo casadas.

Observa-se que o primeiro dos precedentes acima mencionados teve como autor do voto majoritário o *chief justice* na época, Earl Warren, e os outros três precedentes foram de autoria do atual *justice* responsável pela elaboração do voto majoritário do caso ora vergastado, *justice* Kennedy, que em todas suas decisões defendeu a Constituição como um organismo vivo (*living Constitution*), evoluindo ao compasso das mudanças e necessidades sociais.

Em seu voto majoritário do caso em exame (*Obergefell v. Hodges*), o *justice* Kennedy pontuou, em suma, que:

(i) As liberdades fundamentais protegidas pela Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda estendem-se a certas escolhas pessoais centrais à dignidade e à autonomia individuais, incluindo escolhas íntimas que definem a identidade e as crenças pessoais; aplicando esses princípios, a Corte há muito tempo e em diversos contextos tem reiterado o Direito de casar como fundamental sobre a Cláusula do Devido Processo, defendendo que o Direito de se casar é protegido pela Constituição.

(ii) Quatro princípios e tradições demonstram que as razões pelas quais o casamento é fundamental nos termos da Constituição se aplicam do mesmo modo aos casais do mesmo sexo. A primeira premissa dos precedentes relevantes da Corte é que o Direito à escolha pessoal em relação ao casamento é inerente ao conceito de autonomia individual. O segundo princípio na jurisprudência da Corte é que o Direito de se casar é fundamental porque apoia uma união de duas pessoas diferentes de qualquer outra em sua importância para os indivíduos comprometidos. Uma terceira base para proteger o Direito de se casar é que ela protege crianças e famílias e, assim, extrai significado dos Direitos relacionados à criação, procriação e educação (precedente protege o Direito de um casal de não procriar, portanto o Direito de se casar não pode estar condicionado à capacidade ou ao compromisso de procriar). E, por último, os casos da Corte e a tradição da nação norte-americana deixam claro que o casamento é a pedra angular da ordem social da nação, por isso, assim como um

casal promete apoiar um ao outro, a sociedade se compromete a apoiar o casal; no entanto, em virtude de sua exclusão dessa instituição, nega-se aos casais do mesmo sexo os benefícios que os Estados associaram ao casamento.

(iii) O Direito de casais do mesmo sexo se casar também deriva da garantia da Décima Quarta Emenda de Proteção Igualitária, pois a negação desse Direito negaria aos casais do mesmo sexo a mesma proteção sob a lei.

(iv) A Cláusula do Devido Processo e a Cláusula de Proteção Igualitária da Décima Quarta Emenda são conectadas de maneira profunda. O Direito de se casar é um Direito fundamental inerente à liberdade da pessoa e, de acordo com as Cláusulas citadas, casais do mesmo sexo não podem ser privados desse Direito e dessa liberdade. Casais do mesmo sexo podem exercer o Direito fundamental de se casar.

(v) A respeito das religiões e aqueles que aderem às doutrinas religiosas, o voto majoritário sustenta que podem continuar a defender com a máxima e sincera convicção de que, por meio de preceitos divinos, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não deve ser perdoado; haja vista que a Primeira Emenda protege o Direito das organizações religiosas de aderirem aos seus princípios, mas não permite que os Estados neguem aos casais do mesmo sexo o Direito de se casarem nos mesmos termos que os dos casais do sexo oposto.

(vi) Já sobre um dos mais discutidos temas – legitimidade legislativa e consequente ilegitimidade judicial para definir a matéria –, deixa claro o voto majoritário que pode haver uma inclinação inicial para aguardar a legislação, litígios e debates, porém, referendos, debates legislativos, campanhas de base, estudos, outros escritos, e longos litígios nas Cortes Estaduais e Federais levaram a um entendimento aprimorado do assunto. Enquanto a Constituição considera que a democracia é o processo apropriado para a mudança, os indivíduos prejudicados não precisam aguardar uma ação legislativa antes de afirmar um Direito fundamental. As histórias dos peticionários mostram a urgência da questão que apresentam à Corte, que tem o dever de abordar essas reivindicações e responder a essas perguntas. O voto majoritário seguiu a linha de raciocínio da *living Constitution* (*living tree*, como denomina Waluchow, 2005), afirmando que as gerações que escreveram e ratificaram a Carta de Direitos e a Décima Quarta Emenda não presumiram conhecer a extensão da liberdade em todas as suas dimensões, e então confiaram às gerações futuras uma Carta protegendo o Direito de todas as pessoas de desfrutar a liberdade à medida

que aprendemos seu significado. Quando uma nova visão revela disparidade entre as proteções centrais da Constituição e uma restrição legal, uma reivindicação à liberdade deve ser abordada. E por fim, salienta que a Constituição estabelece que a democracia é o processo de mudança apropriado, contudo, desde que tal processo não limite Direitos fundamentais; quando a limitação ocorre, daí a Corte tem competência para reparar a violação.

O *justice* Kennedy finaliza o seu voto, afirmando que:

Nenhuma união é tão profunda quanto o casamento, que une os mais altos ideais do amor, fidelidade, devoção, sacrifício e família. Formando uma união marital, duas pessoas se tornam algo maior e melhor do que eram antes. Como alguns dos petionantes demonstraram, o casamento se resume em um amor que pode durar até depois da morte. Seria de uma incompreensão tamanha dizer que essas pessoas desrespeitam a ideia de casamento. A sua esperança é de que não sejam condenados a viver na solidão, excluídos das mais antigas instituições da civilização. Eles pedem por dignidade igualitária aos olhos da lei. A Constituição garante a eles este direito (tradução livre).²²

A respeito dos votos vencidos, votos dissidentes, cabe reportar os seus autores e principais argumentos.

O primeiro deles é o *chief justice* Roberts, que dissentindo, manifestou-se no sentido de que a Corte está tomando uma decisão política, de competência da legislatura, ao passo que essa questão deve ser decidida por legislaturas estaduais individuais com base na vontade de seus eleitorados. Admite que a Constituição e os precedentes protegem claramente o Direito de casar e exigem que os Estados apliquem leis relativas ao casamento igualmente, mas a Corte não pode ultrapassar seus limites e se engajar na formulação de políticas judiciais. A Corte Suprema não é uma legislatura. Se o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma boa ideia, isso não deve preocupar aos *justices* da Suprema Corte, pois sob a Constituição os *justices* somente têm poder para dizer o que é a lei, não o que deveria ser. As pessoas que ratificaram a Constituição autorizaram as Cortes a exercer “nem força nem vontade, mas apenas julgamento”, deixando clara a sua direção à interpretação originalista da

²² “No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization’s oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right. The judgment of the Court of Appeals for the Sixth Circuit is reversed.”

Constituição (*originalism*). Ademais, explana o *chief justice* Roberts que a matéria não guarda correlação com a Constituição, posto que, embora o casamento entre pessoas do mesmo sexo possa ser uma política boa e justa, a Constituição não o trata e, portanto, está fora do alcance da Corte decidir se os Estados têm que reconhecer ou licenciar tais uniões. A Constituição não promulga nenhuma teoria do casamento. As pessoas de um Estado são livres para expandir o casamento, incluindo casais do mesmo sexo ou mantendo a definição histórica. Explica que não há precedentes a fim de apoiar obrigar um Estado alterar sua definição de casamento. E que a interpretação do voto majoritário conta com uma leitura excessivamente expansiva das Cláusulas do Processo Devido e Proteção Igualitária da Décima Quarta Emenda sem se envolver com a análise judicial tradicionalmente aplicada a tais alegações e ao mesmo tempo desconsiderando o papel apropriado dos tribunais no processo democrático. Ainda, o *chief justice* Roberts sustenta que o voto majoritário de traduz em um ato de vontade e não em um julgamento legal, e não há de se admitir tal posicionamento, posto que os *justices* não são legitimamente competentes para tanto, excedendo seus limites. Finalizando, o *chief justice* Roberts deixa muito claro seu posicionamento dissidente, nas palavras:

Se você está entre os muitos americanos – de qualquer orientação sexual – que são a favor da expansão do casamento a pessoas do mesmo sexo, comemore a decisão de hoje. Comemore a realização de um objetivo desejado. Celebre a oportunidade de uma nova expressão de compromisso com um parceiro. Celebre a disponibilidade de novos benefícios. Mas não celebre a Constituição. Ela não tem nada a ver com isso. Eu respeitosamente dissinto (tradução livre).²³

Outro voto dissidente é do *justice* Scalia, que afirmou que o voto majoritário extrapolou os limites da autoridade da Corte, tanto exercendo o poder legislativo, ao invés de judicial, quanto ao fazê-lo em um domínio que a Constituição reserva para os Estados. Afirma também que a questão sobre o reconhecimento ou não do casamento entre pessoas do mesmo sexo é de competência das legislaturas estaduais. A questão a ser decidida por juízes não eleitos vai contra um dos preceitos mais básicos da Constituição: a mudança política deve ocorrer através dos votos dos representantes eleitos. E, assim, ao assumir este papel de formulação de políticas, o

²³ “If you are among the many Americans—of whatever sexual orientation—who favor expanding same-sex marriage, by all means celebrate today’s decision. Celebrate the achievement of a desired goal. Celebrate the opportunity for a new expression of commitment to a partner. Celebrate the availability of new benefits. But do not celebrate the Constitution. It had nothing to do with it. I respectfully dissent.”

voto majoritário da Corte partiu da jurisprudência estabelecida da Décima Quarta Emenda para criar um Direito onde não existe nenhuma correlação na Constituição.

Também redator de um dos votos dissidentes, o *justice* Thomas, que discorreu que o voto majoritário amplia a doutrina dos Direitos substantivos do Devido Processo encontrados na Décima Quarta Emenda e, ao fazê-lo, distorce o processo democrático ao tomar o poder do Legislativo e colocá-lo nas mãos do Judiciário. O histórico legislativo da Cláusula do Devido Processo nas Quintas e Décima Quarta Emendas indica que eles foram feitos para proteger as pessoas de restrição física e da intervenção do governo, mas não lhes concedem Direitos implementados pelo governo. Ao final, explana que a opinião da maioria violou de forma impermissível a liberdade religiosa ao legislar a partir da bancada ao invés de permitir que a legislatura estatal determinasse a melhor maneira de lidar com os Direitos e interesses concorrentes em jogo.

Como último voto dissidente, o *justice* Alito, manifestando-se no sentido de que a Constituição não aborda o Direito de casar a pessoas do mesmo sexo, e, portanto, a questão é reservada aos Estados para decidir se cabe afastar os casais do mesmo sexo da definição tradicional de casamento ou incluí-los. Ao permitir que a maioria da Corte crie um novo Direito, a opinião da maioria se desviou perigosamente do processo democrático e expandiu grandemente o poder do Judiciário para além do que a Constituição permite.

5.1.4 A verdade da precedência

Da análise do julgamento do caso *Obergefell v. Hodges* pela Suprema Corte, depreende-se que o sistema de precedentes é o ponto central de seu modo de decidir e atuar, haja vista que a decisão se constrói baseada nos precedentes a respeito de cada matéria discutida, a fim de dar coerência à conduta da própria Suprema Corte.

O sistema de precedentes norte-americano, advindo do *common law*, é integrado pelo *stare decisis* que dá a força ao precedente nas decisões, além disso, possui vários mecanismos como já estudado no primeiro capítulo, tais como, *ratio decidendi*, *distinguishing*, *obiter dictum*, *overruling*, *overriding*, *prospective overruling*, *signaling*, dentre outros.

Ou seja, há toda uma engenharia do sistema de precedentes que guia o modo de atuar da Suprema Corte e das demais instâncias inferiores.

A importância é tanta que a cada temática, inúmeros precedentes são citados para conduzir e construir o posicionamento da Suprema Corte, tanto é que no voto majoritário há mais de cem precedentes citados.

Em outras palavras, de fácil verificação que o modo de decidir intenta construir a interpretação da Corte através de casos anteriores já decididos, objetivando julgar com coerência e integridade ao seu próprio atuar.

No caso mais específico da união entre casais do mesmo sexo, a Corte inclusive traz todo o histórico sobre o casamento, casais do mesmo sexo tratados em casos anteriores, isso para direcionar seu posicionamento, que nesse caso foi um marco para os EUA. É interessante notar que o *justice* Kennedy, redator do voto majoritário, já havia conduzido votos majoritários em outros três casos anteriores envolvendo casais do mesmo sexo em questões diversas que não o casamento, mantendo a sua coerência e escolha liberal, interpretando-se a Constituição como *living tree*, como já afirmado *supra*.

E em situações que há mudança de posicionamento, mesmo que já tenha acontecido através de precedentes pretéritos, se explana todo o histórico para dar coesão à decisão, informando que um precedente outrora utilizado já havia sido *overruled* (superado) por outros tantos precedentes que lhe sobrevieram, como no exemplo mencionado no voto majoritário do caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986), fornecendo uma honesta visão de como a Suprema Corte vinha decidindo desde seu início casos a respeito de questões inerentes ao casamento e aos Direitos dos homossexuais. Nos votos dissidentes, a mesma fórmula é encontrada. Outrossim, de extrema valia a menção e contraposição das motivações de seus pares nos votos dos *justices*, inclusive citando a página em que um *justice* em seu voto se manifesta de tal forma, contrapondo suas argumentações.

Em suma, há efetivo debate do caso entre os *justices*, como era de se esperar de um julgamento por um colegiado de uma Suprema Corte. Isso devido ao próprio procedimento do julgamento na Suprema Corte dos EUA, como estudado no capítulo terceiro, ocorrendo a portas fechadas o debate do caso entre os *justices* antes de se proferir os votos e anunciar o julgamento, o que demonstra que o caso foi realmente analisado e discutido entre seus pares. Afinal, a decisão não é de um ou outro *justice* mas sim da Suprema Corte composta por nove *justices*.

Ademais, como grande característica das decisões da SCEUA: força obrigatória e vinculante dos precedentes como algo natural através da doutrina do *stare decisis*, resultando na vinculação da decisão para casos futuros (*binding precedents*).

Por fim, cumpre registrar sobre o mérito que várias discussões se destacam pela leitura do voto majoritário e dos votos dissidentes, sobretudo, a questão sobre igualdade; sobre a legitimidade democrática do Judiciário v. o desrespeito ao Poder Legislativo ao assumir indevidamente seu papel; sobre Constituição com amplas disposições, dando azo a duas interpretações bem destacadas nos votos: *originalism* v. *living Constitution*; sobre a competência dos Estados para legislar a respeito; bem como sobre a matéria não estar tratada na Constituição. Em que pese os debates, a maioria entendeu pelo reconhecimento do Direito ao casamento aos casais do mesmo sexo com todo o conjunto de Direitos que o acompanha.

5.2 DECISÃO DO STF SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E RESOLUÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) SOBRE O CASAMENTO HOMOSSEXUAL: A INVERDADE DA PRECEDÊNCIA

5.2.1 As ações

Diferente do que ocorreu na Suprema Corte dos EUA, onde a matéria tramitou como um recurso em controle difuso de constitucionalidade, na Suprema Corte do Brasil a discussão se deu através do controle concentrado de constitucionalidade, com o julgamento de duas ações ajuizadas originariamente no STF, quais sejam: (i) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277, protocolada inicialmente como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 178, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR); e, (ii) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, ajuizada pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

A respeito da ADI n. 4277, ajuizada pela PGR, que se originou da ADPF n. 178, conhecida após como ADI, buscou o reconhecimento da união entre pessoas do

mesmo sexo como uma entidade familiar, a fim de lhes conferir o mesmo conjunto de direitos e deveres aplicável às uniões estáveis entre heterossexuais, com sustento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica, por meio da interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil.

E quanto à ADPF 132, também conhecida como ADI, ajuizada pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, argumentou-se que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo acarretaria afronta a preceitos fundamentais, como a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, negando às uniões entre pessoas do mesmo sexo o rol de Direitos reconhecidos aos casais de diferente sexo, pleiteando aplicação do regime do artigo 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro. Houve pedido subsidiário para recebimento como ADI, dando-se a interpretação “conforme a Constituição” aos incisos II e V do artigo 19 e ao artigo 33 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-lei nº 220/75), bem como ao artigo 1.723 do Código Civil, não proibindo o regime de união estável aos casais do mesmo sexo.

As duas ações, recebidas enfim como ADI, foram julgadas em conjunto, em homenagem à regra da prevenção e do julgamento simultâneo de processos em que haja “coincidência total ou parcial de objetos”, de acordo com o artigo 77-B do Regimento Interno do STF.

5.2.2 O trâmite das ações na Suprema Corte

O protocolo da ADPF n. 132 se deu em 27/02/2008. Já a ADPF n. 178 foi protocolada em 22/07/2009, sendo recebida como ADI n. 4277 em 23/07/2009. As ações tramitaram em conjunto a partir da decisão de 11/03/2011, que aplicou o Regimento Interno, mais precisamente seu artigo 77-B, redistribuindo a ADI ao Ministro Ayres Britto, relator da ADPF. O total de quatorze *amici curiae* (amigos da Corte) ingressaram nas causas e se manifestaram.

