

CARLA MARIA KRIEGER DE VALLE

SÚMULA VINCULANTE

Dissertação apresentada como requisito para obtenção de grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências, Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Área de concentração: Teoria Geral da Jurisdição e Processo.

Orientador: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Porto Alegre
2009

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

V181s

Valle, Carla Maria Krieger de.
Súmula vinculante / Carla Maria Krieger de Valle. —
Porto Alegre, 2009.
194 f.

Diss. (Mestrado) - PUCRS, Fac. de Direito. Mestrado
em Direito. PUCRS, 2009.

Orientador: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner.

1. Direito. 2. Súmula Vinculante. I. Título.
II. Tesheiner, José Maria Rosa.

CDD: 340.6

Alessandra Pinto Fagundes
Bibliotecária
CRB10/1244

CARLA MARIA KRIEGER DE VALLE

SÚMULA VINCULANTE

Dissertação apresentada como requisito para obtenção de grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências, Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Área de concentração: Teoria Geral da Jurisdição e Processo.

Aprovada em ____/____/2009.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Prof. Examinador Dr. Sérgio Gilberto Porto

Prof. Examinador Dr. Paulo de Tarso Sanseverino

AGRADECIMENTOS

À memória de João Cesar Leitão Krieger, pai amado que não viveu para ver sua primogênita trilhar o caminho que ele sempre apontou.

À mãe Vilma de Azambuja Krieger, berço do afeto que nossa família nutre e renova a cada encontro.

Ao Augusto, que nunca mediu esforços para tornar realidade todos os meus sonhos.

Às filhas Daniela, Fernanda e Manuela com o desejo de que o exemplo de persistência e coragem para enfrentar os desafios seja a eterna lembrança.

Aos netos Gabriel e Léo, o meu encantamento.

Ao Prof. Araken de Assis, pelas aulas primorosas no curso de graduação que me incentivaram a caminhada rumo ao conhecimento do processo civil.

Ao Prof. José Maria Rosa Tesheiner, sinceros agradecimentos pela convivência saudável e amiga.

RESUMO

A proposta do presente trabalho é analisar, através de pesquisa doutrinária, o instituto da súmula vinculante. Compõe-se de seis capítulos, entre estes a Introdução. O capítulo primeiro aponta as bases científicas para o ideal de uniformização da jurisprudência, contribuindo para tal a capacidade do ser humano de sentir e interpretar fatos e leis que guardam estreita relação com dados biográficos do intérprete. A base constitucional também foi devidamente analisada porquanto uma das vertentes da igualdade material é a realização da isonomia na aplicação das normas.

O capítulo segundo trata da natureza jurídica do precedente judicial e aborda a função criativa ou apenas declarativa dos precedentes. Neste capítulo é feita uma análise da evolução histórica da uniformização da jurisprudência demonstrando que o ideal de tornar a jurisprudência “um só corpo” vem desde o Brasil imperial.

Faz parte do capítulo terceiro a classificação dos precedentes judiciais em relação a sua obrigatoriedade. Os fatores que determinam o grau de persuasão também foram abordados assim como os fundamentos para o efeito vinculativo.

O capítulo quarto contemplou o estudo da organização judiciária inglesa e americana e a aplicação dos precedentes nesse sistema jurídico.

A súmula ordinária, uniformização de jurisprudência e súmula impeditiva de recursos compõem a análise feita no capítulo quinto. Seguiu-se no capítulo sexto pesquisa sobre os precedentes obrigatórios no direito brasileiro, entre os quais a súmula vinculante e tudo que com o instituto se relaciona. Importante ressaltar a pesquisa sobre a possibilidade de reclamação em caso de descumprimento haja vista a necessária existência de instituto que objetive coibir a desobediência à súmula vinculante.

Palavras-chave: Interpretação. Uniformização. Jurisprudência. Súmula. Vinculante. Reclamação.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze, through the doctrine, the binding *sumula* institution. This dissertation is divided into six chapters, including the introduction. The first one points out the scientific basis for an ideal jurisprudence uniformization, taking into account for that the human capacity to feel and interpret the facts and rules linked to the biographic datas from the interpreter. The constitutional ground for that has also been considered, as it brings the material equality perspective as a search for isonomy in the law making process. The second chapter deals with the legal nature of the judicial precedent, and its creative function or merely the declaration power of the precedents. It also develops the historical evolution of the jurisprudence uniformization, within the aim of constructing an unique body of jurisprudence since the imperial times. The third chapter also discusses classifications of the judicial precedents in relation to its bindness. The factors that determine the rate or the grade of persuasion also has been mention as well as the grounds for this binding effect. The fourth chapter brings an overview of the english and north-american judicial organization and the appliance of the precedent in that systems. The ordinary *sumula*, jurisprudence uniformization and the *sumula* that avoids appeals are the matters of the fifth chapter. The sixth one explores the inquire about the binding precedents in the Brazilian system, among them the binding *sumula* and all matter related to that. It is important to make clear that this research make possible the request to the Supreme Court to enforce that.

Key-words: Interpretation. Unifomatization. Jurisprudence. Precedents and binding.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
1.1	BASE HERMENÊUTICA	10
1.2	ESCOLA DA EXEGESE – A LEI COMO ÚNICA FONTE DO DIREITO	14
1.3	ESCOLA HISTÓRICA – CONTRAPOSIÇÃO AO JUSNATURALISMO	18
1.4	REALISMO JURÍDICO AMERICANO – DIREITO COMO EXPERIÊNCIA	19
1.5	BASE CONSTITUCIONAL.....	22
1.5.1	Princípio da igualdade.....	22
1.5.2	Princípio da segurança jurídica.....	28
2	DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL	31
2.1	TEORIA DECLARATIVA.....	32
2.2	TEORIA CONSTITUTIVA.....	34
2.3	EVOLUÇÃO HISTÓRICA E UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.....	37
2.3.1	Assentos.....	46
2.3.2	Prejulgado	50
2.3.3	Revista	52
2.3.4	Recurso extraordinário	54
2.3.5	Súmula de jurisprudência predominante	60
2.4	INTERSECÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS	66
2.4.1	A súmula vinculante e a lei	68
3	CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	73
3.1	PRECEDENTES DECLARATIVOS E PRECEDENTES CRIATIVOS ...	75
3.2	PRECEDENTES PERSUASIVOS E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS.....	77
3.2.1	Precedentes persuasivos.....	79
3.2.1.1	Questões suscitadas.....	81
3.2.1.2	Fatores que determinam o grau de persuasão	84
3.2.2	Precedentes relativamente obrigatórios.....	86
3.2.3	Precedentes absolutamente obrigatórios	88
4	VISTA GERAL DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO COMPARADO.....	90
4.1	ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA INGLESA	90
4.1.1	Aplicação dos precedentes no sistema jurídico inglês.....	99
4.1.2	Domínios de aplicação do precedente.....	101
4.1.3	Mecânica de aplicação do precedente.....	103
4.2	ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA AMERICANA.....	105
4.2.1	Aplicação dos precedentes no sistema jurídico norte-americano	109
4.2.2	Domínios de aplicação do precedente.....	110

4.2.2.1	Vinculação vertical na jurisdição federal.....	112
4.2.2.2	Vinculação vertical nas jurisdições estaduais.....	113
4.2.2.3	Relação entre a jurisdição federal e as jurisdições estaduais.....	114
4.2.2.4	Relação entre as jurisdições estaduais.....	115
5	PRECEDENTES PERSUASIVOS NO DIREITO BRASILEIRO	116
5.1	SÚMULA ORDINÁRIA	116
5.2	UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.....	118
5.3	SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO	121
6	PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO	124
6.1	EFICÁCIA VINCULANTE DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	124
6.2	SÚMULA VINCULANTE	125
6.2.1	Objeto da súmula vinculante	127
6.2.2	Origem e evolução legislativa da súmula vinculante	130
6.2.2.1	Força normativa da súmula vinculante – fonte imediata de direito	132
6.2.3	Pressupostos da edição de súmula vinculante	134
6.2.4	Motivação principal para a edição de súmula	136
6.2.5	Fatores legitimantes que ensejam a edição de súmulas vinculantes	138
6.2.5.1	Competência para edição da súmula vinculante	140
6.2.5.2	Legitimidade para proposição da súmula vinculante	141
6.2.5.3	Quórum para aprovação da súmula vinculante	144
6.2.6	Limites objetivos e subjetivos da súmula vinculante.....	145
6.2.7	Eficácia temporal da súmula vinculante.....	148
6.2.7.1	Revisão da súmula vinculante	150
6.2.7.2	Pressupostos da revisão da súmula vinculante	151
6.2.7.3	Legitimados para a revisão.....	153
6.2.8	Aplicação da súmula vinculante às causas	154
6.2.8.1	Aplicação da súmula vinculante a casos pendentes e futuros.....	155
6.2.9	Destinatários da súmula vinculante.....	159
6.2.9.1	Efeitos da aplicação.....	160
6.2.9.2	A súmula vinculante e tutelas de urgência.....	161
6.2.10	Conseqüências do desrespeito da súmula vinculante.....	162
6.2.10.1	Reclamação.....	166
6.2.10.2	Reclamação e competência.....	168
6.2.10.3	Natureza jurídica da reclamação	170
6.2.10.4	Legitimados ativo e passivo da reclamação	172
6.2.10.5	Coisa julgada – reclamação e prazo.....	173
6.2.10.6	Reclamação e sanções.....	175
6.2.10.7	Aplicação de multa.....	177
	CONCLUSÕES	180
	BIBLIOGRAFIA.....	183

1 INTRODUÇÃO

Estava no primeiro semestre do curso de direito. O currículo havia mudado e os alunos deveriam, até a graduação, assistir a certo número de seminários. O primeiro deles que tive a oportunidade de estar presente teve como tema “Direitos Fundamentais”. Um dos palestrantes foi o eminente ministro José Néri da Silveira e sua palestra foi sobre a súmula vinculante. Embora não tivesse maturidade jurídica para compreender o alcance e importância do tema, era compreensível a necessidade de tornar vinculativa e obrigatória as decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal. Não há razões que justifiquem gasto de tempo e recursos com interposição de recurso extraordinário, quando a tese recorrida estiver devidamente pacificada pelo Supremo Tribunal Federal já que a ele incumbe dar a última palavra sobre interpretação constitucional. Além desse argumento segue-se outro talvez, de maior envergadura: como explicar ao jurisdicionado que uma mesma situação de fato e de direito em igual espaço de tempo possa ter decisões contraditórias, causando insegurança jurídica e falta de previsibilidade das decisões judiciais?

Não se pretende levantar a bandeira de que os juízes devam ser subservientes mas que considerem que decisões contraditórias para um mesmo caso concreto levam a descrédito que ao prestígio do Poder Judiciário não é conveniente.

A idéia plantada, lá no início do curso, germinou com a esperança depositada no mecanismo criado pela Emenda Constitucional nº 45, posteriormente regulamentada pela Lei nº 11.417/2006.

Para levar adiante o projeto que ora se torna realidade não se pode olvidar que a diversidade de interpretação que se possa dar aos fatos, assim como às normas que sobre eles incidam é o primeiro reconhecimento que se faz necessário para a compreensão da súmula vinculante. Interpretar é atribuir significados. Quanto às intenções do legislador podem ser atribuídas interpretações que mudam como se nuanças de uma mesma cor. Assim, uma mesma norma pode ter leituras distintas que chegam ao ponto de conceder a uns o direito que a outros é negado, injustiça que se perpetua se a parte não dispuser de recursos financeiros para recorrer.

Em que pese à demanda judicial reconhecer a possibilidade de coexistirem tese e antítese, fruto do princípio do contraditório e, dar igual oportunidade às partes,

ao Poder Judiciário cabe dar última palavra, cuja finalidade está a pacificação social que não deve contrariar a equidade. Tempo houve em que os casos levados ao judiciário eram quase artesanais, tão específicos e peculiares. Contudo, as relações sociais, a exemplo da produção em massa, sofreram relevantes alterações. Nada mais é feito à mão. Assim também deve ser a resposta judiciária para os casos que se apresentam repetitivos, deixando os tribunais superiores livres da sobrecarga que os impede de dar tratamento especial e individual aos casos que mereçam maior atenção e estudo.

Para bem desenvolver o tema e demonstrar que o ideal de uniformização sempre esteve presente na mente dos que operam o direito é que está inserido no presente trabalho os institutos dos assentos, herdados do direito português, assim como os do prejudgado, revista e uniformização de jurisprudência. Outrossim, a fim de demonstrar que a adoção do mecanismo da súmula vinculante não ensejará o fechamento do sistema é que houve necessidade de explorar o sistema jurídico da *common law* cujo mote principal reside na justiça construída a partir de precedentes judiciais o que lhe valeu o nome de justiça feita a partir do caso concreto.

A resistência à adoção da súmula vinculante resulte, talvez, do fato de nosso sistema jurídico prestigiar sobremaneira a lei relegando à jurisprudência o papel de fonte subsidiária de direito. Entretanto, como o direito deve acompanhar a evolução social e sua dinamicidade é que fica clara a questão de que não podemos deixar de aderir ao sistema de aplicação obrigatória dos precedentes, sobretudo a aplicação da súmula vinculante, recentemente adotada por meio da reforma constitucional do Poder Judiciário. Para melhor desenvolvimento do tema fizemos questão de abordar a evolução dos instrumentos de uniformização culminando com o estudo dos fatores legitimantes para a edição da súmula vinculante assim como abordamos o quórum qualificado necessário a sua edição. A pesquisa tratou de analisar a possibilidade de revisão e cancelamento da súmula assim como a possibilidade, sempre presente, de seu descumprimento o que enseja passeio sobre o instituto da reclamação.

Concluindo, conforta saber que o palestrante responsável pela força interior que impulsionou o desejo de concretizar essa pesquisa tenha expressado disposição de ler o trabalho que o brilhantismo de sua palestra inspirou.

1.1 BASE HERMENÊUTICA

A tarefa hermenêutica conjuga e articula vários elementos. Suas atividades levam à necessidade de tornar realizativas e eficazes as promessas consagradas pelos direitos fundamentais de cada ordenamento constitucional.¹

A hermenêutica é ciência que estuda a interpretação dada ao sentido das palavras. Palavras escritas ou ditas oralmente, acima de tudo, deveriam tornar inteligível ou claro o pensamento de quem as pronuncia. Todavia, o sentido do pensamento expresso através das palavras dependerá de múltiplos fatores, entre os quais há que se ressaltarem qualidades subjetivas do ouvinte-intérprete. Estas, não raro, são mais intensas do que a real vontade do legislador. Nessa situação, o intérprete produz operação mental de reconstrução somando-se pouco do que foi dito ao muito da impressão que as palavras ditas ou escritas lhe causaram.

O operador do direito não está fora dessa realidade. Não logra distanciar-se do objeto a ser compreendido ao ponto de alcançar suficiente neutralidade em relação ao conteúdo axiológico da norma, princípio ou simples comando. Em face disto pode-se afirmar que a interpretação é diálogo entre o emissor e o receptor de determinado pensamento.

Em decorrência dessa constatação é natural que, frente a uma mesma realidade normativa se apresentem sentidos diversos, até mesmo antagônicos ou contraditórios. Também não surpreende que o mesmo ocorra em relação às situações fáticas, quando cada observador pode relatar os fatos conforme sua forma de percepção, o que remete à possibilidade de ocorrência de visíveis contradições.

É incontroverso que a interpretação das normas, assim como os fatos da vida não obedecem à unidade que facilitaria extraordinariamente o trabalho exegético e a razão é singela, pois que “el asunto es demasiado humano”.² Nada é eterno e muito duradouro nas mãos dos homens.³

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr.-jun. 2000, p. 53.

² ORTEGA y GASSET. **La rebelion de las masas**. Madrid: Revista de Occidente, 1995. p. 11.

³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. São Paulo, Ano XXXIII, 3º trimestre de 1971, v. 74, p.135.

Não obstante, o respeito às dissensões interpretativas, o direito, como sistema que busca dar a cada o que é seu na medida da sua necessidade, não deve compactuar com divergências que atentem contra a coerência, princípio que lhe é caro. Repugna ao jurista que sobre mesma regra jurídica dêem os tribunais interpretação diversa e até contraditória, quando as condições em que ela foi editada continuam as mesmas. O dissídio resultante de tal exegese debilita a autoridade do Poder judiciário, ao passo em que causa profunda decepção às partes que postulam perante os tribunais.⁴

A decisão originalista, que persegue a intenção do legislador, é tarefa de difícil execução no processo hermenêutico porque, não raro, distante da realidade fática objeto da decisão. Nesse contexto, a interpretação histórica é recurso indispensável e talvez única possibilidade na tarefa de dimensionar os efeitos dos fatos ou direito a ser aplicado ao caso em exame, já que “uma boa interpretação sistemática constitucional é aquela que se sabe, desde sempre, coerente e aberta”.⁵

A interpretação tem dupla função. Em primeiro lugar a interpretação busca expressar o espírito que o constituinte pretendeu à regra quando da sua elaboração. A seguir está a possibilidade de que a interpretação fixe regras e padrões para casos semelhantes futuramente.⁶ É a isonomia da resposta judiciária, contraponto do Direito subjetivo público de todo o jurisdicionado, que essa dicção judiciária tenha certo grau de previsibilidade, por modo que casos assemelhados recebam solução jurídica análoga.⁷

É ao juiz que o Estado democrático outorga a tarefa de garantir a estabilidade e a continuidade do direito.⁸ O ato de julgar distancia-se da ciência, na medida em que aquela exclui qualquer ideologia. Ao realizar exercícios reflexivos necessários à tarefa de aplicar a norma ao caso concreto, as possibilidades de que

⁴ BUZUID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII. Jul. 1985, p. 192.

⁵ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.200. Sobre o textualismo de Scalia, refere o autor, na página 205, que merece reparos centrais, em primeiro lugar por não assumir a circularidade hermenêutica, com a dialética tensão entre sujeito e objeto e, por não conseguir, em razão disso, dar conta de ordens constitucionais que determinam ir além do texto.

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 206.

⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 283.

o julgador o faça sem interferências pessoais que revelem aspectos ideológicos é improvável.

A afirmação da neutralidade política do direito é equivocada ou maliciosa.⁹ Intérpretes de textos são *sempre* desonestos (...) não intencionalmente, é claro, mas não conseguem transcender seu próprio contexto histórico. Aliás, nem seu próprio contexto autobiográfico.¹⁰ Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. Esse é o verdadeiro conteúdo do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei.¹¹

O juiz, no cumprimento de suas próprias tarefas institucionais, está chamado a compartilhar com a classe política a distribuição de valores e recursos, que alimentam o conflito, a convivência e a fragmentação de certa coletividade.¹² A sujeição do juiz à lei não está mais assentada no velho paradigma positivista da sujeição do juiz à letra da lei, qualquer que seja o seu significado. Trata-se de uma obediência à lei, quando é válida e coerente com a Constituição,¹³ mediante a consciência do valor a preservar.¹⁴ A interpretação das leis busca a revelação da regra de Direito aplicável, objetivando sua correta e justa aplicação no caso concreto.¹⁵

Entretanto, não se deve subestimar a intenção do legislador, mais, tratando-se ele, de poder originário constituinte, sob pena de usarmos a ciência hermenêutica para fins não afetos ao estado democrático de direito. Neste sentido a lição de Guastini: “La revision constitucional no puede expandirse em ningún caso hasta modificar los principios supremos de la constitución existente”.¹⁶

É preciso que os próprios juízes, apreciando o que vem sendo decidido, parem para refletir e, nesse momento de reflexão, afastem interpretações que podem ser pessoais e passem a manifestar-se de modo institucionalizado. Daí a

⁹ DALLARI, Dalmo. **O poder dos juízes**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 59.

¹⁰ YALOM, Irvin D. **Quando Nietzsche chorou**. 7.ed. Rio de Janeiro: Ediouro. 2003. p. 77.

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 215.

¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr.-jun. de 2000, p. 48.

¹³ Idem, p. 51.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 105.

¹⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Métodos de interpretação da lei no direito comparado**. Porto Alegre: Ajuris, v. 64, p. 119, 1995.

¹⁶ GUAISTINI, Riccardo. **Distinguendo**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 301.

legitimidade dos meios pelos quais se busca a uniformização dos modos de decidir,¹⁷ quando há que se afastar o dogma da onipotência do legislador, ainda que este se apresente como constituinte.¹⁸

Enfim, toda a declaração de vontade de uma lei deve ser necessariamente interpretada. O juízo que afirma a evidência do sentido de uma frase é uma interpretação.¹⁹ O direito é aquilo que a interpretação estabelecer que ele seja.²⁰

A operação mental que acompanha o processo de fixação do sentido da norma a ser aplicada ao caso concreto é descrita por Kelsen como uma procura minuciosa dentre várias possibilidades existentes:

Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.²¹

No sistema baseado na legalidade a vinculação do juiz aos preceitos legais, a impessoalidade e a necessidade de fundamentação das decisões são elementos imprescindíveis à segurança jurídica. No entanto, diante da realidade de que a interpretação está associada a fatores de ordem pessoal, frente ao mesmo caso, podem acontecer interpretações diversas, até conflitantes. Assim sendo, foi recebida de bom augúrio a Emenda Constitucional nº 45, nominada Reforma do Judiciário, promulgada em 8 de dezembro de 2004 que, dentre outras alterações, implementou

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo** 100, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez.2000, p. 182.

¹⁸ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 24.

¹⁹ DA COSTA, Alfredo de Araújo Lopes. **Direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. p. 30. v. I.

²⁰ AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. Texto atualizado de acordo com o Decreto-lei nº 4565 de 11 de agosto de 1942. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva & Cia. Editores. 1943. p. 98. v. 4.

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 390-1.

relevantes normas de caráter processual, entre elas a Lei nº 11.417, de 19.12.2006 que trata da Súmula Vinculante.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal farão interpretação autêntica, criadora do direito para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral.²²

1.2 ESCOLA DA EXEGESE – A LEI COMO ÚNICA FONTE DO DIREITO

É também conhecida como Escola dos Glosadores ou Escola Filológica. Na ótica dessa corrente filosófica, o Direito é um sistema normativo fechado, estático, e refratário ao dinamismo da vida e das relações sociais. Está adstrito ao conteúdo dos Códigos que prescrevem soluções para todos os conflitos. Essa escola confiava à Ciência Jurídica a tarefa de extrair as categorias lógico-jurídicas, implícita e explicitamente, nos códigos e leis complementares.²³

Para os adeptos desse pensamento, a lei não possui lacunas, não havendo necessidade de ilações nem operações mentais para a sua aplicação. A lei, sendo completa e acabada, poderá atender aos casos concretos, confinados a sua previsibilidade. A dinâmica da vida não é tomada em consideração. Subordinado à lei, exerce o Poder Judiciário uma atividade de segunda categoria, pois é a lei que fixa os fins que os juízes precisam afanosamente descobrir e buscar.²⁴ Nesse caso, há total vinculação do intérprete à lei, mesmo ela sendo injusta se aplicada ao caso concreto. O juiz torna-se servil e atua como mero aplicador mecânico da lei. A

²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 394

²³ REALE, Miguel. **Jurisprudência e doutrina**. Vox Legis, Repositório autorizado da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Registrado son nº 003/79. Ano XIII, v. 146, fev. 1981. Cf. Julio César Finger o sistema que propunha a codificação tratava-se de um sistema fechado, axiomático-dedutivo, em que a atividade do intérprete resumia-se a isolar o fato e identificar a norma jurídica a ele aplicável, com se fosse tal atividade uma operação lógico-formal. [...] Na medida do fortalecimento do Estado Moderno, foi-se formando o dogma da completude. FINGER, Julio César. **Constituição e direito privado**: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. A Constituição Concretizada. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. p. 88.

²⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 22. Cf. Roscoe Pound, no olvidemos que la llamada interpretación no consiste solamente em la comprobación de la voluntad legislativa. Si fuese así, se trataría de la más fácil y no de la más difícil de las tareas judiciales. POUND, Roscoe. **El Espíritu del “Common Law”**. Traduzido por José Puig Brutau. Bosch. Casa Editorial: Barcelona. 1954. p. 174.

jurisprudência, como a lei, traça uma norma jurídica geral e obrigatória. Mas se distingue por sua maior flexibilidade e maleabilidade, com esses atributos melhor acompanha a evolução social, compensando no caso concreto, não raramente, o descompasso legislativo.²⁵

O descompasso da escola da exegese está em negar a evolução do sistema jurídico, que não pode quedar ao largo da dinamicidade da vida, imprevisível tanto quanto o é a capacidade do ser humano de expressar criatividade para o produtivo e enriquecedor quanto para o negativo, perverso e patológico. Nesse contexto, absolutamente incontestável, percebido, felizmente, como inacabado e inacabável, se infere que todo intérprete precisa assumir a condição de permanente vivificador do sistema e de superador das suas antinomias axiológicas.²⁶

A Ciência Jurídica confinada ao pensamento de que as vicissitudes e contingências próprias da vida podem estar previstas em todas as suas possibilidades e variantes em um mesmo código, completo e acabado que, portanto, não valoriza as mudanças operadas através dos tempos em todas as sociedades de todos os tempos, não considera tampouco os métodos interpretativos que muito auxiliam o trabalho hermenêutico.

Embora não seja objeto da presente monografia tratar pormenorizadamente da ciência hermenêutica, não devemos desconsiderar que o operador do direito, para bem desenvolver e analisar tese e antítese não prescinde, conforme exigência do objeto interpretativo, dos métodos gramatical ou exegético, método histórico, método axiológico, método comparativo e método sistemático.

Essa última forma de interpretação assume que interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro; qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito.²⁷

²⁵ MONTORO, Franco. Fontes do direito Em suas modalidades fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Jan.-mar. 1972. Brasília: Composta e Impressa no Serviço Gráfico do Senado Federal. Jan.-mar. 1972, p. 67. No mesmo sentido, Roscoe Pound, assevera que cuando la legislatura há tenido una voluntad y há tratado de expresarla, apenas se presenta um problema de interpretación. La dificultad resulta de los múltiples casos em que el legislador no tenía ninguna voluntad porque no los había previsto. POUND, Roscoe. **El Espíritu del "Common Law"**. Traduzido por José Puig Brutau. Bosch. Casa Editorial: Barcelona. 1954. p. 174.

²⁶ FREITAS, Juarez. Sobre o textualismo de Scalia, refere o autor, na página 205, que merece reparos centrais, em primeiro lugar por não assumir a circularidade hermenêutica, com a dialética tensão entre sujeito e objeto e, por não conseguir, em razão disso, dar conta de ordens constitucionais que determinam ir além do texto, p. 47.

²⁷ Idem, p. 70. Sobre os diversos métodos acima referidos: o gramatical consiste no exame das palavras e orações contidas no texto. O histórico consistente no confronto do texto com outros que o antecedeu na ordem jurídica e com seus precedentes na tramitação do processo legislativo. O

Se verdadeira a afirmativa que diz que, ao julgar o caso concreto, o juiz particulariza a norma geral, não há como aceitar que a lei seja tão clara que contenha elementos que sirvam de moldura a qualquer caso julgado. Como as antinomias legais seriam abordadas pela escola da exegese, ou elas não seriam perceptíveis aos juristas de então? Soa razoável afirmar que, sendo a lei, obra humana, é necessariamente incompleta e imperfeita. O legislador não consegue contemplar todas as hipóteses fáticas de ocorrência futura.²⁸

Embora a escola filológica estude a língua em toda a sua amplitude, nega atuação valorativa do intérprete porquanto entende que a interpretação deve ser mecânica, de acordo com a intenção do legislador e que essa vontade está expressa na literalidade da lei. Sob este aspecto, demonstra contradição, eis que amplitude da língua não parece ter qualquer relação com a idéia, há muito ultrapassado, de que o juiz é a boca da lei.

Entretanto, a estreita visão dos adeptos dessa escola serviu à burguesia ascendente recém-chegada ao poder, no pós-absolutismo, razão por que o poder de julgar estava restrito à aplicação do texto da lei à situação particular, sem interpretação que pudesse afastar-se da vontade do legislador. A interpretação que não expressasse essa vontade, naquele contexto, poderia estar comprometida com interesses vinculados ao poder.²⁹

O Código de Napoleão, em seu artigo 4º, determinava que o juiz não pudesse jamais evitar julgar algo que lhe fosse dado. A lei era instrumento único de que dispunha a sociedade para controle do poder arbitrário.

método axiológico, de profundo significado cultural, consiste na identificação dos valores a serem preservados pela norma (os princípios gerais do direito, os fins sociais da lei e o bem comum). Em relação ao método comparativo, consiste no confronto com ordenamentos jurídicos estrangeiros. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 106-7.

²⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 8. Nesse sentido José Maria Rosa Tesheiner afirma que há muito se assentou que a lei não contém todo o direito e que o direito não se resume à lei. Há normas não escritas. A sociedade, ela própria, segrega diretamente normas jurídicas. O juiz é órgão do Estado, mas é também voz da sociedade. O Legislativo, que é representação do povo, pode falsear a sua vontade, fazendo prevalecer os interesses de uns poucos sobre o da imensa maioria da população. Não se pense num Judiciário cego a tudo isso, p. 22 da obra citada. Cf. Karl Larenz, casi siempre se ha reconocido que, por muy meditada que esté la ley, no puede contener una regla para todo caso que surja y que requiera una decisión: com otras palabras: que toda ley, inevitablemente, tiene lagunas. **Metodología de la ciencia del derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966. p. 286.

²⁹ Cf. Roscoe Pound menciona o caso do Código de Federico el Grande, "redactado sobre la base de que todas las contingencias debían quedar previstas com tan escrupuloso detalle que em lo sucesivo no pudiera suscitarse nunguna duda. **El Espiritu del 'Common Law'**". Barcelona: Casa Editorial. 1954, p. 178.

A escola em questão, então, teve a virtude de legar a supremacia da lei e o princípio da legalidade. Os positivistas afirmam que os seres humanos não agem corretamente por sua própria natureza, mas porque as leis impõem severas sanções ao potencial infrator.³⁰ Essa razão é importante porque revela a lógica do positivismo.

A lição de Canotilho aponta idéias básicas para a compreensão do contexto em que vigorara a escola filológica:

a primeira que considera fundamental, consiste na tese de que o direito do estado de direito do século XIX *é o direito das regras dos códigos*; o direito do estado constitucional democrático e de direito *leva a sério os princípios*, *é um direito de princípios*. A segunda tese apoia-se na seguinte idéia: o tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na *metódica de concretização* do direito e, por conseguinte, na actividade jurisdicional dos juízes.³¹

A referência histórica aponta a razão pela qual a estrita legalidade, então necessária, cedeu passo ao sistema de interpretação que considera que o que há de perene nos princípios é a idéia-mestra que cada um contém; e eles são sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço, no tocante à sua extensão e à interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional.³² Se tal realidade, por desconhecida, não produzia consequência no direito anterior, atualmente, não se pode reconhecer como bom, sistema jurídico que não esteja em consonância com a Constituição Federal entre cujas cláusulas pétreas figura o princípio da igualdade de todos perante a lei.

³⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 25.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “Principialização” da Jurisprudência através da Constituição. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Constituição e Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**. Ano 25, abr.-jun. 2000, n. 98, p. 84.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 34.

1.3 ESCOLA HISTÓRICA – CONTRAPOSIÇÃO AO JUSNATURALISMO

O Jusnaturalismo concebe o direito como fenômeno de origem divina, uma invenção de Deus. Os antigos diziam que suas leis tinham vindo dos Deuses.³³ A concepção Jusnaturalista de fundo teológico é reafirmada na doutrina estoica (rígido, impassível ante a dor e a adversidade) de Santo Tomás de Aquino.

O Direito natural, fundado na razão ou no mais íntimo da natureza humana, preexiste ao Direito que é produzido pelos homens ou pelo Estado e deve ser sempre respeitado.³⁴

O historicismo jurídico surge como forma de reação política aos ideais revolucionários do iluminismo. A observação da realidade histórica e social demonstra que o direito é dinâmico, tal como a vida também o é. A Codificação deve acompanhar o dinamismo dos costumes. Caso não ocorra essa evolução dir-se-á que a lei está desatualizada.

A escola histórica volta-se para a compreensão do fenômeno jurídico no ambiente social em que ele é produzido, oportunidade em que a observação da realidade social manterá o direito vivo. Todo modelo social, e o jurídico em particular, é uma *estrutura dinâmica* e não estática: é-lhe inerente o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados.³⁵ Os adeptos da escola histórica têm como princípio a crença de que as leis e costumes são frutos das circunstâncias e conveniências de um povo em dado momento histórico, portanto, pela indução que há de começar a construção de um sistema jurídico, razão pela qual tende à pesquisa histórica e sociológica.³⁶

Pontes de Miranda aponta que a evolução dos processos de criação da regra jurídica também obedecem ao *princípio da crescente adaptação* e, pois, de diminuição do *quantum despótico*: em tal evolução é que encontramos a lei da

³³ FUSTEL DE COULANGES. Numa Denis. **A cidade antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 150-2.

³⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 22

³⁵ REALE, Miguel. **Jurisprudência e doutrina**. Vox Legis. Repositório autorizado da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Registrado sob nº 003/79. ano XIII, v. 146, fev-1981, p. 3.

³⁶ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 64. Tomo I

democratização ou da crescente liberdade dos processos de revelar o direito[...]”³⁷ Este autor não vê diferença substancial entre as ciências naturais e as sociais, porque todos os fenômenos sociais são também naturais, permitindo uma abordagem científica a partir de princípios comuns.

A teoria sugere que enquanto os relacionamentos da humanidade com o mundo são uma questão de ordem natural, os relacionamentos entre seres humanos são, em grande parte, uma questão de contrato social.³⁸

Os partidários do direito natural não dão ao precedente judicial o *status* de criador do Direito. O positivismo jurídico contrapõe-se à idéia de um Direito Natural. O direito é positivo, no sentido de que é criação do homem.³⁹

1.4 REALISMO JURÍDICO AMERICANO – DIREITO COMO EXPERIÊNCIA

A família jurídica da *Common Law* tem como elemento determinante a exposição de preceitos jurídicos por meio de problemas concretos, constituídos pelos precedentes. Essa tradição faz o direito apresentar-se como possuidor de um caráter eminentemente contencioso e como dominado, em sua própria concepção, pelo processo[...]”⁴⁰. A preocupação do direito americano, que tem sido a lógica que norteia sua estrutura, é a de que o precedente judicial declara o que já existe.⁴¹ A origem dessa expressão encontra-se no realismo jurídico utilitarista de Jeremias Bethan, filósofo fundador do utilitarismo inglês, direito que se estendeu às colônias. É direito baseado em experiência através do julgamento de casos análogos. “The life

³⁷ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1981. p. 68. Cf. CAETANO, Marcello para os jusnaturalistas existem certas regras fundamentais de organização social que são impostas pela natureza humana e que por isso têm caráter universal e imutável. Desde que a administração pública corresponde à orgânica naturalmente decorrente da estruturação social e tem de satisfazer necessidades essenciais da vida humana, há-se obedecer a certos princípios de Direito natural e a *doutrina administrativa* deverá ser deduzida das leis naturais. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 65. Tomo I.

³⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 23.

³⁹ O movimento do *direito natural*, que foi um dos monumentos racionalistas, fundou na natureza humana, ou, o que é o mesmo, na Razão, o critério de justiça; o empirismo, mais prudente e mais utilitarista, procura atender aos fatos, e deixar que o direito se forme pela pressão dos próprios elementos sociais é o *laissez-faire* na elaboração e na filosofia do direito. In: MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 12.

⁴⁰ DAVID, René. **O direito Inglês**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. VIII.

⁴¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op.cit.*, p. 24.

of law has not been logic: it has been experience. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics".⁴²

O direito que emana dos tribunais ou juízos é direito de experiências feito, baseado nas circunstâncias do caso em exame, que contrastado com os casos anteriormente decididos poderá ou não ter o mesmo deslinde. Cada ação judiciária alavanca a criação do direito, razão pela qual se afirma que não há direito sem processo.⁴³

A atual corrente do realismo jurídico defendida por juristas, em sua maioria americana, tem posto em relevo algumas questões, de fundamental transcendência, sobre a matéria. A verdade é que os fatos não são como as normas abstratas pretendem que sejam, mas se obstinam em ser como são.⁴⁴ Ao paradigma abstrato, cujo vetor partia de cima, da teoria, passou a contrapor-se um paradigma concreto, de vetor oposto, que partia dos fatos.⁴⁵

No campo jurídico, o Direito é o que os Tribunais decidem o produto de suas decisões, fundados nos precedentes jurisprudenciais, assim como nos usos e costumes. Devido à raiz essencialmente jurisprudencial desse direito, o precedente serve para dar estabilidade e segurança ao sistema e garantir igualdade de

⁴² HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The Common Law*. Reprint Originally published: Boston: Little, Brown. 1881. Dover Publications, Inc., New York. P. 1. Cf. Roscoe Pound, "no es una de las mejores hazañas del *common law* haber descubierto y elaborado un sistema para desarrollar el Derecho por medio del empirismo judicial em la misma época en que el resto del mundo recurría a Roma y trataba de administrar justicia in la moderna Europa con los rígidos textos y el encadenado juez de Constantino y Justiniano, en lugar del método judicial libre de los juristas clásicos. El Espíritu del 'Common Law'." P. 173.

⁴³ Cf. Ana Lúcia de Lyra Tavares a técnica das distinções traduz bem a função criadora de direito do juiz inglês, que não se limita a interpretar a norma jurídica, como ocorre no sistema romano-germânico, mas vai além, pois que pode criá-la, com base na razão, no bom senso, na avaliação e na ponderação dos elementos contidos em casos precedentes e na aplicação dos *statues* (a norma jurídica oriunda do Parlamento). O espírito da *common law* e os contratos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000. p. 33.

⁴⁴ CORRÊA, Niderauer Alcione. Jurisprudência e Prejulgado. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos**. São Leopoldo: Unisinos, v. VII, nº 20, p.22, 1977.

⁴⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia e pureza no direito dos USA. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. I-IV, n. 1-514, jan.-mar. 2005, p. 239. O autor menciona o pensamento de Holmes que expressara a necessidade de descer à particularidade dos casos para bem julgar. No julgamento do caso *Lochner*, em 1905, referira: conceitos abstratos, proposições gerais as quais foram talvez suficientes para resolver casos no passado, ou em sociedades mais homogêneas e menos controversas ou conflituosas passaram a não mais ser aptos a decidir casos concretos (p. 370).

tratamento a quem busca a justiça. É, portanto, o mecanismo que garante a coerência e a continuidade do sistema.⁴⁶

Oliver Wendell Homes Jr., considerado o maior mito nos Estados Unidos, em oposição à teoria clássica, afirmara que teorias conduzem ideologias, ainda que a teoria se diga neutra.⁴⁷ Sua obra apresenta duas dicotomias, ambas *prima facie* não ideológicas, mas de fortíssimo caráter filosófico: Lógica *versus* Experiência, e Abstrato *versus* Concreto, as quais são derivadas dos dois mais famosos aforismos cunhados por ele, ambos incorporados ao Direito americano: A vida do Direito não tem sido lógica, tem sido experiência (*The life of the law has not been logic: it has been experience*) e proposições gerais não decidem casos concretos (*General propositions do not decide concrete cases*).⁴⁸

Roscoe Pound é outro crítico da filosofia abstrata do direito.⁴⁹ Referia que o método dedutivo era abstrato, mecânico, artificial, vazio. Partia de assunções fixas que eram aplicadas seguindo uma lógica interna que evitava questões práticas, preferindo lidar com abstrações. Aquele abstrato não mais se prestava a resolver os casos concretos de uma nova sociedade industrial, que se desenvolvia rapidamente e apresentava características muito distintas.⁵⁰ A exigência implica que formulemos os postulados jurídicos da civilização do tempo e lugar, aferindo a Lei e sua aplicação para que ela possa motivar um avanço de progresso e civilização e para

⁴⁶ LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUCRS, n.14, jan.-jul. 1999, p. 169.

⁴⁷ GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia e pureza no direito dos USA. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. I-IV, n. 1-514, jan.-mar. 2005, p. 366.

⁴⁸ HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. The Common Law*. Reprint Originally published. Boston: Little, Brown, Dober Publications, New York, 1881. p. 1.

⁴⁹ Cf. esse autor, o trabalho cotidiano dos tribunais nunca terá sido tão completamente modelado por ideias filosóficas abstratas quanto no século XIX, quando os homens de leis afetavam um soberano desprezo pela Filosofia e os juristas analíticos acreditavam ter estabelecido uma ciência autossuficiente do Direito, que se mantinha sem necessidade de qualquer aparelhamento filosófico. POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito**. Traduzido por Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 13.

⁵⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. *Op.cit.*, p. 375. Roscoe Pound refere que se poderia considerar uma época de maturidade do direito. Este deveria ser considerado como algo completo e autossuficiente, sem antinomias nem lacunas, necessitando apenas um arranjo metódico, um desenvolvimento lógico das implicações de suas inúmeras normas e concepções e uma exposição sistemática de suas múltiplas partes. Assevera que o Direito esteve assimilando o que fora absorvido durante o período de crescimento, e a missão do jurista era mais a de ordenar, harmonizar e sistematizar do que a de criar. POUND, Roscoe. *Op.cit.* p. 29.

que os elementos jurídicos herdados de uma civilização do passado possam transformar-se em instrumento de manutenção e expansão do atual mundo civilizado.⁵¹

Chamava de jurisprudência mecânica e individualista.⁵² Através do desenvolvimento de um raciocínio indutivo e analógico; formalismo processual; liame permanente entre a tradição e a experiência, que é um direito empírico, por excelência, como também o foi o direito romano clássico.⁵³

La doctrina del *common law* consiste em aplicar “la razón a la experiencia. Parte de la suposición de que la experiencia proporcionará el fundamento más satisfactorio para los *standards* de acción y principios de decisión”.⁵⁴

[...] O Realismo mudou a face do Direito e da sociedade americana. O que se produziu e produz no mundo jurídico dos USA hoje é, de alguma forma, reflexo, contra ou a favor, das idéias plantadas por Holmes e levadas adiante pelo Realismo.⁵⁵

1.5 BASE CONSTITUCIONAL

1.5.1 Princípio da igualdade

É nítida a índole constitucional da súmula vinculante. A emenda 45 trouxe ao ordenamento jurídico outro instrumento de controle direto de constitucionalidade ao

⁵¹ POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito**. Traduzido por Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 32-3.

⁵² Cf. Roscoe Pound, “la maquinaria necesaria había sido procurada de antemano por el legislador o por principios jurídicos tradicionales y sólo hacía falta que uno metiera los hechos por arriba y sacara la solución por abajo. Em realidad, como dice este crítico, los hechos no siempre se ajustaban al mecanismo y por ello era menester recurrir a sacudir y agitar um poco la máquina para que lográramos que nos diera algo. “**El Espíritu del ‘Common Law’**.” *Op.cit.*, p. 171.

⁵³ TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O espírito da *Common Law* e os contratos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000. p. 29.

⁵⁴ POUND, Roscoe. **El Espíritu del “Common Law”**. Traduzido por José Puig Brutau. Bosch. Casa Editorial: Barcelona. 1954. p. 182.

⁵⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia e pureza no direito dos USA. **Revista de Direito Administrativo**. 239: I-IV; 1-514 Rio de Janeiro. jan.-mar. 2005. p. 386. Cf. esse autor, as abstrações encaixam melhor nos Tribunais de Apelação e Cortes Supremas, em regra distantes da realidade fática. No Brasil, fruto da paixão pela abstração, as decisões do juiz de primeiro grau são quase todas recorríveis e modificáveis, no afã do que dirá alguém superior, verdade absoluta, longe dos fatos. p. 379.

direito pátrio. É pela tutela constitucional dos direitos fundamentais, perante as Cortes Constitucionais, que o processo constitucional transforma-se na técnica de proteção dos direitos fundamentais, principalmente quando esses adquirem posição essencial no direito contemporâneo.⁵⁶

Suplantado o Estado absolutista, inevitável mudança em relação ao poder e seu exercício ocorreu, para brindar à humanidade a igualdade formal, gestada lentamente, fonte inspiradora dos processos revolucionários que a fizeram surgir como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; não como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido.⁵⁷

Em razão dessa igualdade formal, que não consiste em uma igualdade de tratamento apenas perante o direito, é que a Constituição Brasileira do Império incorpora valores que qualificam o texto constitucional como modelo de norma partidária do livre arbítrio: A Liberdade é o próprio homem, porque é a sua vida moral, é a sua propriedade pessoal a mais preciosa, o domínio de si próprio, a base de todo o seu desenvolvimento e perfeição, a condição essencial do gozo de sua inteligência e vontade, o meio do perfazer seus destinos.⁵⁸

A Constituição, tendo em vista a diversidade, procura tutelar a igualdade,⁵⁹ levando em conta este pressuposto para a configuração do justo. Estabelecer diferenças entre pessoas e coisas é requisito indispensável para a possibilidade de igualá-los. A concretização do princípio da igualdade obrigatoriamente passa pelo registro da qualidade da diferença.

Igualdade processual é equilíbrio na apresentação das respectivas teses quando nenhuma das partes tenha mais oportunidade de apresentá-las e prová-las do que a outra. Princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante.⁶⁰ É, por assim dizer,

⁵⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O ambiente sistêmico da função judicial e o espaço político da magistratura. Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Revista de Processo. Ano 25 Abril-Junho. N. 98 Paraná: 2000. p. 58.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 101.

⁵⁸ PIMENTA, José Antonio Bueno. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Ministério da Justiça e Negócios Interiores: Serviço de Documentação, 1958.p. 382.

⁵⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e processo civil. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista do Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr.-jun 2000. p. 53.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 130.

o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.⁶¹

Conseqüentemente, em nosso ordenamento jurídico, a regra estabelecida é no sentido de não serem admissíveis tratamentos desiguais para as partes que litigam. Subsistem, contudo, na legislação, inconstitucionalmente, algumas desigualdades, derivadas em larga medida da confusão entre as duas categorias de funções do Ministério Público e da ambivalência (ou ambigüidade do seu estatuto).⁶² O artigo 188 do Código de Processo Civil determina tratamento favorável estabelecendo que “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.” Entendeu o legislador que a situação objetiva dessas instituições justificam assim como podem exigir tratamentos diferentes.⁶³

A igualdade de armas (*waffengleichheit*) não significa, entretanto, paridade absoluta, mas sim na medida em que as partes estiverem diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais.⁶⁴ O princípio do contraditório é ínsito ao princípio da igualdade.

Neste sentido é precisa a lição:

Mais do que qualquer outro ramo do processo, é o processo civil aquele em que os postulados da igualdade mais se fazem sentir, porquanto a lide, só por si, implica igualdade entre as partes e a intervenção do tribunal, para decidi-la, ocorre precisamente, porque, à partida, não devem prevalecer a vontade e os interesses de nenhuma; e só assim o poder do Direito se impõe aos poderes de facto que existam na sociedade.⁶⁵

[...] são os princípios que inspiram o legislador na criação de novos institutos, dão ao intérprete o alcance dos existentes e a verdadeira inteligência das normas. Inestimável, como se vê, é a contribuição que dão à ciência jurídica, até porque não se pode pretender que o ordenamento legal contemple e minudencie

⁶¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32.

⁶² MIRANDA, Jorge. Constituição e Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, abr-jun., n. 98, 2000, p. 42.

⁶³ Idem, p. 37.

⁶⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op.cit.*, p. 153.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Op.cit.* p. 36.

fórmulas que possam disciplinar todas as situações ensejadas pela multifária riqueza da vida.⁶⁶

José Cretella Neto aponta para o fato de que, na época da Revolução Francesa, o preceito era de mais fácil inteligência, já que a finalidade era a abolição da sociedade estamental então existente.⁶⁷ De fato, o exercício efetivo, e não apenas virtual da liberdade, pressupõe razoável igualdade de condições entre os sujeitos.⁶⁸

O princípio da igualdade significa que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens-situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las, ou gravá-las, em proporção às suas diversidades.⁶⁹

Não faz mais sentido o brocardo: “entre o forte e o fraco, é a lei que liberta e a liberdade que escraviza”. A liberdade jamais poderá escravizar em um Estado que tenha optado ser livre e democrático e que tenha determinado em sua Carta Constitucional que seus cidadãos vivam sob o Estado Democrático, portanto sujeitos ao mesmo direito, seja ele legislado ou judicado.

Entretanto, a isonomia que se pretende ver alcançada, desejada e verdadeira igualdade de todos perante a lei, somente pode ser atingida quando a norma interpretada seja devidamente aplicada para as situações análogas, vale dizer que não pode ser almejada apenas em face da lei enquanto norma geral, abstrata e impessoal, mas deve sê-la igualmente em face da *lei judicada*, ou seja, da norma depois de interpretada e aplicada pelos Tribunais.⁷⁰

Nesse sentido, não somente a norma legislada, mas também a norma judicada deve tratar igualmente as partes. Nosso sistema tolera, contudo, a indesejável consequência de certo tributo não ser pago por determinada empresa que exerce certa atividade, e dever ser pago por outra, que exerce exata e

⁶⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 261.

⁶⁷ MANCUSO CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 51.

⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 125.

⁶⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e poder o legislativo. **Revista dos Tribunais**. Ano 44, v. 235, maio de 1955. p. 7.

⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op.cit.*, p. 120.

precisamente o mesmo tipo de atividade.⁷¹ Será essa a igualdade pretendida? Certamente, não.

No sentido de atingir verdadeira e real isonomia está o direito brasileiro reagindo, ao apresentar constância e contumaz inclinação a implementar instrumentos que permitam potencializar a eficácia das decisões uniformes, especialmente as sumuladas. A transformação operada no sistema judiciário pátrio poderá ser mais bem avaliada com o correr do tempo, quando a aplicação imposta pelas novas leis, (Lei nº 11.418/06: repercussão geral, Lei 11.672/08: recursos repetitivos e a Lei da Súmula Vinculante) passe a operar na prática, num forte indicativo, portanto, de que a garantia da igualdade de todos perante a lei deve incluí-la quando apreciada pelo judiciário.⁷²

A proposta de generalizar em alguma medida essa eficácia transcendente está na linha dessas realidades da ordem jurídica e político-institucional do País e nada tem de aberrante sequer no tocante ao dogma da separação dos Poderes do Estado.⁷³

Sálvio de Figueiredo Teixeira, analisando a Jurisprudência e a postura do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em suas semelhanças e diferenças, aponta fatores importantes na evolução da jurisprudência, especialmente àquela que trata da evolução processual:

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, pela experiência vivida pelo Supremo Tribunal Federal, com um volume espantoso de processos a apreciar, presentes os mais variados temas processuais, desde o início vem tendo uma marcante atuação na área do processo civil, especialmente pelo número de questões processuais enfrentadas. Outro ângulo a ser examinado no cotejo referido é o respeitante à postura ideológica de ambos. Na Suprema Corte brasileira tem predominado o conservadorismo, sendo fraca sua posição ativa como Poder e até mesmo como órgão julgador. O judiciário brasileiro sempre foi conservador, levado a essa postura por uma série de fatores políticos e sociais.⁷⁴

⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução? Constituição e processo civil. Estudos em homenagem do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista do Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr-jun. 2000, p. 297.

⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 112.

⁷³ DINAMARCO. Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo 100**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez.2000, p. 184.

⁷⁴ TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 252.

Atualmente, o grande desafio da sociedade é transformar a igualdade formal, expressa como princípio orientador do Direito brasileiro desde a Constituição Imperial, em igualdade material, verdadeiro valor a ser alcançado em qualquer Estado que se pretenda Democrático de Direito.

A Natureza, circunstâncias ou educação, ou ambas, criam e constituem os homens com desenvolvimento de suas faculdades físicas, intelectuais e morais por modos diferentes. Suas idéias, aptidões, gostos, variam e estabelecem uma desigualdade que ninguém pode destruir, e que é mesmo um princípio providencial. Parece mesmo que a natureza é caprichosa, ou antes, admiravelmente sábia; e que não segue a esse respeito lei alguma, que o homem possa dirigir, ou subordinar. O filho do sábio, do homem probo, é muitas vezes inepto ou vicioso; o filho do ignorante e vicioso é por outras vezes cheio de talentos e de probidade; os dois primeiros filhos do primeiro homem formaram um notável contraste.

Embora, porém exista essa desigualdade importante e incontestável, por outro lado é fora de dúvida que todos os homens têm a mesma origem e destino, ou fim idêntico. Todos têm o mesmo direito de exigir que os outros respeitem os seus direitos, de alegar que uns não nasceram para escravos, nem outros para senhores, que a natureza não criou privilégios, favores e isenções para uns, penas, trabalhos e proibições para outros; (...)

Consequentemente, qualquer que seja a desigualdade natural ou casual dos indivíduos a todos os outros respeitos, há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a da lei, quer ela proteja, quer castigue, é a da justiça, que deve ser sempre uma, a mesma, e única para todos sem preferência, ou parcialidade alguma.⁷⁵

A súmula vinculante é tentativa de concretização desse mister no que concerne à distribuição da justiça, a saber, a isonomia no tratamento dispensado aos jurisdicionados.⁷⁶

O seu sentido é de garantia aos que se põem sob a bandeira do país [...] O critério da igualdade há de ser encarado a dois ângulos diferentes, conforme atue através de leis materiais ou formais.⁷⁷

⁷⁵ PIMENTA, José Antonio Bueno. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação, 1958. p. 411-2.

⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 119.

⁷⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e poder e o legislativo. **Revista dos Tribunais**. Ano 44, v. 235, maio de 1955. p. 7.

1.5.2 Princípio da segurança jurídica

A legitimidade e conveniência da adoção do sistema de súmulas vinculantes dão-se por razões várias. Contribui para o desafogamento dos órgãos do Poder Judiciário, assim como desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade.⁷⁸ A falta de uniformidade dos julgamentos, sem mudanças significativas no esquema de fato ou do direito porventura aplicável à espécie, derivada e calcada tão-só na interpretação discrepante dos julgadores, desaponta e revolta os destinatários da atividade jurisdicional.⁷⁹

Nosso sistema jurídico impõe ao julgador vinculação aos preceitos legais. Em respeito a essa vinculação e ao fato de a interpretação não dissociar-se de fatores de ordem pessoal, nasce à necessidade de que as decisões sejam fundamentadas, assim como se exige do juiz imparcialidade na condução do caso *sob judice*. Esses elementos são imprescindíveis à segurança jurídica.

Esse valor será estimável em maior ou menor relação na medida em que o Poder para o qual convergem desde as mais singelas às mais complexas questões jurídicas possa ter respostas firmes e seguras, assim como, razoavelmente previsíveis. Ademais, o que é seguro inspira confiança, *certeza*, valor que é imanente ao Direito e pressuposto de estabilidade das relações sociais.⁸⁰ Pode-se

⁷⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução? Constituição e Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista do Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr.-jun. 2000, p. 295 Na verdade, não repugna ao jurista que os tribunais, num louvável esforço de adaptação, sujeitem a mesma regra jurídica a entendimento diverso, desde que se alterem as condições econômicas, políticas e sociais; mas repugna-lhe que, sobre a mesma regra jurídica, dêem os tribunais interpretação diversa e até contraditória, quando as condições em que ela foi editada continuam as mesmas. O dissídio resultante de tal exegese debilita a autoridade do Poder Judiciário, ao mesmo passo que causa profunda decepção às partes que postulam perante os tribunais. BUZAID, Alfredo. Uniformização de Jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, jul.1985, p. 192. No mesmo sentido a lição de CADORE, Márcia. **Súmula vinculante e uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Atlas. 2007. p. 23. Princípios da isonomia e da segurança jurídica e a garantia da razoável duração do processo mais a previsibilidade das decisões dão suporte à edição de súmulas.

⁷⁹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 312. No mesmo sentido Dinamarco refere que a divergência de julgados é elemento extremamente comprometedor da segurança e desagregador da harmonia social. DINAMARCO. Cândido Rangel. **Decisões vinculantes. Revista de Processo 100**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez de 2000. p. 182.

⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 139.

dizer que súmula vinculante virá a ser *supressora da incerteza*, colocando a *certeza* no lugar daquela.⁸¹

As ações coletivas que agrupam os jurisdicionados em razão da natureza do direito, em razão da qualidade da pessoa e até mesmo pela circunstância de estarem os indivíduos em um mesmo lugar, tiveram como fonte de inspiração o direito do *stare decisis*, igualdade-segurança-economia-respeitabilidade.⁸² Essa instituição teve origem quando o processo civil brasileiro começou a modernizar-se e seu nascimento, por inspiração observada na experiência da *common law*. Tampouco foi sem ressalvas recebidas. Como sói acontecer quando as novidades se apresentam.⁸³

Entretanto, o tempo e o resultado prático provaram à necessária e pertinente adequação do processo civil à entidade jurídica instituída. A mesma atitude esperase dos operadores em relação à Súmula Vinculante, eis que a segurança jurídica merece destaque no mundo do direito e negar-lhe importância importa desprezar todas as conquistas sociais, políticas e culturais.

Uma das fortes razões para que os idealizadores das reformas processuais objetivem os valores certeza, segurança, previsibilidade e celeridade, anteriormente referidos, é que a justa composição da lide, alcança não somente a solução do conflito *intrapartes* como também a pacificação social, questão de ordem e interesse públicos, razão suficiente para que o Poder Judiciário passe a agir de modo institucionalizado.

No mesmo espírito:

es incorreto entender la finalidad del proceso de manera subjetiva. [...] La finalidad del proceso comprende dos intereses en colisión: el interés de tutela jurídica afirmada por el demandante y el interés del demandado. [...]Cuál de las dos afirmaciones es fundada, es problema que debe solver el proceso. De ahí se sigue que solamente la finalidad perseguida por una de las partes responde realmente al derecho y merece la tutela jurídica.⁸⁴

⁸¹ ALVIM, Arruda. A súmula e a súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.1.155.

⁸² DINAMARCO, Cândido. Decisões vinculantes. **Revista de Processo 100**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez.2000, p. 171. No mesmo sentido Mancuso refere que a preocupação de buscar fórmula que há um tempo assegure uma resposta judiciária de boa qualidade: justa, jurídica, tempestiva e econômica que preserve a independência funcional e a persuasão racional do julgador. p. 206.

⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 139.

⁸⁴ WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, [s.d.], p. 23. v. I

A súmula vinculante prestigia o Estado Democrático de Direito, enquanto brote da fermentação jurisprudencial do controle difuso, depois de reiteradas decisões sobre a matéria a ser sumulada, inibindo a pulverização de ações sobre questões idênticas, descongestionando, assim, os Tribunais e evitando insegurança jurídica no meio social.⁸⁵

⁸⁵ PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília: TRF-1ª Região, n. 04, ano 16, abr. 2004, p. 21.

2 DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL

O ponto ora em questão refere-se ao fato de o precedente judicial ou o seu conjunto *chamado common law* criar o direito ou apenas declarar um direito, legislado ou não, preexistente. Duas teorias debatem acerca da natureza jurídica dos precedentes.

Antes, porém de analisá-las, convém sublinhar que os precedentes existem em qualquer sistema jurídico e que são classificados segundo as características que lhe são próprias – declaratórios, criativos, persuasivos ou obrigatórios.

Com referência ao primeiro há o reconhecimento e aplicação de norma jurídica que já constitui direito. Sua grande vantagem sobre a lei é que é dinâmico e mutável. A lei, ao contrário, permanece rígida, não se adequando à realidade social. É mais comum nos sistemas jurídicos mais desenvolvidos porque a imensa maioria das questões já está resolvida.⁸⁶

A jurisprudência, em algumas matérias, antecipa-se ao trabalho legislativo, chegando mesmo a abalar conceitos tradicionais.⁸⁷ É o que acontece com o precedente criativo, aquele que cria e aplica uma nova norma jurídica.⁸⁸ O caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um ponto de partida. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade *um principium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra.⁸⁹

O precedente persuasivo ou obrigatório influencia a decisão judicial de caso semelhante. Não é por mero acaso que o juiz seguinte não deve fazer outra coisa senão aplicar o precedente.⁹⁰ A súmula vinculante é precedente essencialmente obrigatório e vinculativo, o princípio estabelecido no caso antecedente deve ser aplicado e define o julgamento do caso subsequente.⁹¹ O ideal é que seja acatada e

⁸⁶ CADORE, Márcia Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 52.

⁸⁷ MONTORO, Franco. Fontes do direito em suas modalidades fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Composta e impressa no Serviço Gráfico do Senado Federal, jan.-mar. 1972. p. 67.

⁸⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 51.

⁸⁹ RE, Edward D. Stare Decisis. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano XLII, n.198, abril de 1994, p. 27.