O julgamento das ações em conjunto se iniciou em 04/05/2011, quando primeiro se pronunciaram os autores das duas ações e após os advogados das entidades que foram admitidas como *amici curiae*. Ato contínuo, proferido o voto do

Ministro Relator Ayres Britto, que julgou parcialmente prejudicada a ADPF, recebendo o pedido residual como ADIN, e por derradeiro procedentes ambas as ações, concedendo a interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O julgamento, contudo, foi suspenso, determinando-se impedido o Ministro Dias Toffoli e justificada a ausência da Ministra Ellen Gracie.

Em 05/05/2011 foi retomado o julgamento e, por unanimidade, os Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as Ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do Relator, pela procedência das ações e, com efeito vinculante, dar interpretação conforme a Constituição Federal, excluindo qualquer significado do artigo 1723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O inteiro teor do julgamento das duas ações no STF é constituído por: (i) Ementa, com a síntese da decisão colegiada (acórdão); (ii) Conclusão dos votos, informando como se deu a votação do julgamento; (iii) Relatório, contendo a narrativa dos fatos; (iv) Voto elaborado pelo Relator Ministro Ayres Britto, contendo trinta e duas páginas; (v) Voto elaborado pelo Ministro Luiz Fux, contendo trinta e cinco páginas; (vi) Voto elaborado pela Ministra Cármen Lúcia, contendo onze páginas; (vii) Voto elaborado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, contendo treze páginas; (viii) Voto elaborado pelo Ministro Joaquim Barbosa, contendo cinco páginas; (ix) Voto elaborado pelo Ministro Gilmar Mendes, contendo setenta e nove páginas; (x) Voto elaborado pelo Ministro Marco Aurélio, contendo dezesseis páginas; (xi) Voto elaborado pelo Ministro Celso de Mello, contendo cinquenta páginas; (xii) Voto elaborado pelo Ministro Cezar Peluso, Presidente do STF, contendo cinco páginas; (xiii) Dentre outros pequenos comentários ao longo do acórdão; (xiv) E, por fim, o extrato de ata, com a descrição do caso, das partes e do julgamento.

Cabe retratar que o cenário de composição do STF ao tempo desse julgado não é o mesmo que o atual, como já verificado no quarto capítulo; naquele momento, o STF era composto pela Presidência do Ministro Cezar Peluso, Vice-Presidência do Ministro Ayres Britto, e pelos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Lembrando que no julgamento das duas ações em tela o Ministro Dias

Toffoli declarou-se impedimento de votar, posto que se manifestou publicamente a respeito do tema quando atuava como advogado-geral da União.

5.2.3 A decisão da Suprema Corte

Os ministros do STF, ao julgarem a ADI n. 4277 e a ADPF n. 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, tendo como principal foco de debate o artigo 226, § 3º, da Constituição, e o artigo 1.723, do Código Civil. A decisão foi unânime e julgou procedentes as ações com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, equiparando às uniões homoafetivas às heteroafetivas, tendo cada Ministro decidido monocraticamente, como acima explanado, pelo que serão analisados os principais argumentos de cada voto em seguida.

Antes disso, importa ressaltar as principais motivações do julgado:

(i) processualmente, como já explanado, no julgamento das duas ações, a ADPF 132 foi recebida em parte apenas e como ADI, visando trazer a interpretação em conformidade à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil;

(ii) proibição de discriminação das pessoas, seja pelo sexo, gênero ou orientação sexual; envolvimento de Direitos fundamentais do indivíduo, liberdade sobre sexualidade própria, autonomia da vontade, intimidade, vida privada, dignidade da pessoa humana, artigo 3º, IV, da Constituição como cláusula pétrea;

(iii) silêncio da Constituição sobre o sexo dos indivíduos (norma geral negativa kelseniana);

(iv) tratamento constitucional da instituição da família, com interpretação não reducionista, tendo em vista a isonomia, sendo o STF competente para manter a interpretação da Carta Magna eliminando o preconceito quanto à orientação sexual das pessoas;

(v) a respeito da redação do artigo 226, §3º, da Constituição, se trata de norma constitucional sobre homem e mulher somente visando proteção da mulher para quebra das hierarquias, deixando claro que a Constituição não interdita a formação de famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo;

(vi) interpretado o artigo 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição, reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo como família e

excluindo do dispositivo mencionado qualquer significância de preconceito ou discriminação, concedendo, por derradeiro a essas uniões as mesmas regras da união estável heteroafetiva;

(vii) apontadas divergências na fundamentação pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, no sentido de não ser possível enquadrar a união homoafetiva nas espécies de família estabelecidas pela Constituição, mas sim uma nova forma de entidade familiar, especialmente pelo disposto no §3º do artigo 226 da CF.

A respeito de cada voto em si, monocraticamente elaborado por cada Ministro, ressalta-se os principais argumentos de cada qual.

Colhe-se do voto elaborado pelo Relator Ministro Ayres Britto que a resposta para o tratamento das uniões homoafetivas se encontra na Constituição, sobretudo no inciso IV do artigo 3º, que impede qualquer tratamento discriminatório ou preconceituoso em relação ao sexo de cada pessoa; falou também sobre o constitucionalismo fraternal, voltado à integração comunitária das pessoas, em um verdadeiro pluralismo sócio-político-cultural. Além disso, argumentou que a Constituição silencia intencionalmente sobre o sexo das pessoas, citando o princípio da legalidade e a norma negativa geral kelseniana. Enxergou a liberdade para dispor da própria sexualidade um Direito fundamental do indivíduo, inerente à autonomia da vontade, decorrente da dignidade da pessoa humana, funcionando como uma cláusula pétrea os Direitos e garantias individuais (artigo 60, §4º, IV, CF). Sobre o artigo 226, §3º, CF, manifestou no sentido de dar uma interpretação não-reducionista ao conceito de família, evitando incorrer em discriminação ou preconceito, compreendendo a união entre pessoas do mesmo sexo como isonômicas às heteroafetivas. Infere-se ainda de seu voto citações de deuses do Olimpo, Fernando Pessoa, Jean-Paul Sartre, Chico Xavier, dentre outros. Entendeu, por fim, pela procedência das ações, dando ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, excluindo qualquer significado que impeça de ser reconhecido como entidade familiar, reconhecendo isonomia em relação à união estável heteroafetiva.

No voto elaborado pelo Ministro Luiz Fux foi sustentada a aplicação do artigo 1.723 do Código Civil, interpretado conforme a Constituição, não somente à união entre homem e mulher, mas também à união entre pessoas do mesmo sexo. Depois de muitas premissas, defendeu a equiparação à união estável entre homem e mulher um dever do Estado de promoção dos Direitos fundamentais dos cidadãos, da

autonomia individual, dos Direitos da personalidade, interpretando-se o artigo 226 da CF em conjunto com referidos princípios, concedendo-se interpretação emancipatória ao referido dispositivo, estendendo a garantia constitucional da família às uniões homoafetivas. Ademais, explanou que não existe vedação às uniões homoafetivas no Direito brasileiro, mencionando o princípio da legalidade constitucionalmente estabelecido. Ainda, suportou suas argumentações nos artigos 2º, IV, e 5º, *caput*, da CF, mencionando legislações estaduais que reconhecem Direitos a homossexuais.

O voto da Ministra Carmen Lúcia propugnou que a Corte tem a função precípua de defender e garantir os Direitos constitucionais; afirmou que o artigo 1.723 do Código Civil repete o que no § 3º do artigo 226 da Constituição contém; assim, deve se interpretar a própria norma constitucional em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos. Defendeu o Direito à liberdade de cada ser humano escolher o seu modo de vida, inclusive sua vida afetiva, com dignidade e integridade, até pelo pluralismo contido no preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º, IV; votando pelo reconhecimento como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo tal como reconhecido às uniões estáveis heterossexuais.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski discorreu acerca do conceito de família nas Constituições anteriores e na vigente, divergindo dos demais Ministros quanto a uma possível mutação constitucional, trazendo interpretação extensiva a um dispositivo constitucional, haja vista os limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece (separação dos poderes, cláusula pétrea), não se podendo modificar a definição legal de união entre homem e mulher, estando diante de uma outra forma de entidade familiar não prevista especificamente no artigo 226 da Constituição, mas decorrente de uma leitura sistemática do texto constitucional e sobretudo da aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual, concluindo que a comutação desta lacuna pela Suprema Corte é meramente provisória, haja vista que quem tem o poder de legislar nesta matéria é o Congresso Nacional. Ao final, votou pela procedência das ações, aplicando-se às uniões homoafetivas (entidade familiar) as normas legais das uniões estáveis heterossexuais até que sobrevenham normas legais específicas.

O Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o Relator, afirmando que não consta proibição no texto constitucional ao reconhecimento de uniões homoafetivas. Além disso apontou que a própria Constituição traz que o rol de Direitos fundamentais não

se esgota naqueles expressamente por ela elencados, podendo emergir outros Direitos, sobretudo por meio dos princípios da igualdade e da vedação da discriminação. Entendeu, desse modo, que o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas encontra fundamento nos dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos Direitos fundamentais, autoaplicáveis.

O Ministro Gilmar Mendes convergiu quanto ao resultado, mas divergiu quanto à fundamentação, sobretudo em relação ao fato de o texto legal reproduzir a norma constitucional, prevendo a união entre homem e mulher explicitamente; argumentou que entendimento com base nesses artigos (1.723, CC e 226, §3º, CF) colocaria a Corte como substitutiva do legislador, o que não compactua, mas concorda que a base da interpretação se atém aos Direitos fundamentais, Direitos de minorias, Direito de liberdade, Direito de igualdade, princípio da não discriminação, resultando em um dever de proteção que ainda não foi regulamentado pelo Congresso. Assim, por fundamentos jurídicos distintos do Relator, o Ministro Gilmar Mendes se limitou a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, aplicando um modelo de proteção semelhante ao da união estável.

O Ministro Marco Aurélio, convergindo ao voto do Relator, explicitou que o Estado deve auxiliar os indivíduos no livre e pleno desenvolvimento da personalidade. Explanou que o óbice gramatical do artigo 1.723 do Código Civil pode ser contornado nas ferramentas hermenêuticas, com aplicação dos princípios constitucionais de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais; em suma, afirmou que a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém ao consagrado pela Constituição.

O Decano, Ministro Celso de Mello, afirmou que absolutamente ninguém pode ser privado de Direitos nem sofrer qualquer restrição jurídica em decorrência de sua orientação sexual, tendo os homossexuais Direito a igual proteção das leis e do sistema político jurídico, sendo inaceitável qualquer lei que puna, exclua ou os discrimine. Defendeu a extensão às uniões homoafetivas do mesmo regime aplicável às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, pela incidência dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o Direito à busca da felicidade. Terminou explanando que não se pode alegar ativismo judicial pelo STF, posto que o caso em exame comporta uma positiva criação jurisprudencial de Direito, fazendo

prevalecer a Constituição, muitas vezes desrespeitada por pura omissão dos poderes públicos.

Para o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, somente aceitou como ADI as ações porque o disposto no artigo 1.723 do Código Civil não é reprodução estrita do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal; se não fosse isso, não poderia conhecer as ações como ADI, haja vista que a norma infraconstitucional se limitaria a reproduzir texto constitucional. Argumentou que as normas constitucionais, em especial o artigo 226, §3º, não excluem outras modalidades de família; assim, aplicando-se os princípios constitucionais da dignidade, da igualdade, da não discriminação e outros, é lícito conceber que haja outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal qual a união homoafetiva. Finalizou, afirmando que o Poder Legislativo precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional.

Em suma, apesar de fundamentos diversos, se deu guarida à pretensão das ações, concedendo isonomia às uniões entre pessoas do mesmo sexo, mediante aplicação do arcabouço jurídico das uniões estáveis entre pessoas de sexo diferente, interpretando-se o artigo 1.723 do CC conforme o §3º do artigo 226 da CF, com extensão aos casais homossexuais.

5.2.4 A inverdade da precedência

Alguns pontos merecem destaque na decisão do STF, sendo o primeiro deles uma característica interessante que retrata a atual Suprema Corte: atuação isolada de cada Ministro. Ora, da análise da decisão da SCEUA verificou-se que o Relator proferiu o voto majoritário e somente os dissidentes proferiram cada qual seu voto em separado; por outro lado, da análise da decisão do STF, mesmo com votação unânime, cada um dos Ministros votantes escolheu por proferir seu voto em separado (seu próprio acórdão, alguns deles inclusive com ementa). O que retrata o *solipsismo* tão bem abordado por Lenio Luiz Streck (2017), bem como se traduz na pesquisa de Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro (2015, p. 141/142) quando evidenciam a figura da construção da jurisprudência pessoal de cada Ministro. Em outras palavras, mesmo em decisões plenárias, evidenciam-se as 11 ilhas isoladas e

independentes entre si, desnaturando a ideia de colegialidade para se dar espaço para a atuação individual de cada Ministro, os quais, por vezes, procuram saciar o ego a partir de exposições em busca de apoio popular.

Quanto ao segundo ponto, se já é discutível se realmente há um sistema de precedentes estabelecido no Brasil (matéria abordada no último capítulo), quiçá se considerar que houve aplicado eventual sistema na decisão em exame. Explica-se. Diferente da decisão da SCEUA (em que cada observação era cercada de precedentes a justificá-la), na decisão do STF se verifica que na maioria dos votos nem mesmo há um julgado sequer mencionado, quem dera precedente. Mais precisamente, no voto do Ministro Relator Ayres Britto não há julgado algum citado no mérito, em contraponto, há menção a Caetano Veloso, deuses do Olimpo, Chico Xavier, dentre outros; no voto do Ministro Luiz Fux, doutrina e uma decisão monocrática do STF mencionada; no voto da Ministra Carmen Lucia a menção a Guimarães Rosa, Grande sertão: veredas, mas nenhum julgado mencionado; no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, uma decisão de recurso extraordinário mencionado; os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurelio nenhum julgado mencionam; e os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello trazem alguns julgados em menção, mas sem se referir a precedentes.

Isso leva a duas principais observações: uma, no Brasil não há instalada a doutrina dos precedentes; duas, severa subjetividade, decisionismo e argumentos morais subsidiaram os votos dos Ministros.

O que direciona ao terceiro ponto, em 14 de maio de 2013, quando o Ministro Joaquim Barbosa, enquanto Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editou a Resolução n. 175, dispondo sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo, vedando as autoridades competentes se recusarem a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, a converter união estável em casamento. Isso somente ressalta tão fraca a precedência é no Brasil, se existente, haja vista que, apesar de vinculante e *erga omnes* a decisão do STF, houve necessidade da edição de resolução do CNJ, a fim de obrigar os cartorários a cumprirem tal preceito.

Para Lenio Luiz Streck (2018, p. 124-125), o julgamento registrou uma conduta ativista da Corte, colocando-se no lugar do legislador ordinário e do legislador constituinte, até porque há clara redação constitucional e infraconstitucional sobre a matéria. A Constituição traz que união estável é entre homem e mulher, por isso,

mesmo que a favor de uma causa, é necessário esperar pelo legislador; posto que o Judiciário não é formado por filósofos políticos, morais, sociólogos, etc., mas sim por juízes, e a eles cabe aplicar o Direito, analisar como se pode alcançar uma resposta a partir do Direito, e não de argumentos pessoais, políticos, morais, etc., sob pena de se ingressar no voluntarismo, criando uma verdadeira *Constituição B* (STRECK, 2018, p. 126-128). A discussão no STF foi de ordem moral, contudo, “um argumento moral não pode corrigir a Constituição”, por essa razão, “[...] se concordarmos com a moralização do Direito em boas causas, fatalmente chegará o momento em que a correção moral virá para afetar Direitos fundamentais (seriam as causas ruins)” (STRECK, 2018, p. 126). Nesse caso, não se tratava da análise de uma legislação infraconstitucional e eventual afastamento, mas sim da norma constitucional que o próprio constituinte já apontou um caminho; necessária a mudança, mas pelo parlamento, não pelos juízes com argumentos morais ou pragmáticos (*não temos tempo de esperar pelo Legislador*) (STRECK, 2018, p. 133).

Lara Freire Bezerra de Sant’Anna (2014, p. 103/109) critica dizendo que há disposição constitucional expressa sobre o tema, deixando claro que a união estável é entre homem e mulher; que foi uma péssima e retrógrada escolha do constituinte, mas que deveria ser mudada pelas vias democráticas, e não por uma interpretação contra o próprio texto constitucional, pois ele é o limite de atuação do STF; define a decisão como um verdadeiro atentado à democracia, tornando o STF um próprio constituinte; e finaliza, dizendo que, “não é porque concordamos com os resultados que devemos legitimar uma decisão legislativa e, portanto, usurpadora de um poder não eleito”.

6 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* E A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO A IMPLEMENTAÇÃO DE MECANISMOS DO *COMMON LAW* PELO BRASIL

6.1 PRINCIPAIS DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS

Merecem análise diferenças e semelhanças ainda presentes nos sistemas jurídicos anglo-saxônico e romano-luso-franco-germânico estudados nos EUA e no Brasil, respectivamente, em conformidade com a pesquisa elaborada nos capítulos anteriores.

Uma semelhança já na origem desses sistemas nos EUA e no Brasil é que ambos foram colonizados e sujeitos de introdução de sistemas jurídicos existentes nos Estados colonizadores. É evidente que o que foi absorvido pelo Brasil é diferente do que foi absorvido pelos EUA, porque no *civil law* a norma geral e abstrata é a fonte primordial do Direito, seu ponto central, desenvolvendo-se o raciocínio jurídico a partir desta, diferentemente do que ocorre no *common law*, onde a norma geral e abstrata é apenas uma das fontes e, por isso, o raciocínio jurídico parte muito mais precisamente dos precedentes e das decisões judiciais elaborados em conformidade com um processo histórico de formação. Então o Brasil seguiu as Ordenações de Portugal, enquanto os EUA deram preferência ao que lhes foi apresentado pela potência colonizadora: o *common law*. Isso não quer dizer que a colônia importou pura e simplesmente o que era adotado no sistema da metrópole; inicialmente sim, isso ocorreu; entretanto, os sistemas coloniais foram se tornando independentes e estão evoluindo até os dias atuais.

Já que aqui se está a falar dos sistemas judiciais de origem anglo-saxônica e romana e que também se está a analisar os Judiciários no Direito comparado, cumpre constatar que, na época da independência dos EUA e da Revolução Francesa, o Judiciário deste último país se encontrava ao lado dos donos do poder, dando suporte à monarquia absoluta que era sustentada pelos nobres aristocratas e pelo clero; enquanto isso, no que diz respeito ao Judiciário norte-americano, a história demonstra que este, ao contrário da França, sempre se encontrou ao lado do povo, razão pela qual o Judiciário dos EUA não foi atacado pelos revolucionários que capitanearam a

guerra da independência. Esta diferenciação quanto aos dois Judiciários é constatada por John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (2009, p. 42). Assim, verifica-se já de início que no *common law* sempre se depositou confiança no juiz, diferentemente do que tem ocorrido no *civil law*, sistema partido de Roma no qual a norma geral a abstrata é o meio seguro para evitar as arbitrariedades judiciais.

Nas universidades anglófonas, os juristas ensinavam formas de resolver os casos levando em conta a prática cotidiana do Direito; já nas universidades advindas do tronco romano e com as quais o Brasil sempre se identificou, a base dos estudos sempre foram as descrições científicas e doutrinárias partidas não da jurisprudência, mas sim das normas gerais e abstratas componentes do sistema.

Os EUA sempre foram muito mais politizados, juridicamente falando, do que os países do tronco romano. Isso significa que o juiz norte-americano, em alguns Estados da Federação, até propaga a sua cultura política e até o seu posicionamento partidário. No Brasil isso nunca foi possível, porque o sistema de recrutamento no primeiro grau é respeitante do princípio do concurso público; quanto ao que ocorre nos segundos graus de jurisdição brasileiros, as vagas são ocupadas por merecimento e antiguidade, havendo a abertura dada pelo quinto constitucional aos advogados e aos membros do *Parquet*.

Sobre o tônus das decisões judiciais, verifica-se que os precedentes regem interpretação jurídica e desenvolvimento de um julgado no *common law*, que, por meio do *stare decisis* obriga seu cumprimento, com o fito de atingir coerência e integridade das decisões, focando nas peculiaridades do caso concreto e buscando resolver aquele caso específico, não futuros. Por outro lado, no *civil law* a resolução de conflitos se baseia nas normas legais em consonância com a Constituição, ou seja, a legislação traça o norte do raciocínio jurídico.

Explica Júlio César Rossi (2015, p. 54) que o Direito praticado nos países anglófonos, tais como EUA e Inglaterra, é criado pela cabeça dos juízes, fator este que não elide do sistema as leis existentes. Traduzindo o pensamento de Rossi, tem-se que a lei só será boa no momento em que aplicada pelo juiz, *tempus* este em que se dá uma movimentação interpretativa da lei em torno de um precedente historicamente já consolidado. Comparando-se esta situação com o Brasil, conclui-se que enquanto nos EUA a legislação somente completa e ampara a aplicação dos precedentes, no Brasil a prioridade para resolução de um conflito é a norma geral e abstrata quanto à utilização, pelo juiz, da jurisprudência, seja ela mais recente ou seja

ela de que ano lá for, nada no sistema obriga o juiz a fazer citações jurisprudenciais em sua sentença. O que Rossi quis dizer é que é comum a citação, pelo juiz brasileiro, de decisões judiciais recentes para cumprir a finalidade de demonstrar que, de fato e concretamente, aquilo que se previu na lei é aplicado efetivamente pelos tribunais; tal realidade não traria segurança jurídica alguma porque a jurisprudência brasileira é deveras cambiante (ROSSI, 2015, p. 101).

Miguel Reale (2002, *passim*) menciona as principais características de cada sistema, começando pelo *common law*: (i) a sua origem provém do *common law/equity*; (ii) tradição oral; (iii) função primordial, a de resolver conflitos, sendo as decisões baseadas em casos passados e semelhantes; (iv) sistema jurídico aplicado na Inglaterra, Reino Unido, parte dos EUA e do Canadá e ex-colônias do Império Britânico; (v) os precedentes elaborados pelo Judiciário e decisões do tribunal, quando não há caso análogo anterior; (vi) o Direito é aperfeiçoado pelos juízes; (vii) a lei é uma das formas de manifestação do Direito. Quanto ao *civil law*, leciona Reale que: (i) a sua origem provém do Direito Romano e das codificações; (ii) Direito escrito e positivado; (iii) o Direito cumpre a função primordial de orientar condutas, tendo as leis como início do raciocínio jurídico; (iv) trata-se do sistema jurídico mais difundido no mundo, incluindo-se América Latina, Europa continental, Ásia (exceto partes do Oriente Médio) e partes da África; (v) as normas gerais e abstratas elaboradas pelo Legislativo como premissas e fontes primárias do Direito; (vi) quando não há soluções nas normas gerais e abstratas, o juiz recorre a outras fontes do Direito; neste último caso, o magistrado brasileiro encontrará abrigo na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 52-54) aponta algumas aproximações entre os sistemas jurídicos, tais como nascimento casuístico, problemático e concreto; a jurisprudência da *equity* teve inspiração de alguns princípios do Direito Romano e Direito Canônico; sobre harmonização entre poder estatal e Direitos individuais o *civil law* influenciou-se por concepções do Direito britânico; os EUA tiveram influência da codificação do *civil law* na elaboração de sua Constituição escrita; influenciado pelo Direito Canônico, o *common law* posicionou a Constituição como suprema na hierarquia jurídica; o *common law* influenciou o *civil law* no conceito de Constituição

e, por conta da consideração de que esta é hierarquicamente superior, influenciou também o controle difuso de constitucionalidade.²⁴

A organização judiciária é semelhante no que tange à divisão entre Justiças Federal e Estadual, porém, diverge no que tange aos juízes de 1º e 2º grau principalmente, mais precisamente no que tange a sua escolha, que nos EUA se aproximam mais da população com caráter eminentemente político, até mesmo com escolha partidária e eleições em inúmeros Estados norte-americanos, diferentemente do que ocorre no Brasil, República em que a tradição se desenvolveu pelo ingresso por meio de concurso público. Já as Supremas Cortes divergem no que tange à politização, que lá, como já examinamos, é mais às claras do que no Brasil, apesar de estar intrínseca ao meio; e uma grande diferença o seu modo de atuar, competência e modo de decidir, que diverge diametralmente, com procedimentos de diálogo interno nos EUA e um evidente solipsismo²⁵ no Brasil, com competência restrita nos EUA e extremamente abrangente no Brasil, e com extremo respeito aos precedentes, coerência e integridade no atuar da SCEUA e aleatoriedade no STF. A organização federativa difere pela grande independência e competência dos Estados nos EUA em comparação ao Brasil.

Uma das mais impactantes diferenças entre os sistemas jurídicos estudados – doutrina do *stare decisis* –, Maurício Ramires (2010, p. 65) leciona:

De qualquer forma, com ou sem constituição e leis escritas, o ponto fulcral dos direitos inglês e norte-americano (e dos demais sistemas de direito que pertencem à mesma família) continua sendo a *doctrine of stare decisis*. Este é o seu elemento definidor, que o distingue da tradição romano-germânica. Na *civil law*, as regras jurídicas sempre foram procuradas em um corpo de normas preestabelecidas: antigamente, o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano; depois, os códigos; hoje, as constituições e todo o conjunto de leis infraconstitucionais. Na *common law* (e também na *equity law*, que nisso não se distingue), a obrigação é a de respeitar as regras estabelecidas pelos juízes em decisões passadas.

Para Júlio César Rossi (2015, p. 78), independentemente de aproximações e diferença entre os dois sistemas, conforme a tradição do seu país, o magistrado deve conduzir seu atuar. Assim, Georges Abboud (2012, p. 511) destaca que no sistema do *civil law* existe a constante possibilidade de o juiz modificar sua jurisprudência, além de poder se afastar do entendimento dos Tribunais superiores, mesmo que de

²⁴ Para mais comentários sobre aproximação: Mario Giuseppe Losano (2007, p. 345).

²⁵ Sobre o tema: Lenio Luiz Streck (2017).

forma limitada, muitas vezes calcado na “segurança jurídica” e economia processual; o que não se vê no *common law*, onde o juiz se vincula ao sistema de precedentes (constituindo uma verdadeira *rule of law* uma série de decisões ao longo da história), somente podendo se afastar do precedente se aplicar o *distinguishing* ou o *overruling* por meio de exaustiva fundamentação ao caso concreto.

Mais precisamente sobre a discricionariedade ou não das Supremas Cortes em voga:

a) Do ponto de vista de sua estrutura e organização, as cortes superiores tradicionais dos países de Civil Law – especialmente, mas não apenas, no Continente europeu – são profundamente diversas dos tribunais superiores dos países de Common Law. [...]; b) Essa consequência é ulteriormente agravada por um princípio processual, afirmado tradicionalmente nos países de Civil Law, pois radicado em multicentenária história de desconfiança na discricionariedade dos poderes públicos e do judiciário em particular. Esse princípio tende a excluir a possibilidade de os tribunais superiores recusarem-se a decidir todos os recursos regularmente levados a seu julgamento, escolhendo decidir apenas os que suscitam questões de maior relevância geral e pareçam de maior gravidade à corte. Um instituto como o writ of certiorari, que concede às cortes dos Estados Unidos e dos outros países do Common Law um poder semelhante de escolha, é portanto excluído enquanto contrário àquele princípio tradicional (CAPPELLETTI, 1999, p. 112-128).

Sobre o elevado número de demandas nas Cortes Supremas do *civil law* em comparação com as do *common law*, afetando a qualidade de suas decisões:

Mostra-se óbvio que tão elevado número de decisões compromete inevitavelmente a qualidade, esmero e coerência dos pronunciamentos e, em última análise, a própria autoridade da jurisprudência daqueles tribunais. Como escreve o professor Tunc, “é difícil crer que uma corte que produz 35.000 decisões por ano, com uma proporção de 100 decisões por magistrados (como no caso da Corte de Cassação italiana), possa agir com o mesmo cuidado do que um tribunal prolator de apenas 50 decisões, com proporção de 5 por magistrado, como no caso da Grã Bretanha” (CAPPELLETTI, 1999, p. 112-128).

Mais aprofundadas diferenças sistemáticas, sobretudo o *stare decisis* do *common law*, bem como o Direito legislativo do *civil law* (em contraposição ao realismo jurídico aos juízes do *common law*):

[...] usualmente falta nos países de Civil Law algo semelhante à regra forma do *stare decisis*, isto é, o vínculo aos precedentes judiciais. Não desejo com isso que tal falta represente, como não poucos comparativistas têm entendido, o elemento diferenciador fundamental dos sistemas de Civil Law em relação aos de Common Law. É necessário reconhecer, efetivamente, de um lado, que a doutrina do *stare decisis* pode ser aplicada de maneira muito

flexível, o que realmente acontece especialmente nos Estados Unidos, enquanto que na Grã-Bretanha a rigidez de sua aplicação também tem sido atenuada ultimamente, entre outros motivos, pela famosa declaração do Lord Chanceler que, 1966, falando pela unanimidade da House of Lords, afirmou o poder daquela Corte de Alterar a própria jurisprudência. De outro lado, por antiga tradição reconhece-se também nos sistemas de Civil Law a autoridade – de fato, embora não formal, persuasiva, embora não vinculante – do precedente judiciário, enquanto ‘auctoritas rerum similiter inudicatarum’. Contudo, nem ao menos seria correto negar completamente a diferença, embora essencialmente cuide-se de diferença formal e não substantiva. Ela é, exatamente, a consequência lógica das diferenças estruturais-organizativas, processuais e de sociologia judiciária das quais se falou pouco antes. A estrutura mais diluída dos tribunais, o grande número de decisões irrelevantes que, no plano da tendência geral, fazem cair no esquecimento as pouco relevantes, o tipo de magistrados mais anônimos e ‘dirigidos para a rotina’: todas essas características conspiram para fazer com que a ‘auctoritas’ da jurisprudência seja menor, menos visível e ‘dramática’ nos países de Civil Law do que na área em que, pelo contrário, prevalece a tradição do Common Law; e, e) Uma última diferença fundamental, em que certo sentido origina-se da acima examinada, radica na própria concepção do direito. Nos países de Civil Law, tende-se a identificar o direito com a lei, com a consequência de que, também em face da lacuna legislativa, entende-se, ou se pretende entender, que de qualquer modo o juiz não faz senão aplicar a lei, na medida em que a lacuna é suprida com argumento por analogia ou a contrário da própria lei, ou dos princípios desta extraídos. Nos países de Common Law, pelo contrário, o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito. Em face da lacuna, o juiz daqueles países sabe que sempre há, para além da lei, o common law, ou seja, o direito desenvolvido pelos próprios juizes, que disciplinará as relações jurídicas das partes (não disciplinadas pela lei). Essa, evidentemente, é uma outra causa da maior autoridade do juiz do Common Law, em relação ao do Civil Law (CAPPELLETTI, 1999, p. 112-128).

Comparando o *stare decisis* (EUA) e o efeito vinculante (Brasil), verifica-se que o primeiro é um instrumento para a própria coerência do Poder Judiciário dos EUA, no sentido de trazer estabilidade na regulação das relações sociais. De outro lado, no Brasil, o efeito vinculante tem um caráter impositivo externo, obrigando inclusive os outros Poderes (LEAL, 2006, p. 127). Assim, “uma análise mais pormenorizada da questão revela diferenças conceituais que dificultam apreciá-los como instrumentos de mesma espécie” (LEAL, 2006, p. 127).

O *stare decisis* do *common law* é um de seus mecanismos, chamado de *law reports*, por Lenio Luiz Streck (2013a, p. 358):

A doutrina dos precedentes obrigatórios (doctrine of binding precedente), também chamada *stare decisis*, *case law*, está estreitamente ligada ao sistema denominado de *Law Reports*. De pronto, deve ser dito (e repetido) que uma das características históricas mais marcantes da lei inglesa é ser produto do trabalho dos juizes (judge made law). Ou seja, a maior parte da *common law* não é produto do Parlamento, mas sim do trabalho de séculos dos juizes aplicando regras consuetudinárias estabelecidas, aplicando regras a casos novos, à medida que foram surgindo. O princípio que respalda a doutrina dos precedentes consiste em que, em cada caso, o juiz deve aplicar

o princípio legal existente, isto é, deve seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores (*stare decisis*). O exposto representa bem o aspecto histórico da formação da lei inglesa. Porém, na atualidade, devido à maior sistematização e clarificação das fontes do direito – a maior parte do direito atualmente encontra-se nos *law reports* e nas leis originárias do Parlamento – já não se pode seguir afirmando, sem reserva, que o juiz faz o direito, uma vez que sua função é a de decidir os casos conforme as regras legais existentes.

Júlio César Rossi (2015, p. 90) afirma que há doutrinadores que defendem que a distinção global entre *civil law* e *common law* não mais perdura devido à evolução de cada Estado, aperfeiçoamento de cada sistema e compartilhamento de suas características, a exemplo do brasileiro com influência norte-americana nas *class action* e no controle difuso de constitucionalidade. Apesar disso, o referido autor deixa claro que cada qual permanece com as características próprias do sistema a que pertencem, não descaracterizando o *civil law* o fato de a jurisprudência estar sendo valorizada (ROSSI, 2015, p. 75).

Destarte, “a filosofia na forma de compreender e aplicar o Direito nos dois sistemas é diversa; conseqüentemente, a substituição de um por outro simplesmente não se faz possível nem desejável” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 199). Ou seja, “uma tradição, por definição, é algo marcado por continuidade e que parece se opor à ideia de inovação e mudança”, porém, “como observou Heráclito, os rios correm e nunca nos banhamos duas vezes nas mesmas águas”; a tradição pode se modificar, mas sempre seguirá um padrão, um caminho que depende para sua existência e continuidade, tanto que as mudanças são determinadas pela experiência do passado, sendo a mudança “um sinal de continuação da vida” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 210).