⁹⁰ CADORE, Márcia Lusa. *O.cit.*, p. 60.

⁹¹ RE, Edward D. *Op.cit.* p. 27.

aplicada, não por ser súmula, mas pela natural proeminência e prestígio do órgão colegiado que a editou, pela sua “autoridade moral”.⁹²

2.1 TEORIA DECLARATIVA

O juiz declara o direito previamente existente e acabado porque o direito preexiste à decisão judicial.

O termo acabado é o que precisamente destoa e torna equivocada a premissa enfatizada pela teoria declarativa. Os partidários do Direito Natural atribuem ao precedente judicial a qualidade de revelador do direito existente e acabado, no sentido de declarar o que já existe, ao contrário dos positivistas que afirmam ser o direito de criação do homem porquanto os seres humanos não agem corretamente por natureza, mas porque as leis impõem severas sanções ao potencial infrator. Nesse sentido o direito é criação do homem.⁹³

Dentre os motivos pelos quais os tribunais não estão obrigados aos seus precedentes é que, esporadicamente, muda o entendimento sobre a interpretação dada a determinada norma. A constante mudança de entendimento das cortes superiores chegou a ser criticada pelo ministro Humberto Gomes de Barros, em um voto dado em julgamento no STJ sobre a cobrança da Cofins das sociedades de profissionais liberais. O STJ havia pacificado o assunto liberando as empresas dessa cobrança, tendo até mesmo sumulado a matéria. Entretanto, três meses após, voltou a analisar o assunto para discutir a validade da súmula. Já em abril, o STJ concluiu que o assunto é constitucional e, por isso, deve ser definido pelo Supremo, abrindo assim uma nova etapa de discussão.

A crítica do ministro Humberto Gomes de Barros está abaixo transcrita:

Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da selva amazônica: ele se virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem saber nada, até que eles de repente

⁹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001P. 205.

⁹³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 24-5.

descobriram que estavam perdidos. O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido.⁹⁴

Ao procederem assim, não significa que o direito mudou, mas, sim, que o tribunal estava equivocado na sua primeira decisão, e que o Direito é, e na realidade sempre foi, como foi exposto na última decisão sobre a matéria. Não se pode dizer que os membros do Poder Judiciário fazem ou mudam o Direito. Eles simplesmente o expõem e aplicam aos casos individuais.⁹⁵ O magistrado nem é um soberano, nem um Deus, e sim um servidor.⁹⁶ Sua função confunde-se com a da jurisdição, qual seja aplicação do direito, não somente a lei. A sentença que busca realizar a justiça, ao aplicar a norma ao caso concreto, por isso mesmo ganha excepcional relevo.⁹⁷

Assim também ensina o Ministro Paulo Brossard:

Os tribunais acertam e erram e não é por acaso que eles mudam. Seja porque a realidade dos fatos mostra que, sob uma aparente igualdade, medram desigualdades e nem sempre é fácil consagrar ou manter a linha correta entre tese e hipótese, seja porque também pode haver mudanças reais no modo de compreender determinados preceitos.⁹⁸

As mudanças sociais capazes de fazer mover a interpretação do direito, nos tempos atuais, não estão mais circunscritas única e exclusivamente aos tradicionais métodos interpretativos tais como o gramatical, lógico, histórico e comparado.

A interpretação floresceu extraordinariamente no último século, com o surgimento de novos e mais valiosos instrumentos, tais como o método teleológico, o valorativo e a lógica do razoável.⁹⁹ A interpretação sistemática presta relevante contribuição e não foi mero acaso o engajamento da doutrina a sua contribuição. Atua, em regra, o intérprete, como legislador negativo e administrador negativo, embora o sistema possa requerer que, havendo omissão dos demais Poderes, positivo o Direito, por exceção, com força prestacional positiva.¹⁰⁰

⁹⁴ WATANABE, Marta; BAETA. Zínia. Reviravoltas da Justiça afetam as empresas. **Jornal Valor Econômico**. Seção Especial. Publicado em 8.05.2006.

⁹⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 22.

⁹⁶ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. Gênese. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, Ano II, set.-dez 1997, p. 631.

⁹⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 278.

⁹⁸ PINTO, Paulo Brossard de Souza. Uma decisão histórica. **Jornal Zero Hora**. Publicado dia 2 de junho de 2008, p. 15.

⁹⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Op.cit.*, p. 276-7.

¹⁰⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.77.

Defensores da teoria declarativa negam a possibilidade de os juízes criarem direito, apenas o declaram dizem eles.¹⁰¹ Adeptos da corrente oposta a esse positivismo jurídico vêem na decisão judicial uma recriação da norma, função sempre e necessariamente criadora, na qual devem estar presentes princípios e valores incorporados pelo avanço da ciência e do processo civilizatório da humanidade, preocupações com a equidade e o justo substancial.¹⁰²

2.2 TEORIA CONSTITUTIVA

A origem do termo *judge make law* baseia-se no fato de que naquele sistema as normas são criadas pelos juízes que decidem os casos concretos submetidos a sua consideração. Hoje em dia é aceito que os juízes realmente usem o precedente para criar direito novo e para estender princípios antigos, moderadamente, em razão do argumento frequentemente usado, conhecido com *leave it to parliament*.¹⁰³

O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo.¹⁰⁴

Sobre a função criadora do direito não se esqueça que hoje, francamente, se admite não haver norma que recuse, ao juiz, certo grau de liberdade em que ele, como intérprete, pode e deve exercitar sua missão de criador do direito.¹⁰⁵ O juiz não é o aplicador mecânico das regras legais, mas um verdadeiro criador de direito vivo.¹⁰⁶

¹⁰¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 46.

¹⁰² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 278. Calmon de Passos prefere utilizar a palavra produção do que criação do direito. PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez. 1997, p. 637.

¹⁰³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op.cit.*, p. 45.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 116.

¹⁰⁵ GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, v. 734, dez.1996, p.43.

¹⁰⁶ MONTORO, Franco. Fontes do direito em suas modalidades fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Composta e impressa no serviço gráfico do Senado Federal. 1972. p. 67.

El proceso de creación del Derecho a través de la función judicial há tenido lugar de manera incesante y todavía persiste em todos los sistemas de Derecho, con independencia de hasta qué punto su teoría jurídica pretenda dejar reducida la función de juzgar a una operación mecánica.¹⁰⁷

A determinação do marco de possibilidades interpretativas é um ato de conhecimento, mas, como a solução do caso exige uma opção entre as várias possibilidades, é também um ato de vontade que cria uma norma de escalão inferior.¹⁰⁸ Para os partidários dessa teoria, que nasceu precisamente das críticas à teoria declarativa, o direito é consequência e criação das decisões judiciais.¹⁰⁹

A discussão sobre a natureza jurídica das teorias declarativa e criativa do direito traz à baila tema de ordem constitucional, como separação de poderes. Estaria o poder judiciário autorizado a legislar, por exemplo, criando o direito? A sistemática adotada pelo ordenamento brasileiro parece entender em substância:

Exercendo atribuições políticas, e tomando resoluções políticas, move-se o poder legislativo num vasto domínio, que tem como limites um circulo de extenso diâmetro, que é a Constituição Federal. Enquanto não transpõe essa periferia, o Congresso elabora medidas e normas, que escapam á competência do poder judiciário. Desde que ultrapassa a circunferência, os seus actos estão sujeitos ao julgamento do poder judiciário, que, declarando-os inapplicaveis por offensivos a direitos, lhes tira toda a efficacia jurídica.¹¹⁰

Os argumentos que envolvem a polêmica são de ordem político-constitucional e envolvem discussão sobre a separação dos poderes, além de questões de ordem moral.¹¹¹ Sem um conceito preciso e claro acerca da natureza da

¹⁰⁷ POUND, Roscoe. **El Espíritu del “Common Law”**. Traduzido por José Puig Brutaus. Bosch. Barcelona: Casa Editorial. 1954. p. 172.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 395.

¹⁰⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 43.

¹¹⁰ LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. 1º milheiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p.66.

¹¹¹ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por um advogado**. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 221-2. e seguintes narra ter sido testemunha ocular de duas mudanças de regime: da monarquia constitucional para a ditadura, da ditadura para a república democrática e diz-se capacitado a expor que a função da magistratura não está adstrita à aplicação das fórmulas vazias da lei. Refere ainda que antes de aplicá-la, o juiz, como homem, é levado a julgá-la conforme sua consciência moral e sua opinião política a aprovem ou a reprovem. Assim sendo, ele a aplicará com maior ou menor convicção, isto é, com maior ou menor fidelidade. Se o juiz, no recesso de sua consciência, é partidário do regime pelo qual são ditadas as leis que são chamadas a aplicar, ele será intérprete zeloso do seu espírito e procurará prosseguir e desenvolver, ao aplicá-las nos casos práticos, a inspiração política de que nasceram; se, ao contrário, ele é em seu coração opositor daquele regime, procurará interpretá-las de maneira a torná-las praticamente ineficazes ou procurará exagerar seus defeitos, a fim de as fazer parecer

política, é impossível determinar até onde se estende a actividade do poder judiciário no regime federativo, ou quais os limites do domínio desse poder.¹¹² O autor cita os litígios julgados pela Corte Suprema, agrupados pela denominação de Casos Insulares, quando os votos dos juízes muitas vezes foram determinados por considerações de *conveniência e utilidade*.¹¹³ Na verdade, essa função, que ninguém recusa à Corte Suprema, não só nos Estados- Unidos, como nos países que lhes imitaram as instituições, especialmente na Argentina e no Brasil, infunde a esse órgão do poder judiciário um innegavel caracter político.¹¹⁴ (...) o controle judicial das leis e dos atos do governo, diante da Constituição, evidencia manifesto *poder político*, porquanto, se este existe no órgão que faz a lei, cumpre entender, inafastavelmente, que vivifica, também, o órgão que dispõe de império para declarar-lhe a invalidade.¹¹⁵

Sobre o princípio dos poderes separados, que inspirou o preconceito de que era privativo do Judiciário julgar, como do Executivo governar e administrar e do Legislativo legislar, está ainda na base das Constituições escritas, mas sem a rigidez da formulação de Montesquieu.¹¹⁶ Não significa, porém, que, nos órgãos judiciários, resida toda a função jurisdicional, o que seria definir a função pelo órgão e não pelos elementos materiais que a configuram.¹¹⁷

Soma-se às anteriores a lição ilustre sobre o ponto:

a postura do judiciário como mero aplicador da lei somente dois séculos depois vem sendo superada. Em parte porque o Parlamento moderno já não cumpre, com exatidão, a sua tarefa primordial de formular as regras de

piores do que são e, assim, desacreditar aqueles legisladores. Em sentido contrário: certo é, também, que o juiz não dará à lei a dicção que entender, consoante sua ideologia, preferência política, simpatia ou ódios judiciais. Essa a sua função derivada, dado que a original é destinada a solucionar a controvérsia. Daí dizer-se que uma das funções da sentença é a construtiva. (p. 289) In: TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 298.

¹¹² LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. 1º milheiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p.55..

¹¹³ Idem, 54.

¹¹⁴ Idem, ibidem.

¹¹⁵ SILVEIRA, José Néri da. **O supremo tribunal federal e a nova ordem constitucional**. Jurisprudência Mineira. Belo Horizonte, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 1989. v.107. P. 107.

¹¹⁶ NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943. p. 4. Cf. Roscoe Pound, "en la madurez del Derecho, el dogma de la separación de poderes, que exige que se hallen por completo separadas las funciones de crear y de aplicar el Derecho, de manera que los jueces deben limitarse a comprobar la efectiva intención del legislador según reglas fijas de auténtica interpretación, dió lugar a que los países regidos por códigos intentaran una vez más convertir al tribunal em uin simple autómatá". POUND, Roscoe. **El Espíritu del "Common Law"**. Traduzido por José Puig Brutau. Bosch. Barcelona: Casa Editorial: 1954. p.171.

¹¹⁷ NUNES, Castro. *Op.cit.*, p. 4.

conduta. Prefere, não raro, exercer funções fiscalizantes e investigatórias. Em substituição ao Parlamento, o executivo, por sua vez, edita a normatividade, destinando-se ao Judiciário, como conseqüência, uma atividade supletiva do desvio dos demais Poderes, igualmente anômala sob a pureza dos postulados da doutrina da tripartição dos Poderes.¹¹⁸

O direito representa e espelha a realidade social de um Estado. Esta sofre constantes mutações virtude dos problemas políticos, econômicos, naturais que influenciam necessariamente as decisões judiciais. Frequentemente a lei não oferece solução aos problemas, fato que justifica a obrigação do juiz de socorrer-se de outras fontes: casos anteriormente decididos, jurisprudência, princípios universais da ciência do direito ou resultantes do sistema de cada povo, cujo elemento comum, aceito expressamente por todas as doutrinas é a noção de justiça.¹¹⁹ Esse trabalho de pesquisa, avaliação, adequação e aplicação do direito para a solução do caso concreto é, definitivamente, exercício de criação do direito.

O processo de aplicação quer que resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito,¹²⁰ indispensável, portanto, que o juiz tenha igualmente uma função criadora, capaz de adaptar as regras existentes às novas necessidades...¹²¹

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A preocupação com a unidade do sistema jurídico não concerne somente com a preservação da unidade das normas constitucionais. Nosso sistema processual recorre a instrumentos que objetivam essa unidade. São a uniformização de jurisprudência, artigos 476 a 479 do CPC, o recurso especial e o extraordinário. O

¹¹⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹¹⁹ MONTORO, Franco. Fontes do direito em suas modalidades fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Composta e impressa no serviço gráfico do Senado Federal. Brasília, 1972. p. 80.

¹²⁰ RE, Edward D. Stare Decisis. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, ano XLII, n. 198, abr. 1994, p.27.

¹²¹ CORRÊA, Niederauer Alcione. Jurisprudência e prejulgado. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos**, São Leopoldo: Unisinos, v. VII, n. 20, 1977, p. 23.

primeiro expediente pode ser usado quando a divergência na aplicação da mesma lei ocorrer entre órgãos fracionários do mesmo tribunal. Em relação ao recurso especial a divergência há de acontecer entre tribunais diferentes, enquanto o recurso extraordinário destina-se a preservar a integridade jurídica constitucional e a sua interpretação. Além de inspirar maior credibilidade no Poder Judiciário o que repercute em segurança jurídica, a jurisprudência acaba impondo ao legislador uma visão nova dos institutos jurídicos, forçando o processo de criação das leis na direção da orientação construída pelos tribunais.¹²²

A necessidade de tornar uniforme as decisões judiciais tem acentuado, cada vez mais, a aproximação do sistema de direito continental europeu e latino-americano e o sistema de “common law” anglo-americano, marcadamente costumeiro e jurisprudencial.¹²³

A Emenda Constitucional 45/04, denominada “reforma do judiciário” instituiu a Lei nº 11.417, de 19.12.2006, chamada Lei da Súmula Vinculante, instrumento pelo qual decisões reiteradas e pacíficas da Suprema Corte possam ser abstraídas do caso que lhes deu origem para valer como regra geral. A eficácia vinculante situa-se num plano intermediário entre o abstrato da lei e o concreto das decisões em casos concretos.¹²⁴

No ordenamento jurídico nacional é fácil perceber a crescente importância dos tribunais e dos órgãos administrativos superiores no desenvolvimento da vida jurídica. O Direito Processual Civil, como todas as Ciências Jurídicas, está

¹²² STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: 1998. p. 86.

¹²³ REALE, Miguel. **Jurisprudência e doutrina**. Vox Legis. Repositório autorizado da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Registrado sob nº 003/79. Ano XIII. V.146. Fev. 1981, p. 2. No mesmo sentido adverte Cândido Rangel Dinamarco quando afirma que, mesmo atentos às notórias diferenças estruturais que existem entre o sistema do *stare decisis* e o vigente nas famílias jurídicas de direito escrito, ainda assim as advertências e os bons exemplos vindos de outras plagas merecem frutificar entre nós, obviamente, com as salvaguardas e adaptações necessárias a aprimorar o sistema sem comprometer-lhe as raízes mais profundas. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Decisões vinculantes. Revista de Processo 100**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez.2000, p. 170. Rodolfo de Camargo Mancuso recomenda, outrossim, que é preciso bem apreender as tipicidades e as nuances do sistema vigente na *common law*, para dela extrair o seu *princípio ativo*, o qual, com os cuidados devidos, poderá ter válida aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive respeitando-se o dado sociológico, revelado pela cultura que há séculos vem centrada no primado do Direito escrito. Caso contrário – como por vezes acontece nas cirurgias – poderá acontecer a rejeição do implante [...] In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 205.

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.*, p. 179.

intimamente ligado ao Direito Constitucional. O órgão judiciário, a que estão afetas às atividades jurisdicionais, vem estruturado e previsto na Constituição.¹²⁵

Historicamente, pode-se observar que a preocupação com decisões uniformes sempre ocupou a mente dos que operam o direito, observância cujo ensinamento pretende que se mantenha hígido o sistema jurídico, embora unânime a certeza da diversidade do pensamento e as múltiplas possibilidades interpretativas que o estudo da ciência hermenêutica nos impõem respeitar.

Cabe ressaltar a lição de Buzaid:

quando o legislador institui o sistema de uniformização da jurisprudência, o seu intuito não é o de eliminar o contraste entre certeza e justiça, mas sim o de assegurar uma interpretação que se adeqüe ao espírito da lei. Assim procedendo, não merece á justiça. Ao contrário, procura valorizá-la, tornando-a simultaneamente una, porque as vacilações da exegese revelam grave e condenável situação de instabilidade.¹²⁶

Anote-se que a necessidade de tornarem harmônicas e coerentes as decisões conduziu o Ministro Victor Nunes Leal a incluir, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o poder do relator de “mandar arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento indicando o correspectivo número da súmula” (art. 15, IV). Assim a súmula apareceu como anexo do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em obediência ao disposto no título III, cap. XX, conforme emenda aprovada em 28.08.1963. Assim sendo, não se constituiu a Súmula, com efeito, vinculante um *salto histórico*, apenas mais um passo de uma caminhada que principiou há pelo menos 36 anos e vem evoluindo em tempos recentes.¹²⁷

As considerações sobre o destino do Tribunal apontadas pelo Ministro Vitor Nunes Leal merecem destaque porque atualíssimas:

¹²⁵ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas. Millennium, 2000. p. 33. Pontes de Miranda apontara para essa possibilidade ao prescrever que: democratizar a criação do direito não é entregá-la às assembléias, nem diretamente ao povo – é deixá-la às vocações, às pesquisas técnicas, aos que tragam o saber e o amor da verdade, aos que sabem *descobrir* em vez de *opinar*, aos que extraíam do que é as leis da vida e os remédios que curam, de modo que lhes venha a adesão da massa humana, que então as adote, como adere e adota a eletricidade, que ilumina, aquece e transporta, e os soros que imunizam e fazem sarar. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 18.

¹²⁶ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. **Jurisprudência em Revista**. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, jul. 1985, p. 204.

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo 100**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. 2000, p. 172.

Quando um tribunal se vê a braços com esse fardo asfixiante, há de meditar, corajosamente, sobre o seu próprio destino. Se não o fizer, deixará que formulem a receita os que menos conhecem a instituição, ou aqueles que desejariam diminuí-la, para mudar o nosso regime de liberdade garantida em sistema de liberdade tolerada.¹²⁸

No ano 1995, a reforma não só atribuiu aos relatores o poder de “negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior” (art. 557), como o de suspender os efeitos da decisão agravada (art. 527,III).¹²⁹

Imbuído do mesmo espírito racionalizador houve por bem o legislador trazer para o plano legal o que fora estabelecido em expediente regimental. Dessa forma, a Lei dos Recursos reafirmou os poderes do relator. O novo texto do art. 557, [...] consagra a possibilidade de ser qualquer recurso julgado pelo respectivo relator com o evidente propósito de minorar a carga de trabalho dos órgãos colegiados, abreviando-lhes as pautas.¹³⁰

Pelo inciso III, do art. 527, fica o relator habilitado a atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento, ou “deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal”.¹³¹ A jurisprudência fortaleceu os poderes do relator do agravo de instrumento autorizando-o a conceder medidas urgentes negadas em primeiro grau de jurisdição. Vale registrar o avanço representado pelo efeito ativo que em muito contribui à efetividade da prestação jurisdicional.¹³²

A Lei 9.756, de 17.12.1998, demonstra que a caminhada em direção à valorização da jurisprudência não deve arrefecer. Note-se que o Código de Processo

¹²⁸ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v. 208, out.-nov.-dez. 1964, p. 15.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo 100**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. 2000, p. 173. Barbosa Moreira em seus comentários refere que aqui a hipótese é diversa. Cuida-se de providência facultativa a conversão do agravo de instrumento em retido e concede-se ao relator margem de flexibilidade na apuração dos motivos que impedem a conversão, com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados (urgência, lesão grave e de difícil ou incerta reparação). MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 12.ed., v.V. arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 513. O que se pretende é demonstrar que as reformas não escondem a necessidade de desafogar os Tribunais Superiores.

¹³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op.cit.*, p. 664. Na expressiva observação do autor ele adverte para a presunção do legislador que o interessado, na maioria dos casos, se conformará com o pronunciamento do relator, que atua como uma espécie de porta-voz do colegiado. Adverte, entretanto, que não se pode retirar do prejudicado o ensejo de pleitear que se ouçam os outros membros e que se complete o julgamento. *Op.cit.*, p. 665

¹³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op.cit.*, p. 514.

foi contemplado com medidas que ampliaram os poderes do relator tanto nos Tribunais locais como nos Tribunais Superiores.

O parágrafo único do artigo 120 determina que “havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de 5 dias contado da intimação da decisão das partes, para o órgão recursal competente”. Essa tomada de posição quer, em primeiro lugar, preservar os precedentes da Corte, utilizando como instrumento para atingir esse desiderato conceder ao relator poderes para rejeitar ou acolher o conflito sem necessidade de remetê-lo ao órgão colegiado.

O mesmo se pode dizer em relação ao parágrafo único do artigo 481 do CPC. A determinação é no sentido de que, em caso de argüição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, já examinada pelo plenário, deixe o órgão fracionário de enviar o feito ao plenário, aplicando a tese já adotada em pronunciamento deste ou do plenário do Supremo Tribunal Federal.¹³³ É intuitiva a finalidade da nova regra: evitar a inútil multiplicação de incidentes, responsáveis, tantas vezes, por grande retardamento da marcha dos pleitos em que são suscitados.¹³⁴

Não se distancia da intenção de valorização dos precedentes a nova redação do artigo 557 do CPC. Nos tribunais locais o relator negará seguimento, ou seja, não dará provimento a recursos “em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de

¹³³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 790. O autor declara que não há necessidade de o órgão fracionário (câmara, turma, câmaras reunidas, grupo de câmaras, seção, etc.) remeter a questão ao julgamento do plenário ou órgão especial. Nesse caso, o órgão fracionário pode aplicar à decisão anterior do plenário do STF ou do próprio tribunal, que haja considerado constitucional ou inconstitucional a lei questionada. Trata-se de medida de economia processual. No entanto, não há vedação de que o órgão fracionário submeta a questão ao plenário ou órgão especial, circunstância que caracteriza a potencialidade de modificação daquela decisão anterior. No mesmo sentido de valorizar a jurisprudência: “Não se conhece de RE interposto contra acórdão que se funda na declaração de inconstitucionalidade de diploma legal feita pelo Plenário do Tribunal *a quo* (JSTF 186/324). p. 791.

¹³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 12 ed. v. V, arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 44. O mesmo autor refere que nenhum problema gera o caso de haver antes emitido declaração de inconstitucionalidade o plenário ou o órgão especial do tribunal julgador: estará manifestamente respeitada a norma do art. 97 da Carta da República. Quanto à existência de pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal, cabe distinguir: se foi em *ação direta* que se declarou inconstitucional a lei ou ato normativo, *tollitur quaestio*, pois semelhante decisão produz efeito *erga omnes*; (...) A fim de preservar a regra do art. 97 o autor inclina-se por uma interpretação restritiva do parágrafo, na cláusula atinente ao Supremo Tribunal Federal: aquele incidirá apenas quando a Corte Suprema houver declarado a inconstitucionalidade *em ação direta*. p. 44.

tribunal superior”. Na redação anterior, a autorização concedia igual poder somente em relação ao agravo. Atualmente, abrange qualquer recurso.

O parágrafo 1º - A, inverte o comando contido no *caput* do artigo, autorizando o relator a dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida afrontar a súmula ou a jurisprudência dos tribunais de superposição (art. 557, parágrafo 1º - A). A expressão “jurisprudência dominante” entretanto, é para alguns, absolutamente fluída, indeterminada, sendo difícil para a parte recorrente quantificar a jurisprudência a ponto de saber, com desejável grau de probabilidade de acerto se se trata ou não de “dominante”.¹³⁵

Outros pensam, entretanto, que o termo há que ser compreendido como um entendimento judiciário dominante e racionalizado, de forma oficial, com sentido prático de orientação ante as encruzilhadas que se formam nas interpretações nos vários caminhos da justiça.¹³⁶ Nesse sentido, a adoção da súmula vinculante vem robustecer essa saudável tendência legislativa (Lei 9.756/98, art. 557 do CPC).¹³⁷

A evolução da valorização da jurisprudência, demonstrada pelas reformas que colocam em prática a necessidade de que as decisões judiciais tenham previsibilidade e segurança demonstram que a diversidade do pensamento humano faz crer que exista país que não possua no bojo de sua legislação um órgão unificador da jurisprudência.¹³⁸ A par do valor segurança, de que o Direito não pode ser dissociado, há o imperativo de sua permanente necessidade de adequação à realidade social sobre que opera, isto é, impõe-se, também, sua abertura, seu dinamismo, sua não estratificação.¹³⁹

¹³⁵ WAMBIER, Luís Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Revista de Processo** 100, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez., 2000, p. 82. Entende-se tendente a fixar jurisprudência a orientação adotada nas últimas decisões que houverem sido proferidas. Uma nova decisão que vier a ser proferida no sentido das últimas que houverem sido proferidas reforça essa tendência. Daqui resulta que o parágrafo único do art. 853 não admite revista da decisão que, estando embora em divergência com decisões anteriores, não diverge das últimas proferidas pela turma, câmara, câmaras ou tribunal. Não importa que outras decisões do mesmo órgão sejam divergentes daquela de que se pretende recorrer, desde que as últimas coincidem com ela. A nova, não divergente das anteriores, tende a reforçar a fixação jurisprudencial. AMERICANO, Jorge. **Comentários ao código de processo civil do Brasil**. Texto atualizado de acordo com o Decreto-lei nº 4565 de 11 de agosto de 1942. 4 v. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva Editores & Cia. Editores, 1943. p. 99.

¹³⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. São Paulo, Ano XXXIII, 3º trimestre de 1971, v. 74. p.140.

¹³⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103 (nov.-dez. 2007. p. 48.

¹³⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op.cit.*, p. 134.

¹³⁹ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. Gênesis. **Revista de Direito processual civil**. Curitiba: Gênesis, n.6, ano II, set.-dez. 1997. p. 625.

Nesse diapasão, os parágrafos 3º e 4º do art. 544, expressam com clareza a intenção do legislador de conceder ao relator poderes para dar “provimento ao próprio recurso especial ou ao extraordinário quando o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

O poder conferido ao relator alertou parte da doutrina para alguns pontos a seguir abordados. Um deles refere-se sobre possível inconstitucionalidade em relação à supressão de instância. O julgamento feito pelo relator retiraria da parte a oportunidade de obter do Poder Judiciário decisão emanada de órgão colegiado, obedecendo assim, ao duplo grau de jurisdição.¹⁴⁰

No ponto, aduz Rodolfo de Camargo Mancuso, que o próprio duplo grau de jurisdição se pode considerar como um princípio *implícito* em nosso sistema constitucional-processual e, nada mais revela do que a preocupação de que a decisão se aproxime o mais possível do “justo”: a revisão do julgado por um órgão colegiado mais experiente diminui sensivelmente a possibilidade de erro judiciário, e atende ao natural anseio da parte sucumbente de que seu “caso” seja reexaminado por outros julgadores.¹⁴¹

Sobre a vinculação dos juízes de primeiro grau refere Araken de Assis: “é fato comum os juízes exibirem entendimentos discrepantes entre si, a respeito de quaisquer questões de direito ou de fato, funcionando a exteriorização da

¹⁴⁰ Cf. a lição de Teori Zavascki, chegou-se a questionar a constitucionalidade do dispositivo do art. 557 do CPC, ao fundamento de que ele comprometeria o princípio do duplo grau de jurisdição, já que impediria a apreciação do recurso pelo órgão colegiado e comprometeria a competência constitucional das Cortes Superiores, já que inibiria o acesso à instância extraordinária. Tais objeções não procedem. O relator, ao negar seguimento ou ao dar provimento ao recurso, com base no art. 557 do CPC, está realizando o julgamento em nome e por delegação do tribunal recorrido. Ademais, de sua decisão, “cabará agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso” (art. 557 p. 1º), com o que fica preservado o princípio de reserva do colegiado. E, do julgamento desse agravo, caberá, se for o caso, recurso para a instância extraordinária, com o que estará assegurado também o acesso ao Supremo Tribunal Federal. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 38.

¹⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo de. **Recurso extraordinário e recurso especial.** 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 33. O autor, entretanto, refere que mesmo esse *duplo grau* não pode, a rigor, ser considerado uma vera *garantia processual*, vindo, por exemplo, excepcionado nos casos em que a extinção do processo deu-se sem resolução de mérito, caso em que “o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”. (p. 3º do art. 515, cf. Lei 10.352/2001). WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro.** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 350., inclina-se pela admissibilidade de aplicação do art. 515, p. 3º, também ao agravo de instrumento, ressaltando que a observância dos requisitos estabelecidos no referido dispositivo legal dever ser rigorosa, a fim de não causar prejuízo às partes – já que o julgamento célere da demanda não é pretexto para que se violem as garantias do contraditório e da ampla defesa.

divergência, inclusive contra as Súmulas de Jurisprudência dominante dos tribunais superiores, em regra, como vigoroso meio para exprimir e realçar a respectiva independência¹⁴².