Portanto, mesmo com algumas semelhanças, cada sistema jurídico e suas características, que formam o Judiciário e seu atuar, são singulares, ímpares e independentes, sendo salutar o estudo de como se iniciou, do que trata e para o norte que caminha, a fim de traçar aonde se quer chegar. As raízes, fundamentos, cultura e tradição do sistema jurídico de cada Estado subsidiam sua própria identidade, formando o que atualmente evoluiu. Visões rasas e superficiais são profundamente perigosas, colocando em risco a segurança jurídica como um todo, a exemplo do que se tenta aplicar no Brasil a título de precedentes, numa adoção assistemática do *common law* e do sistema de precedentes, dentre outras características um tanto quanto desvirtuadas que no tópico seguinte serão abordadas e trazidas ao debate.

6.2 A ADOÇÃO ASSISTEMÁTICA DO *COMMON LAW* E DO SISTEMA DE PRECEDENTES

No Brasil, parte da doutrina vêm defendendo não só a aproximação do Brasil ao *common law*, mas a internalização de mecanismos do *common law* norte-americano, sobretudo a atuação da Suprema Corte e o sistema de precedentes lá existente, atribuindo a diversos fatores, em especial à vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 98) defende que a aproximação entre as jurisdições do *civil law* e do *common law* é fruto da necessidade de se respeitar os precedentes no Brasil. O mesmo autor assevera que, “em termos de eficácia do sistema e do Poder, não importa se o juiz inferior concorda com a decisão do juiz superior – é apenas essa que vale e produz efeitos”, se reportando ao “sistema de precedentes” que afirma existir no Brasil (MARINONI, 2010, p. 209). E continua, afirmando que:

Bem vistas as coisas, divergência jurisprudencial apenas pode existir entre tribunais de igual estatura, e não entre um tribunal ordinário e aquele a quem incumbe unificar a interpretação da lei federal, zelando pela unidade do direito federal no país. Um Tribunal de Justiça ou Regional Federal não diverge do Superior Tribunal de Justiça, mas desrespeita a autoridade de suas decisões (MARINONI, 2010, p. 387).

Aprofundando a temática, além de deixar clara a irretocabilidade das decisões dos Tribunais Superiores, defende o referido autor o *status* de norma geral ao precedente:

Relevante é que o precedente obrigatório orienta os cidadãos, pois lhes diz o modo como devem se comportar e lhes dá previsibilidade acerca do resultado dos reclamos jurisdicionais, tendo, nesta dimensão, a característica de norma geral que, além disso, é capaz de oferecer maior segurança que a própria norma legislativa (MARINONI, 2010, p. 95).

O risco maior dessa interpretação é que propaga a superioridade do precedente em relação à própria lei, criando um verdadeiro Direito dos Tribunais Superiores, o que não se admite em um Estado Democrático de Direito com suporte no princípio da legalidade, como é o caso do Brasil. Logo, pode-se afirmar, com a devida vênia, que a assertiva de Marinoni não encontra abrigo algum no sistema jurídico brasileiro. A

situação se agrava no momento em que este mesmo autor afirma que “a decisão interpretativa, por ser elaborada a partir das valorações e da vontade do intérprete, é algo mais em face da regra editada pelo legislador, tendo, assim, um caráter de criatividade a partir da lei” (MARINONI, 2013, p. 156). As palavras “vontade” e “criatividade” assombram sobremaneira, posto que o Direito não é produto da vontade do julgador, muito menos está sob o crivo da criatividade do juiz, não se podendo admitir no sistema jurídico brasileiro tal raciocínio, sob pena de se abrir o ordenamento para o cometimento de graves arbitrariedades e para o desenhar de um horizonte marcado por extremada insegurança jurídica. É por conta de opiniões assim que o STF tem causado a mais lamentável insegurança jurídica já vista neste país, principalmente através da modulação de efeitos consubstanciada em três momentos distintos, quais sejam: (i) falta de pauta; (ii) guerra de liminares sem maiores justificativas jurídicas; (iii) pedidos de vista sem data marcada para a devolução dos processos. O tema continua com Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 105), que defendem que “[...] os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao Direito ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas”, entendendo que a partir da decisão interpretativa passa-se a atribuir sentido ao Direito, obrigando-se pelo precedente judicial. Ora, com um STF assim, apoiado em tal doutrina, só se pode concluir que o Brasil está no cume da sua mais grave crise jurídica em todos os tempos; fator este que transforma a Suprema Corte brasileira num verdadeiro Oráculo de Delfos.²⁶

Em um estudo breve sobre as aproximações entre *civil law* e *common law*, publicado em 2008, Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 35) traz que ambos os sistemas jurídicos visam a segurança e previsibilidade, supondo que no *civil law* se dão através da lei e sua estrita aplicação pelos juízes, já no *common law* por meio da interpretação dos juízes e na força vinculante dos precedentes. No mesmo estudo, afirma sobre a aproximação entre a atividade dos juízes no controle difuso de constitucionalidade, advertindo que apenas o *common law* devota respeito aos precedentes, e que a ausência de respeito aos precedentes no *civil law* é devido à falsa suposição de que a lei é suficiente para segurança jurídica (MARINONI, 2008, p. 55). E, por fim, assinala

²⁶ Sobre a temática: Alexandre Coutinho Pagliarini e Hellen Caroline Pereira Fernandes (2019).

que a segurança jurídica exige o sistema de precedentes no Brasil, tratando casos similares do mesmo modo (MARINONI, 2008, p. 56).

Com posicionamento extremado, Freddie Didier Jr. (2011, p. 41-43) defende que o sistema jurídico vigente no Brasil não se filia a nenhuma tradição jurídica pois tem uma própria, inspirada em vários modelos estrangeiros. Por isso, verifica ele o Direito brasileiro fruto desses amálgamas como um *brazilian law*:

Costuma-se afirmar que o Brasil é um país cujo Direito se estrutura de acordo com o paradigma do civil law, próprio da tradição jurídica romano-germânica, difundida na Europa continental. Não parece correta essa afirmação. O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no judicial review estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (civil law) e, ao mesmo tempo, constrói um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmulas vinculantes, súmulas impeditivas, julgamento modelo para causas repetitivas etc. [...], de óbvia inspiração no common law. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microsistema de tutela coletiva dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do common law [...]. A identificação de uma tradição jurídica não se faz apenas com a análise do sistema jurídico. É preciso investigar também o papel e a relevância dos operadores jurídicos e o modo como se ensina o Direito. No Brasil, embora a importância da opinião dos doutrinadores ainda seja bem significativa (característica do civil law), o destaque que se tem atribuído à jurisprudência (marca do common law) é notável, de que serve de exemplo a súmula vinculante do STF. Não obstante o nosso ensino jurídico, se tenha inspirado no modelo da Europa Continental (principalmente de Coimbra), não se desconhecem atualmente inúmeros cursos de Direito que são estruturados a partir do exame de casos, conforme a tradição do common law. Os problemas jurídicos repetem-se nos mais diversos recantos do mundo. O ser humano é muito parecido, seja ele japonês, norte-americano, índio, judeu, ateu, brasileiro. A solução desses problemas variará, obviamente, conforme os modelos teóricos e os aspectos culturais de cada país. Assim, por exemplo, os problemas relacionados à boa-fé processual são resolvidos nos Estados Unidos pela cláusula do devido processo legal; na Alemanha, pela expansão do § 242 do BGB (Código Civil alemão) aos 'domínios não-civis', e assim sucessivamente. Muitas vezes, a discussão doutrinária é puramente terminológica. A questão da ilicitude do comportamento contraditório, por exemplo, foi, na Alemanha, resolvida pelo desenvolvimento da proibição do venire contra factum proprium; na Espanha e na Argentina, pela doutrina de los actos propios; e nos países do common law, pelo estoppel. Já se disse, inclusive, que a construção do venire contra factum proprium é um 'common law wine in civil law bottles'. Trata-se da mesma solução, com nomes e pressupostos teóricos diversos. A observação é muito importante. O Direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente. Um exemplo disso é o sistema de tutela de direitos coletivos: não nos consta que haja em um país de tradição romano-germânica um sistema tão bem

desenvolvido e que, depois de quarenta anos, tenha mostrado bons resultados concretos [...]. A experiência jurídica brasileira parece ser única; é um paradigma que precisa ser observado e mais bem estudado. O pensamento jurídico brasileiro opera (tem de operar), com alguma desenvoltura, com os marcos teóricos e metodológicos desses dois grandes modelos de sistema jurídico. Um exemplo talvez seja útil para compreender a importância desta constatação. Há no Brasil, robusta produção doutrinária e vasta jurisprudência sobre o devido processo legal e a boa-fé objetiva. Operamos, sem maiores percalços, com institutos de origens diversas (o primeiro, common law, o segundo, civil law). O pensamento jurídico brasileiro começa, inclusive, a ganhar autonomia, desvinculando-se de sua ascendência, como demonstra a concepção brasileira sobre o devido processo legal substancial [...], bem diferente da visão original estadunidense. A própria vinculação entre a boa-fé processual e o devido processo legal [...] é uma construção teórica brasileira, original e muito profícua. Enfim, para bem compreender o Direito processual civil brasileiro contemporâneo não se pode ignorar essa circunstância: é preciso romper com o ‘dogma da ascendência genética’, não comprovado empiricamente, segundo o qual o Direito brasileiro se filia a essa ou àquela tradição jurídica. Temos uma tradição jurídica própria e bem peculiar, que, como disse um aluno em sala de aula, poderia ser designada, sem ironia ou chiste, como o *brazilian law*.

Júlio César Rossi (2015, p. 105-106) demonstra sua consternação diante das afirmações de Freddie Didier Jr. acima transcritas, apontando que o mesmo procedeu “verdadeira mixagem” ao desconsiderar a tradição jurídica dos grandes sistemas, o paradigma do Direito em que está o Brasil inserido, “balizando-se no ‘senso comum teórico dos juristas’, com nossa doutrina legitimadora de que o Direito é somente o que os Tribunais dizem que ele é, faz um verdadeiro ‘ode legitimador’ da necessária quebra da tradição jurídica no Brasil”; com isso, grandes problemas de incoerência, ativismo e desvirtuamento de institutos, sem comprometimento com a integridade do Direito, “produzindo, dia após dia, julgamentos ad hoc e precedentes que não ‘duram 30 dias’ porque, em sua maioria, são superficiais e produzidos sem o menor cuidado com a legislação, doutrina, jurisprudência, ou seja, sem DNA, como sustenta Lenio Luiz Streck”.

Outros preocupantes conceitos: (i) precedentes seriam “razões generalizáveis extraídas da justificação das decisões”, sendo que “emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios” (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2015, p. 611); (ii) o Código de Processo Civil de 2015 exige uma ruptura com crenças do *civil law*, estabelecendo o modelo de precedentes no Brasil, com recepção mitigada de *stare decisis* (ZANETI JR.; PEREIRA, 2016).

Como defensores do sistema de precedentes, Luis Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello (2016) afirmam que o Código de Processo Civil de 2015 instituiu no Brasil um “sistema amplo de precedentes vinculantes”, mais precisamente

no artigo 927. Nesse sentido, sustenta José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 18) que: “[...] atividade dos juízes e, por via de consequência, os precedentes judiciais constituem importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (civil law), com incidência muito mais ampla do que normalmente se imagina”, defendendo a importância de se trabalhar com precedentes.

Daniel Mitidiero (2016, *passim*) aposta no que denomina “Cortes de Vértice”, afirmando tratar-se da atuação das Cortes Superiores para o futuro, como Cortes de interpretação, que se autogovernam e têm a última palavra sobre o Direito. Comenta também sobre os precedentes e tem a *ratio decidendi* como matéria já formada pelo órgão jurisdicional, que terá que trazer a *ratio* já pronta e acabada, ignorando todos os detalhes que a cercam, principalmente a dificuldade já no *common law* de encontrar a *ratio* em um julgado.

William Soares Pugliese (2011, p. 45) tenta compatibilizar a teoria dos precedentes do *common law* com o sistema brasileiro, inferindo que não são incompatíveis com a tradição civilista os ideais pregados pelo *common law* a respeito do *stare decisis*, muito menos com o sistema jurídico brasileiro. Admite haver um problema a ser reconhecido, resumindo-se nos conceitos desenvolvidos para o *common law* que objetiva a solução do caso, diferentemente do *civil law* que tem como foco a lei e sua interpretação (PUGLIESE, 2011, p. 79). Demonstra que a diferença entre *common* e *civil law* é que no primeiro os juízes buscam unidade das decisões; na sua opinião, exemplo tão distinto deveria servir aos juízes brasileiros (PUGLIESE, 2011, p. 88). Indica as súmulas (vinculantes ou não) como a principal forma de aproximação dos precedentes, mas que padecem de um grande vício: não têm fato, são desprovidas de caso concreto, ao passo que é justamente o caso concreto que deveria propiciar um julgamento coerente com uma *ratio decidendi*, podendo, contudo, ser corrigido com a edição de súmula que referencie os julgamentos que lhe orientaram, podendo-se conferir sua materialidade a partir daí (PUGLIESE, 2011, p. 97-98).

Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 128), na mesma toada, admite que não haveria *ratio decidendi* em muitos “precedentes” do STJ e do STF, por se resumirem em um conjunto de votos favoráveis ou desfavoráveis tão somente; contudo, seria possível a aplicação desses “precedentes obrigatórios” pelas instâncias inferiores, as quais estariam vinculadas pela sua parte dispositiva; desnaturando, em verdade, o que seria um “sistema de precedentes”.

Lenio Luiz Streck (2019a, p. 22) bem lembra do julgado do RE 655.625, mais precisamente da fala do Ministro Edson Fachin, o qual conclui que, com o Novo Código de Processo Civil, estar-se-ia vivendo no *common law* pois Brasil terá adotado o *stare decisis* por causa do artigo 926.

Depreende-se do relato de alguns dos defensores da ideia de que o Brasil se transformou num país de um novo *common law* e dos precedentes o seguinte: eles elegem o Código de Processo Civil de 2015 como inaugurador de um sistema de precedentes tal qual ocorre no *common law* norte-americano, sustentando a busca pela igualdade e segurança jurídica através desse “sistema”.

O que mais ressalta aos olhos e será discutido a seguir, dentre outras temáticas, é: temos no Brasil o tal sistema de precedentes advindo do *common law* norte-americano? O Novo Código de Processo Civil trouxe esse “sistema”?

6.3. A NECESSIDADE DE UMA POSIÇÃO CRÍTICA

6.3.1 A problemática

Quando se está a falar sobre comparações, importações ou implementações de mecanismos de outros sistemas legais, imperioso o respeito à cultura, tradição, evolução e especificidade de cada um deles, e mais importante, o conhecimento sobre cada qual antes de se tentar implantar mecanismos que operam em sistemas diversos.

Nesse diapasão, John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (2009, p. 23) ressaltam a dimensão da tradição de cada sistema jurídico:

Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão.

Até porque, como observa Maurício Ramires (2016, p. 253) o perigo de se utilizar experiências estrangeiras no Direito nacional é a sua descontextualização pela falta de familiaridade entre os sistemas jurídicos e seus mecanismos. Em outras palavras, há uma história, uma cultura, uma tradição e um suporte no cenário jurídico de cada sistema, que permite o funcionamento de suas engrenagens, o que deve ser respeitado, sob pena de descontextualizações e perdas de suportes necessários, que podem causar inoportunos e inadequados resultados, o que, para lá de ser um caos, faz estremecer a segurança jurídica ao não respeitar as bases necessárias para funcionamento de cada sistema tal qual ele é segundo sua história.

A chamada *commonlização* ou *commonlawlização* e o precedentalismo, como focos de estudo desta dissertação, são exemplos concretos e atuais disso, resultando inclusive no autoritarismo, ativismo e voluntarismo que referidas teses reverberam e se materializam no Judiciário, especialmente no STF. Os defensores do precedentalismo se utilizam do realismo jurídico, ignorando a verdade do que seriam os “precedentes” no Brasil, focando somente no que julgam como deveria ser, desprendidos do que ocorre na prática judiciária, dando mais relevância ao denominado “sistema de precedentes” do que à própria Constituição Federal e à própria lei, através de uma mega aposta no que denominam de “Cortes de Vértice”, como verificado no tópico anterior.