A mesma questão fora debatida, outrora, em relação aos efeitos dos assentos portugueses. Em lugar da desejável jurisprudência uniforme, existia uma jurisprudência variável, flutuante e incerta, alimentada pela tendência individualista da liberdade de opinião dos magistrados judiciais, pouco atreitos a uma apertada disciplina de colegialidade interpretativa das leis.¹⁴³

No Brasil pós-1988 se adquiriu a urticária do “autonomismo”, e todo o mundo é comandante e ninguém é soldado, todo o mundo é malho e ninguém é bigorna, todo o mundo tem direito e ninguém tem dever, talvez por isso se tenha tornado tema passional o problema da súmula vinculante.¹⁴⁴

A valorização dos precedentes obrigatórios, produto do trabalho dos juízes, não do parlamento¹⁴⁵ confere ao relator a missão de legítimo fiscal do cumprimento de súmulas e jurisprudência dominante. Seria esse mister algum demérito à autoridade judicial? Estão os magistrados subordinados à hierarquia imposta por nosso sistema jurídico? A palavra final está ou não com os tribunais de sobreposição?

A Constituição, artigo 96, I, atribui competência aos tribunais para “eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

Refere Lênio Streck que, em que pese à autoridade dos tribunais superiores, a fonte de validade de qualquer Súmula passa a ser a mesma, isto é, o Código de Processo Civil, o qual não pode ser contrariado por regimentos internos de qualquer tribunal superior, incluindo nestes o Superior Tribunal de Justiça, que veio para substituir o Supremo Tribunal Federal no papel de unificador da interpretação do

¹⁴² ASSIS, Arakén de. **Manual de Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 71-2.

¹⁴³ NEVES, A. Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos**. Comentário ao Acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 14.

¹⁴⁴ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, n.6, ano II, set.-dez. 1997, p. 637.

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a legitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 46.

Direito federal, ficando o Supremo apenas com o papel de guardião da Constituição.¹⁴⁶

A recalcitrância e resistência dos jurisdicionados (principalmente o Estado, maior cliente do Poder Judiciário) em acatar o resultado dos julgamentos foram fatores que influenciaram a criação de instrumentos que valorizam os precedentes judiciais. Frente à resistência, assaz humana, de não aceitar o que não lhes favorece, não teve outra escolha ao legislador a não ser impor limites ao poder de recorrer exercido pelos jurisdicionados, sejam estes entes particulares ou públicos.

Os resultados das medidas adotadas podem ser qualificados como prometedoras como demonstra as observações feitas por Sérgio da Costa Franco:

Lemos que o Supremo Tribunal Federal já editou 13 súmulas vinculantes, e outras se encontram em fase de gestação, para serem adotadas pelo plenário da Corte.

Outra providência da reforma do Judiciário que nos pareceu útil e promissora para o efeito de acelerar a distribuição de justiça foi a introdução do princípio da repercussão geral, que permite estender a solução dada a um processo a outros tantos de igual conteúdo de litígio. Deste modo, se acelera a prestação jurisdicional e assuntos importantes para a sociedade como um todo são apreciados de forma unívoca e coerente.

Como resultado desses novos institutos processuais – a súmula vinculante e a repercussão geral –, acusa-se uma diminuição numérica nos processos em tramitação e no próprio ingresso de recursos à Corte, o que é essencial para o bom funcionamento de um órgão no qual em 2007 se distribuíram mais de 100 mil feitos.¹⁴⁷

Todavia, todos esses sistemas, em realidade, alguns mais eficientes que outros, não impõem o resultado da inteligência da lei coativamente, e, ademais, não há prática ou propriamente meios para o prevalecimento *direto* da hipótese sumulada,¹⁴⁸ que faça a jurisprudência tornar-se um único corpo, sendo certo, que para que ela se torne um só corpo, como jurisprudência, deve ser uniforme.¹⁴⁹

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a legitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 115.

¹⁴⁷ FRANCO, Sérgio da Costa. O Supremo Tribunal em foco. **Jornal Zero Hora**. Domingo, 8 de março de 2009. p. 18.

¹⁴⁸ ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.1148.

¹⁴⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. São Paulo, Ano XXXIII, 3º trimestre de 1971, v. 74. p. 140.

2.3.1 Assentos

Importa mencionar no presente trabalho o instituto dos assentos, visto que guardam semelhança, pela ordem judicialmente da decisão e pelos seus efeitos amplos, com a Súmula Vinculante.¹⁵⁰ Os assentos, tal como a súmula vinculante tinham efeito *erga omnes* e força de lei, eram proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal – não pelo Tribunal Constitucional, que os considerou inconstitucionais em sede de controle de constitucionalidade.¹⁵¹ O acórdão reconhece que os assentos são inconstitucionais se dispuserem de “força obrigatória geral”, expressão suprimida do art. 2º do Código Civil, que autorizara a força vinculante. Essa força vinculante seria aplicada somente aos tribunais inferiores, vinculados que estão ao acatamento das decisões de origem recursal.¹⁵² A norma do art. 2º do C.C., seria conforme a Constituição, se, em vez de afirmar a “força obrigatória” da doutrina contida nos assentos, antes afirmasse a sua “força persuasória geral”.¹⁵³

Sobre a natureza jurídica dos assentos apresentam, como a generalidade dos institutos jurídicos, natureza de um simples instrumento técnico dirigido a solucionar um problema estritamente jurídico, entre os quais abreviar o julgamento dos casos em que se repetem e exterminar as protelações deliberadas.¹⁵⁴ Castanheira Neves assevera que há autores que caracterizam o instituto como mera expressão de *jurisdictio* e outros que lhe atribuem dimensões inequívocas de *legislatio*.¹⁵⁵

¹⁵⁰ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 22.

¹⁵¹ *Idem*, p. 23.

¹⁵² NEVES, A. Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos**. Comentário do acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 60.

¹⁵³ *Idem*, p. 63.

¹⁵⁴ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v. 208, out.-nov.-dez. 1964, p. 17.

¹⁵⁵ NEVES, A. Castanheira. *Op.cit.*, p. 30-1. Aponta o ilustre jurista três tópicos principais a ter em conta na caracterização da verdadeira índole dogmático-jurídica destes preceitos-assentos. Assevera que o órgão emissor é um tribunal ou um integrado na função judiciária geral; é órgão judicial que, como tal, é solicitado mediante a interposição de um recurso que apreciará, resolvendo aquele conflito, através de uma actividade jurisdicional-ponderação e decisão jurídica de um caso concreto, aquele que tenha determinado uma anterior decisão conflituante; mas que acaba por ultrapassar o carácter estrito dessa actividade ou que, pelo menos, não se limita a cumprir a função que à natureza da actividade jurisdicional unicamente responde-, enquanto vem a prescrever uma norma jurídica (assento) destinada não já à solução daquele caso concreto, mas a uma aplicação geral e futura.

A questão é saber se a lei ordinária pode conferir à resolução de um Tribunal, por mais alto, força obrigatória geral, isto é, valor legislativo. Admite-se que a decisão de tribunal obrigue aos que a ele estão subordinados pela hierarquia judiciária. Mas, para atribuir força obrigatória geral, é preciso considerar o Supremo Tribunal que a profere como órgão legislativo.¹⁵⁶

Os assentos portugueses foram implantados no Brasil em nossa época imperial pelo Decreto n. 2.684, de 23 de outubro de 1875.¹⁵⁷ O Título V, Dos Desembargadores da Casa de Supplicação, parágrafo 5º: O que está determinado por assento não póde mais entrar em dúvida.¹⁵⁸

Os nossos imperiais nada mais foram do que uma herança portuguesa, que nos trouxe grandes benefícios.¹⁵⁹ Tal decreto veio como uma medida imediata de saneamento da desordem processual que crescia ao ver de nossa sociedade daquele tempo [...] jamais poderíamos conceber que os assentos portugueses se ajustassem, plenamente, aos julgados brasileiros do tempo do império, com suas precaríssimas condições.¹⁶⁰

Sobre a força dos assentos, o Decreto n. 6.142, de 10.3.1.876, determinara que, para que fossem reconhecidos, era indispensável que os julgamentos causadores da divergência já tivessem sido proferidos em processos findos e que a divergência tivesse por objeto o direito em tese ou disposição de lei e não a variedade da aplicação proveniente da variedade dos fatos. E no art. 3º ressaltou que os assentos tomados não prejudicassem os casos julgados contra ou conforme a doutrina que estabeleceram.

Aquela época já percebera o legislador que a divergência a ser preterida e afastada deveria lastrear-se em questão de direito, direito em tese ou disposição de lei, jamais em questão de fato, essa inseparável do caso concreto, findo e julgado que lhe serviu de parâmetro para a conclusão assentada. Assim, no campo

¹⁵⁶ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 119. Tomo I.

¹⁵⁷ AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. Ano XXXIII, 3º Trimestre de 1971. v. 74. São Paulo: publicada pela procuradoria-geral da justiça em convênio com a associação paulista do ministério público. p. 121.

¹⁵⁸ CERNE, João Baptista Guimarães. **Ordenações em vigor**. Estudo sobre o código philippino na nossa actualidade. Bahia. Thyphographia e Encadernação Empresa Editora. 1897. p. 4.

¹⁵⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op.cit.*, p. 132.

¹⁶⁰ Idem, p. 122.

processual civil, o assento não passa de um julgado de instância superior, um aresto, um acórdão.¹⁶¹

Sobre o exame de matéria de fato e de direito a lição de Pedro Lessa está em consonância com a posição referida:

[...] se o próprio recorrente, ao fundamentar o recurso, em vez de allegar a não aplicação de uma lei federal, declara, por exemplo, que a sentença recorrida é injusta, porque apreciou mal a prova, ou julgou provado o que não está, a fórmula do julgamento é – não tomar conhecimento do recurso, por não ser caso desse remédio judicial extraordinário.¹⁶²

O assento continua a ser um ato do Poder Judiciário, que não usurpa atribuições do Poder Legislativo, porque estabelece, através de interpretação, o verdadeiro sentido da lei. Procura, pois, ir ao encontro da vontade do legislador.¹⁶³ É justo que existam os assentos, dando um sentido ordeiro na interpretação da lei, embora, a nosso ver, não devam ter esses assentos força de lei.¹⁶⁴ É provável que um dos motivos pelos quais a doutrina não aceitasse atribuir aos assentos força normativa fosse o fato de que não havia a exigência de que o assento fosse proferido em tribunal pleno,¹⁶⁵ mas estritamente as proposições normativas de estrutura geral e abstrata que autonomizam, formal e normativamente, esses acórdãos.¹⁶⁶

Assim também ocorreu com as súmulas, antes da EC 45, quando obrigavam apenas o órgão que as emitiu e em determinado caso específico. Agora ao ser editado pelo STF por 2/3 de seus Ministros tem efeito vinculante em relação aos elencados no art. 103-A.¹⁶⁷

Outro fator de repulsa em relação à força normativa dos assentos foi o fato de que os mesmos eram conseqüências de recursos interpostos pelas partes

¹⁶¹ AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. Ano XXXIII, 3º Trimestre de 1971. v. 74. São Paulo: publicada pela procuradoria-geral da justiça em convênio com a associação paulista do ministério público. p. 117.

¹⁶² LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. 1º milheiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 122.

¹⁶³ BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. Jurisprudência em Revista. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, jul.1985. p. 202.

¹⁶⁴ AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Op.cit.*, p. 136.

¹⁶⁵ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 16.

¹⁶⁶ NEVES, A. Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos**. Comentário ao Acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 46.

¹⁶⁷ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 900.

interessadas no curso de determinado processo. A propósito, os assentos dependiam de duas decisões prévias divergentes, o que remete à idéia de que seu objetivo era o de uniformização da jurisprudência.

A análise da abordagem do devir histórico dos assentos¹⁶⁸ demonstra que nem sempre a finalidade pretendida com a criação do instituto é atingida, não ficando os assentos isentos das modificações que a utilidade prática determina. Assim, o propósito uniformizador pretendido pela acção espontânea do mecanismo judiciário não foi atingido.¹⁶⁹

Com o advento da República desapareceram os assentos do nosso Direito,¹⁷⁰ o que gerou comentário de Pontes de Miranda no sentido de que se arrebentou este funcionamento autoritário da elaboração da lei, com o que, certamente, ganhou a evolução social. O Supremo Tribunal Federal não teve o poder da antiga Casa da Suplicação ou do Supremo Tribunal do Império.¹⁷¹

A circunstância de os acórdãos tirados pelo tribunal pleno pôde ser alterada pelo tribunal deles emitente, não retirando a necessária estabilidade à uniformidade jurisprudencial que se intentava alcançar, afastava o perigo da sua estagnação e imutabilidade. Esta autorreversibilidade mantida no Código de Processo Civil de 1939 serviu de suporte à posição sempre mantida por Alberto dos Reis no sentido de que jurisprudência uniforme não quer dizer jurisprudência imutável.¹⁷²

Ao analisar a natureza jurídica dos assentos, Alfredo Buzaid refere que o assento não é lei, é interpretação autêntica dada pelo Supremo Tribunal de Justiça em face de exegeses antagônicas da mesma disposição legal: o Supremo Tribunal de Justiça não legisla; limita-se a estabelecer a inteligência da lei; mantém a lei exigente; não inova; consolida a interpretação mais legítima; não altera a ordem jurídica; submete-se a ela.¹⁷³

¹⁶⁸ NEVES, A. Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos**. Comentário ao Acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 10.

¹⁶⁹ Idem, p. 14.

¹⁷⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. Ano XXXIII, 3º semestre de 1971, v. 74. São Paulo: publicada pela procuradoria-geral da justiça em convênio com a associação paulista do ministério público. p. 129.

¹⁷¹ MIRANDA, Pontes. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 67-8.

¹⁷² NEVES, A. Castanheira. *Op.cit.*, p. 17.

¹⁷³ BUZOID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência atual 30**. Ano XII, jul.1985. p. 201.

2.3.2 Prejulgado

Implementaram-se os assentos com força de lei, em fins de 1875, tendo desaparecido de nosso Direito com a República, a partir de quando nasceram os prejulgados,¹⁷⁴ espécie de recurso de revista preliminar, sendo este (prejulgado), como os assentos, de iniciativa do Poder Judiciário, mas destituído de força normativa. Entre as razões elencadas, a mais contundente está em que a força das armas do poder dominante constituía inegável restrição à força do direito, sendo conhecidos os episódios de cassação de ministros e de *writs* denegados porque os canhões já estavam nas ruas.¹⁷⁵

A Lei 819, de 25.11.1936, em seu art. 2º, estabeleceu o que se constituiria no protótipo do prejulgado:

A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara ou turma julgadora poderá promover o pronunciamento prévio da Corte Plena sobre matéria de que dependa a decisão de algum feito, ou envolvida nessa decisão, desde que reconheça que sobre ela ocorre, ou pode ocorrer, divergência de decisões ou de jurisprudência, entre Câmaras ou turmas.

No CPC de 1939, art. 861, a súmula apareceu sob as vestes do prejulgado,¹⁷⁶ definido como um “pronunciamento prévio das Câmaras Reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou Turmas.”¹⁷⁷

Alfredo Buzaid salienta que a diferença entre o prejulgado e o instituto de uniformização da jurisprudência entremostra-se clara a um simples exame comparativo:

O prejulgado é uma faculdade da Câmara ou Turma provocado por juiz que a integra; a uniformização da jurisprudência é um dever do juiz. O pressuposto de ambos está em provocar pronunciamento prévio do tribunal acerca de interpretação do direito ou de norma jurídica, quando a seu

¹⁷⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. Ano XXXIII, 3º semestre de 1971, v. 74. São Paulo: publicada pela procuradoria-geral da justiça em convênio com a associação paulista do ministério público. p. 129.

¹⁷⁵ TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo de. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 253.

¹⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 121.

¹⁷⁷ AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Op.cit.*, p. 122-3.

respeito ocorre divergência. Mas a uniformização de jurisprudência não é um recurso, nem recurso *ex officio*. Não é também um prejudgamento do caso concreto.¹⁷⁸

No mesmo sentido, o comentário de Jorge Americano. Afirma que não constitui um recurso, mas uma preliminar de julgamento, quando, nos termos do art. 861 do Código de Processo, for promovido o pronunciamento prévio das Câmaras Reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica em que se preveja que poderá ocorrer divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.¹⁷⁹

Frederico Marques entende, assim, que “o prejudgado é um incidente de procedimento recursal para que se resolva uma questão prejudicial sobre uniformização de entendimento a respeito de determinada norma jurídica”.¹⁸⁰

Não deixa o prejudgado de ter características do assento, [...] retirada dos assentos a força de lei, quase nenhuma diferença existe entre um e outro, quanto à sua conceituação genérica. Nada mais são do que assentos atenuados.¹⁸¹ Os antigos prejudgados do Código de Processo anterior tinham a finalidade de evitar o recurso de revista, assim como a multiplicação dos recursos e permitir maior aceleração na decisão dos feitos. Sua destinação visava apenas para o caso concreto.¹⁸²

¹⁷⁸ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, jul. 1985. p. 213.

¹⁷⁹ AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. Texto atualizado de acordo com o Decreto-lei nº 4565 de 11 de Agosto de 1942. 4 v. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva & Cia. Editores, 1943. p. 106.

¹⁸⁰ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium. 1999. p. 249. v. IV.

¹⁸¹ AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. Ano XXXIII, 3º Trimestre de 1971. v. 74. São Paulo. p. 123.

¹⁸² CORRÊA, Alcione Niederauer. Jurisprudência e prejudgado. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos**. São Leopoldo: Unisinos, v. VII, n. 20, 1977, p. 26. O artigo trata do prejudgado trabalhista que constitui norma obrigatória de interpretação da lei, elaborado abstratamente e com destinação para o futuro. Esta a razão da discussão de ter o prejudgado trabalhista força de lei. O autor refere que nestes termos o prejudgado deve desaparecer porque fere o princípio democrático da independência dos juízes. Igual crítica expressa os opositores da Súmula Vinculante.

2.3.3 Revista

Art. 853 – Conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Cíveis reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas (2) ou mais Câmaras, ou turmas, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, ou turmas, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras reunidas.

Parágrafo único – Não será lícito alegar que uma interpretação diverge de outra, quando, depois desta, a mesma Câmara, ou turma, que a adotou, ou as Câmaras reunidas, hajam firmado jurisprudência uniforme no sentido da interpretação contra a qual se pretende reclamar.¹⁸³

Com o advento da República desapareceram os assentos, mas não o ideal de uniformizar a jurisprudência. Serviram para tal fim os institutos da revista e do prejudgado, além do recurso extraordinário.¹⁸⁴

O recurso de revista era admissível sempre que, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras divergissem entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese (artigo 853).¹⁸⁵ A necessidade de combater o mal da incerteza do direito conduziu a doutrina aos institutos de revista e do prejudgado cujo inconveniente para a unificação da jurisprudência é hoje patente, tanto que tem eles cabimento no Supremo Tribunal, que, por sua vez, sentindo a necessidade de uma racionalização do trabalho, se utiliza das “Súmulas”.¹⁸⁶

Recurso considerado transitivo, porquanto em face do sistema jurisprudencial ou político não há lugar para a decisão dada, é preciso transpô-la para outro terreno *transitando* a instância.¹⁸⁷ Daí a extrema importância da uniformidade da interpretação entre turmas diversas, dentro da mesma Câmara, entre Câmaras diversas dentro do mesmo Tribunal, ou então entre Tribunais

¹⁸³ AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. Texto atualizado de acordo com o Decreto-lei nº 4565 de 11 de Agosto de 1942. 4 v. São Paulo: Livraria Acadêmica/ Saraiva & Cia. Editores, 1943. p. 97.

¹⁸⁴ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência Atual 30**, ano II, jul.1985. p. 196.

¹⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 592. v.I.

¹⁸⁶ AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. Ano XXXIII, 3º Trimestre de 1971. v. 74. São Paulo. p. 141.

¹⁸⁷ AMERICANO, Jorge. *Op.cit.*, p. 9. O agravo é recurso *iterativo*, com vistas a abrir o caminho, iterando a instância. Se a decisão final desloca a matéria, da solução exata, é preciso colocá-la reiterando a instância. Nesse sentido a apelação e os embargos são *re-iterativos*, assim como *elucidativo* é o recurso que tem por finalidade elucidar a obscuridade da decisão.

diversos. Entre Tribunais diversos, cabe, com a mesma finalidade, o recurso extraordinário. Nos demais casos, cabe a revista.¹⁸⁸

A divergência que impede a uniformização pretendida pelo recurso ora examinada pode estar expressa ou não, ao exame da questão de direito dos acórdãos recorridos:

O conteúdo dos arestos pode apresentar-se com um conteúdo implícito, ao lado daquele que expressamente referem, está visto que tanto podem interpretar o direito em tese de modo claro, raciocinando sobre texto escrito e ajustando-o aos fatos, como podem fazer virtualmente, abstraindo de analisar a norma legal, mas emprestando aos fatos sentido só compatível com determinado entendimento atribuído a ela. Se nos afigura certo que o recurso de revista é oportuno, ainda quando o contraste entre dois julgados resulte da aceitação virtual, por um deles, através das conclusões a que chegue (admissão ou rejeição de preliminar, procedência ou improcedência de ação, provimento ou não provimento de recurso, etc.), de determinada exegese de um dispositivo de lei, e do acolhimento, declaradamente feito em outro, de sentido diferente, para o mesmo texto legal. É o que nos parece.¹⁸⁹

Não tem esse recurso identidade com a revista dos arts. 665 e 668 do antigo Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, que autorizava tal recurso contra injustiça notória ou ilegalidade manifesta, e que veio a ser substituído pelo recurso extraordinário. Existia, então na época, uma legislação destinada ao processo civil, no caso as Ordenações Filipinas, e outra destinada ao processo comercial, o Regulamento 737.¹⁹⁰

É requisito para o recurso de revista que a causa seja julgada ou a sentença proferida em decisão que seja final. O contrário seria preterir os meios graduais e regulares para ir invocar prematuramente o remédio extremo, pois que a revista é a

¹⁸⁸ AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. Texto atualizado de acordo com o Decreto-lei nº 4565 de 11 de Agosto de 1942. 4 v. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva & Cia. Editores, 1943. p. 98.

¹⁸⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **Recurso de Revista** – Direito em tese e sua caracterização. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 169, ano 54 fascículos 643 e 644, jan.-fev. 1957. p.100-1.

¹⁹⁰ CHEM, Jorge Flávio. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37. In: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 70 O Regulamento 737 dividiu os processualistas. Foi considerado “um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado”; e foi elogiado como “o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América”. Na realidade, examinado serenamente, em sua perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável sob o ponto-de-vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento.

última razão judicial.¹⁹¹ Não interessam como jurisprudência decisões passíveis de serem reformadas e, com as quais as partes conformam-se, não recorrendo ou desistindo do recurso interposto.¹⁹²

O Recurso de Revista, previsto no artigo 896-A, alterado pela Medida Provisória nº 2.226, de 4 de setembro de 2001, determina que o Tribunal Superior do Trabalho examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.¹⁹³

O Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu outra forma de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais, assimilado ser o recurso de revista sem utilidade à finalidade uniformizadora. O anteprojeto Buzaid comprovou a inutilidade do recurso de revista e conseqüentemente do prejulgado, banindo-os de seu texto, para deixar a responsabilidade de unificação da jurisprudência ao Poder Judiciário, através dos assentos e não às partes.¹⁹⁴

2.3.4 Recurso extraordinário

O sistema recursal, em qualquer ordenamento processual democrático, prevê a possibilidade de impugnação frente à inconformidade das pessoas, quando uma primeira decisão não lhe seja favorável. Velha e imprestável justificativa. Direito ao recurso é direito fundamental.¹⁹⁵

¹⁹¹ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação. 1958. p. 341.

¹⁹² AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. Texto atualizado de acordo com o Decreto-lei nº 4565 de 11 de agosto de 1942. 4 v. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva & Cia. Editores. p. 98. A solução de que se interpõe recurso de revista deve ser a última que era possível alcançar na causa, após o emprego de todos os recursos normais cabíveis. E a solução apontada como divergente deve ter igual requisito (p. 99).

¹⁹³ Transcendência é a qualidade de que é transcendente; envolve superioridade, sagacidade. Transcendente é um adjetivo com significado de muito elevado; sublime; superior; agudo; perspicaz; metafísico; que excede e ultrapassa os limites ordinários; que dimana imediatamente da razão. In: MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**: 17.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 384.

¹⁹⁴ AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. Ano XXXIII, 3º Trimestre de 1971. v. 74. São Paulo. p.142

¹⁹⁵ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez. 1997. p. 632. Cf. E. D. Moniz de Aragão, é fácil criticar em tese a insistência dos litigantes e de seus advogados, mas é forçoso convir que, em muitos e muitos casos, não é justo subscrever a crítica, visto que juízes e tribunais também contribuem para que os litigantes se sintam insatisfeitos ou desatendidos e por isso exerçam em maior escala o direito

O recurso extraordinário não dá ensejo a novo reexame da causa, análogo ao que propicia a apelação.¹⁹⁶ A incidência do recurso tão só sobre a questão de direito, [...] são circunstâncias que imprimem caracteres próprios a tais recursos, mas que de maneira alguma lhes desnaturam a função e tampouco lhes tiram os traços fundamentais de instituto recursal.¹⁹⁷

Entretanto, é inegável que sua existência dentro do sistema é animada por outro interesse, que não o direito das partes envolvidas no litígio. [...] Servem, como meio de valorização da norma jurisprudencial e do ideal federativo, permitindo que os operadores analisem seus julgados e possam aplicá-los nos seus Estados, com a certeza de que a última palavra será dada pela Corte Superior.¹⁹⁸

Não adotamos a Cassação para manter a unidade jurisprudencial, ou a integridade do direito objetivo.¹⁹⁹ Após a República, com a reforma constitucional de 1926, nosso sistema adotou os moldes norte-americanos, o recurso extraordinário, que elevou o Supremo Tribunal Federal à posição de unificador da jurisprudência no tocante à legislação federal,²⁰⁰ recurso que muito se assemelha à revisão germânica.²⁰¹ Na essência, idêntico ao *writ of error* dos norte-americanos, com a ressalva de que a diferença entre o nosso recurso e o que lhe deu origem reside na competência atribuída pela Constituição ao legislador em um e outro modelo. A americana delega aos Estados o poder para legislar, enquanto entre nós compete ao Congresso Nacional a mesma tarefa. A consequência lógica dessa diversa distribuição de competência é que:

maior há de ser necessariamente em nosso paiz o numero de casos em que tal recurso póde e deve ser interposto; pois, sua funcção no Brasil consiste

de recorrer. O autor aponta o volume de recursos especiais providos por ofensa ao art. 535, a ponto de ter sido editada Súmula a esse respeito, a de nº 211-STJ. Quer ele com isso dizer que os tribunais proferem julgamentos omissos, obscuros e contraditórios, mas se recusam a reparar tais falhas quando convocados a fazê-lo em embargos de declaração e em alguns casos ainda chegam a aplicar multa aos litigantes que os oferecem. As Tendências do Processo Civil Contemporâneo. **Revista Forense**, v. 346, abr.maio-jun. 1999. p. 60.

¹⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, 12.ed. v. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 282.

¹⁹⁷ MARQUES. José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1999. p. 110. v.IV.

¹⁹⁸ PORTO, Sérgio Gilberto; ULTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 135.

¹⁹⁹ MARQUES, José Frederico. *Op.cit.*, 107-8.

²⁰⁰ AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. Ano XXXIII, 3º Trimestre de 1971, v. 74. São Paulo: publicada pela procuradoria-geral da justiça em convênio com a associação paulista do ministério público. p. 122.

²⁰¹ MARQUES. José Frederico. *Op.cit.*, p. 107-8.

em manter, não só a autoridade da Constituição e de algumas leis federaes, como a autoridade, e conseqüentemente a unidade, do direito civil, commercial e penal, em todo o território da União.²⁰²

O Constituinte de 1988 retirou do Supremo Tribunal Federal essa incumbência, concedendo-lhe o nobre mister de “guardião mor” da Constituição, com competência exclusiva para o controle da constitucionalidade pela via direta. O monopólio dado ao STF para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo somente se refere à ação direta de inconstitucionalidade. Os juízes singulares e tribunais inferiores podem julgar – proferindo juízo constitucional positivo.²⁰³

De fato, é preferível – e mais consentâneo com a sua função – que o STF possua o tempo suficiente para amadurecer o entendimento acerca das causas (relevantes) que lhe são submetidas, transmitindo à coletividade a sensação de que cumpre com exatidão sua valiosa função judicante.²⁰⁴

O entendimento de Sálvio de Figueiredo Teixeira aponta os motivos que determinaram a mudança:

Inviabilizado o nosso modelo de Suprema Corte, assoberbados os seus julgadores com uma avalanche crescente de recursos, que nem a “arguição de relevância” resolvia à época, generalizadas e procedentes as críticas do foro, da Universidade, dos especialistas e da própria sociedade, e, é de atentar-se, com um deficiente controle direto de constitucionalidade, no qual apenas o Procurador Geral da República, escolhido por vontade exclusiva do poder dominante, era legitimado para propor a arguição de inconstitucionalidade das leis e atos desse poder, partiu-se para criação do Superior Tribunal de Justiça como uma tábua de salvação, esquecido o legislador de que não bastava criá-lo, mas também mudar os mecanismos processuais de controle eficiente dos recursos, sendo eloqüente o crescimento, a cada ano, e em alarmante progressão, do volume de serviço no Superior Tribunal de Justiça.²⁰⁵

Outros países, entre os quais França, Itália, Argentina recorreram ao recurso de cassação como forma de obter a uniformidade do direito.²⁰⁶ Essas cortes são

²⁰² LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. 1º milheiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p.103-4.

²⁰³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26-7.

²⁰⁴ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31

²⁰⁵ TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo de. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 241.

²⁰⁶ Cf. Francesco Carnelutti, a Corte de Cassação é juiz de Direito e não de fato; isso é certo tão-somente e no sentido de que não pode reparar o *erro in iudicando*, erro no acertamento da norma, quando se refira aos fatos; mas, em matéria de *erro in procedendo*, erro em sua aplicação, tal limite não rege. Convém acrescentar porque se bem que a doutrina o ensinou, na prática se ignora, quando a Corte de Cassação julga acerca do *erro in procedendo* tem para o

encarregadas do só *contraste objetivo* entre a tese albergada no julgado recorrido acerca da exegese de um texto legal, e aquela predominante no âmbito do Tribunal, sem formulação, portanto, de juízo de valor acerca do mérito, ou seja, do acerto ou desacerto da decisão recorrida.²⁰⁷

Ao Superior Tribunal de Justiça foi delegada a tarefa que outrora fora daquele tribunal. Assim é que o Superior Tribunal de Justiça surgiu para ser o guardião do direito federal infraconstitucional e zelar pela sua exata interpretação, uniformizando-a em todo o território nacional.