Lenio Luiz Streck (2013b) já advertia que os defensores da *commonlização* intentam reprimar o realismo jurídico, comparando a um “positivismo fático”, deslocando a validade de uma lei à validade de uma decisão judicial, a lógica jurídica a argumentos judiciais, ou seja, os Tribunais superiores dirão o que o Direito é. Na sua obra mais recente sobre o tema, Lenio Luiz Streck (2019a, p. 9, 13-19) deixa clara sua ampla discordância dos *commonlistas*/precedentalistas brasileiros, refutando a suposta criação de um sistema brasileiro de precedentes, *stare decisis* ou *common law* à brasileira, pois a tem como incompatível com a Constituição e a teoria jurídica contemporânea, afirmando, inclusive, que os defensores da *commonlização* são os mesmos que apostaram no protagonismo judicial, resultando em decisões munidas de atos de vontade pela importação acrítica do elemento central do *common law*, posto que ao invés de interpretar leis e casos, se resume a aplicação de teses das Cortes superiores; ou seja, as palavras da Constituição nada valem, tratando-se isso de aplicação utilitarista do Direito para resolver problemas numéricos. Finaliza Streck explicando que os precedentalistas ou *commonlistas* pretendem uma tardia transição:

o abandono do juiz boca da lei (há muito já superado) para a “institucionalização de um realismo de segundo nível ou grau: Cortes que produzam teses que serão aplicadas pelo, agora, juiz (e desembargadores) boca-dos-precedentes (ou teses). Ou seja, o boca da lei troca de nome e função”.

Assim, consequência da doutrina da *commonlização*, aliada a alterações legislativas, com a tentativa de trazer mecanismos distorcidos ao cenário jurídico interno, é a perda do sistema decisório, com a contínua discricionariedade dos Tribunais superiores, agravada pelo efeito vinculante, asseverando Lenio Luiz Streck (2011, p. 394 e 402) que no Brasil tal fato se agravou com a Emenda Constitucional n. 45/2004 que trouxe aos enunciados sumulares a possibilidade de se lhes atribuir efeito vinculante com o fito de agilizar os julgamentos e definir padrões a serem seguidos; contudo, sua errônea compreensão e aplicação acarretaram pronunciamentos carregados de discricionariedade, descontextualizados e alheios às normas gerais e abstratas e às peculiaridades do caso concreto, deixando cristalina a problemática em se assimilar mecanismos estrangeiros, tudo isso sem o menor sucesso.

A respeito da perda de autonomia do próprio Direito e banalização do princípio da legalidade, considerando o autor um verdadeiro ativismo judicial o precedentalismo brasileiro, Eduardo José da Fonseca Costa (2017) assevera:

O fenômeno é perigoso, porém. Há o risco de pan-judicialização da vida social (a qual não se confunde com a pan-legiferação): o governo-de-leis cede lugar a um governo-de-homens (os homens-juizes). Nasce a primazia do iudex sobre a lex. Em consequência, a lei é rebaixada a uma pré-fonte encriptada. O Judiciário passa a ter a chave exclusiva da deciptação ou desincryptação. Assim, o precedente judicial se torna «a» fonte autêntica do direito. Ou seja, a lei se reduz a uma matéria-prima semi-elaborada a ser reprocessada pela indústria judiciária; o precedente judicial se torna «o» produto final acabado. Isso mostra que o precedentalismo brasileiro [= a glorificação dos precedentes judiciais vinculantes] nada mais é do que um filho do ativismo judicial. Se assim é, abre-se concorrência a outras pré-fontes co-constituintes. A moral é a principal delas. Ao sabor do insondável senso de justiça do juiz, a moral vai confirmando, deformando e, não raro, reformando a lei. Vez por outra, o não cognitivismo ético se vale da racionalidade bayesiana - bem ao gosto do homo oeconomicus - para confirmar, deformar ou reformar a lei. Com isso o direito vai tornando-se uma unidade fusionada heterogênea; nela, a lei, a moral, a economia e a política adentram sem qualquer hierarquia entre elas. E, por conseguinte, o próprio direito vai perdendo a sua autonomia.

Sobre o problema quando da criação dos “precedentes obrigatórios” pelos Tribunais superiores, Igor Raatz (2019) traz à lume uma contradição no momento em

que os Tribunais superiores julgam desprezando o Direito legislado e ao mesmo tempo criando precedentes; a contradição reside no fato de que aqueles que dão azo à insegurança jurídica pelo desrespeito à legalidade e pelo decisionismo judicial são os mesmos que defendem a criação de precedentes obrigatórios para coibir a insegurança jurídica.

Exemplo disso, especialmente da assunção equivocada do *stare decisis*, o acórdão do STF a seguir, que cita inclusive um dos doutrinadores que defende o precedentalismo, Daniel Mitidiero (2013), auto afirmando o seu poder cada vez mais agigantado no julgamento do RE 655.265/DF em 13 de abril de 2016, tendo como relator Ministro Luiz Fux e redator para o acórdão Ministro Edson Fachin, afirmando em um trecho da ementa:

[...] 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógicoargumentativa da interpretação”

Portanto, a problemática enfrentada atualmente no Brasil, objeto do estudo em questão, é a importação descabida de institutos que funcionam em sistemas jurídicos estrangeiros, força que corrói a segurança jurídica e despreza as garantias basilares da Carta Magna, colocando em risco o próprio Estado Democrático de Direito e a tripartição dos Poderes.

6.3.2 A negação do sistema de precedentes

Os precedentalistas afirmam que o Brasil estruturou um sistema de precedentes baseado no *common law* norte-americano, sobretudo após o Novo CPC. Não é possível concordar com eles, porque não se pode crer que um mero artigo de lei tenha implementado tamanhas deformidades e simplesmente transplantado para o Brasil mecanismos tão profundos e particulares que compõem o sistema de precedentes norte-americano.

José Afonso da Silva (2012, p. 53) comenta que “o constitucionalismo brasileiro estruturou técnica peculiar de controle, que não comporta a teoria norte-americana”. José Carlos Barbosa Moreira (2004, p. 47, 48 e 52) compara as notas essenciais de cada sistema jurídico, apontando distanciamentos em aspectos elementares, entendendo que se pode se servir de frutos da experiência alheia, mas eventuais “importações” se limitam “à periferia do sistema, sem lhe penetrar o âmago”, pois “transplantes mais profundos correrão provavelmente o risco da rejeição”; finaliza, defendendo que “para o bem e para o mal, o ordenamento pátrio é – e continuará a ser – um rebento da família romano-germânica, e portanto de civil law”. Júlio César Rossi (2015, p. 108-109) caminha no mesmo norte, afirmando que o deslocamento do Novo CPC para a órbita do *common law* é temerário, pois eventual influência se mostra apenas em “pontos isolados de um conjunto vastíssimo, cuja substância não alteram”, aduzindo ainda que “aninham-se na ramagem da árvore, sem lhe atingir raízes ou troncos”; em suma, a aproximação entre os sistemas jurídicos deve ser cautelosa, pois cada qual tem a sua própria sustentação mesmo que se beneficie de um ou outro produto do sistema exógeno copiado.

Pensar que o Brasil terá adotado o *common law* é desprezar a realidade de que nos EUA o *stare decisis* levou longo tempo para ser construído, para individualização dos precedentes constitucionais, tendo a doutrina importante papel nessa formação, por quase um século, haja vista que se desenvolveram teorias para as diversas espécies de precedentes e sua relação no Direito (SARLET, 2012, p. 844-845). Ou seja, um sistema de precedentes se constrói, não é algo pronto, advém da cultura, tradição, da prática jurídica. Tanto que no *common law* a compreensão de precedentes se torna dispensável pois decorrente da própria cultura; já no Brasil “há uma dramática dificuldade na definição do precedente” (VIANA; NUNES, 2018, p. 203 e ss.). Nessa direção, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (2013, p. 98-99) asseveram que o mecanismo imprescindível do *common law* – *stare decisis* – está longe de ser somente aplicação de solução análoga a casos iguais, sendo muito mais complexo, se estruturando por séculos nas comunidades do *common law*, surgindo após uma “sistematização das decisões, que distinguia a elaboração/construção (*holding*) do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros, e o *dictum*, que consistiria na argumentação utilizada pela corte dispensável à decisão e desse modo, não eram vinculantes”. Demonstra-se, com isso, a diferença do sistema de precedentes do *common law* da técnica do simples paradigma para processos

repetitivos no Brasil, há de se encarar a hipótese sob a perspectiva romano-germânica, já que se está a falar daqui, e não a partir de uma lógica que tem o seu valor para o local em que nasceu – os EUA –, não para cá!

E se trazidos ao sistema jurídico brasileiro, como um “poder e obrigação dos órgãos judiciais em basear seus julgamentos em decisões anteriores – é obviamente incompatível com o princípio da separação dos poderes, na forma em que a doutrina é formulada nos países da *civil law* [...]” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 49). Ora, decisão judicial não é lei, pois na decisão se interpreta e se aplica a lei conforme tecnicamente estabelecido na Constituição e nas normas infraconstitucionais, não se podendo sobrepor doutrina ou jurisprudência à norma legal (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 50).²⁷

Previnem Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron (2015, p. 293):

Vivemos um movimento invertido dos países do *common law*. Se lá se buscam cada vez mais técnicas para flexibilizar a alta estabilidade do uso dos precedentes (*stare decisis*), nós, do *civil law*, especialmente no Brasil, procuramos cada vez mais pensar em premissas para estabilizar nossa jurisprudência, diante de sua completa instabilidade e da falta de uma teoria dos precedentes adequada às nossas peculiaridades.

Lenio Luiz Streck (2018) leciona que: “os ‘precedentes’, no Brasil, não são precedentes”, mas sim “mera quimera pra sustentar teses gerais e abstratas que os Tribunais constroem com olhar prospectivo”, o que seria “bem diferente do *stare decisis* legítimo do *common law*”. E mais. Diversamente do que temos no Brasil, “no *common law*, precedentes não são construídos para, a partir de teses, vincular julgamentos futuros”, ou seja, a doutrina do *stare decisis* nada tem a ver com o artigo 926 do Novo CPC como muitos afirmam (STRECK, 2019a, p. 22). Maurício Ramires (2010, p. 29-31) denomina “sincretismo descompromissado” o que ocorre no Brasil, fruto do desconhecimento dos elementos dos sistemas jurídicos, criando precedentes como se teses prontas fossem, aguardando apenas um mero acoplamento de sentido; consequentemente, “a invocação de precedentes, no Brasil, tem seguido uma lógica

²⁷ Na mesma linha de raciocínio: Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2011, p. 57). José Maria Tesheiner (*online*) critica a pretensão do legislador em instaurar um sistema de precedentes no Brasil. Júlio César Rossi (2015, p. 207) aponta que o modelo de precedentes brasileiro (súmula vinculante, recurso extraordinário com repercussão geral, recurso especial repetitivo e IRDR) difere, em muito, do genuíno precedente norte-americano ou inglês.

de aleatoriedade que é estranha a qualquer sistema de *case law* que se conheça, e em especial ao inglês e ao norte-americano”.

Para Juraci Mourão Lopes Filho (2018, *passim*), é certo que o Brasil não está adotando o *common law*, pois lá o *stare decisis* é uma doutrina advinda dos próprios Tribunais, não havendo previsão constitucional ou legal, ao contrário do Brasil. Observa o autor que no Novo CPC o assunto apenas é tratado por meio de “uma pequena fração da aplicação e uso dos precedentes, prestigiando sua função de uniformização de entendimentos em processos repetitivos para abreviação do tempo de tramitação”, não se aprofundando na temática; além disso, afirma que o artigo 926 do referido diploma legal não inova quando menciona decisões íntegras e coerentes, mas somente explicita “imposições subjacentes ao próprio Estado de Direito Constitucional”, comentando, por fim, crise institucional do STF pela oscilação jurisprudencial que causa insegurança e difuso senso de justiça.

A respeito do teor do artigo 927 do Novo CPC, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 1835-1846) apontam inconstitucionalidade ao se utilizar a palavra “observar”, ao passo que cria um critério de vinculação, alargando o rol do que seria pela Constituição “precedentes obrigatórios”. Júlio César Rossi (2015, p. 336-337) também aponta inconstitucionalidade pelo fato de ir em desacerto com as hipóteses de vinculação (eficácia vinculante e efeito *erga omnes*) admitidas na Constituição Federal; afirmando que, além da vinculação absoluta em controle difuso de constitucionalidade ao recurso extraordinário, o Novo CPC abarca nessa mecânica o recurso especial, decisões do plenário do STF e STJ, súmulas vinculantes e persuasivas, IRDR e IAC; defendendo que “não se pode reduzir o discurso do Direito (dito jurisprudencial) a uma pauta de isonomia forçada a qualquer custo para geração de uma eficiência quantitativa”, pois isso transforma o juiz em “boca da jurisprudência, da súmula, do IRDR, dos recursos excepcionais etc. (como já o fora da lei, no tempo dos exegetas)”, um mero repetidor de “ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos”. Preocupa-se referido autor que “a jurisprudência, com o reforço estabelecido no Novo CPC, terá maior força vinculante que a própria lei!” (ROSSI, 2015, p. 338).

Uma das características que mais distancia o Direito brasileiro do sistema de precedentes norte-americano é: “o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial que se encontra vinculada ao caso historicamente concreto que se decidiu, consiste em uma decisão jurisdicional que se impõe como padrão normativo, a ser aplicada,

analogicamente, a casos semelhantes”, ou seja, trata-se da vinculação do plano particular ao particular, e não geral ao particular como se vê no Brasil (ABBOUD, 2011, p. 139). Além disso, no *common law* precedentes não são construídos a partir de teses para vincular casos futuros, como aqui ocorre, mas sim a partir do caso concreto sob análise, pois não se pode dar respostas a perguntas ainda não feitas e que não dizem respeito ao caso específico (STRECK, 2019a, p. 22).

É muito interessante a experiência dos assentos portugueses, semelhantes às súmulas existentes no Brasil, cuja declaração de inconstitucionalidade em Portugal se deu em 1993 pelo Tribunal Constitucional Português (baseado na doutrina de Castanheira Neves), porque não se enquadravam como precedentes, não constituindo fonte legítima do Direito, trazendo poderes legislativos ao Judiciário (STRECK, 2019a, p. 150). Precedentes legítimos não fixam teses gerais e obrigatórias para o futuro, não ultrapassando o plano dos fatos discutidos, o que leva a crer que no Brasil é como se “desexistencializasse” o Direito, muito se aproximando dos inconstitucionais assentos portugueses (STRECK, 2019a, p. 149). Em suma:

Um precedente legítimo nunca vai do geral para o particular [...] tribunais não têm a competência de fixar normas gerais e abstratas, sob pena de inconstitucionalidade [...] o ideal de coerência e integridade, quando respeitado, já garante tudo que se quer quando se pede segurança jurídica [...] teses mecânicas, rígidas, tornam um sistema hermético e, atreladas a um paradigma já superado, podem contrariar o próprio ideal de integridade [...] O que temos é uma proposta de fixação de teses gerais e abstratas tribunalícias que desexistencializam o Direito (STRECK, 2019a, p. 154).

No *common law* norte-americano os precedentes surgem para dar coerência ao sistema, onde os juízes tomam suas decisões respeitando o estabelecido nos julgamentos passados; a vinculação a um ou mais julgamentos passados pode ter força obrigatória ou persuasiva, só sendo vinculantes aquelas tomadas pelo mesmo órgão judiciário, com exceção da SCEUA que a todos vincula e as Cortes Estaduais que vinculam seu próprio Estado. Já no Brasil, tem força meramente persuasiva, com exceção do caráter vinculante de alguns conforme texto constitucional, fato que faz Maurício Ramires (2010, p. 65 e 73) chamar de aberração o que se tem no Brasil, pois em um sistema de lei escrita confunde-se texto de julgado com texto de lei, concedendo a um precedente a qualidade para fundamentar uma decisão judicial.

Observa-se que o *stare decisis* como meio de operar o *common law* norte-americano através de um sistema de precedentes com diversos mecanismos

intrínsecos não dispensa de modo algum a interpretação, como já verificado nos primeiro e terceiro capítulos, havendo diversos dispositivos como *ratio decidendi/holding*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, *overriding*, *prospective overruling*, *signaling*, sem mencionar toda organização e inúmeras técnicas para se identificar em um julgado o precedente, a *ratio decidendi*, tendo inclusive empresas especializadas em *law reports* para essa tarefa. Nesse ponto, torna-se cristalino que os precedentalistas discutem muito superficialmente o que seria um precedente, pois tem como pronta e simples a *ratio decidendi*, ignorando a extrema complexidade envolvida, principalmente a dificuldade de a extrair do precedente e as técnicas para identificação e aplicação em casos semelhantes, o que nos EUA gera muito estudo e discussão, havendo aproximadamente 70 técnicas para tanto. Ou seja, é todo um sistema construído através da própria cultura do país, tradição e história, o que não se pode criar meramente por lei e tratar como se lei fosse.²⁸

Ademais, interessante a vinculação horizontal que funciona nos EUA como um princípio de coerência, a fim de que o próprio Tribunal guarde coerência em seus julgados, atraindo um mínimo de segurança jurídica imprescindível a qualquer sistema de Direito. Decorrente disso, somente se permite mutação ou posicionamento diverso do próprio Tribunal se efetivamente significantes alterações fáticas ocorrem ensejando tal mudança, sendo necessária a devida motivação para tal. Transposto este cenário ao Brasil, principalmente nos últimos anos, não se verifica essa característica, porque simplesmente o próprio STF não guarda integridade e coerência em suas próprias decisões, a exemplo do vai-e-vem da temática da prisão em segunda instância, tratada de forma assimilar em curto espaço de tempo, com alteração de posicionamentos sem qualquer fundamentação ou independentemente de fatos supervenientes, sem mencionar divergências entre as Câmaras e Turmas dos Tribunais, em segundo e terceiro grau de jurisdição, formando decisões e até mesmo “precedentes” antagônicos.

Ronald Dworkin (1991, p. 111) adverte que juízes e advogados não pensam que a força dos precedentes está esgotada nos limites linguísticos de uma frase em particular.²⁹, o que leva à conclusão de que no Brasil se reduziu todo um sistema de precedentes a uma ementa, a um dispositivo sumular pronto e acabado, o que, com o

²⁸ Júlio César Rossi (2015, p. 82-84) comenta a questão.

²⁹ “Judges and lawyers do not think that the force of precedents is exhausted [...] by the linguistic limits of some particular phrase”.

devido respeito aos posicionamentos contrários, não reflete a magnitude envolvida em um sistema de precedentes.

Como observa Júlio César Rossi (2015, p. 152-153), não há no Brasil uma cultura do precedente, não se criou como um passe de mágica e o passou a aplicar; foi criada por lei “uma técnica de decisões-padrão – abstrata, geral e capaz de ensejar uma infinidade de situações díspares em um mesmo resultado legal”, não sendo possível inferir no Brasil um sistema de precedentes nem no *common law* nem no *civil law*, posto que aqui se tenta construir um único julgado/ementa/súmula com disposição abstrata para resolver diversos outros casos semelhantes ou repetitivos, sob pena de cabimento de reclamação ao órgão criador dessa decisão-padrão, impondo uma dinâmica matemática alheia aos fatos de cada caso concreto, incompatível com um Estado Democrático de Direito e com a tripartição dos Poderes.

Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron (2015, p. 306-307) seguem na mesma toada:

[...] escolha de trechos de julgados em consonância com o interesse de confirmação do aplicador (*confirmatio bias*), de acordo com suas preferências, é preciso promover uma reconstrução de toda a história institucional do julgamento do caso, desde o seu *leading case*, para que evitemos o clima de *self service* insano, ao gosto do intérprete, que vivenciamos na atualidade. Corremos os riscos de uma hiperintegração. Esta existe na interpretação ‘quando os fatos de um caso com alguma especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que não guardam suficientes padrões de identificação com ele. É como se uma decisão singular inaugurasse uma nova afinação na orquestra, e todo o restante da prática jurídica se modulasse por ele, de forma nem sempre pertinente’. Tal fenômeno gera uma prática comum de considerar dois casos (o presente e o paradigma) idênticos ao aumentar o grau de abstração (distanciamento) entre eles. Dependendo do nível de abstração, dos elementos aparentemente diferentes podem mostrar similaridades ou até idênticos.

Maurício Ramires (2010, p. 45) complementa: “O âmago do problema da arbitrariedade judicial na invocação de precedentes, portanto, está na combinação destes dois fatores: a elevação do julgado ao *status* de lei geral e a existência de precedentes antagônicos, adaptáveis a todas as ‘necessidades’”.

Essa prática direcionada ao processo decisório acarreta a não apreciação do mérito em si da demanda, inclusive dos fatos envolvidos. Por derradeiro, relega o processo argumentativo (sempre salutar ao Direito), indo de encontro à própria Constituição quando não mais se vê respeitado um princípio geral da ordem constitucional e uma exigência do sistema legal processual: a motivação da decisão

judicial, desvirtuando o sistema constitucional. Outrossim, perigosa a engenharia defendida pelos precedentalistas, porque dá azo a discricionariedades e derruição do princípio constitucional da legalidade, basilar no sistema jurídico brasileiro, ao passo que a jurisprudência ou eventual “precedente” deve se limitar pela lei e não a ignorar, a desrespeitar ou a modificar, como se vem presenciando nos julgados inclusive da Suprema Corte, acarretando em verdadeira insegurança jurídica, quebrando qualquer intento de coerência e integridade que se pretendeu pelo legislador. Em resumo: “não há governo dos juízes!” (PFERSMANN, 2014, p. 33).

6.3.3 Súmula vinculante

Os precedentalistas tem na súmula vinculante a base primordial para a sustentação de que o Brasil implementou um sistema de precedentes.³⁰

Já verificado sucintamente em capítulos anteriores a respeito da súmula vinculante, que adentrou no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional n. 45/2004 e se corporifica pela decisão de dois terços dos membros do STF, após reiteradas decisões sobre tema constitucional, vinculando todos os demais órgãos do Judiciário e administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, cabendo reclamação do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou a aplicar indevidamente.

No Brasil, a figura da súmula vinculante se apresenta com um caráter normativista muito forte, posto que se trata de um enunciado de natureza geral e abstrata, não contendo a individualização dos fatos discutidos em si, mas somente um enunciado de Direito, em claro acúmulo de função legislativa, pois figura como se texto de norma legal fosse, quando deveria se fundamentar em texto normativo e não trazer uma norma em si.

Pelas suas características, guarda a súmula vinculante clara dissonância ao que se denomina precedente no *common law* norte-americano, ao passo que as súmulas se mostram como enunciados genéricos e abstratos, se desprendendo dos casos concretos que as criaram, por vezes por decorrer de controle concentrado, por

³⁰ Como já mencionado neste capítulo, a exemplo, Luiz Guilherme Marinoni (2009).

vezes por decorrer de controle difuso e não se correlacionar com o caso em exame, até porque não mais discutidos fatos; diferente do *common law* norte-americano, onde há o controle difuso problematizando os fatos do caso concreto para que seja possibilitada a aplicação a casos análogos. Além do que, no Brasil necessitam de disposição legal para existir no mundo jurídico, ao contrário do que ocorre no Direito estrangeiro mencionado, onde os precedentes não estão positivados, mas decorrem da tradição e cultura jurídica.

É consequência do que já foi mencionado anteriormente: a adoção assistemática de mecanismos de outros sistemas jurídicos, como revela Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 412):

O direito brasileiro procurou imitar o *stare decisis*, adotando a súmula de jurisprudência e o efeito vinculante de decisões do Supremo Tribunal Federal [...] Entretanto, sendo a súmula um texto escrito, não exclui, por um lado, a problemática da interpretação e, o que é mais grave, cristaliza a posição jurisprudencial, dificultando sua adaptação a novos tempos, ou sua mudança em decorrência de novos argumentos. Na verdade, a súmula brasileira mais se aproxima de uma lei interpretativa editada pelo Supremo Tribunal Federal do que do *stare decisis* norte-americano.

Nas palavras de Júlio César Rossi (2015, p. 198):

Estamos construindo um verdadeiro ornitorrinco jurídico, pois não são nada semelhantes aos precedentes do *common law*, se aproximam dos assentos portugueses, não se caracterizam como genuína jurisprudência da tradição da *civil law*, são aplicados por silogismo e subsunção e dotados de efeito suspensivo automático para processos idênticos (ou parecidos) e, ainda, devem conter a maior quantidade de causa de pedir possível para “vestir” nas mais diversas situações imagináveis direta ou indiretamente do caso piloto (premissa maior)!

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2009, p. 531) também comparam as súmulas vinculantes com os assentos portugueses, reconhecidos como inconstitucionais pela Corte Constitucional de Portugal, como já comentado no subcapítulo acima, sendo enunciados que se separam dos casos que lhe geraram, tendo força obrigatória. Maurício Ramires (2010, p. 62) argumenta que as súmulas são uma invenção luso-brasileira e não se aproximam da prática do *common law*, pois é parte vital do sistema jurídico norte-americano que as Cortes não podem expedir regras gerais em abstrato, somente se manifestando em função dos fatos em litígio, enquanto que as súmulas são um pronunciamento judicial abstrato e geral com autonomia aos fatos que lhe geraram.

Frise-se: nos EUA, nenhum Tribunal está autorizado a criar norma geral e abstrata como se lei fosse; e, a considerar a tradição legislativa daquele país, pode-se até supor que o Congresso Nacional jamais permitiria que os juízes lhe usurpasse o poder de criar a lei, realidade esta que denuncia a insanidade do que vem sendo feito no Brasil por meio, praticamente, da substituição do Congresso bicameral por um STF não eleito.

Lenio Luiz Streck (2019a, p. 116-117) contrapondo afirmações de Marinoni e Mitidiero, sustenta que os precedentes citados por eles nada mais dizem que uma teoria importada pela metade. Contrapondo o Ministro Barroso e Patricia Mello, Lenio Luiz Streck (2019a, p. 92) afirma que precedentes do *common law* não são feitos para resolver casos futuros, precedentes não nascem precedentes, sua aplicação posterior é contingencial, não se configurando o artigo 927 do Novo CPC um resumo do que seriam precedentes importados do *common law*, pois no Direito estrangeiro não se admitira o que aqui se apresenta como tal. Ademais, afirma que o artigo 927 do Novo CPC traz uma palavra importante (“observação”), não trazendo vinculação, mas sim uma observação ligada a coerência e integridade dos artigos 926 e 489, §1º do mesmo diploma legal; além do que, o artigo 926, §2º, do Novo CPC, deixa muito claro que súmula e precedente são diferentes (STRECK, 2019a, p. 81-82).

Georges Abboud (2011, p. 363) explana a diferença abissal entre súmula vinculante e precedentes, ao passo que a primeira “prescreve um enunciado literal tal como a lei, que estabelece uma solução para casos fixos e determinados, enquanto que os precedentes possuem uma maleabilidade normativa, característica da ponderação de cada caso concreto”. Segundo Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (2013, p. 33-34), os precedentes se prestam a resolver casos concretos e podem vir a influenciar decisões futuras, já as súmulas são como enunciados gerais e abstratos, idênticas características de uma lei, editadas para solução de casos futuros. Os mesmos autores esclarecem que não se confunde controle difuso de abstrato e não se confunde súmula com precedente por inúmeras razões, sendo uma das principais o fato de que texto não se confunde com norma, não podendo haver a cumulação de criar um texto e efetivar uma norma, sendo uma verdadeira contradição o STF criar o texto e aplicá-lo quando julga reclamações (STRECK, ABOUD, 2013, p. 58-59). Georges Abboud (2011, p. 381 e 385) argumenta que não se pode admitir as súmulas vinculantes terem maior relevância do que os textos normativos do ordenamento

jurídico brasileiro, pois são frutos as súmulas de atividade jurisdicional do STF, defendendo a inconstitucionalidade do artigo 103-A, §3º da CF.

José Afonso da Silva (2012, p. 892-893) assenta que no Direito brasileiro os precedentes obrigatórios interferem no processo de interpretação, pois lhe deixa a tarefa de tão somente subsumir um caso a algum precedente, não havendo o *stare decisis* mas sim súmula vinculante que acaba por tornar paralisante a função interpretativa do juiz, pela “rerracionalização” do precedente, que não tem semelhança à primitiva formulação. Georges Abboud (2011, p. 357), na mesma senda, expõe que a ideia que se propaga das súmulas vinculantes no Brasil é que existiriam casos absolutamente iguais e a súmula vinculante seria uma solução mecânica ao *computador juiz*, com a subsunção da norma que estaria na súmula a diversos casos, alheios aos detalhes e historicidade de cada caso.

A consequência dessa má compreensão e aplicação assimétrica das súmulas vinculantes no Brasil, querendo comparar e assimilar ao precedente do *common law* sem sucesso, é o aniquilamento do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal como um todo, sem falar do dever de motivação da decisão judicial, posto que, com as súmulas, casos individuais serão somatizados e subsumidos a enunciados genéricos que muitas vezes nem discutem fatos e outras nem guardam relação com os próprios fatos discutidos em sua origem, não havendo respeito aos fatos de cada caso e conseqüentemente sem a apreciação devida e necessária, indo de encontro aos ditames elementares constitucionais.

Drasticamente se agrava a situação ante a dificuldade de ser revisada ou cancelada uma súmula vinculante, estagnando o Direito e sendo mais rígida que a própria norma legal, dificultando inclusive o Legislativo de disciplinar matéria sumulada, interferindo seriamente na separação de poderes (cláusula pétrea de ordem constitucional), com o abarcamento pelo Judiciário de funções típicas de outro Poder. Inclusive, podem até mesmo ir contra a própria lei, refletindo o agigantamento do Judiciário por manifestações autoritárias e subjetivistas, revelando em muitos casos estímulo de divergências, gerando jurisprudência sobre a jurisprudência, e muitas vezes sem guardar relação com o caso em si tratado, como constatou Leonardo Greco (2004, p. 46) em um estudo, a exemplo das súmulas 196 e 255 do STJ, sendo efetivamente processos que não guardam relação ao teor da súmula, conforme referido autor explana:

[...] cito apenas como exemplos as Súmulas 196 e 255 do STJ: a primeira, embora mencione em seu enunciado a citação por hora certa em execução, não indica nos julgados referidos nenhum caso em que o próprio STJ tenha apreciado hipótese desse tipo de citação; a segunda, sobre embargos infringentes em decisão de agravo retido contra decisão que tenha apreciado matéria de mérito, inclui nas referências julgados totalmente incompatíveis com o seu enunciado: dois sobre agravo regimental (RESPs 79.873 e 8.670), um sobre indeferimento de perícia (RESP 41229) e um sobre impossibilidade jurídica do pedido (RESP 24.259).

Diante do caos encontrado, em um de seus estudos, Georges Abboud (2008, p. 218-230) inclusive defende a possibilidade de controle de constitucionalidade difuso de enunciado de súmula vinculante, opinião esta que aqui é alargada sob o raciocínio de que se se pode o mais, pode-se o menos, ou seja: se num caso concreto uma das partes pode arguir incidentalmente a inconstitucionalidade até de uma lei, então é óbvio que o mesmo pode ocorrer em relação a uma súmula vinculante que tem pretensões legais.

José Afonso da Silva (2012, p. 566) anota que não há perspectiva de redução do acúmulo de feitos no STF, pois se algum ato administrativo ou decisão contrariar súmula aplicável caberá reclamação naquela Corte Suprema, havendo em verdade uma “mera troca de meios de impugnação: reclamação em vez de recurso ordinário ou extraordinário”, enxergando pouca utilidade das súmulas para a seara da interpretação constitucional.

Para resumir opiniões que se coadunam com o que é defendido nesta dissertação, vale a pena fazer um amálgama dos pensamentos de Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud (2015, p. 294) e de Lenio Luiz Streck (2019a, p. 29-30), valendo a pena compor as seguintes assertivas: (i) no *civil law* raramente ocorre o que o *common law* denomina *distinguishing*, com a análise detalhada e comparativa dos fatos que já foram julgados e justificariam sua aplicação; (ii) no *civil law* não há a preocupação que há no *common law* de se definir a *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) e o *obiter dicta* (opiniões não vinculantes); (iii) no *common law* os julgados são detalhadamente contextualizados e advém dos fatos em análise, o que não ocorre no *civil law*; (iv) no *civil law* não há técnicas para o *distinguishing* em relação aos precedentes como há no *common law*; (v) não há uma *commonlização* no Brasil com o Novo CPC; (vi) os provimentos indicados no artigo 927 do Novo CPC não podem ser considerados precedentes no sentido genuíno do *common law*; (vii) súmula não é precedente, julgamento de questões repetitivas do mesmo modo não são; (viii) os “precedentes à

brasileira” que devem ser “observados” devem ser submetidos a interpretação, sendo um texto e não uma norma; (iv) “precedente” não tem hierarquia superior à lei.

É nesse espírito que se inicia o subcapítulo seguinte, enfrentando um cenário tormentoso, em que se tenta transpor elementos vitais de um sistema jurídico estrangeiro sem suporte para tanto, criando aberrações e propiciando ao Judiciário o exercício desmedido e ilógico de Poder, consubstanciado em parte da doutrina que lhe dá suporte.

6.3.4 Futuro sombrio

Após pesquisa e questionamento, um sombrio futuro se vislumbra diante do cenário demonstrado ao se tentar implementar mecanismos operados por sistemas jurídicos estrangeiros sem a engenharia necessária para lhes dar suporte e lhes permitir funcionamento no sistema brasileiro. Tal conjuntura dramática se mostra clara quando se fala em precedentes supostamente advindos do *common law* ao sistema jurídico brasileiro.

Inclusive leva doutrinadores, como Lenio Luiz Streck (2019a, p. 57), a cogitar não mais existir *juiz boca da lei*, como outrora se fazia presente, mas sim neste momento *juiz boca do precedente*, questionando o mesmo autor se o Novo CPC e parte da doutrina processual estaria alterando competências dos Tribunais, o que somente é possível por meio de emenda constitucional (STRECK, 2019a, p. 44). Ainda, combate Marinoni, Mitidiero e Arenhart quando mencionam que é reservada aos Tribunais superiores a função de interpretar e dizer o sentido dos textos normativos, criando precedentes que os demais Tribunais devem obedecer mesmo que desconforme à Constituição e às leis; respondendo a essa assertiva, afirma o autor: “Engraçado isso: a lei é necessária para que o precedente seja vinculante, mesmo que ele esteja em desconformidade com a lei! Não teríamos aí uma contradição?” (STRECK, 2019a, p. 35).