Importante distinguir a orientação dos dois mais importantes Tribunais do País é a inegável maior tendência do Superior Tribunal de Justiça, no campo processual, em afastar, tanto quanto possível, e sem arranhar o lado científico do processo, o formalismo procedimental.²⁰⁸

O Recurso Extraordinário e o Especial cujos fundamentos encontram-se na Constituição Federal são considerados recursos de sentido estrito, com âmbito reduzido de devolutividade cuja transcendência (utilidade jurídica, social e política) atualmente integra o juízo de admissibilidade. O recurso extraordinário tutela imediatamente o direito objetivo. O interesse particular do recorrente é secundário ou objetivo mediato. Tais recursos visam a averiguar se o órgão judiciário aplicou corretamente a lei (no sentido mais geral) à espécie.²⁰⁹

Sobre a excepcionalidade do recurso extraordinário:

O recurso extraordinário e mesmo o especial apresentam-se refratários: ambos são remédios *excepcionais*, destinados não propriamente à recomposição da procurada *justiça* (objetivo a ser perseguido na instância recursal ordinária, onde a devolutividade é ampla, envolvendo fato e direito), mas antes à preservação da “inteireza positiva” da Constituição Federal ou do direito federal comum, respectivamente.²¹⁰

conhecimento do fato todos os poderes necessários, inclusive o de ordenar a assunção de uma prova constituinte. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 915.

²⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 227. As Cortes de Revisão, também chamadas de Tribunais de *grande instância*, ou Cortes de Apelação, que, ao conhecerem de impugnações fundadas em divergência jurisprudencial, reexaminam o próprio fulcro da controvérsia, assim *rejulgando* a causa, em segundo grau.

²⁰⁸ TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo de. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 249.

²⁰⁹ ASSIS, Araken de. **Manual de recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 53.

²¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 35.

Integra os requisitos de admissibilidade o exame da tipicidade do erro passível de alegação pelo recorrente ou a crítica feita ao provimento impugnado, motivo pelo qual se diz ser esse recurso de motivação vinculada.²¹¹ Assim sendo, não seria demasiado afirmar que a voluntariedade, corolário do princípio da demanda em sede recursal,²¹² está limitada à vinculação, porquanto por mais irresignado esteja o recorrente não lhe é dado o direito de impugnar a decisão se não estiverem presentes os requisitos de admissibilidade, acrescidos atualmente pelo da repercussão geral, bastante similar à antiga argüição de relevância, que a EC nº 45/2004, em boa hora dispôs.²¹³

O juízo de admissibilidade, que resultará no conhecimento, ou não, do recurso, requer exame preliminar ao mérito. O julgamento daquele antecede ao provimento ou não do recurso, oportunidade em que o juiz apreciará ou não o pedido e fundamentação. Assim como ocorre com a propositura da ação, a interposição do recurso rege-se, também pelo princípio dispositivo da parte. Compete à parte delimitar sua extensão assim como o que pretende com o recurso. Isto é o mérito do recurso.²¹⁴

A dificuldade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, seja a que título for tem imposto limitações ao poder de recorrer. O exemplo do artigo 542 parágrafo 3º determina que “o recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos á execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”. A conseqüência dessa imposição está a demonstrar que a voluntariedade do recorrente está limitada às razões de relevante interesse jurídico.

A lei, somada à jurisprudência e à doutrina, é que dá os contornos daquilo que é considerado direito em nossos dias. A jurisprudência e a doutrina funcionam,

²¹¹ ASSIS, Araken de. **Manual de recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 53-4.

²¹² PORTO, Sérgio Gilberto; ULTÁRROZ. Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 44.

²¹³ ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da Lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v. 394, ano 103, nov.-dez.2007. p. 47. O autor lamenta que a repercussão geral não tenha sido estendida ao recurso especial, o que representa, em sua opinião, verdadeiro absurdo, pois admite que possa haver questões constitucionais não relevantes enquanto todas as questões infraconstitucionais, pela falta desse instrumento, seriam relevantes.

²¹⁴ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 49-50.

por assim dizer, como um filtro através do qual a lei é entendida, e a este fenômeno que se vinculam os juízes ao decidir.²¹⁵

Assim também o procedimento de interposição do recurso extraordinário não está infenso ao alvedrio de tornar os tribunais superiores responsáveis pela solução de demandas que representem interesses de relevância em relação à higidez dos princípios protetores dos preceitos constitucionais, especialmente os que concernem a direitos fundamentais. Desse modo temos assistido ao julgamento de processos que contêm temas que interessam à nação como, por exemplo, os que julgaram a demarcação das terras indígenas, o aborto do feto anencéfalo, em detrimento de outros onde não se vislumbra o menor interesse social como aquele que julgou briga de cachorro em condomínio situado em nossa cidade.²¹⁶

Digno de registro é a observação de que a alteração no sistema prestigia os órgãos jurisdicionais inferiores que, de meras instâncias de passagem, passarão frequentemente, à condição de responsáveis pela emissão do derradeiro pronunciamento.²¹⁷

O julgamento do recurso extraordinário, que visa a dar uniformidade à norma constitucional não diverge daquela outra intenção que se pretende em relação à súmula vinculante, que almeja tornar única a interpretação da norma tanto que atribui a essa interpretação caráter normativo. Entretanto, convém apontar que a uniformidade alcançada entre um expediente e outro guarda contornos que merecem relevo: a súmula vinculante será aplicada como norma quando o tribunal

²¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: Desastre ou solução? Constituição e processo civil. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista do Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, abr.-jun. 2000, p. 301. Cf. Marcello Caetano, a interpretação dos tribunais ganha a sua maior eficácia quando exista constância da jurisprudência. Denominamos aqui *jurisprudência* a orientação que, para a interpretação de uma lei, resulta da resolução de sucessivos casos análogos pelo tribunal. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 115. Tomo I.

²¹⁶ Em agosto de 2000, o ministro Celso de Mello, do STF, proferiu importantíssima decisão que deixou desapontado um *sharpei* que mordeu um *cocker spaniel*. O recurso foi impetrado pela médica Carmen Heberle, de Porto Alegre (RS), num processo pela prática do fato tipificado no art. 31 da Lei de Contravenções Penais: "Art. 31. Deixar em liberdade, confiar à guarda de pessoa inexperiente, ou não guardar com a devida cautela animal perigoso: Pena – prisão simples, de dez dias a dois meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis". "Por ter deixado o cachorro solto no interior de condomínio residencial, a médica foi condenada, num juizado especial, ao pagamento de multa de dois salários mínimos, equivalente a 15 dias-multa. Alegando cerceamento de defesa, interpôs recurso extraordinário, que teve seguimento negado, e depois agravo de instrumento para destrancá-lo (AI nº 279.236-5).No despacho, de cinco páginas, o ministro relator considerou o recurso "inviável", já que não caracterizaria cerceamento de defesa o indeferimento de produção de prova, pois existiam elementos suficientes para configurar a autoria e a materialidade do delito. (Fonte: *STF Notícias*)

²¹⁷ AZEM, Guilherme Beaux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32.

que a emite decide por maioria absoluta a sua edição. O julgamento do recurso extraordinário, diferentemente, ocorre quando a parte prejudicada pela decisão proferida deve buscar a uniformização em relação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal. Pode-se dizer que a súmula vinculante virá a ser *supressora da incerteza*, colocando a *certeza* no lugar daquela.²¹⁸

2.3.5 Súmula de jurisprudência predominante

A jurisprudência, em nosso sistema jurídico representa fonte supletiva e secundária do direito.²¹⁹ A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Por outra via, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º, determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Não obstante o artigo não expresse literalmente a palavra jurisprudência, vale o registro de que nosso sistema processual encontrou nos comandos acima elencados autorização para a aplicação das decisões reiteradas dos tribunais no julgamento dos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário.

A lacuna legislativa, que permite ao juiz fazer uso de outros expedientes para o exercício de seu mister, não deve ser compreendida em seu sentido literal de

²¹⁸ ALVIM, Arruda. A súmula e a súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1155.

²¹⁹ REALE, Miguel. **Jurisprudência e doutrina**. Vox Legis. Repositório da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Registrado sob nº 003/79. Ano XIII, v. 146, fev. 1981. p.1 pondera que já se pode considerar superada a dúvida sobre se a jurisprudência é ou não *fonte de direito*, desde que se passou à compreensão mais ampla e abrangente de *ordenamento jurídico*. Este, com efeito, não se reduz mais a um puro sistema de *normas legais*, completado, no máximo, por um corpo de *normas costumeiras*, reservando-se à jurisprudência e à doutrina uma função acessória. Diverso é, entretanto, a lição de Lenio Luiz Streck. Eduardo Domingos Botelho, in A Natureza Normativa das Súmulas do STF, Segundo as Concepções de Direito e Norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale. Revista de Direito Público. Ano VII. Nº 29. Maio/Junho de 1974. Editora Revista dos Tribunais. P. 18 refere que o Código Tributário Nacional, ao arrolar as fontes do Direito Tributário, ao mesmo tempo em que erige decisões e atos administrativos, e até mesmo às práticas administrativas reiteradas, em “normas complementares” das leis, tratados e convenções internacionais e decretos que versem tributos e relações jurídicas a eles pertinentes, nenhuma alusão faz à jurisprudência, marginalizando-a por completo desse contexto. (grifo nosso)

falta de lei, mas, de outra forma, de lei defasada no tempo e espaço. É certo que incumbe ao legislador preencher a lacuna que surgiria entre a lei e as exigências de um direito que se adapte à vida, às necessidades sociais e econômicas.²²⁰ Ocorre que o dinamismo da vida, não raras vezes, opera necessárias alterações legislativas, às quais, para que sejam implementadas, necessitam do “devido processo legislativo”, demorado, pois pleno de formalidades que lhe assegura segurança. Está aberta a porta para que o poder judicante utilize o direito por ele próprio criado para solução dos conflitos. Ao contrário, o juiz que desconheça esse dever mereceria a crítica: é um mero jurista; deduz, porém não observa.²²¹

Norberto Bobbio referiu-se a esse tema assim professando:

É impossível que o Poder Legislativo formule todas as normas necessárias para regular a vida social; limita-se então a formular normas genéricas, que contêm somente diretrizes, e confia nos órgãos executivos, que são mais numerosos, o encargo de torná-las exeqüíveis. A mesma relação existe entre normas constitucionais e leis ordinárias, as quais podem às vezes ser consideradas como os regulamentos executivos das diretrizes de princípio contidas na Constituição. Conforme se vai subindo na hierarquia das fontes, as normas tornam-se cada vez mais numerosas e mais genéricas; descendo, ao contrário, as normas tornam-se cada vez mais numerosas e mais específicas.²²²

Soma-se à lacuna legislativa, a divergência que em si, não representa ameaça ao direito, sendo, portanto, decorrência lógica de todo o processo interpretativo. O que não se deve admitir é que a divergência alcance julgados com idênticas condições. Neste sentido há que ser entendida a uniformização.

A subordinação à lei e ao direito por parte dos juízes reclama, de forma incontornável, a *princípioalização da jurisprudência*, ou seja, a mediação judicativo-decisória dos princípios jurídicos relevantes para a solução materialmente justa dos feitos submetidos à decisão jurisdicional.²²³

As leis mudam, a Constituição muda, mudam os costumes. A essa transformação aluvional do direito, presidem, entretanto, regras de coerência, de

²²⁰ SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Traduzido por Jorge Trindade. Porto Alegre. Fabris, 1985. p. 29.

²²¹ Idem, *ibidem*.

²²² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Traduzido por Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1999. p. 40.

²²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “Princípioalização” da Jurisprudência através da Constituição. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr.-Jun. 2000, p. 83.

oportunidade e de evolução.²²⁴ Inevitável assim, que novos ares influenciem reações que direcionem ao aprimoramento dos mecanismos judiciários que visam não somente à composição dos litígios individuais como também expressem a uniformidade do direito. O juiz como aplicador do direito que é, acaba por ser igualmente, o maior responsável pela sedimentação da jurisprudência que, dominante ou majoritária termina por determinar importantes mudanças legislativas.²²⁵

Assim sendo, jurisprudência não pode ser confundida com uma sentença judicial e tampouco com um acórdão isolado de um tribunal. A jurisprudência se constitui através de sentenças/decisões idênticas e acórdãos semelhantes.²²⁶ A jurisprudência é o direito anteriormente julgado e aplicado pelo tribunal. Contudo, há que se destacar a diferença entre o que seja jurisprudência que ainda não se consolidou daquela considerada uniforme, cujos efeitos podem ou não desdobrarem-se na solução de casos análogos.²²⁷

O pensamento abaixo reproduzido revela menor preocupação com a qualificação da jurisprudência que com seus efeitos. Assim expressou-se sobre o tema o saudoso processualista:

O tribunal, ao fixar diretrizes para seus julgamentos, necessariamente os coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui, a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores precisamente à função que os justifica. Pouco importa o nome de que ela seja revista-súmula, súmula vinculante, jurisprudência dominante, uniformização de jurisprudência ou o que for, obriga. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se com ela, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõe à lei, nem restringe o poder de interpretar e de definir os fatos

²²⁴ DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, abr. 1948, p. 26.

²²⁵ Cf. Maria Berenice Dias, a união estável entre parceiros do mesmo sexo não pode levar ao enriquecimento sem causa dos parentes, em prejuízo de quem, muitas vezes, dedicou a vida a outrem e participou da formação do acervo de bens. Assim como a sociedade não é estática e está em constante transformação, o direito não pode ficar à espera de lei. O direito deve acompanhar o momento social. Como sempre, em uma perspectiva histórica, o fato social antecipa-se ao jurídico e a jurisprudência antecede a lei. Assim, durante um espaço de tempo, a justiça acaba decidindo contra a lei. Mesmo que não se aceite a existência de uma família homossexual, mesmo que não se queira ver uma entidade familiar para se lhe aplicar a legislação a ela referente, imperioso reconhecer ao menos que há um interesse merecedor de proteção. A omissão do legislador não deve servir de obstáculo à outorga de direitos e imposição de obrigações às uniões do mesmo sexo. **Manual de direito das famílias**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 188.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 83.

²²⁷ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v. 208, out.-nov.dez. 1964. p. 16.

atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firma um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos, em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.²²⁸

Uniformizar jurisprudência é eleger uma tese acerca de questão jurídica controvertida, mediante a utilização de um dos instrumentos previstos no ordenamento jurídico, adequado à situação processual apresentada.²²⁹ A jurisprudência uniformizada, todavia, pode ou não predominar. Para exame dessa questão há que se atentar para a posição do Superior Tribunal de Justiça, a quem compete à suprema missão de tornar um só corpo à lei infraconstitucional.

Para 2ª turma do STJ a expressão “jurisprudência dominante do respectivo tribunal” só pode servir de base para negar seguimento a recurso quando o entendimento estiver de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de negar-se às partes acesso a tais cortes.²³⁰

Muitas vezes a autoridade da jurisprudência é mais forte do que a própria lei, a provar que nada, em Direito é mais importante.²³¹ A importância atribuída à jurisprudência é fruto de reflexos intensos que ela dissemina na vida social. Inicialmente, em cada caso, com uma decisão em processo singular, entre partes determinadas, sem que estas se hajam dado conta da magnitude das consequências que da solução do seu litígio adviriam, para vasta quantidade de pessoas de cuja existência nem elas, nem o órgão julgador tinham sequer notícia.²³²

O objeto da uniformização é sempre uma regra jurídica, cuja interpretação tenha sido ou vai ser diversa da que lhe haja dado a Câmara, Grupo de Câmaras ou Seções. A regra tanto pode ser de direito material como de direito processual. A divergência pode ocorrer também em relação ao costume, à analogia e aos princípios gerais de direito. O que é imprescindível, no sistema do Código, é que haja divergência sobre teses jurídicas. Está claro que a divergência se positiva não enquanto os juízes

²²⁸ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Gênese, n. 6, ano II, set.-dez. 1997. p. 633.

²²⁹ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 43.

²³⁰ RE nº 299.196/MG - Ag.Rg. nº RESP 279162/MG.

²³¹ AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. Ano XXXIII, 3º Trimestre de 1971. v. 74. São Paulo. p.137.

²³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Eletrônica Mars, ago. 2003, p. 34.

divergem, mas no momento em que os juízes firmam o entendimento da regra jurídica em acórdão.²³³

A Súmula da Jurisprudência Predominante criada por iniciativa do Min. Victor Nunes Leal, pelo STF. Sobre seu conteúdo são as posições vencedoras no Pretório Excelso, sobre temas controvertidos. Embora lhes falte *efeito vinculante*, elas são geralmente adotadas pelos juízes e tribunais do país, seja pelo poder de convicção dos acórdãos de que se originaram, seja por motivos de ordem prática.²³⁴

A análise do termo predominante contribui para a utilidade pretendida em relação à jurisprudência. É aquela que tem maior ascendência, influxo, domínio, enfim, a que retrata a posição majoritária e, portanto, dominante.

A jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores, mesmo que não se apresente, formalmente, como vinculante ou obrigatória, na prática opera com uma boa dose de *normatividade*, seja pelo fato de emanar dos órgãos de cúpula, cujas decisões não são mais contrastáveis, seja pelo virtual insucesso das decisões e postulações porventura veiculadas em sentido contrário às teses sumuladas.²³⁵

Um dos seus objetivos é atribuir à jurisprudência firme conseqüências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos em que se repetem e exterminar as protelações deliberadas, caso da Lei 9756/98, que ampliou os poderes do relator, que agora pode, inclusive, dar provimento ao recurso, desde que a decisão recorrida esteja em desacordo manifesto com a súmula ou jurisprudência dominante do tribunal ou de tribunal superior.²³⁶ Esses assoberbados com casos que se multiplicam, seriamente, como se houvesse uma fábrica montada para fazer dos juízes estivadores, deixam de tratar com cuidado dos temas difíceis.²³⁷

Castanheira Neves, ao analisar a constitucionalidade dos assentos, aponta as mesmas qualidades percebidas com relação à jurisprudência dominante, exceto, seu caráter vinculativo. Assevera, com razão, o jurista português:

²³³ BUZAID, Alfredo. Uniformização de Jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, jul. 1985. p. 217.

²³⁴ GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 734, dez. 1996. p. 44.

²³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 9.ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006. p. 131.

²³⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6.ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002. p. 930.

²³⁷ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v.208, out.-nov.-dez. 1964. p. 16.

os assentos exprimem o conjunto das fontes existentes, quando declaram qual o Direito, com força objectiva geral, pelo qual daqui resulta que a atribuição de força obrigatória geral a uma decisão jurisprudencial não lhe retira o carácter jurisprudencial, o que implicaria em tornar ociosa a discussão suscitada sobre a constitucionalidade dos assentos.²³⁸

Afora o problema da constitucionalidade, o mesmo se pode dizer da jurisprudência dominante, que, por não ser vinculativa, apenas aponta a direcção da maioria das decisões de determinado tribunal, mantendo, entretanto, seu carácter de jurisprudência, que, em nosso sistema, é fonte secundária de direito.

A estabilidade da jurisprudência supre a insuficiência da lei e permite aos cidadãos, numa matéria sujeita à controvérsia, de determinar seu proceder e seus interesses, tão seguramente como poderiam fazê-lo em face de um texto formal.²³⁹

Buzaid expõe duas atitudes que concernem á realidade do processo civil:

a primeira que prega a idéia de que o juiz está adstrito à lei. Ao sentenciar há de nortear-se pela sua ciência e consciência. Os precedentes judiciais, por mais respeitáveis que sejam, não obrigam os juizes, que continuam independentes, livres de qualquer subordinação superior no exercício da atividade jurisdicional. Os juizes podem adotá-los sempre e quando se convençam da virtude da solução que adotam. Este é um ato de liberdade. Outra atitude consiste em eliminar os dissídios jurisprudenciais porque eles geram descrédito nos contendores, cujos litígios ficam sujeitos a vicissitudes de distribuição à câmara ou turma, ao passo que produzem descrédito do poder judiciário.²⁴⁰

Para o ministro Vitor Nunes Leal a súmula de jurisprudência predominante é um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, mediante a simples citação de um número convencional; distingue a jurisprudência firme da que se acha em vias de fixação.²⁴¹ Para sua aplicação há necessidade de que existam parâmetros objetivos e temporais para o pensamento dominante e que se lhe permita acesso a dados organizados e quantificados pelos próprios Tribunais.²⁴²

²³⁸ NEVES, A. Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos**. Comentário ao Acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 108.

²³⁹ BUZAID, Alfredo. Uniformização de Jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, jul. 1985. p. 210.

²⁴⁰ Idem, p. 211.

²⁴¹ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v.208, out.-nov.-dez. 1964. p. 17.

²⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: Desastre ou solução? Constituição e processo civil. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista do Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, abr.-jun. 2000. p. 86.

2.4 INTERSECÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS

A carta magna de uma nação formaliza e expressa valores, diretrizes, princípios e regras, planos e projetos só concretizáveis se sacramentados pela lei (em sentido lato equivalente a Direito) produzida segundo o processo constitucionalmente previsto para sua formação.²⁴³

Quis o legislador constituinte estabelecer como valores fundamentais em nosso ordenamento, art. 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Também instituíram sistema jurídico baseado na legalidade, determinando, entre outras normas, aquelas expressas nos incisos elencados a seguir: II, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; XXXV, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVI, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; etc.

No contexto, é atribuição do juiz proceder à operação mental que identifique a norma incidente ao fato jurisdicizado concluindo assim o processo de subsunção da lei ao caso em julgamento. Esse processo-atribuição refere-se ao conceito de jurisdição, poder-dever do Estado, este representado pelo juiz, responsável pela interpretação da norma que definirá o desfecho do julgamento.

A função hermenêutica é operação complexa e individual e não se discute que cada qual interpreta fatos e normas de acordo com critérios subjetivos que não cabe perquirir neste espaço, entretanto, essa referência é digna de registro, porque interpretações diversas sobre fatos ou direitos análogos redundam em decisões igualmente desiguais, o que causa nítida sensação de injustiça. É que existe um drama eterno entre a lei e o direito.²⁴⁴

²⁴³ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Gênese, n. 6, ano II, set.-dez. 1997. p. 630.

²⁴⁴ SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Traduzido por Jorge Trindade. Porto Alegre. Fabris, 1985. p. 27. Sob esse aspecto a lição de Frederico Marques: entre duas interpretações plenamente justificáveis, o aplicador da lei não irá opinar por uma em detrimento da outra, porque prefira a interpretação literal, ou porque adote o pensamento do legislador, ou porque siga a uma diretriz sistemática. A preferência por um ou por outro desses caminhos deve ser ditada, em cada caso particular, por essa lógica do razoável que

A certeza do direito está em evitar, simultaneamente, interpretações diversas e até antinômicas dadas pelos tribunais sobre a mesma regra de direito. Isto se consegue implantando um mecanismo apto a eliminar a divergência simultânea, que não exclui a variação sucessiva.²⁴⁵

No sistema da *common law* o juiz desenvolve, outrossim, a mesma função interpretativa, com a diferença significativa de ter como referência outro caso concreto que lhe servirá de paradigma. O direito, neste sistema, é enunciado e desenvolvido através das decisões judiciais.

Poderíamos refletir sobre a operação mental desenvolvida pelo juiz no sistema da *civil law* e no sistema da *common law* e concluiríamos que haverá discricionariedade do magistrado tanto na aplicação da lei, quanto do precedente, o que não compromete a sua autonomia. Entretanto, não é esse o ponto que se pretende relevar. Foi anteriormente registrado as várias tentativas de uniformização da jurisprudência no direito brasileiro, culminando atualmente, com a uniformização máxima alçada à categoria de lei, sedimentação de orientações adotadas topicamente pelos Tribunais em decisões diversas (jurisprudência compendiada), cuja novidade não há).²⁴⁶

Com a implementação da súmula vinculante, em princípio, a aplicação da lei e do direito sumulado pelos juízes, tribunais e órgãos da administração repercutirá na marcha do processo civil contemporâneo, concretizando o ideal igualitário esculpido entre os princípios constitucionais que pretendemos efetivar. Quanto à celeridade processual e a razoável duração do processo se espera que possam ser mais facilmente atingidas com a aplicação das súmulas.²⁴⁷ A estabilidade jurídica merece realce, neste contexto, porquanto se espera maior previsibilidade em relação

permite, sem desrespeito, à lei, aplicar o Direito com sabedoria, justiça e eficiência. Instituições de direito processual civil. Campinas: Millennium, 2000; p. 86. v. I.

²⁴⁵ BUZAID, Alfredo. Uniformização de Jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, jul. 1985. p. 193.

²⁴⁶ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 24.

²⁴⁷ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, analisando os efeitos da aplicação dos precedentes no sistema da *common law*, assevera que mesmo levando-se em conta apenas os casos em que os renitentes obtiveram êxito (e é provável que ainda maior seja o número de tentativas frustradas), uma coisa fica fora de dúvida: apesar do efeito vinculativo, continuaram a ser instaurados muitos processos que, em teoria, não era de presumir que o fosse. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmula vinculante e duração dos processos**. ADV Advocacia Dinâmica. Seleções Jurídicas. Agosto 2004. p. 44.

às decisões judiciais, o que gerou a afirmação de que é uma pena que também aos tribunais locais não se estenda a autorização a sumular.²⁴⁸

Ana Lúcia de Lyra Tavares, referindo-se à diversidade de concepções entre os dois sistemas, qualifica o romano-germânico com sistema fechado, porque qualquer espécie de questão pode ser resolvida através da aplicação e da interpretação de uma regra preexistente enquanto a *common law* formaria um sistema aberto, porquanto a questão antecede a regra e pode ser resolvida através de um precedente ou, na inexistência deste, através de nova *legal rule*.²⁴⁹ Entretanto, a diferença significativa entre os dois sistemas reside no fato de que, no sistema do *common law*, o efeito vinculante do precedente decorre do funcionamento do sistema, enquanto no *civil law* esse papel preponderante é assumido pela lei. É ela que se configura como ponto de partida para a compreensão do direito. [...] Consequentemente não se tem aqui como natural o efeito vinculante das decisões judiciais.²⁵⁰

2.4.1 A súmula vinculante e a lei

Em face da hierarquia das fontes formais do direito é relevante o exame da relação entre a súmula e a lei. Ao contrário da lei, que parte do geral e abstrato, as súmulas são pontes de ligação entre decisões (especialmente controle de constitucionalidade ou interpretativas) proferidas numa dimensão concreta e uma decisão proferida com caráter geral e abstrato.²⁵¹ Um pouco à semelhança da função

²⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo** 100, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. 2000, p. 180.

²⁴⁹ TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O espírito da *common law* e os contratos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000. p. 38. Entretanto, a realidade e a aproximação entre os dois sistemas têm demonstrado não ser mais apropriado esse método de classificação que atribui significados antagônicos entre os dois sistemas em razão de que os mesmos se completam na árdua tarefa de compor conflitos de interesses entre as partes.

²⁵⁰ LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro: PUCRS, n.14, jan.-jul. 1999. p. 171.

²⁵¹ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 13.

legislativa põe-se, com ela, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa.²⁵²

A proposta de generalizar em alguma medida essa eficácia transcendente está na linha dessas realidades da ordem jurídica e político-institucional do País e nada tem de aberrante sequer no tocante ao dogma da separação dos Poderes do Estado.²⁵³ Em outras palavras, transcende-se a justiça abstrata e genérica da lei para alcançar-se à justiça concreta e individualizada do caso, sai-se enfim da legalidade para ingressar no direito.²⁵⁴

Contra a realidade não há argumento: é que existe um drama eterno entre a lei e o direito.²⁵⁵ A evolução provável é esta: a um primeiro período no qual se postula a onipotência da lei, segue outro no qual a regra do direito, os códigos em si ficam recobertos por uma espessa camada jurisprudencial.²⁵⁶ Assim é que se forma a evolução social do direito, se a camada torna-se espessa suficientemente para abarcar os fatos e a regra que sobre eles incidirá passará então, a compensar as lacunas havidas entre a lei e o direito com o sublime objetivo de adequá-lo aos fatos da vida em constante movimento.

A proteção qualificada aos direitos sociais, ligada à vontade constitucional de elevar a proteção desses direitos e a sua especificidade levou a doutrina e jurisprudência a rever e retocar a hermenêutica tradicional para desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional.²⁵⁷ Sob essa nova perspectiva é que o direito poderá corresponder ao ideal igualitário assegurado pelo Estado Democrático de Direito. Todo modelo social, e o jurídico em particular, é uma *estrutura dinâmica* e não estática: é-lhe inerente o

²⁵² PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Gênese, n. 6, ano II, set.-dez. 1997. p. 633.

²⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo 100**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. 2000. p. 184.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 212.

²⁵⁵ SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Traduzido por Jorge Trindade. Porto Alegre. Fabris, 1985. p. 27. Cf. Arruda Alvim, a lei é, entre nós, por excelência, a *fonte do direito*. A Súmula, em rigor, acaba por conter a interpretação de uma lei, cuja inteligência se torna obrigatória. Mas é evidente que essa interpretação oriunda do mais alto Tribunal do País, objetiva, apenas, atribuir à lei interpretada o seu entendimento correto, de forma obrigatória. O mandamento é o da lei, e a interpretação obrigatória é da súmula. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1.152.

²⁵⁶ SPOTA, Alberto G. *Op.cit.*, p. 36.

²⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional No Brasil. IP33 - Administrativo, Constitucional e Previdenciário) Notadez. 2005. p. 20.

movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados.²⁵⁸

Desnecessário frisar que as leis ainda são feitas de forma a beneficiar grupos, coartando o acesso à justiça aos menos privilegiados, principalmente às leis processuais, extraordinariamente complexas e permissivas com mecanismos de proteção de decisões, o que tem transformado a justiça num sonho distante e inacessível às camadas mais pobres da população.²⁵⁹ Sob esse enfoque os maiores beneficiados com ações protelatórias são os que mais condições econômicas têm para desafiar a justiça usando meios legalmente criados pelo Estado legislador.