Maurício Ramires (2010, p. 147, 152 e 153) sustenta que “a prática jurídica brasileira é uma oficina de falsas facilidades”, quando menciona os precedentes judiciais, traduzindo na nova aposta da comunidade jurídica de concentrar grande poder no menor número possível de pessoas para padronização de entendimentos,

criando modelos representativos de controvérsia e ignorando toda a história da fundamentação das decisões judiciais, que sempre serviu para conter o arbítrio judicial, deixando dessa vez o Direito sob o crivo da subjetividade dos juízes.

Mais precisamente sobre o STF, Lara Freire Bezerra de Sant'anna (2014, p. 169) declara que referida Suprema Corte “[...] caminha a passos largos rumo a uma jurisprudência dos valores, de caráter solipsista, que cria a ficção da existência de duas Constituições, uma escrita e outra ideal, disponível apenas para os magistrados”.

Júlio César Rossi (2015, p. 107) aponta as mazelas do atual sistema jurídico brasileiro:

Possuímos institutos pertencentes às duas tradições jurídicas, mas também de que, sob o paradigma que atuamos, estamos fadados a incertezas, a múltiplas respostas para as mesmas situações, a precedentes-ementas vinculantes absolutamente desconectados das causas concretas, aos julgamentos por ementas e à ausência de fundamentação própria às decisões judiciais. Julgamos teses e não casos; não nos preocupamos com a cadeia de precedentes e sua necessária coerência. [...] não resolvemos o nosso grave problema de inefetividade qualitativa e quantitativa (apesar de vários e vários instrumentos que “vieram” para tal fim e, como estamos assistindo, continuarão vindo, como, por exemplo, o Novo Código de Processo Civil e, com ele, o Incidente de Repetição de Demandas Repetitivas até mesmo em segundo grau de jurisdição).

Ora, como já verificado ao longo da pesquisa, o maior respeito deve se direcionar à tradição, cultura, carga histórica e ao sistema jurídico que formam todo o arcabouço legal de um país, pois é o que vai definir suas características e elementos, norteando o seu atuar. É uma premissa elementar quando se passa a discutir implementação de elementos estrangeiros ao Direito interno, o que hodiernamente não se vê respeitado quando se fala de precedentes e de suposta implementação do que seria no *common law* norte-americano em relação ao Brasil, traduzindo no máximo uma implementação assimétrica, às avessas, um desconhecimento ou ignorância (do verbo ignorar) ao próprio *common law* e todos os mecanismos que envolve tal sistema jurídico, bem como ausência de enfrentamento da realidade brasileira.

Os precedentes para o *common law* fazem parte de todo um sistema, regido pelo *stare decisis*, que não aceitaria de modo algum teses em abstrato como aqui ocorre, porque lá o caso concreto é o foco, ou seja, a interpretação dos fatos que nutre toda a discussão a respeito dos precedentes, sob pena de encaixes superficiais e sem correlação quando da aplicação desse precedente a casos análogos. Além do que,

no *common law* há preocupação extrema na procura da *ratio decidendi* em um julgado, com mais de 70 técnicas diferentes; cujo julgado não é feito para o futuro mas para o caso concreto em julgamento, podendo ser utilizado posteriormente como precedente se assim naturalmente o tiver atingido esse patamar. E essa é uma característica importante do *common law*, os julgadores resolvem o caso concreto e não outros casos que nem mesmo passaram sob sua análise ou talvez ainda nem mesmo existam no plano fático.

Já no Brasil, não há cultura nem discussão ou técnicas para encontrar a *ratio decidendi*, isso porque é considerado o enunciado ou a ementa como se lei editada fosse, tendo em vista que é desligado dos fatos que o ensejaram, limitando-se a auto aplicação, tanto no controle concentrado como no difuso pois não se discutem mais fatos, não se prestando precedentes a esse fim. Os precedentes no Brasil ensejam antever coisas que nem mesmo aconteceram, como se no país tivessem um número finito de problemas semelhantes a se solucionar com disposições mecânicas e formais, acabando por reduzir as massificações e julgá-las como precedentes.

Sem mencionar que no Brasil se deu muito poder ao que os precedentalistas chamam de “Cortes de Vértice” – STF e STJ –, criando efeito vinculante em determinados casos, diferente do *common law* em que os precedentes se dão nas esferas estaduais, federais e na Corte Suprema devido ao *stare decisis*. Esse detalhe do Brasil faz com que se desvirtue as disposições constitucionais sobre os três Poderes da República, sobre o poder emanar do povo e não de “Cortes de Vértice”.

Em suma, o que pode se verificar é que houve a implementação de institutos estrangeiros de modo avesso, incompleto, com a extrema simplificação de métodos, criando um precedente à brasileira, sem caso concreto, diametralmente diverso do que ocorre no sistema que se tentou espelhar. Cultura e historicidade jurídicas simplesmente não se importam, não se implementam em sistemas jurídicos alheios, mas se constrói.

Tudo isso gerou no Brasil um voluntarismo da Suprema Corte, inviabilizando cada vez mais o acesso à justiça e a prestação jurisdicional em conformidade à Constituição, posto que os precedentes se revestem de generalização, comprometendo as particularidades de cada caso concreto, afrontando garantias fundamentais como a legalidade, motivação, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Talvez o que se quer dizer é que a atual conjuntura do Brasil não guarde correlação ao que ocorre nos EUA e a *commonlização* que os precedentalistas defendem na verdade inexistente, ou se existe, de forma degenerada.

Nem mesmo da mais alta Corte há coerência e integridade nas decisões, quem dera existir um sistema de precedentes no Brasil e muito mais difícil, os Tribunais e juízes segui-los. A exemplo dos julgamentos relativos à prisão em segunda instância, tendo o STF firmado posicionamento em 2009, modificado seu posicionamento em 2016 e novamente em 2019, sem que houvesse qualquer fato novo ou base para tais mudanças de posicionamento, ainda mais em curto lapso temporal, resultando em ministros votando contra suas próprias decisões antes proferidas. Consequentemente, difícil concluir e acreditar que as decisões do STF apresentam segurança jurídica e igualdade perante a comunidade jurídica e para a sociedade em si, estando longe de se atingir fundamentos dos precedentes do *common law*, pela cristalina má qualidade e ausência de hermenêutica nas decisões dos Tribunais.

No julgamento ocorrido em 25 de outubro de 2019, sobre a prisão em segunda instância, o precedentalista Ministro Barroso admitiu não ter precedentes na prática no Brasil, sendo um sistema novo, uma ideia que ainda não se consolidou, ao mencionar vários julgados diversos em um curto período de tempo, mas afirma que será consolidado futuramente.

É nessa vertente que se questiona, ao invés de trazer elementos externos, por que não se aperfeiçoa o sistema já existente? Ao passo que a formulação inadvertida de “precedentes” e sua aplicação consequentemente inadvertida leva a arbitrariedades na esfera judicial, porque ignora os demais elementos existentes no sistema jurídico brasileiro, mormente a Constituição Federal.

O Brasil possui um sistema jurídico denominado *civil law*, uma Constituição que tem força normativa, sendo sempre vinculante a lei que fundamenta um precedente e não o precedente em si, não se instituindo em momento algum precedentes por meio de uma frágil importação, mas sim alterações legais com o Novo CPC de respeito a decisões pretéritas, exigindo-se coerência e integridade, estando positivado no Direito brasileiro, uma exigência lógica já constitucionalmente defendida (STRECK, 2019b). Ou seja, a vinculação decorre da lei, a fim de garantir a segurança jurídica, o que não

se vê dos posicionamentos emanados das Cortes Supremas (STRECK, 2019a, p. 119).³¹

Em um julgamento sempre haverá a interpretação do julgador, e isso não há como negar, porém, o que se deve atentar é que essa interpretação deve ser norteada pela lei, consubstanciada após demais elementos, mas seu norte é a lei, sob pena de arbitrariedade e subjetivismos graves, atentando contra o Estado Democrático de Direito.

Uma lição de Pontes de Miranda retrata que isso já foi vivido outrora e está mais atual do que nunca:

De 4 de julho de 1776 o manifesto de independência lançado pelas colônias, que assim rompiam, afirmando os seus direitos, o vínculo político que as ligava à Inglaterra (George Ticknor Curtis, *History of the Origin, Formation and Adoption of Constitution of the United States*, I, 39)". A despeito do espírito separatista, "os colonos continuavam [...] a amar a legalidade acima de tudo. O próprio Samuel Adams, cujo testemunho é significativo, dizia em 1768: 'Nós não devemos renunciar à lei e à Constituição, que são coisas fixas e estáveis, e exprimem os sentimentos coletivos e longamente amadurecidos da sociedade, para preferir opiniões individuais, que são mais incertas e facilmente modificáveis do que tudo no mundo' (George Bancroft, *Histoire des États-Unis*, IX, 23) (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 98-99).

Portanto, cada sistema jurídico guarda sua base sólida, seus sustentáculos, sua cultura, sua história e tradição, não sendo possível importar essa carga de sistemas estrangeiros; mesmo assim, quando se implementa elementos externos, se deve ter conhecimento dos detalhes que cercam a vivência estrangeira e a vivência interna, respeitando as características de cada qual, sob pena de se desvirtuar as características desses elementos e causar inarredáveis catástrofes no Direito interno.

Em conclusão, não há que se falar em melhor ou pior. Cada sistema possui seus atributos e suas mazelas, estando cada qual em própria evolução, merecendo respeito a sua autonomia e autenticidade.

³¹ Na mesma direção: Júlio César Rossi (2015, p. 85).

CONCLUSÃO

A partir do objetivo traçado neste trabalho, pretendeu-se responder ao problema encontrado relativo ao estudo comparado das Supremas Cortes dos EUA e do Brasil e seus sistemas de prestação jurisdicional, com a finalidade de estudar suas particularidades e verificar se houve efetiva internalização de elementos do sistema jurídico norte-americano no Direito pátrio, especialmente o sistema de precedentes, com posição crítica a respeito.

Desta forma, para discutir e responder a problemática apresentada, optou-se por construir um trabalho dividido em seis capítulos, utilizando-se para essa construção a pesquisa bibliográfica em torno de um marco teórico que está a responder ao questionamento se no Brasil se adotou integralmente o sistema de precedentes norte-americano, ao que se respondeu que não com base na bibliografia aqui apresentada, bem como na pesquisa jurisprudencial.

Uma premissa importante para que se possa comparar sistemas legais diversos, jurisdições e até mesmo discutir eventual implantação de mecanismos estrangeiros é o conhecimento e respeito a cada sistema, a cada nação e toda historicidade e cultura envolvida, o que se buscou realizar neste trabalho.

No primeiro capítulo, reputou-se pertinente traçar uma linha de historicidade a respeito da tradição do *common law* de forma global primeiramente, com principal papel da Inglaterra, e em seguida estudou-se o *common law* nos EUA quando de sua colonização pela Inglaterra e seu desenvolvimento até então. Também foi abordada a inauguração do *judicial review* que teve berço nos EUA, com o julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela SCEUA, dando origem ao controle de constitucionalidade das leis e agigantando a Suprema Corte que em seu início era considerado o Poder mais fraco em comparação ao Legislativo e Executivo. Ao final do primeiro capítulo foi abordada a força dos precedentes judiciais nos EUA, por meio do *stare decisis*, que formata de modo fundamental o sistema de precedentes judiciais, por meio de regras e limitações para a atuação do Poder Judiciário e principalmente da Suprema Corte, com engenharias e dinâmicas que visam a segurança jurídica, coerência e isonomia entre os casos julgados.

No segundo capítulo se deu o estudo da tradição brasileira do *civil law*, através da análise do surgimento do *civil law* no mundo, tendo o Direito civil romano como

base, presente sua caracterização ao longo da história até os tempos atuais. Após, o estudo se dirige ao *civil law* no Brasil, oriundo da junção dos antigos Direito romano e Direito canônico, aliados aos costumes jurídicos dos povos germânicos, por conta de Portugal e França, podendo-se denominar de influência romano-luso-franco-germânica desde o início da colonização pela Coroa Portuguesa, perpassando pela independência do Brasil e seu processo de própria codificação. O primado é a lei, dentre as demais fontes do Direito, que possuem valor secundário; ao *civil law* a lei funciona como segurança e certeza do Direito, não se admitindo ao juiz a criação do Direito geral e abstrato, mas sim e só do individual e concreto, segundo as normas gerais e abstratas, sobretudo por causa da necessidade de previsibilidade e segurança jurídica.

No terceiro capítulo, o objeto do estudo é a atuação no ontem e no agora da SCEUA, analisando sua origem, que remonta à independência do país, à ratificação da Constituição dos EUA e ao julgamento do caso Marbury v. Madison, quando teve consolidada sua competência perante o cenário jurídico nacional, servindo como um exemplo mundial. As organizações governamental e judiciária também foram analisadas, sendo a estrutura do governo representada por duas principais características, quais sejam, separação dos poderes e federalismo, este dividindo poder e competência entre governo federal e estaduais, possuindo cada Estado grande independência para se autogerir, inclusive judicialmente; sobre a organização judiciária, em nível federal e estadual se dividem as Cortes, Constituição e legislação. A competência da Suprema Corte foi analisada desde seu início até sua evolução ao que apresenta hodiernamente, verificando-se que, apesar de definida sua competência por norma legal e constitucional, há discricionariedade da própria Suprema Corte para estabelecer quais casos serão objeto de sua apreciação, pois a grande maioria dos casos está submetida à concessão do *writ of certiorari*. Sobre o método jurisdicional, a força motriz é a doutrina dos precedentes, por meio do *stare decisis*, vinculando o Judiciário ao respeito à integridade, coesão e segurança jurídica; e a interpretação da Constituição pode se dar por duas principais doutrinas: *originalism* (originalismo), trazendo a ideia de interpretação objetiva e restrita ao texto e intenção dos *founding fathers*, e *living constitutionalism* (constitucionalismo vivo), trazendo uma interpretação da Constituição como se fosse um documento vivo, devendo ser interpretada de acordo com a evolução da sociedade. Por fim, a seleção dos juízes foi brevemente analisada, sendo a seleção dos juízes estaduais de acordo

com o estabelecido em cada Estado, desde nomeação até eleição partidária, dos juízes federais de indicação do Presidente dos EUA e aprovação do Senado, e dos nove *justices* (juízes) da Suprema Corte pela indicação do Presidente dos EUA em conformidade ao próprio partido político do Presidente, sujeitos à aprovação pelo Senado, sendo um cargo vitalício, sem exigência de requisitos específicos de idade ou formação.

No quarto capítulo, o estudo se verteu para a Suprema Corte do Brasil, o seu ontem e o seu agora, analisando a origem do modelo constitucional evoluído até os dias atuais, datando da Proclamação da República do Brasil, com a criação do STF pelo Decreto n. 848/1890, tendo ocorrido a primeira sessão em 28 de fevereiro do ano seguinte, consolidada com a Constituição de 1891. Quanto à organização governamental, a forma republicana se fez presente desde a Constituição de 1891 e a forma federativa desde o Decreto n. 1/1889, com união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, auto-organização dirigida aos mesmos com respeito aos princípios dispostos no artigo 34, VII, da Constituição de 1988, e como cláusula pétrea o sistema tripartite de separação dos poderes. A organização judiciária além de se dar na esfera federal e estadual, ainda se divide em núcleos em razão da matéria tratada. No que tange à competência do STF, verificou-se que distancia-se diametralmente das Cortes Constitucionais de outros Estados estrangeiros, mormente dos EUA, por assumir papel muito além das competências tradicionais de uma Corte de jurisdição constitucional, abarrotado de processos e produzindo em larga escala decisões, a maioria delas monocráticas, desvirtuando as funções precípua de uma Corte de Constitucionalidade, prejudicando, assim, o seu papel de guardião da Constituição e de norte definidor da constitucionalidade das leis e atos normativos. Quando se estudou o método jurisdicional brasileiro, observou-se que a primazia da norma legal é fato inconteste, sendo a principal fonte de Direito, tanto pela história, cultura e tradição, quanto pelo princípio constitucional da legalidade, aliado ao artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que autoriza o juiz decidir um caso pela analogia, costumes e princípios gerais do direito somente quando a lei for omissa, inserindo-a, assim, no topo do cenário jurídico brasileiro; porém, na atual conjuntura do Poder Judiciário, condutas ativistas de juízes estão sendo objeto de críticas, pois muitas vezes alheias essas condutas às garantias constitucionais, inclusive no âmbito da Suprema Corte, com decisionismos e argumentações metajurídicas como fundamentação da decisão em muitos casos, tanto é que doutrinadores denominam o

cenário atual de *supremocracia*³², *juristocracia*³³, *ministrocracia*³⁴, dentre outros, o que a súmula vinculante (o que os precedentistas afirmam ser precedentes no Brasil ao espelho do *common law*) somente veio agravar. Por fim, quanto à seleção dos juízes no sistema judiciário brasileiro, diferente do sistema norte-americano, aqui ela se dá por concurso público, na primeira instância, despolitizando o Judiciário no que tange à instância inicial; já na segunda instância, como regra geral a seleção dos desembargadores é por mérito e antiguidade, havendo a possibilidade também do *quinto constitucional*, quando advogados e representantes do Ministério Público são indicados para a vaga; além disso, a organização judiciária sofre várias fragmentações a depender da matéria tratada; e, como foco desta pesquisa, o STF é composto por onze ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 anos de idade e menos de 65 anos de idade, com notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado.