A súmula vinculante por conter “transposição” de decisões proferidas em casos concretos para decisão sumulada (geral e abstrata) tem como consequência à prática dessa transposição que são qualidades inerentes às normas, entre as quais os efeitos *erga omnes* e vinculante. As estruturas sociais desprestigiadas pela lei, certamente, poderão se beneficiar com a eficácia da súmula, abortando ações cujo tema tenha sido sumulado ou evitando recursos protelatórios caso a ação já esteja tramitando, porque o que ela contém é projeção da própria Constituição Federal, não tem a lei o poder de alterar-lhe o significado, ou revogá-la, alterá-la, prejudicá-la. Ela também é, em menor, uma norma constitucional.²⁶⁰

Entretanto, sendo portadoras de normas específicas em relação às normas mais genéricas e abstratas contidas nos textos vindos das fontes normativas ordinárias; dependem, portanto, existencialmente, das normas especificadas para sua própria subsistência. Essa a razão de a súmula restar prejudicada quando a lei especificada por ela se alterar. Dar-se-á o mesmo quando o texto constitucional seja alterado ou ab-rogado. Ela está hierarquicamente abaixo da lei que especifica.²⁶¹

²⁵⁸ REALE, Miguel. **Jurisprudência e Doutrina**. Vox Legis. Repositório autorizado da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Registrado sob nº 003/79. Ano VIII, v; 146, fev. 1981. p. 3.

²⁵⁹ BEZERRA, Paulo. O acesso aos direitos e à justiça. Um direito fundamental. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra: Coimbra, v. LXXXI, 2005. p. 785.

²⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões Vinculantes. **Revista de Processo 100**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. 2000, p. 184.

²⁶¹ Idem, ibidem. Cf. Alvim Arruda, a hierarquia, entretanto, não impede que a Súmula Vinculante determine o significado que o STF tenha atribuído à lei. Por outras palavras é juridicamente impossível transpor o enunciado da súmula e invocar a lei ou a Constituição Federal com significado diferente daquele que está sumulado. *O entendimento da lei terá de ser o expressado por intermédio do enunciado da súmula vinculante, necessariamente*. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1.153.

Sumular-se uma tese é se eleger um *único resultado possível* para a interpretação da norma de que se terá o enunciado da súmula derivado.²⁶²

O parágrafo 1º do art. 2º da Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, determina que a súmula se destine a fixar pontos relacionados com a validade, a interpretação e a eficácia de determinadas normas, atribuindo ao Poder Judiciário autorização para fixar regras que deverão ser observadas por tantos quantos estiverem ao poder público subordinados.

Existem razões suficientemente consistentes para a referida atribuição:

Frente à consciência de que nenhum princípio ético ou político tem valor absoluto no universo de valores e atividades de uma nação ou da própria humanidade, nem valor suficiente para impor-se invariavelmente sobre outros princípios e sobre todas as legítimas necessidades de uma convivência bem organizada, o constituinte e o legislador infraconstitucional brasileiros atribuem ao Poder Judiciário função normativa, ainda que limitada e mediante regras que não podem ser equiparadas à lei.²⁶³

Quando os processualistas brasileiros empenharam-se em adequar o processo às novas demandas sociais, não mais afetas ao individualismo de tempos passados, não mediram esforços para evitar que suas decisões fossem razoavelmente previsíveis e coerentes, importante relação a ser devidamente valorizada e, possivelmente, positivada, *de lege ferenda*.²⁶⁴ As imposições da lei que instituiu a súmula substituiu a loteria judiciária das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida de autênticos profissionais do direito.²⁶⁵ Numa palavra,

²⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução? Constituição e processo civil. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista do processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, abr.-jun. 2000, p. 305. Usamos os termos súmula e enunciado como se sinônimos fossem, entretanto calha a observação de que a primeira é gênero do qual enunciado é espécie.

²⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões Vinculantes. **Revista de Processo 100**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. 2000, p. 184.

²⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 123.

²⁶⁵ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v. 208, out.-nov.-dez. 1964. p. 18. No mesmo sentido esclarece Leonardo D. Moreira Lima, o direito brasileiro, de tradição romano-germânica, sempre teve na lei sua fonte primordial. É indiscutível, no entanto, a importância crescente da jurisprudência na aplicação do nosso direito, como, aliás, também ocorre nos demais ordenamentos que adotam o *Civil Law*. Sabe-se que os tribunais, quando aplicam o direito ao caso concreto, interpretam as leis, criando jurisprudência sobre a matéria. Quando uniformizada a jurisprudência, o conjunto das decisões passa a ser indicado como orientação, para o julgamento das causas que abordam a mesma tese jurídica. LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado. Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUCRS, n.14, jan.-jul. 1999. p. 170.

quando a *jurisprudência* – dominante ou sumulada – obriga, é porque um texto expresso – Constituição Federal, Regimento de Tribunal – diz que obriga.²⁶⁶

²⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op.cit.*, p. 225. Entretanto, não há perder-se de vista a possibilidade de o juiz, ao julgar o caso concreto, possa não aplicar a súmula, se entender que não é caso para sua aplicação. Ficará preservada a autonomia interpretativa do magistrado, pluralidade que, sem dúvida, enriquece a ciência jurídica.

3 CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A classificação dos precedentes não prescinde de algumas considerações acerca do sistema jurídico romano germânico assim como sobre o do *common law*. Digno de registro, contudo é a lição de Barbosa Moreira em relação à aproximação entre os dois sistemas:

É interessante notar que o novo código, em pontos importantes, se afastou do modelo tradicional do chamado *common law* e aproximou-se do característico da Europa continental – a que se filia o nosso. Quer dizer: enquanto nos empenhamos em imitar os anglo-saxônicos, no que têm de bom e no que têm de ruim, há entre eles quem esteja optando por tomar o caminho inverso [...] ²⁶⁷

O papel desempenhado pelo direito, seja ele de ordem legal ou jurisprudencial, não raro, sofre alterações de rumo originadas por necessidades sociopolíticas. Recentemente o *Welfare State* (Estado Social) se esforça para criar uma nova sociedade, com mais igualdade e mais justiça. Neste contexto, a legislação e a regulamentação administrativa deverão desempenhar um papel primordial. ²⁶⁸

Em nosso sistema jurídico, que se baseia na legalidade, princípio que evoca a aplicação da lei como fonte primária do direito, cada julgado não estatui senão para um caso particular, ²⁶⁹ e o direito processual brasileiro é particularmente explícito a propósito, seja ao conter a eficácia da sentença nos confins do objeto do processo, seja traçando com clareza os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada material. ²⁷⁰ A cultura jurídica anglo-americana não é tão apegada aos rigores da coisa julgada como a nossa [...] sem a pressão dos dogmas que tradicionalmente nos influenciam, eles são capazes de aceitar com mais naturalidade certas

²⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula vinculante e duração dos processos. São Paulo: ADV Advocacia Dinâmica. Seleções Jurídicas. Agosto 2004. p. 44.

²⁶⁸ DAVID, René. **O direito inglês**. Traduzido por Eduardo Brandão; revisão técnica e da tradução de Isabella Soares Micali. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁶⁹ RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, ano XLII, nº 198, abril de 1994, p. 31.

²⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 133.

restrições racionais à *res judicata* relativizando esta para a observância de outros princípios e outras necessidades.²⁷¹

Mas a repetição de sentenças análogas permite afirmar que os tribunais reconhecem a existência de uma regra que impõe a solução e a seguirão no futuro.²⁷² Na prática, entretanto, toda a decisão de um tribunal constitui-se um precedente, ainda que não constitua o entendimento uniforme ou predominante.²⁷³ Essa regra que aponta a decisão tomada pela maioria absoluta dos julgadores de órgãos colegiados no incidente de uniformização de jurisprudência é precedente judicial, que pode ser obrigatório ou não.

Embora sejam espécies do mesmo gênero, não se deve confundir jurisprudência com precedente, este é decisão de uma corte fornecedora de um caso sentenciado e aquele conjunto de decisões acerca de um mesmo assunto ou a coleção de decisões de um tribunal.²⁷⁴ Os precedentes são grupos de arestos que não exprimem a posição dominante nos tribunais. Para constituir jurisprudência, deve ser uniforme e constante.²⁷⁵

Diferentemente, as súmulas são atos do Poder Judiciário que não resolvem litígio. É, em outras palavras, o resultado de determinações dos tribunais sobre a inteligência das leis.

A normatividade e o efeito vinculante da Súmula trazem à baila discussão sobre a possibilidade de sua edição exercer interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo. Ao argumento de que o poder judiciário, ao estabelecer súmulas que tem por objeto o direito em tese, usurpa a atribuição do Poder Legislativo, o idealizador do código de processo civil responde que a este compete criar as normas jurídicas, interpretá-las e aplicá-las ao caso concreto. E adverte que, se os magistrados mantiverem interpretações diversas na aplicação da mesma norma jurídica, deixarão de ser a voz da lei, porque esta não pode ter dois comandos antagônicos.²⁷⁶

²⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 237.

²⁷² BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, jul. 1985. p. 190-1.

²⁷³ CADORE, Márcia Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 41.

²⁷⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 15-6.

²⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 38.

²⁷⁶ BUZAID, Alfredo. *Op.cit.*, p. 211.

Em outras palavras, o papel da atividade jurisdicional (ou do precedente judicial é manter a coerência do direito posto – amálgama para preencher indesejáveis lacunas ou manter mais unido ainda o todo sistêmico,²⁷⁷ doutrina cuja essência pode ser resumida: *stare decisis e non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido), segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro.²⁷⁸

À medida que os precedentes não podem ser dissociados da função jurisdicional, a insistência pela tutela individual, fragmentária e contraditória, em tempos de coletivização da tutela jurisdicional, acaba por gerar o cinismo de um sistema que permitia decisões desiguais para casos substancialmente iguais e depois, quando algum sucumbente tornava a juízo com uma ação rescisória, dava-lhe a resposta de que o julgado rescindendo fora proferido em meio a uma jurisprudência vacilante nos tribunais, sendo por isso insuscetível de rescisão (Súmula 343).²⁷⁹

3.1 PRECEDENTES DECLARATIVOS E PRECEDENTES CRIATIVOS

Os tribunais, ao julgarem o caso concreto podem realizar dupla função. A primeira refere-se à solução do conflito entre as partes litigantes, entregando ao vencedor o bem da vida que o sucumbente não lhe alcançara espontaneamente (função pacificadora). Nessa atividade podem ou não criar direito. A outra consiste em apontar uma diretriz que sirva de referência a outros julgados e contribuir assim para que a ordem jurídica seja mais justa. Essa última tarefa pode ser alcançada a partir da aplicação da uniformização da jurisprudência e, entre os meios para a sua consecução estão os precedentes.²⁸⁰

²⁷⁷. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 26.

²⁷⁸ RE, Edward. D. Stare Decisis. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, ano XLII, n.198, abril de 1994, p. 26.

²⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo 100**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. 2000, p. 171.

²⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 18.

O precedente declarativo é mais comum nos sistemas jurídicos mais desenvolvidos, onde a maioria das questões já está regulada por atos legislativos ou decisões judiciais anteriores.²⁸¹

A partir de Kelsen, com sua Teoria Pura do Direito, não há que se considerar a possibilidade de os precedentes apenas declararem o direito. Se, entre várias molduras, o juiz escolhe a que melhor se encaixe ao caso julgado o juiz, inegavelmente, faz escolhas, não apenas declara o direito. Em verdade ele o reconstrói, criando a norma para o caso concreto. Entretanto, há também uma declaração.

A lição de Carnelutti em relação à declaração de certeza do delito pode ser aplicada neste contexto, eis que contém observação importante sobre o trabalho do juiz: “el trabajo del juez, para juzgar, consiste, despúes de todo, em uma confrontación entre el modelo preparado por el legislador y el hecho ocurrido en la realidad, confrontación de la cual nace um si o um no. El resultado de este trabajo se llama *declaración de certeza de delito*”.²⁸²

Claro está que existe em todo o julgamento uma declaração de certeza, teoria que, no dizer do mestre italiano, “han sido los cultivadores del derecho procesal civil los primeros a elaborarla [...] como la declaración de certeza judicial sea una sub-especie de la declaración de certeza jurídica”.²⁸³

Observa-se, pois, que porquanto um precedente pronuncie uma declaração, uma certeza sobre a existência ou não de um direito pretendido, não possa o mesmo desempenhar simultaneamente função criativa. Há quem prefira o termo “produção do direito”.²⁸⁴

O construtivismo das Cortes constitucionais comprova que o direito, como a própria vida, está em eterna transformação, jamais se immobilizando, mas se realizando, se renovando pela manifestação dos tribunais.²⁸⁵ A ausência de definição

²⁸¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 52.

²⁸² CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores. 1950. p. 146.

²⁸³ Idem, p. 147.

²⁸⁴ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez 1997, p. 637.

²⁸⁵ TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo de. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 20.

do direito influencia diretamente na caracterização do precedente judicial como elemento criador do direito.²⁸⁶

A atividade judicial, em um Estado que se quer democrático, não se reduz a mera aplicação do direito preexistente, sendo, na verdade criativa, produtora de direito.²⁸⁷ A questão encontra-se assim associada a outras aspirações no sentido de um processo menos formalista, mais flexível, dando lugar à significativa alteração de rumo.²⁸⁸ A mudança implica uma variação ou alteração daquilo que está fixo ou estável. Sem mudança, no entanto, não pode haver progresso.²⁸⁹

3.2 PRECEDENTES PERSUASIVOS E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

No direito brasileiro, como regra, os precedentes são persuasivos, quando o juiz não está obrigado a segui-lo. Se o segue está convencido da sua correção.²⁹⁰ Entretanto, imprescindível distinguir os precedentes que exprimem nosso entendimento firme daqueles outros em que a nossa jurisprudência ainda se acha em vias de fixação.²⁹¹ Os primeiros, obrigam o juiz ou o tribunal mesmo que o entendam incorreto ou irracional. É compulsório segui-lo.

Independentemente, porém, da obrigatoriedade ou não da decisão, toda a resposta judiciária terá o seu grau de importância, dado o evidente interesse de ordem pública na emissão da vontade concreta da lei, porquanto seus efeitos espraiam-se em direção à justiça, às partes e ao ordenamento jurídico.²⁹²

A EC 03/93 trouxe a previsão de que a decisão de mérito do STF em Adcon teria efeito *erga omnes* e força vinculativa (CF, art. 102, p. 2º) e aí não se estava,

²⁸⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 21.

²⁸⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 90.

²⁸⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 33.

²⁸⁹ RE, Edward. D. Stare Decisis. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, ano XLII, n.198, abril de 1994, p. 26.

²⁹⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op.cit.*, p. 53.

²⁹¹ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v. 208, out.-nov.-dez. 1964, p. 16.

²⁹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

singelamente, regulando eficácia expansiva de súmula (matéria processual), mas antes já se estava inovando o *parâmetro jurídico-político* do país.²⁹³ Com essa inovação, as decisões do órgão competente para dada matéria ficariam sempre prestigiadas, prevalecendo soberanas e com homogeneidade em todos os casos.²⁹⁴

Sobre a obrigatoriedade dos precedentes:

Falar-se em decisão de tribunal superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta. Seriam eles meros tribunais de apelação, uma cansativa via crucis, imposta aos litigantes para nada, salvo o interesse particular do envolvido no caso concreto, muito nobre, porém muito pouco para justificar o investimento público que representam os tribunais superiores.²⁹⁵

A tendência do direito contemporâneo, acompanhando as mudanças político-econômicas, é no sentido de tutelar interesse dos mercados comuns que se formaram fruto dos interesses econômicos que lhes deram origem. A formação desses blocos, entre os quais, a Comunidade Européia, impuseram relevantes mudanças na estrutura jurídica dos países que integram esses conglomerados. Assim é que, desde o ano de 1973, quando o Reino Unido aderiu à Comunidade Européia passou a ser o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia a mais alta corte no que tange à administração da justiça na Inglaterra, acima inclusive da House of Lords.²⁹⁶ Uma das mais importante mudanças no *common law* em vários séculos.

Sobre o rumo internacional dos procedimentos:

²⁹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 110.

²⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo nº 100**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. de 2000, p. 169.

²⁹⁵ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez. 1997. p. 632. No mesmo sentido com advertência pertinente à lição de Dinamarco: É óbvio que a outorga de caráter vinculativo a decisões judiciais, que equivale a dotar os tribunais de poder normativo e alterar a vigente fórmula brasileira de separação entre os chamados Poderes do Estado, não deve ser feita sem os cuidados e adaptações exigidos pela própria índole e estrutura de nosso sistema de direito escrito. (p. 170).

²⁹⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 58. Cf. Cândido Rangel Dinamarco é a existência de certos *objetivos comuns* – alguns permanentes e outros ocasionais – que pressionam no sentido da aproximação dos ordenamentos jurídicos à medida que os povos sentem a necessidade ou conveniência de afeiçoar suas leis à busca de resultados que não são desejados exclusivamente no âmbito de um país. **Processo civil comparado**. **Revista de Processo**. São Paulo> Revista dos Tribunais, ano 23, n. 90, abr.-jun. 1998, p. 48.

Constitui fenômeno dos mais óbvios, na vida contemporânea, a progressiva diminuição da importância das fronteiras nacionais diante de fatos sociais, culturais, políticos e, sobretudo, econômicos. Ao impacto dessa evolução não fica imune o direito processual civil, como, aliás, setor algum do mundo jurídico.²⁹⁷

3.2.1 Precedentes persuasivos

O direito processual civil tem, entre os vários escopos que aqui não cabe discorrer, preocupação em evitar contradição entre julgados. Entre os mecanismos com finalidade de salvaguardar os jurisdicionados de decisões contraditórias, quando o direito posto em causa é o mesmo estão: a reunião de ações conexas, fixação de competência para prevenção do juízo, possibilidade de cumulação de pedidos, exceções peremptórias (coisa julgada, litispendência).²⁹⁸ Não há como negar que os precedentes judiciais objetivam eximir das decisões judiciais paradoxais e contraditórias.

Dos persuasivos dir-se-á que exercem mera influência no plano puramente moral alguns precedentes particularmente prestigiosos sobre o espírito dos juízes no futuro,²⁹⁹ incrementam o efeito dos julgados, na medida em que ensejam a extensão de seu enunciado aos casos análogos, pendentes e futuros.³⁰⁰

No ponto explica J.J. Calmon de Passos:

Nessas hipóteses, as decisões dos tribunais superiores orientam, mas não vinculam, podem revestir-se de determinada força de convencimento, pela coerência lógica de sua fundamentação, pelo prestígio do órgão e dos julgadores que a proferiram, mas não vinculam, porquanto apenas capazes de efeitos vinculantes indiretos, por via da força de convencimento de que sejam dotadas, o que já foi denominado por alguns doutrinadores de força

²⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre: Ajuris, n. 34, ano XII, jul. 1985. p. 125.

²⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 24.

²⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo nº 100**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. de 2000, p. 169.

³⁰⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op.cit.*, p. 109. Este autor refere que se pode observar a força persuasiva da jurisprudência nos artigos de lei que autorizam, por exemplo, sua uniformização, (artigo 476 a 479 do CPC) assim como os recursos fundados em dissenso pretoriano como os embargos de divergência, (artigo 546 do CPC). O recurso especial amparado em interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III, c, da CF) é a própria expressão de que "a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos Tribunais Superiores precisamente a função que os justifica".

persuasiva. A par disso, ainda podem ensejar efeitos vinculantes reflexos, pela oportunidade que oferecem de libertar os órgãos inferiores da responsabilidade de maiores esforços hermenêuticos na solução de casos concretos.³⁰¹

Os operadores do direito têm ocasião de observar na prática judiciária, a força persuasiva da jurisprudência. É comum assistir aos juízes leigos dos juizados especiais cíveis enfatizarem na audiência de conciliação, que as turmas recursais estão entendendo a matéria dessa ou daquela forma, forçando assim, ao litigante cuja tese contraria o entendimento majoritário a ceder à pressão, resultado que, se obtido, tem o efeito de resolver o conflito pela força persuasiva da jurisprudência. São, pois, possibilidades concretas para “descentralização” da Justiça Oficial (...).³⁰²

O tribunal, ao fixar diretrizes para seus julgamentos, necessariamente os coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores à posição adotada pela maioria que, se absoluta, poderá resultar em direito sumulado com força vinculativa. Aqui, a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores precisamente à função que os justifica.³⁰³

Sobre o efeito da deliberação do precedente, há que referir a exigência de que, para que a tese vencedora seja objeto de súmula, conforme o artigo 479, *caput*, primeira parte, o *quorum* exigido é o da maioria absoluta, que consiste em qualquer número de votos superior à metade.³⁰⁴

A sinalização, de *iure condendo*, é no sentido de ser atribuído um espaço cada vez maior aos enunciados pretorianos, opção essa que toma caráter jurídico-político-institucional.³⁰⁵

³⁰¹ PASSOS, J.J. Calmon de Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez 1997, p. 633.

³⁰² NOGUEIRA, Alberto. Segurança jurídica, liberdade e súmula vinculante. **Revista Ciências Sociais/Universidade Gama Filho**. V. I, n. 1, nov. 1995. Rio de Janeiro: Editoria Central da Universidade Gama Filho, 1995. p. 68. O autor ensina que a combinação desse modelo com a criação da Justiça Arbitral, parece ser, com as atualizações necessárias (principalmente a democratização da Justiça oficial) a solução mais adequada, ressalvadas as liberdades públicas, os direitos fundamentais e os direitos humanos, incluindo-se a matéria criminal, cidadania política e o contencioso de constitucionalidade (guarda da Constituição), ficariam sob reserva oficial (p.69).

³⁰³ PASSOS, J.J. Calmon de. *Op.cit.*, p. 633.

³⁰⁴ ASSIS. Araken de. **Manual de Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 323. Se o órgão encarregado da uniformização é o grupo, porque se cuida de matéria de competência exclusiva de suas câmaras, e compõe-se de oito integrantes: o efeito contemplado no dispositivo exigirá cinco votos a favor de uma das teses. Qualquer outro resultado (v.g., cinco votos a quatro, colhido o voto de desempate de um dos vice-presidentes do tribunal) não produz o efeito do art. 479, *caput*, ou seja, a tese porventura vitoriosa permanecerá alheia à súmula do tribunal.

³⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 143. Cf. Arruda Alvim, as súmulas persuasivas

É significativo registrar que, embora o sustentáculo do nosso sistema jurídico seja o princípio da legalidade, exigência de que a norma geral e abstrata sirva de parâmetro à solução do caso concreto não há como negar que a jurisprudência, mesmo não estratificada em súmula – acaba, naturalmente, por operar como fonte secundária ou subsidiária do Direito, dada sua forte *influência persuasiva* junto aos operadores do direito.³⁰⁶

Entretanto, não menos importante é a jurisprudência não sumulada, em matéria processual civil, fora de súmula. É opulenta, notadamente pelo volumoso acervo e pelo grande número de polêmicas dirimidas. Fenômeno sem similar na história das Cortes brasileiras.³⁰⁷

3.2.1.1 Questões suscitadas

O exame das questões suscitadas no caso anterior é da maior importância. Teriam essas questões sido suscitadas, consideradas e decididas? Se não foram, embora possam ter sido, a decisão anterior não é um precedente vinculativo.³⁰⁸ Isto porque o precedente só tem força vinculante em caso de identidade dos fatos ou das

representaram o resultado lingüístico de jurisprudência dominante e no enunciado dessas súmulas consta a síntese do resultado dessas decisões, com descarte de peculiaridades que não interessam à essência da descrição da norma, ou de parte dela, retratada no enunciado sumular, que deve ser o descritor da situação geral, em linguagem análoga à da lei. [...] Pode-se dizer que a jurisprudência dominante normalmente *desemboca* numa súmula persuasiva. ALVIM. Arruda. A súmula e a súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1.149.

³⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 138.

³⁰⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 121. Entre a jurisprudência não sumulada está a possibilidade alvitada pelo parágrafo 3º do artigo 515. O autor apresenta acórdãos onde a prescrição afastada no 2º grau possibilitou ou não o pronto julgamento da lide. (EResp. 89.240-RJ, STJ, 4ª T., j. 6.3.02) (Resp. 141.595-PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 8.5.00) (Resp. 214.250-MG, STJ, 4ª T., DJU de 8.5.00) (Resp. 296.926-SP, STJ, 4ª T., DJU de 2.4.01).

³⁰⁸ RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, ano XLII, nº 198, abril de 1994. p. 28. Cf. Luis Renato Ferreira da Silva, é necessário que se retire das decisões exaradas o que tem validade mais genérica, o que constitui a razão jurídica, o princípio legal que levou o Tribunal a decidir desta ou daquela maneira (p. 50).

questões jurídicas suscitadas. E mesmo assim pode ser afastado quando houver “novas e persuasivas razões”.³⁰⁹

A análise da razão de decidir e a identificação dos princípios de justiça, passa pelo exame detalhado de cada caso, o ponto de partida é o caso particular, o *case system*. Cada situação foi objeto de decisões das quais se puderam extrair alguns princípios básicos, que serão ou não aplicados ante a nova situação.³¹⁰ Nesse contexto importa para a decisão dessa nova situação a *ratio decidendi*, que não é uma regra geral fixa, pelo que os juízes não estão obrigados a utilizar os mesmos vocábulos utilizados no precedente.³¹¹

O *Stare Decisis* e a própria unidade da aplicação do Direito nos Estados Unidos são significativamente facilitados pelo sistema de citação de casos judiciais pelos nomes dos litigantes, [...] cujo simples enunciado referencia as questões jurídicas [...]³¹² “Nuestro *common law* dispone de los medios necesarios para desarrollar cualesquiera nuevas premisas con el fin de atender a las necesidades de la justicia y de configurar los resultados obtenidos hasta formar un sistema científico”.³¹³

Fácil compreender que regras de direito não são formadas por fatos, mas por afirmações teóricas de índole jurídica, permitindo que extrapolem a situação concreta na qual foram hauridas e possam ter validade para além do caso concreto.³¹⁴ Os precedentes se aplicam apenas às questões de direito muito embora, não raras vezes, estas estejam associadas às de fato.³¹⁵

³⁰⁹ LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado*. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUCRS, n.14, jan.-jul. 1999. p. 180. Assevera o autor que há forte orientação na doutrina norte-americana no sentido de se abrandar a aplicação do *stare decisis* no campo constitucional, pois é onde se dá abertura para a oxigenação de todo o sistema.

³¹⁰ TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O espírito da *Common Law* e os contratos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000. p. 36.

³¹¹ CADORE, Márcia Lusa. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 61. Cf. Ana Lúcia de Lyra Tavares, os princípios que fundamentarão as decisões dos diversos casos (*ratio decidendi*) são encontrados por meio de um raciocínio, não apenas indutivo, como, sobretudo, analógico (p. 36)..

³¹² BENETI, Sidnei Agostinho. O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 82, set. 1993, v. 695, p. 271.

³¹³ POUND, Roscoe. **El Espíritu del “Common Law”**. Traduzido por José Puig Brutau. Bosch. Barcelona: Casa Editorial. 1954. p. 183.

³¹⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. **Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial**. Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 004/85 e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 12 (Portaria n. 8/90). Ano 20, jan.-mar. 1996. p. 50.

³¹⁵ Sobre a imbricação entre a questão de direito e questão de fato, Araken de Assis professa que o recurso extraordinário é hostil, ordinário às questões de fato, mas o recorrente há de registrá-las na petição de interposição. Por exemplo: indicará o recorrente que, conforme provado na certidão

It should be easy to see why that is so and why American judges and scholars have not spent a great deal of effort in trying to define with precision the exact scope of a precedent. There is little need for that kind of precision in judicial systems such as ours that have no formal prohibitions against modifying or overruling decisions.³¹⁶

Embora a *ratio decidendi* contenha um ou mais princípios de direito que serão aplicados ao caso em apreciação é pressuposto, para que o julgamento de um caso esteja *obrigado* pela decisão de um precedente, que haja identidade entre os fatos dos dois casos.³¹⁷ Desse modo, mais vale recorrer a exemplos do que a abstrações doutrinárias. Barbosa Moreira aponta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada no sentido de que, na locação, o fiador não responde pelos alugueres majorados por força de aditamento contratual feito sem sua participação, ainda que se tenha obrigado até a entrega das chaves do imóvel.³¹⁸

Não está entre as intenções do presente trabalho analisar os poderes conferidos ao juiz no que tange à aplicação dos precedentes, sejam vinculativos ou não, de qualquer sorte é digno de registro expor as razões de Reynolds:

The idea that judges can, through their opinions, bind themselves and their successors has been criticized by some Europeans on the ground that a system where judges are bound by their own decisions, as opposed to one where judges are not so bound, gives judges too much power. Although it is true that the creation of precedent represents an exercise of judicial power, it is an exercise that seems to be successful, and one with which our society feels comfortable. The point, of course, is that the judge has power and her job requires that she use it; the real question is whether the power has been used properly.³¹⁹

juntada aos autos, e reconhecido no julgado recorrido, o recorrido ostenta a condição de servidor público e, para efeitos de aposentadoria, teve computado tempo de contribuição ficto, prática condenada no artigo 40, parágrafo 1º da CF/88. A referência á questão de fato no extraordinário se compreende neste contexto. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 726-7.

³¹⁶ REYNOLDS, William L. **Judicial process**. 2.ed. St. Paul, MN: West Publishing Company, 1991. p.76.

³¹⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 136.

³¹⁸ Aponta que se porventura algum locador recalcitrante tomar a iniciativa de sustentar antítese em juízo, andará mal em alimentar esperança de êxito, ou até de ver julgada pelo tribunal a apelação que interponha contra a sentença: o relator dificilmente vacilará em negar-lhe seguimento, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil. Para a aplicação desse precedente importa que o juiz analise o caso tomando em conta se o fato que afronta a jurisprudência é igual, oportunidade em que será aplicada a mesma regra jurídica, tanto faz que ela seja legislada como judicada. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 33.

³¹⁹ REYNOLDS, William L. *Op.cit.*, p. 73.

3.2.1.2 Fatores que determinam o grau de persuasão

A organização judiciária e sua hierarquia estão entre os fatores que determinam o grau de persuasão dos precedentes assim como sua classificação entre obrigatórios e persuasivos. Já se disse que a autoridade do precedente depende da posição ocupada pelo juiz relativamente à corte que o emitiu.³²⁰ Sob essa perspectiva, o elemento autoridade é essencial à aplicação do precedente.

A organização judiciária brasileira estrutura-se em organismos independentes, que constituem verdadeiros *microssistemas* integrantes do sistema judiciário nacional – e que são as diversas justiças.³²¹

A estrutura piramidal em que estão organizados os graus de jurisdição é que torna viável a pré-fixação de enunciados obrigatórios ou não. Sobre matéria constitucional, situado na cumeeira está o STF, ao tempo em que sobre matéria infraconstitucional (o STJ) ou especial (TST, STM, TSE). A eles compete dar a *ultima voice*. [...] O que, aliás, se compreende, porque a instância judiciária *ad quem* é a maior interessada em prestigiar o seu próprio direito sumular.³²² A súmula é, assim, a produção de definições explicativas, que têm força prescritiva na prática diária dos juristas, pela simples razão de que a força coercitiva do Direito não emana somente da lei, senão das práticas do Judiciário.³²³

Sobre a relevância da força persuasiva das questões objeto da súmula vinculante cumpre destacar a possibilidade de resolver situações esdrúxulas à semelhança da descrita:

O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade é um simples jogo floral para intelectuais juristas.

Doutrina e jurisprudência consideram a lei inconstitucional um nada jurídico, de nulidade absoluta e, assim declarada pela Corte Constitucional, é tida como inexistente desde a edição.

Mas, juízes podem aplicá-la nos casos concretos, isto é, pode fazer o nada incidir sobre a vida do cidadão comum, ainda que este nada lhe confisque tudo.

³²⁰ CADORE, Márcia Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 40

³²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo civil comparado. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 23, n. 90, abr.-jun. 1998., p. 52.

³²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 130-1.

³²³ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 238.

Se não houver recurso contra a sentença que aplica a lei declarada inconstitucional, o sistema permite a tutela constitucional da coisa julgada sobre coisa nenhuma, isto é, a Constituição, por uma de suas garantias, protege a inconstitucionalidade.

Na prática, o simples fato de um juiz, ou, o mais corriqueiro, de um agente do governo poder rebelar-se contra decisão da Corte Constitucional, demonstra a inutilidade do sistema.

Para o cidadão comum, que sofre a aplicação de lei inconstitucional e as conseqüências materiais de sua incidência, de nada valem jurisprudência e doutrina, meros exercícios poéticos alheios ao mundo real.³²⁴

As distorções que emanam do sistema jurídico brasileiro ensejaram o sentimento e necessidade de lançar olhares além-fronteiras para descobrir novas perspectivas para o direito nacional.³²⁵ Com olhos fitos na concretização dos direitos fundamentais, entre os quais aquele que mais ampla tutela oferece aos cidadãos, dignidade da pessoa, a valorização dos precedentes ensejam “o direito que é”, decidido e aplicado a todos quantos tiverem submetidos a mesma situação fática, independente de condições econômicas que permitam ao jurisdicionado chegar até a última instância judiciária para somente lá aproveitar decisão anteriormente pacificada. Não se pode olvidar que os recursos de sentido estrito requerem preparo.³²⁶

Entretanto, ao abordar o tema da adoção de mecanismos utilizados por sistema cultural diverso, deve-se referir não somente às qualidades como também os possíveis inconvenientes atribuídos a esse sistema jurídico, quais sejam: eliminação da flexibilidade e da capacidade de evolução, vinculação mais enérgica que a lei (por força do caráter casuístico), afastamento de uma compreensão ampla das instituições, por apego ao caso concreto, produção de um conhecimento complexo e possibilidade de perpetuação do erro.³²⁷

³²⁴ RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n. 16, jul.-set 1996. p. 24.

³²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo civil comparado. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 23, n. 90, abr.-jun. 1998, p. 48.

³²⁶ Cf. Gilmar Mendes, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. [...] Assim, quando se impõe que certas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar determinado procedimento, sob pena de nulidade, não se está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de normas de procedimento. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed. Revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8-9.

³²⁷ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 21. Cf. a observação de Cândido Rangel Dinamarco é que, nos julgamentos repetitivos e absolutamente desvinculados, residem fatores que podem comprometer cada um dos ideais de boa justiça, a saber: 1) somente os que puderem e se animarem a subir ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça poderão afastar de si os julgamentos desfavoráveis suportados nas

3.2.2 Precedentes relativamente obrigatórios

“La historia del Derecho demuestra, com toda claridad, que la interpretación separada de la aplicación judicial no resulta posible; que es inútil tratar de separar las funciones de hallar el Derecho, interpretarlo y aplicarlo”.³²⁸ Na aplicação do precedente o jurista deve em primeiro lugar determinar a autoridade do precedente: persuasivo ou vinculativo. A diferença entre eles reside no carácter normativo do precedente vinculativo, enquanto o carácter persuasivo situa-se no plano da mera eficácia jurisdicional a revestir a natureza de simples “jurisprudência qualificada”.³²⁹ Estes precedentes judiciais, por mais respeitáveis que sejam, não obrigam os juízes, que continuam independentes, livres de qualquer subordinação superior no exercício da atividade jurisdicional. Os juízes podem adotá-los sempre e quando se convençam da virtude da solução que adotam. Este é um ato de liberdade.³³⁰

Sobre o ponto:

os precedentes obrigatórios, entre os quais inclui-se a súmula vinculante, à semelhança da função legislativa, põe-se com ela, uma norma de carácter geral, abstrata, mas de natureza interpretativa. Nem se sobrepõe à lei, nem restringe o poder de interpretar e de definir os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firma um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obrigam a todos, em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como fazem as normas de carácter geral positivadas pela função legislativa.³³¹

instâncias locais, 2) por isso mesmo ou por outros fatores, reinará sempre entre os jurisdicionados alguma incerteza sobre o futuro dos litígios em que se acham envolvidos, 3) o Poder Judiciário prossegue envolvido em um trabalho inútil e repetitivo, quando poderia libertar-se da carga da repetição e dedicar-se com maior proficiência e celeridade a outros casos. Decisões vinculantes. **Revista de Processo 100**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. 2000. p. 168-69.

³²⁸ POUND, Roscoe. **El Espíritu del “Common Law”**. Traduzido por José Puig Brutau. Bosch. Casa Editorial: Barcelona. 1954. p. 179.

³²⁹ NEVES, A. Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos**. Comentário ao Acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 70.

³³⁰ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. **Jurisprudência em Revista. Jurisprudência Atual 30**, ano XII. Jul. 1985. p. 211. Cf. Arruda Alvim, deve-se observar que as *súmulas persuasivas*, que são as que têm existido no direito brasileiro, impõem-se pelo poder de **convicção** que, ao longo do tempo, e em função de decisões no mesmo sentido, resultam decantadas até ensejarem a possibilidade de um enunciado, sintetizador desses entendimentos convergentes, como, ainda, pela facilidade que proporcionam à atividade jurisdicional. Pode-se dizer que a jurisprudência dominante normalmente *desemboca* numa *súmula persuasiva*. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1.149.

³³¹ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante.. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez. 1997. p. 633.

A obrigatoriedade relativa pode advir, outrossim, por vias transversas, porque imposta por meio de instrumentos criados pelos tribunais superiores para que os recursos não sejam por eles admitidos. Ilustradora a lição de um dos ilustres integrantes do Superior Tribunal de Justiça:

O óbice do pré-questionamento, inerente ao recurso especial, em face do próprio texto constitucional que, no art. 105, III, se refere a “causas decididas” pelos tribunais de segundo grau. É ele o de maior incidência no Superior Tribunal de Justiça, o que se explica não só pela complexidade da técnica de admissibilidade desse recurso como também pela circunstância de que, inexistindo em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre em outros Países, a qualificação especial de advogados para atuarem em tribunais, sobretudo nos mais hierarquizados, faculta-se que neles intervenham até mesmo os recém-saídos da Universidade, desde que inscritos na Ordem dos Advogados. Compreensível, destarte, o elevado número de equívocos cometidos, sobretudo em relação a esse pressuposto.³³²

Sobre a possibilidade da admissão do prequestionamento implícito, sabido do rigor, até excessivo, da Suprema Corte, exigindo, por vezes, que, além da norma legal ter sido explicitamente mencionada quando da interposição do recurso, tenha sido também referida no acórdão impugnado,³³³ é relevante a posição que expõe que se afigura imprescindível à admissibilidade do recurso especial exista decisão expressa e motivada a respeito da *questio juris*, preferentemente através da indicação do dispositivo da lei federal.³³⁴

A mecânica de admissão dos recursos é reveladora da criação de mecanismos que impedem o recebimento dos mesmos, pelos tribunais de superposição, ensejando a idéia de que a tendência atual, embora o Código de Processo disponha de recursos contra essas decisões impeditivas, faz dos precedentes relativamente obrigatórios, na prática, “quase obrigatórios”.

³³² FIGUEIREDO. Sálvio. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 232-3.

³³³ Idem, p. 234.

³³⁴ ASSIS. Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 764.

3.2.3 Precedentes absolutamente obrigatórios

O crescimento do número de demandas com conseqüente multiplicação de recursos ensejou mudanças drásticas no sentido de restringir a liberdade das partes em relação a sua atuação no processo. O julgado vinculativo e oponível *erga omnes*, inclusive para o Executivo, Administração e para o próprio Poder Judiciário proporciona que esforços sejam empregados na solução de problemas que requerem mais estudo e atenção.³³⁵

Contudo, a obrigatoriedade dos precedentes é exceção no sistema jurídico brasileiro. A regra é de que a decisão judicial vincule apenas as partes, porquanto no sistema baseado na legalidade cabe ao legislador pronunciar-se sobre questões abstratas, ao juiz sobre temas concretos.³³⁶ Regime diferenciado é conferido ao processo objetivo de controle de constitucionalidade apenas na hipótese de que esse controle seja exercido pelo Supremo Tribunal Federal, via controle concentrado.³³⁷

Apesar de o modelo jurídico estar adstrito à aplicação da lei, a aspiração no sentido de agilizar mais rápida prestação jurisdicional conduziu a mudanças legislativas que convergiram para valorização das decisões dos tribunais superiores, entre as quais se podem destacar a aplicação da jurisprudência sumulada.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o exemplo do STF que o antecedeu como instância extraordinária da matéria legal infraconstitucional também adotou a súmula como instrumento de atuação jurisprudencial.³³⁸

A adoção de medidas que valorizem os julgados dos tribunais de superposição motivaram críticas, entre elas a possibilidade de engessamento do

³³⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. São Paulo, Ano XXXIII, 3º trimestre de 1971, v. 74, p. 116. O autor refere no mesmo texto: o que não se pode admitir é que juizes e advogados descambem para as interpretações as mais variadas, em prejuízo do direito das partes (p. 125).

³³⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo de. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11.

³³⁷ Cf. Michel Temer, a via de exceção (ou de defesa) tem a peculiaridade de somente ser exercitável à vista do caso concreto, de litígio posto em juízo, oportunidade em que o juiz singular poderá declarar a inconstitucionalidade de ato normativo ao solucionar o litígio entre as partes. Não é declaração de inconstitucionalidade *de lei em tese*, mas exigência imposta para a solução do caso concreto. A *declaração*, portanto, não é o objetivo principal da lide, mas incidente, conseqüência. **Elementos de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 43.

³³⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo de. *Op.cit.*, p. 103.

direito.³³⁹ A cultura do judiciário como mero aplicador da lei estava demasiado arraigada para admitir normatividade atribuída ao Poder Judiciário, como consequência do desvio dos demais poderes[...]³⁴⁰

Assim, a aplicação da norma de caráter geral ao caso concreto, especialmente quando se cuide de interpretação de súmula vinculante, seria inaceitável se negasse liberdade reconhecida ao juiz para interpretá-la.³⁴¹ No que concerne a essa liberdade há que se enfatizar que a aplicação da súmula requer os mesmos cuidados dispensados em relação à aplicação da lei. É princípio constitucional a necessidade de que o juiz fundamente sua decisão, seja ela baseada na lei ou súmula vinculante.

Segundo a lição de Vitor Nunes Leal, a súmula não estanca o fluxo criador da jurisprudência, nem impede a sua adaptação às condições emergentes. Exige, isso sim, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juizes que deverão procurar argumentos novos, aspectos não explorados nos velhos argumentos e realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica.³⁴²

³³⁹ Cf. Dalmo de Abreu Dallari, o que importa é que tal vinculação reduziria gravemente a independência de juizes e tribunais, o que não convém ao direito e à justiça. Precisamente por esse motivo, advogados reunidos em Brasília, em 1995, num encontro promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, para conhecimento e discussão das propostas de reforma constitucional já formuladas ou anunciadas, tomaram posição unânime contra a pretensão, externada pelo Ministro da Justiça, de atribuir efeito vinculante a decisões do Supremo Tribunal Federal. **O poder dos juizes**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. p. 74.

³⁴⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo de. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 5.

³⁴¹ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez 1997, p. 637.

³⁴² LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v. 208, out.-nov.-dez. 1964, p. 18.

4 VISTA GERAL DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO COMPARADO

4.1 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA INGLESA

Antes de abordar o tema propriamente dito é conveniente destacar que o direito inglês é aquele aplicado na Inglaterra e no País de Gales, não é, portanto, o direito dos países de língua inglesa, nem o do Reino Unido ou da Grã-Bretanha ou de *Commonwealth*. Estes, às vezes, são próximos do direito inglês, mas podem ser bastante diferentes.³⁴³

A separação do direito romano, com influência muito limitada no direito inglês, deu-se em virtude da ocupação da Inglaterra pelos bárbaros, quando foram destruídos os traços do direito romano de quatro séculos.³⁴⁴

Barbosa Moreira aponta que a exitosa resistência do povo inglês à inundação romanística teve como consequência para a história do direito a divisão da Europa, em duas posições distintas: *civil law*, do *ius civile* e outra praticamente imune ao fenômeno, conhecida pelo nome de *common law*.³⁴⁵

Ao contrário do que ocorreu em França durante o *ancien régime*, a Inglaterra não deu margem a sentimentos populares profundos contra o Judiciário, geralmente merecedor de amplo respeito pelo papel desempenhado na proteção das liberdades individuais.³⁴⁶ Naquele país o ensino do direito foi realizado pelas universidades com base no direito romano legando aos costumes caráter acessório.³⁴⁷ Na Inglaterra, as universidades inglesas também ensinaram o direito romano, mas sua influência foi desprezível, pois nunca se exigiu como na França que os juízes e advogados tivessem título universitário.³⁴⁸

³⁴³ DAVID, René. **O direito Inglês**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. VIII.

³⁴⁴ TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo de. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 70, v. 553, nov. 1981, p. 21.

³⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 257.

³⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 96.

³⁴⁷ DAVID, René. *Op.cit.*, p. 1.

³⁴⁸ Idem, p. 3. Cf. Ana Lúcia de Lyra Tavares, a construção do sistema deu-se por meio de mecanismos processuais de expansão das hipóteses de intervenção judicial da Coroa,

No direito consuetudinário inglês a regra é obra da criação do Direito pelos tribunais, sob o comando do direito costumeiro, através do *judge-made-law* ou *case-made-law*, em que tem vigorosa aplicação o chamado “binding precedent” (precedente obrigatório) e efetiva presença o instituto da *equity*.³⁴⁹

A concepção de direito para os ingleses é essencialmente jurisprudencial, ligada ao contencioso. A regra formulada pelo legislador, denominada *legal rule*, não possui caráter de generalidade. Ela deriva-se de regras processuais. Não há distinção entre direito público e direito privado. É sistema geral.³⁵⁰ O Direito inglês não é um Direito de universidades nem um Direito de princípios; é um Direito de processualistas e de práticos. O grande jurista na Inglaterra é o juiz.³⁵¹

A origem dessa igualdade de tratamento é destacada com grande clareza na doutrina do direito inglês, a caracterizar a tradicional lei da terra como direito à jurisdição ordinária: aqui, todo homem, qualquer que seja sua classe ou condição, se sujeita à lei ordinária do reino e à jurisdição dos tribunais ordinários. [...] o império da lei exclui a idéia de qualquer exceção para os funcionários e outras pessoas [...].³⁵²

René David aponta para origem do termo *common law* (direito comum), diverso daquele aplicado pelas Cortes Reais, considerado direito público, com regras processuais mais modernas, cujos efeitos estendiam-se a todo reino. As jurisdições locais, que julgavam particulares conforme seus costumes foram aos poucos sendo preteridas e, por que desejavam ampliar sua competência, acolheram

ampliando-se a relação dos *writs*, dos *brevia de curso*, das *actions on the case*. Interessava, prioritariamente, saber se haveria uma ação, um remédio processual para fazer valer o direito, traduzido este procedimento pelo adágio *remedies precede rights*. POUND, Roscoe. **El Espíritu del “Common Law”**. Traduzido por José Puig Brutau. Bosch. Casa Editorial: Barcelona. 1954. p.30.

³⁴⁹ TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo de. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 70, v. 553, nov. 1981, p. 21.

³⁵⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 56.

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. A lição de Marcelo Dias de Souza contraria a afirmação desse autor na medida em que afirma que os juízes não produzem o direito, não sendo correto afirmar que o direito da *common law* seja jurisprudencial. Ao juiz cabe a tarefa de verbalizar as regras não escritas quando da aplicação dos casos concretos sob sua apreciação. Neste sentido os juízes são o oráculo do direito – não criam o direito. O juiz seguinte não deve fazer outra coisa senão aplicar o precedente. O direito se forma de precedente em precedente (p. 60).

³⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 97. O autor, entretanto, faz ressalva à manutenção do antigo princípio anglo-saxão de que “the King can do no not be wrong”. Esse conceito de imunidade deita suas raízes nas prerrogativas do Rei da Inglaterra, considerado pelo direito feudal com o “Fountainhead (manantial) of Justice and Equity” (p. 98).

as solicitações para ampliá-la, tornando-se um sistema geral, comportando regras para todas as situações.³⁵³

Entretanto, as regras eram insuficientes para atender ao julgamento das lides levadas ao exame das Cortes. A pretexto de suprir eventuais lacunas ou falhas das Cortes, representou a *equity* novo marco na evolução do povo inglês.³⁵⁴ A *equidade*, nascida na Grã-Bretanha, é um conjunto de regras que surgiu na Inglaterra, para completar, em certo momento, a revisão-sistema, que a *common law* considerou insuficiente e inapropriado, esclerosado, inclusive.³⁵⁵ A corte de *equity* destinava-se a aplicar princípios éticos e morais, não o direito segundo critérios jurídico-formais.

De fato, ainda hoje, a distinção do *common law* e da *equity* continua a ser a distinção fundamental do Direito Inglês, comparável à nossa entre o direito público e o privado, razão em que os juristas ingleses se dividem em *common lawyer* (elaborado pelos Tribunais de *Westminster*) e *equity lawyers* (pelo Tribunal de Chancelaria).³⁵⁶ Os juristas familiarizados com um desses ritos não o são com o outro. Essa distinção é fundada numa consideração processual.³⁵⁷

René David refere-se ao direito inglês como obra das Cortes reais, sejam *equity* ou *common law* e os julgamentos (precedentes) fazem do direito inglês possuidor de um caráter eminentemente contencioso e dominado, em sua própria concepção, pelo processo.³⁵⁸ Diferentemente da família romano-germânica onde as regras são concebidas como regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral.

³⁵³ DAVID, René. **O direito Inglês**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 4-5.

³⁵⁴ TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo de. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 70, v. 553, nov. 1981. p. 21.

³⁵⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n.98, abr.-jun. de 2000, p. 58.

³⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 39. Cf. Roscoe Pound, la penetración de la moral en el derecho por medio del desarrollo de la equidad no fué proeza que debamos a la legislación, sino que fué obra de los tribunales. POUND, Roscoe. **El Espíritu del "Common Law"**. Traduzido por José Puig Brutau. Bosch. Casa Editorial: Barcelona. 1954. P. 183.

³⁵⁷ DAVID, René. *Op.cit.*, p. 11.

³⁵⁸ Idem, p. VIII.

A partir do século XIX, papel importante foi atribuído, diversos países dotaram-se de códigos.³⁵⁹ Entretanto, na Inglaterra de hoje, a lei (*statue*) e os regulamentos (*delegated legislation, subordinate legislation*) já não podem ser considerados como tendo uma função secundária.³⁶⁰ O direito inglês, que até o século XX era um direito essencialmente jurisprudencial, atribui hoje uma importância cada vez maior à lei.³⁶¹ Nem sempre foi assim. Deve-se levar em conta que os magistrados ingleses, ao desenvolverem sua atividade judicante, nunca dispuseram de instrumentos que lhes predissessem o rumo a seguir, sendo eles próprios os desbravadores destas sendas.³⁶²

Divisa-se, na organização judiciária inglesa razoável complexidade, porém há uma distinção básica entre o que se pode chamar de “alta justiça” e “baixa justiça”. A primeira é administrada pelos Tribunais Superiores, aquela outra, administrada numa série de jurisdições inferiores ou por organismos “quase judiciários”.³⁶³

As cortes superiores, que hoje têm sede em Londres, compostas pela *Supreme Court of Judicature* e o *Judicial Committee* da *House of Lords*, além de resolver litígios, são encarregadas de dizer o que é o direito e o que representa, na Inglaterra, o Poder Judiciário.

O estudo da organização judiciária inglesa torna-se complexo na medida em que há, entre os autores, diversidade de informações. René David afirma que, na verdade, só existe uma Corte superior: a *Supreme Court of Judicature*, submetida ao controle da Câmara dos Lordes.³⁶⁴

³⁵⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 23.

³⁶⁰ Idem, p. 415.

³⁶¹ DAVID, René. **O direito inglês**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 11. Cf. Paulo de Tarso Sanseverino, a fonte principal do Direito inglês é a jurisprudência. Os juristas ingleses buscam primordialmente nos precedentes jurisprudenciais as regras aplicáveis aos casos concretos. Porém, a legislação ocupa posição hierarquicamente superior à jurisprudência como fonte de direito, tendo sempre o poder de derrogar os efeitos de um precedente. Ou seja, o Direito comum está nos precedentes jurisprudenciais, enquanto o Direito especial está na legislação. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Métodos de interpretação da lei no direito comparado**, Porto Alegre: Ajuris, v. 64, 1995, p.106.

³⁶² SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. **Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial**. Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 004/85 e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 12 (Portaria n. 8/90). Ano 20, jan.-mar. 1996, p. 48.

³⁶³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. *Op.cit.*, p. 416-7.

³⁶⁴ DAVID, René. **O direito inglês**. *Op.cit.*, p. 20. Cf. Lênio Streck a atenção dos juristas vai se concentrar especialmente sobre a atividade dos tribunais superiores, pelo fato de estes não se limitarem a resolver os processos. Das decisões de tais cortes é que surgem os precedentes, que devem ser seguidos no futuro e que dirá o Direito na Inglaterra (p. 43).

A *Supreme Court of Judicature* comporta dois níveis: em primeira instância, no nível, A *High Court of Justice*; no crime a *crown court*. Para recorrer de um pronunciamento da *High Court* ou da *Crown Court* existe a *Court of Appeal*.

A *High Court of Justice (civil division)* comporta três divisões: *Queen's Bench* (banco da rainha) *Chancery* (chancelaria) e a da Família.³⁶⁵

Em consequência das reformas, o Poder Judiciário foi concentrado fundamentalmente na *Hight Court of Judicature*, internamente dividida em *Hight Court of Justice* e *Court of Appeals*.³⁶⁶

A *Crown Court* é recente (1971) para administrar a justiça em matéria criminal.³⁶⁷ Do mesmo modo que a *Civil Division*, a Criminal está obrigada a seguir o precedente estabelecido pela *House of Lords*.

Entretanto, a regra do *stare decisis* é bem mais flexível na *Criminal Division (crown court)*. A razão é que a liberdade e a justiça são bens superiores à segurança jurídica. A *Criminal Division* da *Court of Appeal* é desobrigada a seguir sua própria decisão anterior se ela, no caso, causar injustiça ao réu apelante.³⁶⁸

A *High Court* exerce, paralelamente, competência recursal e competência originária. Esta corte tem outra subdivisão, qual seja: *Divisional Courts* e *Ordinary High Court*. A segunda divisão e a especial *supervisory jurisdiction* são importantes para nosso estudo porquanto as regras do *stare decisis* são distintas se feita comparação entre as *Divisional Courts* (competência recursal) e a *High Court* (corte de 1ª instância).

As *Divisional Courts* estão obrigadas a seguir os precedentes da *House of Lords* e da corte *of Appeal* (e do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, evidentemente). Em relação aos seus próprios precedentes, a regra é a

³⁶⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 75. Afirma que as cortes denominadas *Queens's Bench* e *Chancery* deixaram de existir. A mesma referência faz René David in O Direito Inglês. *Op.cit.*, p. 20. Refere que a *Queen Bench* e a *Chancery* adotaram o nome de tradicionais e deixaram de existir em 1875, a da família é criação recente, decorrente de reorganização realizada em 1970.

³⁶⁶ Cf. Ana Lúcia de Lyra Tavares, a inovação traduziu-se na existência, dentro do mesmo tribunal, de juízes que estatuem em *equity* e outros em *common law*, mais por motivos históricos e por razões da natureza da matéria. À *equity* são submetidos casos que requerem processo escrito, ao passo que na *common law* são apreciados assuntos cuja natureza pede processo oral (p. 32).

³⁶⁷ DAVID, René. **O direito Inglês**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 20.

³⁶⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op.cit.*, p. 73.

obrigatoriedade.³⁶⁹ Entretanto, se o precedente da *Divisional Court* causar injustiça ao réu apelante, a corte não estará obrigada a seguir seu precedente.

Os tribunais superiores não se limitam a resolver processos. Das decisões de suas cortes é que surgem os *precedentes*, que devem ser seguidos no futuro e pelo estudo dos quais se poderão conhecer qual o Direito na Inglaterra.³⁷⁰

House of Lords é a mais alta corte de justiça inglesa, sua função judicial antecede à legislativa. A *Judicial Committee* da *House of Lords* é uma assembléia legislativa, não uma corte de justiça, embora seu caráter judicial apareça.³⁷¹ Na prática os nobres leigos não participam das sessões judiciais da *House of Lords*. Tampouco os integrantes da *House of Lords* participam das reuniões do *Judicial Committee*. Este, entretanto, ocupa o vértice da pirâmide judiciária não só da Inglaterra como de todo o Reino Unido, o que faz com que seus precedentes assumam importância capital no direito inglês.³⁷²

House of Lords compreende seu papel como corretivo de decisões equivocadas e não como criador de novas regras de direito.

Os processos são apreciados pelo *appellate committee of the house of Lords*, que tem competência civil, criminal e predominantemente recursal. É de fato competente para o exercício da função jurisdicional da casa e formado apenas por profissionais do direito.³⁷³

*The role of the Appellate Court: an appellate court reviews what has happened at a lower level in the judicial hierarchy. An appellate court has the dual function of checking law in an even-handed way throughout the system.*³⁷⁴

³⁶⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 76.

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 43.

³⁷¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op.cit.*, p. 64. Cf. Luis Renato Ferreira da Silva, a hierarquia judiciária inglesa pode ser esquematicamente resumida como uma pirâmide, em cujo ápice está a *House of Lords*. Um grau de jurisdição abaixo está a *Court of Appeal*, vinculada aos precedentes da *House of Lords* e vinculando as decisões das *Divisional Courts*, das *Crown Courts* e da *High Court*, todas em semelhante grau de jurisdição mas com competências próprias. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. **Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial**. Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 004/85 e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 12 (Portaria n. 8/90). Ano 20, jan.-mar. 1996, p. 53.

³⁷² Idem, p. 64

³⁷³ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Op.cit.*, p. 60.

³⁷⁴ REYNOLDS. William L. **Judicial process**. 2.ed. St. Paul, MN: West Publishing Company. 1991. p.34

Contra as decisões tomadas pela *Court of Appeal* é possível interpor apelo para o Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes, entretanto, esse recurso é excepcional. O recurso é rejeitado se não formar uma maioria para o admitir.³⁷⁵ O recurso não é um direito da parte sucumbente. Depende de requerimento da parte, consentimento do juiz de 1ª instância e que o juiz da *Court of Appeal* consinta em rever a decisão.

Quando a *Court of Appeal* ou a *House of Lords* pronuncia-se acerca de determinada questão, é difícil que essa mesma questão seja apresentada novamente em curto espaço de tempo. Nessas condições tem-se que a regra do direito jurisprudencial é dotada de uma notável estabilidade.³⁷⁶

A *House of Lords* estava vinculada às suas decisões anteriores, até a criação do *Practice Statement*. Através deste assento regimental houve a decisão exarada por ato do Lord-Chancellor Gardiner de que a Câmara dos Lordes não mais estaria vinculada pelos seus precedentes, caso a severidade da sua aplicação conduzisse a uma injustiça no caso concreto.³⁷⁷ Essa faculdade não implicou o uso corriqueiro dela. O que se vê, após quase 40 anos de experiência, é a *House of Lords* usar dessa potestade com moderação.³⁷⁸ A doutrina do *stare decisis* permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo.³⁷⁹ Pode-se considerar esta como sendo a exceção mais ampla ao *stare decisis* eis que, quaisquer que sejam as circunstâncias, a Câmara dos Lordes não está obrigada a seguir seus precedentes.³⁸⁰

A *Supreme Court of Judicature*, submetida à autoridade e controle da *House of Lords*, após uma reforma estrutural realizada em 1971, tem competência para deliberar sobre todas as espécies de litígios, tanto em matéria criminal ou administrativa quanto em matéria cível ou comercial. Essa competência universal não considera o domicílio das partes, tampouco o lugar onde se formou a relação

³⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 44-5.

³⁷⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes.** 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 64.

³⁷⁷ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. **Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial.** Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 004/85 e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 12 (Portaria n. 8/90). Ano 20, jan.-mar. 1996, p. 54.

³⁷⁸ SOUZA, Marcelo Dias de. *Op.cit.*, p. 65.