Comparativamente, a questão política é muito mais evidente e aberta a respeito das nomeações do Judiciário nos EUA do que no Brasil, principalmente as nomeações à Suprema Corte, talvez pelo bipartidarismo de lá, dividindo os *justices* da Suprema Corte em liberais e conservadores.

No quinto capítulo, a título exemplificativo, se realizou um estudo comparado sobre o julgamento que legitimou a união entre pessoas do mesmo sexo pela SCEUA e pelo STF. A intenção foi trazer um julgamento de cada Suprema Corte sobre uma mesma matéria a fim de analisar o modo de decidir de cada qual, concluindo que para a SCEUA o sistema de precedentes rege seu modo de decidir, posto que cada argumento tecido tem sustentáculo em precedentes a respeito, visando deixar íntegra e coerente a atuação daquela Corte. Ademais, na SCEUA há efetivo debate do caso entre os *justices*, devido ao próprio procedimento de julgamento naquela Corte, como estudado no capítulo terceiro, ocorrendo a portas fechadas o debate do caso entre os *justices* antes de se proferir os votos e anunciar o julgamento, o que demonstra que o caso foi realmente analisado e discutido entre seus pares, demonstrando que a decisão não é de um ou outro *justice* mas sim da Suprema Corte composta por nove *justices*. Já no Brasil, uma das características evidenciadas é a atuação isolada de

³² Oscar Vilhena Vieira (2008).

³³ Ran Hirschl (2004).

³⁴ Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro (2018).

cada ministro, pois na SCEUA somente os dissidentes proferiram votos separados, já no STF, mesmo sendo unânime a votação, cada ministro votou em separado; e no julgamento pela SCEUA, nos votos os *justices* mencionavam os argumentos uns dos outros, aqui no Brasil não teve esse diálogo nem nos votos, o que retrata o solipsismo do STF apontado por alguns doutrinadores, como Lenio Luiz Streck (2017) e Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro (2015, p. 141-142). Ademais, diferente da decisão da SCEUA (em que cada assertiva é calcada de precedentes a justificá-la), na decisão do STF se verifica que na maioria dos votos nem mesmo há um julgado sequer mencionado no inteiro teor de cada voto, quem dera precedente. Levando a conclusão de que nos EUA a questão dos precedentes é cultural, histórica e faz parte do sistema jurídico como o norte principal, o que de modo algum se verifica no Brasil.

No sexto e último capítulo se objetivou abordar as principais diferenças e semelhanças entre os sistemas jurídicos do *civil law* e *common law*, bem como as problemáticas envolvendo a implementação de mecanismos do *common law* no Brasil, sobretudo a adoção assistemática do sistema de precedentes, posicionando-se criticamente a respeito. Analisadas as semelhanças e diferenças entre os sistemas jurídicos, verificou-se que cada qual possui seu processo de formação, sua cultura, sua historicidade, sua prática e seus próprios mecanismos e engenharias jurisdicionais, devendo-se respeitar a singularidade de cada qual, e exatamente por essa razão é que se afirma neste trabalho que implementações assistemáticas de mecanismos de sistemas jurídicos estrangeiros merecem extremo cuidado, sob pena de degenerar o próprio sistema jurídico interno, a exemplo do que se tenta aplicar de modo desvirtuado no Brasil a título de precedentes.

Como analisado, no Brasil, parte da doutrina³⁵ vem defendendo não só a aproximação do Brasil ao *common law*, mas a internalização de mecanismos do *common law* norte-americano, sobretudo a atuação da Suprema Corte e o sistema de precedentes lá existente, atribuindo a diversos fatores, em especial à vigência do Novo Código de Processo Civil, conferindo poderes ilimitados aos juízes, principalmente aos ministros do STF, deixando ao crivo de sua “vontade” e “criatividade” a tarefa de dar sentido ao Direito com a última palavra, desnaturando o

³⁵ Luiz Guilherme Marinoni (2008), Luiz Guilherme Marinoni (2010), Luiz Guilherme Marinoni (2013), Luiz Guilherme Marinoni (2015), Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart (2015), Freddie Didier Jr. (2011), Luis Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello (2016), José Rogério Cruz e Tucci (2004), Daniel Mitidiero (2016), Wiliam Soares Pugliese (2011), dentre outros.

que efetivamente é o sistema de precedentes no *common law* e não se atendo à efetiva aplicação na prática brasileira, a exemplo de diversos dispositivos como *ratio decidendi/holding*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, *overriding*, *prospective overruling*, *signaling*, sem mencionar toda organização e inúmeras técnicas para se identificar em um julgado a *ratio decidendi*, tendo inclusive empresas especializadas em *law reports* para essa tarefa. Ou seja, é todo um sistema construído através da própria cultura do país, tradição e história, o que não se pode simplesmente criar meramente por lei infraconstitucional e tratar como se lei fosse um sistema que levou séculos para ser construído no Direito estrangeiro. O risco maior da ideia dos defensores do precedentalismo/*commonlização* é que propaga a superioridade do precedente em relação à própria lei, criando um verdadeiro Direito dos Tribunais Superiores, o que não se admite em um Estado Democrático de Direito com suporte no princípio da legalidade, como é o caso do Brasil, pois resulta em claro autoritarismo, ativismo e discricionariedade.

Sem mencionar que o próprio controle de constitucionalidade brasileiro, como verificado, diverge do controle de constitucionalidade norte-americano, pois lá se atém ao controle difuso e aqui engloba o concentrado também, fugindo de casos concretos, até porque em terceiro grau de jurisdição não mais se discutem fatos, totalmente contrário ao que ocorre na jurisdição norte-americana (que se baseia em casos concretos/fatos). Inclusive, as súmulas vinculantes (fundamento dos precedentalistas para sustentar que no Brasil se tem um sistema de precedentes), não guardam correlação aos precedentes do *common law*, posto que se mostram como enunciados genéricos e abstratos, se desprendendo dos casos concretos que os criaram, por vezes por decorrer de controle concentrado, por vezes por decorrer de controle difuso e não se correlacionar com o caso em exame, até porque não mais discutidos fatos no grau de jurisdição correspondente. E a não discussão de fatos obsta a implementação do sistema de precedentes do *common law*, transmutado no Brasil como se norma legal fosse, pois são enunciados gerais e abstratos, o que não se permite pelo aparato constitucional que o Brasil está firmado, mormente pela cláusula pétrea da separação de poderes. Além do que, no *common law* não se decide casos futuros, mas sim o caso concreto em julgamento apenas; o precedente se constrói ao longo dos demais julgados que o reputam como um referencial, totalmente divergente do que se tenta implementar no Brasil.

O que leva à conclusão de que não se tem no Brasil um sistema de precedentes à base do *common law*, mas sim uma construção disforme, uma tentativa de implementação assimétrica, às avessas, com extrema simplificação de métodos, criando um precedente sem caso concreto, precedente à brasileira, que simplesmente ignora o próprio *common law* que se reputou espelhar, bem como o próprio sistema jurídico que está inserido. Nesse diapasão, vislumbra-se no Brasil uma tentativa de se criar uma *decisão-padrão* para resolver em massa casos (como se matematicamente possível fosse), sem êxito, propagando o mais perigoso voluntarismo judicial, mormente na Suprema Corte, inviabilizando cada vez mais o acesso à justiça e a prestação jurisdicional em conformidade à Constituição, posto que os “precedentes” se revestem de generalização, comprometendo as particularidades de cada caso concreto, afrontando garantias fundamentais como a legalidade, motivação, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, tornando mais catastrófica a crise institucional do STF pela oscilação jurisprudencial que causa insegurança e discricionário senso de justiça, quebrando qualquer intento de coerência e integridade que se pretendeu pelo legislador.

Tal caos já foi vivenciado por Portugal, nos chamados assentos portugueses, muito semelhantes às súmulas do Brasil, culminando na declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional Português em 1993, por trazer poderes legislativos ao Judiciário.

Se tal destino se dará ao que se apresenta no Brasil não se pode afirmar, mas o que se pode afirmar é que a atividade judicial, desde a primeira até a última instância deve se pautar e ter como limite a lei, em seu mais alto patamar a Constituição, sob pena de discricionariedades e arbitrariedades que aniquilam o Estado Democrático de Direito.

Concluindo, cada sistema jurídico, cada jurisdição constitucional e cada Suprema Corte guardam história, cultura, sistemática, normas e elementos singulares, não se podendo replicar modelos sem a base necessária para tanto, muito menos quando artificialmente intentado, sob pena de graves consequências ao Direito interno. Nos sistemas jurídicos analisados neste trabalho verifica-se que há erros e acertos, não sendo nenhum deles melhor ou pior, mas adequado e em evolução de acordo com sua própria sociedade. Os sistemas jurídicos não são intactos e imutáveis,

pois guardam continuidade; nesse sentido, como Heráclito³⁶ clamou, os rios correm e nunca nos banhamos duas vezes na mesma água, mas sempre se seguirá um padrão, um caminho que depende a sua própria existência e continuidade. Os EUA podem estar mais adstritos às normas legais do que como outrora o foram, mas continuam tendo o seu norte no sistema de precedentes e toda a engenharia relacionada. O Brasil pode ter se distanciado de alguns elementos basilares do *civil law*, no que tange à discussão a respeito dos precedentes, por outro lado, possui um arcabouço de garantias constitucionais que impede-o de sucumbir ao autoritarismo e à discricionariedade, e é nesse arcabouço que devem ser sustentados os próximos passos na jurisdição constitucional como um todo, de modo a garantir e perfectibilizar o Estado Democrático de Direito que verdadeiramente é.

³⁶ Pensamento extraído de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (2009, p. 210).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 491-552.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Edição do Proview.

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedente: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo (REPRO)**, n. 165, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ACKERMAN, Bruce A. **Transformative Appointments**. Harvard Law Review, 101: 1164, 1998.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Sistema Jurídico nos Estados Unidos - Common Law e Carreiras Jurídicas (Judges, Prosecutors e Lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? **Revista de Processo (REPRO)**, n. 251, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, p. 121-155, jan./jun. 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. MINISTROCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estud. CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.

BAKER, J. H. **An Introduction to English Legal History**. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*. Tese de Doutorado pela PUCPR, 2011.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2019.

BOEGLIN, Jack; TARANTO, Julius. *Stare Decisis and Secret Law: On Precedent and Publication in the Foreign Intelligence Surveillance Court*. **The Yale Law Journal**, v. 124, n. 6, abr. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRENNAN JR., William J. Por que ter uma carta de direitos? **Revista de Direito Administrativo**, n. 189, p. 58-69, jul./set. 1992.

BUARQUE, Cristovam. Proposta de Emenda à Constituição nº 44 de 2012. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=107117>.

Acesso em: 20 abr. 2019.

BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of The United States**. United States of America: West, Thompson, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Orlando Magalhães. **O mecanismo do governo britânico**. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1943.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002.

COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. Tradução de Maria Cristina Zucchi. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998.

COMMAGER, Henry Steele. **Documents of American history**. 6. ed. New York: Appleton-Century-Crofts, 1958.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Ciência Processual, Ciência Procedimental e Ciência Jurisdicional. **Empório do Direito**, nov. 2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>>. Acesso em: 30 out. 2019.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DUNCAN, Richard F. **Justice Scalia and the Rule of Law**: originalism vs. the living constitution. College of Law, Faculty Publications, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FELONIUK, Wagner. Influências da circulação de ideias norteamericanas sobre o sistema de controle de constitucionalidade da Constituição de 1891. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 74, pp. 435-472, jan./jun. 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, dez. 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.10, jan. 2004.

HERSHOVITZ, Scott. Integrity and Stare decisis. In: HERSHOVITZ, Scott. (Ed.). **Exploring Law's Empire**. New York: Oxford University Press, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. The origins and consequences of the New Constitutionalism. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. **The Invention of Tradition**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2000.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KOZEL, Randy J. Precedent and Constitutional Structure. **Northwestern University Law Review**, v. 112, n. 4, p. 789-838, 2018.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Premissas Fundamentais para Entender os Precedentes Judiciais no Código de Processo Civil. **Empório do Direito**, set. 2018. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-51-premissas-fundamentais-para-entender-os-precedentes-judiciais-no-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Rhetoric and the Rule of law**: A theory of Legal Reasoning, New York: Oxford University Press, 2009.

MADDEN, J. Warren. One Supreme Court and the writ of certiorari. **Hastings Law Journal**, v. 15, 1963.

MARBURY v. MADISON, 5 U. S. 137 (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. **Cadernos jurídicos**, Curitiba: OAB Paraná, n. 03, p. 02-03, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: RT, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. v. 11, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. PRECEDENTES E VINCULAÇÃO. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 241, p. 177-208, jul./set. 2005.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal** (Império e República). 4ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da civil law. Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de cortes de vértice - Cortes Superiores y Cortes Supremas. In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 77-122.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In **Temas de direito processual**. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA ALVES, J. C., **Direito Romano**. 13ª ed., v. 1 e 2, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MULHOLLAND, Raymond Douglas. **Introduction to the New Zealand Legal System**. 9ª ed., Wellington: Butterworths, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D.; YOUNG, J. Nelson. **Constitutional law**. St Paul, Minnesota: West Publishing, 1978.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; FERNANDES, Hellen Caroline Pereira. Três razões que explicam a instabilidade da Suprema Corte brasileira, seus problemas e efeitos. **R. Themis**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p.17-46, jul./dez. 2019.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História Constitucional Inglesa e Norte Americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: UnB, 2008.

PERETTI, Terri. CONSTRUCTING COURTS IN POLARIZED TIMES. “**Going to Extremes: The Fate of the Political Center in America**” Conference at Dartmouth College, 2008.

PERRY JR., H. W. **Deciding to Decide**: Agenda Setting in the United States Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. Tradução de Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas Corpus**. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

POSNER, Richard. Foreword: a political court. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 31, nov. 2005.

PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos Precedentes e Interpretação Legislativa**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2010.

RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional** – o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RAATZ, Igor. Garantismo processual, decisionismo e impenhorabilidades. **Consultor Jurídico**, maio 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-11/diario-classe-garantismo-processual-decisionismo-impenhorabilidades>>. Acesso em: 15 set. 2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do Direito privado e da codificação**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. O princípio da segurança jurídica em face da coisa julgada inconstitucional. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, v. 27, p. 39-64, jul./dez. 2015.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como Guardião da Constituição: Democracia ou Guardiania?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHWARTZ, Norberto. **Noções de Direito**. Curitiba: Juruá, 1997.

SILVA, A. G.; HEIL, M. D. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, ano VIII, n. 15, jul./dez. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SOARES, Guido Fernandes Silva. **Common Law** – Introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Saraiva, 1999.

SOUTO, João Carlos. **Suprema corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

STERN, Ana Luiza Saramago. O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN**, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

STRECK, Lenio Luiz. Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista! **Consultor Jurídico**, set. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>>. Acesso em: 24 dez. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva a Common Law! **Consultor Jurídico**, set. 2013b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set->

12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 15 dez. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019a.

STRECK, Lenio Luiz. Precedentes? Uma proposta aos ministros Schietti, Mussi e Sebastião. **Consultor Jurídico**, jun. 2019b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schietti-mussi-sebastiao>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TESHEINER, José Maria. Precedentes, jurisdinormação e fundamentação da sentença. Disponível em: <https://www.academia.edu/28266388/Precedentes_jurisdinorma%C3%A7%C3%A3o_e_fundamenta%C3%A7%C3%A3o_da_senten%C3%A7a>. Acesso em: 20 dez. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. Second Edition. Estados Unidos, NY: The Foundation Press, 1988.

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

VERONESE, Alexandre. Entre os dispositivos conceituais e a gramática: o direito e a política na formação do Código Civil de 1916. **Revista Escritos (Fundação Casa de Rui Barbosa)**, n. 6, 2012, p. 297-338. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/escritos/numero06/escritos%206_13_entre%20os%20dispositivos.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. Precedentes: **A Mutação no Ônus Argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4 (2), p. 441-464, jul./dez. 2008.

WALUCHOW, Wil. Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 18, issue 2, p. 207-247, jul. 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória** – recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994.

WOOD, G. **The creation of the American republic 1776-1787**. New York: W.W.Norton & Company, 1972.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? **Revista de Processo**, v. 257, p. 371-388, jul. 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/28271350/Por_que_o_Poder_Judici%C3%A1rio_n%C3%A3o_legisla_no_modelo_de_precedentes_do_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_de_2015>. Acesso em: 11 nov. 2019.