³⁷⁹ RE, Edward. D. **Stare Decisis.** Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, ano XLII, nº 198, abril de 1994, p. 30

³⁸⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Op.cit.*, p. 54.

litigiosa. Entretanto, na maioria dos casos, a Suprema Corte reserva-se a exercer seu controle (*review*) sobre a justiça adotada pelas cortes inferiores. De fato, trata-se de resquícios da tradição das Cortes Reais que exerciam jurisdição de grandes causas e grandes personalidades.³⁸¹

As jurisdições inferiores são compostas pelos tribunais de condado ou tribunais distritais, os *county courts*, criados em 1846, através dos *County Courts Acts*, de modo que os distritos por eles servidos tenham abrangência sobre toda a Inglaterra. A competência dá-se em razão do valor abaixo de 750 libras esterlinas e é fixada pelo *High Court of Justice*, que recusa-se a apreciar causas abaixo daquele valor.³⁸² As cortes inferiores – *County Courts* (Cortes de Condado) e *Magistrates Courts* devem seguir as decisões da *Divisional Court*. As Cortes inferiores, *County Courts* e Tribunais Especiais têm como única função a solução de litígios entre particulares e o Estado. Os juízes das Cortes de Condado (*County Courts*) são, como os juízes da Suprema Corte de Justiça, recrutados entre os advogados e têm cargo vitalício. A partir de 1967, foram ampliadas as Cortes de Condado, competência em matéria de divórcio, entretanto, restrita à forma amigável. Podem pronunciar-se sobre a forma litigiosa apenas 51 Cortes de Condado, entre as 329 existentes.³⁸³

Sobre a “baixa justiça” convém mencionar os *Magistrates*, simples cidadãos que julgam as infrações penais menores (litígios), matéria cível, fora das Cortes de Condado assim como as questões de alimentos entre cônjuges ou em relação a filhos naturais.³⁸⁴ A eles foi conferido o título de *justice of peace*. Suas funções são exercidas com o auxílio de um *clerk* (secretário jurista) de forma gratuita. Também operam na justiça considerada inferior, os Boards ou Comissions ou *Tribunals*, supervisionados pelo *Council on Tribunals*, que chegam a mais de 2000 e podem ser ligados à administração ou até mesmo independentes, como os que cuidam de questões trabalhistas ou de inquilinato.³⁸⁵

O sistema hierárquico em que se baseia a organização judiciária inglesa não admite que tribunal de escalão inferior, inclusive a *Court of Appeal* não aceite decisões das Cortes “da alta justiça”. Estão todas as cortes subordinadas às

³⁸¹ DAVID, René. **O direito Inglês**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 25.

³⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 45.

³⁸³ DAVID, René. *Op.cit.*, p. 26-7.

³⁸⁴ Idem, p. 27.

³⁸⁵ STRECK. Lenio Luiz. *Op.cit.*, p. 46.

decisões dos órgãos que lhe são superiores e, acima de todos reina, absoluta, a autoridade da *House of Lords*.

Casos há, entretanto, em que a Câmara dos Lordes deve afastar-se de seus precedentes. A revogação (*overruling*) de um precedente exige que existam boas razões para tanto. Para que o juiz possa afastar-se do precedente há necessidade de que o caso seja distinguível (*distinguishing*). Se não o é o precedente, deve ser aplicável.³⁸⁶ Para a aplicação ou não do precedente o juiz deverá reconhecer a razão central do julgado (*ratio decidendi*) daquela, considerada pela doutrina, como questão marginal (*obiter dicta*). A primeira forma, o precedente, consiste no exame dos fatos e servirá de modelo para o julgamento de casos semelhantes. As questões periféricas referem-se aos fundamentos da razão de decidir. Convém, contudo, alertar que o precedente não se constitui de elemento de direito ou de fato. Trata-se de resultado de um e de outro.³⁸⁷

Lord Reid foi o mais influente juiz em formular princípios segundo os quais a *House of Lords*, fundamentada no *Practice Statement* de 1966, deva exercer a sua potestade de revogar seus próprios precedentes. Marcelo Dias de Souza aponta os critérios para o exercício da liberdade outorgada.³⁸⁸

A observação dos critérios usados pela *House of Lord* para a revogação de seus precedentes poderia servir de paradigma ao Poder Judiciário quando da criação da súmula vinculante. Seria esse juízo, fundamento para a não edição de súmula cujo objeto devesse ser mais bem debatido nas casas legislativas.

Nesse contexto é que o artigo 2º parágrafo 1º da Lei 11.417 exige que “a súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

³⁸⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 65.

³⁸⁷ Idem, p. 61.

³⁸⁸ Idem, p. 68. Dentre a variedade de critérios destacamos aquele que refere que um precedente não deve ser revogado se for impraticável para os Lords antever as consequências dessa revogação (critérios das consequências imprevisíveis). Encontramos prudência em relação ao precedente que não deve ser revogado se isso implicar uma mudança de algo que deve fazer parte de uma ampla reforma do direito. Tais mudanças são mais bem realizadas pela “legislação” a partir de uma vasta pesquisa de toda a matéria. Esse critério é revelador da importância do Parlamento na Inglaterra, onde a tripartição de poderes atribui ao Parlamento maior destaque.

4.1.1 Aplicação dos precedentes no sistema jurídico inglês

Previamente à análise do procedimento de aplicação dos precedentes convém reforçar a idéia de que a lógica da hierarquia judiciária inglesa impõe que as decisões da *Civil Division* da *Court of Appeal* são de natureza obrigatória para as cortes inferiores, estando todo o sistema comprometido com a autoridade da *House of Lords*, autoridade que é a própria condição de existência de um direito inglês, tornando-se mais estrita no século XIX, época de expansão da indústria e do comércio, quando foi sentida uma necessidade maior de segurança nas relações jurídica.³⁸⁹

Diversamente da família romano-germânica, das regras de caráter geral, deduzem-se soluções para os casos concretos, [...], no direito anglo-americano os princípios que fundamentarão as decisões dos diversos casos são encontrados por meio de um raciocínio, não apenas indutivo, como, sobretudo, analógico,³⁹⁰ movimento que vai do particular para o geral.³⁹¹

Sobre as modalidades da aplicação da regra do precedente, pode-se dizer que provêm da distinção entre o direito principal (*holding* ou *ratio decidendi*) e secundária (*obiter dictum*) e a técnica das distinções (*distinguishing*) que permitem conferir a um precedente, autoridade reduzida a (*persuasive*) ou ao contrário, obrigatório (*binding*).³⁹²

A seguir, há que se estabelecer a semelhança entre a situação fática que gerou o precedente daquela para a qual se pretende a aplicação do *stare decisis*.

³⁸⁹ DAVID, René. **O direito Inglês**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p.13.

³⁹⁰ TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O espírito da *Common Law* e os contratos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000. p. 36. A autora acentua que o raciocínio indutivo e analógico não se desenvolve, necessariamente, à luz de princípios lógicos e racionais, pois o direito não é fruto da lógica, mas da experiência.

³⁹¹ Idem, p. 36. Luis Renato Ferreira da Silva refere um sistema fundado sobre a autoridade de decisões prévias que carece de um arsenal bastante grande e fiel onde se armazenem, de forma concreta, as decisões objeto de referência. De tal forma, à medida que se aperfeiçoavam os repositórios de decisões também evoluía a doutrina do precedente. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. **Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial**. Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 004/85 e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 12 (Portaria n. 8/90). Ano 20, jan.-mar. 1996, p.49.

³⁹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, abr.-jun. 2000, n. 98, p. 58. Cf. lição de Rupert Cross the ratio decidendi is a rule of law which the judge considered necessary for his decision....**Precedent in english law**. 3.ed. Oxford: Clarendon Press. 1977. p.149.

Nesta observação há que ter em conta a presença de pelo menos um elemento relevante que os distinga dos examinados no precedente. Não se pode negar que, para constatar a perfeita subsunção da hipótese fática (fatos) analisada com o padrão traçado pela súmula, o juiz tem e continuará tendo ampla liberdade de interpretação e convicção.³⁹³

O procedimento da distinção consiste na análise dos fatos sob julgamento daqueles outros que originaram o precedente. Poder-se-ia dizer que o juízo do *distinguishing* seria negativo se os fatos fossem diversos, ocasião em que o juiz não aplicaria o precedente. A *ratio decidendi* está intrinsecamente ligada aos fatos da causa. O juiz ficará vinculado ao precedente apenas se a situação fática posta em julgamento for a mesma.³⁹⁴ Nesse caso seria positivo a admissibilidade do uso do precedente.

Casos acontecem, entretanto, em que o juiz não alcança estabelecer diferença entre os fatos que evite a aplicação do precedente. Assim ocorrendo deverá aplicar o precedente e recomendar ao Tribunal Superior que o precedente deve ser modificado (*overruling*). O julgador nega a aplicação do precedente emitindo novo julgamento ou uma nova regra de direito aplicável à espécie. Trata-se da revogação do precedente, que, na doutrina do *stare decise*, é uma exceção. Não é difícil perceber que a técnica das distinções é, no direito inglês, fundamental. É por ela que o direito evolui, apesar da regra do precedente que, tal como é formulada hoje em dia, parecer-lhe conferir uma extrema rigidez.³⁹⁵

Nos países do *common law* essa força vinculante do precedente judiciário deve ser entendida sem exageros: não é a decisão toda que se estende ao caso análogo, e sim o seu núcleo, o princípio nela assentado, abstraindo-se, pois, para esse efeito, as demais considerações aduzidas a *latere* [...]³⁹⁶

Marcelo Dias de Souza aponta circunstâncias que limitam a aplicação dos precedentes. A primeira delas preconiza que se afaste um precedente se há dois

³⁹³ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 903.

³⁹⁴ CADORE, Márcia Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 62. Cf. Edward D. Re., a força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas. Todos os pronunciamentos que não são indispensáveis à decisão constituem *dicta*. *Stare Decisis*. (p. 29).

³⁹⁵ DAVID, René. **O direito Inglês**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 14.

³⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 191.

conflitantes. Também deve ser afastado o precedente que estiver em conflito com decisão da *House of Lords* que tenha sido emitida posteriormente. Há, outrossim, boa razão para afastar-se precedente feito *per incuriam*, ou seja, aquele que ignora autoridade obrigatória.³⁹⁷

Como anteriormente referido, só constituem precedentes com força obrigatória aqueles pronunciados pelas Cortes Superiores. Essas, para manter o prestígio de suas decisões, fazem uso do instituto do *Contempt of Court* aplicado aquele que por má-fé ou má vontade não executa decisão da Corte. A sanção imposta ao contumaz contribui para o fortalecimento da idéia de que, na Inglaterra, existe de fato um poder judiciário.³⁹⁸

A autoridade afirmada em relação à aplicação dos precedentes deve-se ao fato de que os mesmos desempenham naquele sistema dupla função, não somente definem a controvérsia como servem de paradigma vinculante para decisões futuras. Influência difere de poder, a primeira não vincula, mas sugere condutas. O poder se impõe.³⁹⁹

4.1.2 Domínios de aplicação do precedente

A aplicação do precedente, no sistema anglo-saxão, não se trata como parece que alguns imaginam, de mera repetição acrítica de julgamentos anteriores.⁴⁰⁰ Tampouco a política legislativa expressa ou implícita numa multidão de dispositivos legais pertinentes, deixam de ser tomados em consideração, como no passado. No sistema de *common law* no mundo moderno, a legislação deixou de ser

³⁹⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 72.

³⁹⁸ DAVID, René. **O direito Inglês**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 19. Cf. José Carlos Barbosa Moreira: que, quando se alude à superioridade do papel confiado ao Juiz anglo-saxônico, e, em particular, quando se lastima que não encontre paralelo entre nós, o que acima de tudo se tem em mente são os poderes para emitir *injunctions* e aplicar sanções por *contempt of court*. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 73, ano XXV, jul. 1998. p. 58.

³⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 101.

⁴⁰⁰ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n. 131. jul.-set. 1996, p. 134.

encarada como corpo estranho.⁴⁰¹ Tornou-se, aliás, noção corriqueira a de que, em nenhum lugar ou momento da história, se consagrou sistema processual *quimicamente* puro: todos os modelos conhecidos combinam elementos de diversificada inspiração, variando, é fácil compreender, a respectiva dosagem.⁴⁰² Dessa maneira, um novo elemento muito importante, no entanto, foi acrescentado ao conjunto de fontes a ser considerado pelo juiz em sua decisão nos países do *common law*.

No passado, particularmente no campo do direito privado, os juízes consultavam essencialmente os precedentes jurisprudenciais. Raramente os atos legislativos tinham influência sobre as decisões. O sistema de *common law* no mundo moderno, no entanto, precisa tomar em consideração a política legislativa expressa ou implícita numa multidão de dispositivos legais pertinentes.⁴⁰³

Os precedentes dividem-se em obrigatórios e persuasivos. Os precedentes obrigatórios não são simples orientação ou guia. O juiz está obrigado a aplicar as regras legais (*law reports*) contidas em tais decisões.⁴⁰⁴

A aplicação dos precedentes no Direito Inglês obedece a uma racionalidade imposta pela hierarquia da organização judiciária. Dessa maneira as decisões da *House of Lords* são de seguimento obrigatório às cortes inferiores. Exceção feita aos seus próprios precedentes que podem ser revogados (*overruling*) O contrário não é verdadeiro.

As decisões tomadas pela *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*. Por fim, as decisões tomadas pelo *High Court of Justice* impõe-se às jurisdições inferiores, não são obrigatórias, mas têm grande valor persuasivo e são geralmente seguidas pelas divisões da *High Court of Justice* e pelo *Crown Court*.⁴⁰⁵

⁴⁰¹ RE, Edward. D. Stare Decisis. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, ano XLII, nº 198, abril de 1994, p. 31.

⁴⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Ajuris, n. 73, ano XXV, jul. 1998, p. 45.

⁴⁰³ RE, Edward. D. Stare Decisis. *Op.cit.*, p. 31.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 48.

⁴⁰⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 428-9.

Lord Denning, uma das maiores figuras do direito inglês deste século, apesar de insurgir-se contra a prática de vinculação de precedentes, que não raro considerava fossilizante, antecipava eventuais interpretações errôneas de seus textos, explicando que se opunha à obrigatoriedade do precedente que supunha equivocado.⁴⁰⁶

4.1.3 Mecânica de aplicação do precedente

Toda a atenção dos juristas ingleses voltou-se, durante séculos, para o processo; só lentamente se volta para as regras do direito substantivo.

A imensa maioria dos litígios é resolvida pela cortes inferiores, por comissões do contencioso administrativo por árbitros privados. Estes estão submetidos à autoridade dos precedentes, ocasião em que sua aplicação é compulsória.⁴⁰⁷ Entretanto, especialmente no caso das comissões de contencioso administrativo, o controle da aplicação do precedente restringe-se mais ao dever de lealdade processual na medida em que, no decorrer do processo, há que observar-se igual atenção aos interessados para poder tomar a decisão com conhecimento de causa.⁴⁰⁸

Um dos pressupostos imprescindíveis para a eficiência de um sistema jurídico baseado em precedentes judiciais é a existência de um método de consulta acessível e seguro aos operadores do Direito.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O espírito da *common law* e os contratos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000. p. 37. Cf. a autora a possibilidade de buscar o verdadeiro caminho, não obedecendo ao precedente considerado equivocado para o caso, contribui para a idéia de que o sistema inglês seja considerado aberto, enquanto o romano-germânico qualifica-se fechado. Entretanto, essa diferença não faz mais sentido frente à força atribuída à jurisprudência em nosso sistema assim como o peso que a lei passou a adquirir no sistema inglês.

⁴⁰⁷ Cf. a lição de Luis Renato Ferreira da Silva, a vinculação oriunda do *stare decisis* estabelece-se entre as diversas Cortes que, em ordem descendente na hierarquia judicial, vinculam-se umas às outras, sendo que, dentro de uma mesma Corte, também há vinculação interna aos seus próprios precedentes, à exceção da *House of Lords*. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. **Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial**. Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 004/85 e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 12 (Portaria n. 8/90). Ano 20, jan.-mar. 1996, p. 53.

⁴⁰⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 406.

⁴⁰⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 103.

Com a criação do “General Council of Law Reporting”, no ano de 1865, inaugurou-se a terceira etapa das publicações dos precedentes, etapa moderna. A partir de então, até os dias atuais, as decisões estão compiladas em repertórios oficiais, em que pese haver publicações particulares, o que dá maior confiabilidade às citações e torna possível o recurso a fontes fidedignas.⁴¹⁰ Entretanto, nem todas as decisões judiciais são compiladas. Embora não exista qualquer diferença de autoridade somente pelo fato de estar ou não a decisão em um repertório, as decisões compiladas, na prática, ganham relevo maior por serem mais acessíveis tanto aos estudantes como aos profissionais de Direito.⁴¹¹

A compilação dos precedentes não são suficientes para a sua aplicação não houvesse critérios para tanto. No âmbito de aplicação dos precedentes, revela-se imprescindível a distinção que aponta três espécies de precedentes cuja atenta análise conduzirá na correta aplicação dos mesmos:

Em primeiro plano estão os precedentes que obrigam o juiz a considerar as decisões anteriores como parte do material necessário para a presente decisão; os que obrigam o juiz a decidir no mesmo sentido do caso anterior, a menos que existam razões fundadas para não o fazer e os que obrigam o juiz a decidir da mesma maneira, mesmo que haja boas razões para não o fazer. Apenas a última das hipóteses figura um precedente vinculativo [...]⁴¹²

A aplicação dos precedentes pressupõe dois pólos temporais. A situação presente, alcançando os feitos pendentes, os quais devem ser decididos isonomicamente, para a boa realização do Direito Positivo, a consecução do justo e a estabilidade das relações sociais.⁴¹³

⁴¹⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. **Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial**. Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 004/85 e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 12 (Portaria n. 8/90). Ano 20, jan.-mar. 1996, p. 50.

⁴¹¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 105.

⁴¹² SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Op.cit.*, p.53.

⁴¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 185.

4.2 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA AMERICANA

O destino primeiro de toda colônia é absorver o direito daquele que conquista e subjuga. Assim, embora somente em 1776 comece a existir ligação entre as diversas colônias, a data considerada para a admissão do sistema inglês remonta à fundação da primeira colônia: 1607. Entretanto, as regras da *common law* inglesa são muito pouco apropriadas às condições de vida dos colonos.⁴¹⁴

O direito que irá reger suas relações é proporcional ao primitivismo do seu povo, em algumas colônias baseado na Bíblia, noutras no poder arbitrário dos magistrados. Seja qual for a evolução futura, surgem os códigos de Massachusetts (1634) da Pensilvânia (1682), que nada têm de similar com a técnica moderna de codificação, mas que contrariam o direito não escrito dos colonizadores.⁴¹⁵

A melhoria nas condições de vida dos colonos introduz novas necessidades de proteção contra o absolutismo real. Ante a precariedade dos juristas e magistrados, que não têm formação jurídica, surge movimento no sentido de aplicação mais geral do *common law*.⁴¹⁶ A independência, proclamada em 1776, cria para a coletividade novas perspectivas que, naturalmente, repercutem na sua organização social. Era necessária a autonomia do direito americano. Contudo, ele está marcado por características que o aproximam da família romano-germânica, pelos quais se deixou seduzir num determinado momento da sua história.⁴¹⁷

O retorno e aproximação com os precedentes do direito inglês surgiram da necessidade de proteção dos cidadãos contra os interesses econômicos daqueles que, através das leis, tudo fazia para manter o Estado longe dos negócios privados e o populacho (trabalhadores) longe dos lucros assim como evitar distribuição de renda. Eram, por força das circunstâncias, adeptos da teoria clássica do direito,

⁴¹⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 449-50.

⁴¹⁵ Idem, p. 450-1.

⁴¹⁶ JACOB, Herbert. **Justice in America**. Refere: The structure and organization of courts in America have changed little since the founding of the country. Their structural stability is typical of political institutions. Although Americans have been inventive mechanical arts and social arrangements, they have failed to adapt governmental structures to new conditions (p. 161).

⁴¹⁷ DAVID, René. *Op.cit.*, p. 454.

teoria que considerava o direito ciência pura, portanto imune a interferências de ordem social, econômica e política.⁴¹⁸

O que mais importa é que foram as idéias de Holmes que frutificaram e deram origem ao Realismo nos USA que concluiu que o Direito é sim, necessariamente Político, plantado dessa forma a semente que, em última instância, transformou o Direito americano no Século XX.⁴¹⁹ O *American way of life* não constitui nem a realidade, nem ideal dos ingleses; a educação americana é diferente da educação inglesa; a própria língua americana tende a dissociar-se da língua inglesa.⁴²⁰

A Justiça americana tem a particularidade de ser uma virtude e uma instituição. [...] A Constituição estabelece um acordo formal entre os estados. Decorre daí a hierarquia das fontes do direito e das leis [...]⁴²¹

As breves considerações históricas justificam-se para concluir-se que, diferentemente do sistema inglês de direito, onde todos os cidadãos estão sujeitos à lei independentemente de classe social ou condição, no sistema norte-americano não se pode expedir *mandamus* contra o chefe do Poder Executivo visando a compeli-lo ao cumprimento de qualquer ato executivo de caráter público, ou de exercício de opinião ou discricção, exceção aos casos em que o direito dos cidadãos dependa do cumprimento desse dever pelo executivo. Nesses casos existe a possibilidade da concessão do *writ of mandamus* contra a administração, desde que o ato não envolva exercício de opinião ou discricção, mas obediência a comandos do direito positivo.⁴²²

A organização judiciária americana fundamenta-se em uma Federação de Estados (e o próprio nome, Estados Unidos, é significativo), que se uniram por conveniência política, administrativa e jurídica, além de fortes razões religiosas.

⁴¹⁸ GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia e pureza no direito dos USA. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, 239: I-IV; 1-514, jan.-mar. 2005, p. 366.

⁴¹⁹ Idem, p. 370.

⁴²⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 457.

⁴²¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, abr.-jun. 2000, n. 98 Cf. o autor, através dos atos do Executivo (*executive orders*) e das agências administrativas. Quanto ao poder legislativo destaca-se o direito legislado (*statutory law*) no âmbito federal e dos Estados, que assumem importância crescente, no plano qualitativo e quantitativo.

⁴²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 99.

Cada unidade da Federação com autonomia e legislação próprias, que chegam ao máximo poder de adotar tribunais que se denominam Suprema Corte.⁴²³

Sobre a organização judiciária americana:

Como la ejecución del derecho federal es susceptible de realizarse por órganos locales, hipotéticamente pudo pensarse en encomendar a esos tribunales locales el conocimiento y la decisión de los litigios derivados del derecho federal. La opinión se decidió, sin embargo, en sentido afirmativo a la existencia de una justicia federal como el mejor medio para asegurar la eficacia de los preceptos que en aquella época se estimaban fundamentales para la estructuración de la nueva nacionalidad.⁴²⁴

A Suprema Corte, portanto, não interfere no direito infraconstitucional para uniformizar a sua interpretação nos diversos Estados ou mesmo para dar a sua exata exegese, exceto quando essa interpretação diz respeito com o interesse público, da própria sociedade, *intervención política en el sentido de actuación del poder judicial para determinar los fines del Estado*. Em especial, *através de su facultad para apartarse de las leyes locales o federales por razones de inconstitucionalidad, la alta jurisdicción norteamericana há podido em diversas ocasiones asumir una función política*.⁴²⁵

A aferição desse interesse fica na alçada da Suprema Corte, que a exerce pelo mecanismo do *writ of certiorari*, que lhe permite joeirar os casos em que efetivamente a sua apreciação se recomenda e se mostra conveniente. Trata-se do poder seletivo que a Suprema Corte americana detém.⁴²⁶ Na maior parte das vezes, os casos levados à consideração da Corte se situam sob sua competência facultativa. Eles chegam à Corte na forma de pedido de carta requisitória, um instrumento legal pelo qual a Corte requisita um caso para decisão.⁴²⁷ *Como estos*

⁴²³ JACOB, Herbert. **Justice in America**. Courts, lawyers, and the Judicial Process. Third Edition. Little, Brown and Company. Boston. Toronto. 1978. p. 149. The structure of courts in the United States is complicated. Two separated court systems – federal and state – operate side by side. The governments of the several states and that of the United States are organized on the principle of separation of powers.

⁴²⁴ FLORES, Antonio Carrillo. **La justicia federal y la administración pública**. 2.ed. México: Editorial Porrúa, 1973. p. 159.

⁴²⁵ Idem, p. 160.

⁴²⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 240-1.

⁴²⁷ BAUM, Lawrence. **A suprema corte americana**. Traduzido por Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 26. O autor refere que a Corte Suprema, de fato, julga somente uma minúscula proporção dos casos que chegam aos tribunais federais e estaduais. Mesmo dentro do sistema de tribunais federais, a Corte julga menos de 1 por cento dos casos de que tratam os tribunais distritais. Além do mais, os tribunais inferiores elaboram importantes políticas nos casos que decidem.

*conceptos solo tienen eficacia en la medida en que corresponden a una manera determinada de entender la organización social o económica, la Suprema Corte Norteamericana al establecer criterios sobre lo razonable o irrazonable de la legislación federal o local, necesariamente pone en juego un criterio político.*⁴²⁸

*The judicial role should be considered from two perspectives: the horizontal position of the judiciary with respect to the other branches of government; and the vertical relationship of the several courts in each judicial system.*⁴²⁹ A posição horizontal refere-se à igualdade entre os três poderes do Estado enquanto a posição vertical quer dizer da relação de hierarquia que se estabelece entre dois tipos de poder, hierarquia dupla, jurisdições federais e dos estados, elemento complicador para a compreensão da organização dos judiciários.⁴³⁰ *Judicial systems are hierarchic. Typically, in American jurisdictions there is na inferior trial court (or perhaps more than one), a trial court of general jurisdiction, an intermediate appellate court, and, finally, an appellate court of last resort.*⁴³¹

A primeira instituição da justiça estadual dos estados membros tem competência para realizar casamentos, atividades notariais e decidir questões civis e penais sem menor importância. À semelhança da organização da justiça inglesa os juízes de paz são eleitos para mandatos que variam de 2 a 6 anos.⁴³²

As *Apellate Court* dos estados federados têm competência para o julgamento da apelação, tal como em nosso sistema. Nos Estados, existem como instância final, as *Final Courts of Appeals*, denominadas, na prática de *Supreme Courts*.⁴³³

Na esfera federal há as *Constitutional Courts*, constituídas de duas instâncias. Na primeira as *District Courts*, equivalentes ao nosso Tribunal Regional Federal.⁴³⁴

⁴²⁸ FLORES, Antonio Carrillo. **La justicia federal y la administración pública**. 2.ed. México: Editorial Porrúa, 1973, p. 160.

⁴²⁹ REYNOLDS, William L. **Judicial process**. 2.ed. St. Paul, MN: West Publishing Company. 1991. p.4.

⁴³⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 464.

⁴³¹ REYNOLDS, William L. *Op.cit.*, p. 6.

⁴³² STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 57-8. Refere, outrossim, que, além da justiça de paz, existem as denominadas *Municipal Courts*, que são cortes estaduais (*Traffic Court, City Court, Night Court, PoliCourt*). Há também as *County Courts*, que têm jurisdições civis e penais em áreas geograficamente maiores.

⁴³³ Idem, p. 60.

⁴³⁴ Idem, p. 58.

A Suprema Corte (constitucional) não está obrigada a julgar os casos que até ela chegam. Exerce, pois, seu poder seletivo através do *writ of certiore*, somente decidindo os casos que tenham repercussão geral e interesse público. Essa seleção somente é possível porque o *writ of certiore* não é um recurso (direito subjetivo).⁴³⁵

4.2.1 Aplicação dos precedentes no sistema jurídico norte-americano

A Constituição dos Estados Unidos assim como a dos Estados federados deferem aos legisladores a responsabilidade de votar a lei, de conformidade com o respeito aos princípios constitucionais, entre eles – o respeito ao precedente.⁴³⁶ Ao contrário do modelo da *civil law*, cuja reflexão parte do pensamento abstrato e dedutivo, com vistas a estabelecer normas gerais, o modelo jurisprudencial norte-americano obedece a um raciocínio mais concreto, preocupado em resolver o caso particular. Este modelo está centrado na primazia da decisão judicial – *judge made law*. É judicialista ao contrário do direito codificado que está baseado na lei.

Para a aplicação dos precedentes há que se estabelecer, em primeiro lugar, a *ratio decidendi*, razão de decidir que, no direito norte-americano, denomina-se *holding*.⁴³⁷ Ao juiz competente para o julgamento caberá analisar os fatos para, segundo passo, proceder à aplicação do precedente (*stare decisis*), regra extraída de caso anteriormente julgado. Caso não identifique os elementos semelhantes que sugerem aplicação o magistrado deverá indicar as diferenças, *distinguishing*, oportunidade em que apresentará os fundamentos para a não aplicação do *stare decisis*. *A statement in a case that is not necessary to the decision is said to be*

⁴³⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Cf. o autor trata-se de um remédio que pode ou não ser aceito pelos julgadores. Se admitido o *writ* quatro ministros participarão do julgamento, cuja decisão tem efeito *erga omnes*. Daí o número reduzido de processos apreciados cada ano pela Suprema Corte daquele País, que ultimamente não têm chegado a uma centena, ao contrário do que ocorre conosco, onde os processos no Supremo Tribunal Federal, à falta de mecanismo similar, chegam às dezenas de milhares. Basta focalizar tais peculiaridades para mostrar que o sistema brasileiro não poderia prosperar e estava fadado a inviabilizar-se, mesmo com a adoção, no sistema anterior, da “arguição de relevância”, por força da já mencionada competência legislativa regimental atribuída ao Supremo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 240-1.

⁴³⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr.-jun. 2000, p. 57.

⁴³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 190.

*decision. Dicta are not considered to be part of the precedent.*⁴³⁸ Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*, que goza somente de força persuasória.⁴³⁹

Sobre a aplicação dos precedentes refere Barbosa Moreira que vale a pena verificar o que se tem passado nos Estados Unidos, país onde, como se sabe, as teses jurídicas consagradas em decisões da Corte Suprema são vinculativas para os outros órgãos judiciais.⁴⁴⁰ O processo de aplicação, que resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito.⁴⁴¹

Frente à diversidade fática, a não existência de 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.⁴⁴²

4.2.2 Domínios de aplicação do precedente

O poder vinculante dos precedentes judiciais, pedra angular do *common law*, é usualmente referido *stare decisis*, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A decisão vai se consolidando com base nos casos

⁴³⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. **Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial**. Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 004/85 e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 12 (Portaria n. 8/90). Ano 20, jan.-mar. 1996, p. 54. Cf. Luis Renato Ferreira da Silva, a par da rigidez que impõe a observância das decisões anteriores e que, como regra geral, só permite que o juiz se afaste delas mediante a técnica das distinções, a doutrina inglesa do precedente vem sofrendo certas mitigações que abrem exceções à força vinculante do *stare decisis*.

⁴³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 62.

⁴⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmula vinculante e duração dos processos**. São Paulo: ADV Advocacia Dinâmica Seleções Jurídicas. Ago. 2004. p. 44. O autor aponta que dois ilustres cientistas políticos norte-americanos, Saul Brenner e Harold J. Spaeth, procederam a cuidadosa investigação da jurisprudência da Corte e verificaram que, só no período de 1946 a 1990, ela mudou de posição e repudiou precedentes seus mais de uma centena de vezes. Os autores deram ao livro o curioso título de *Stare Indecisis* – parodiando a expressão *stare decisis*, com que se costuma designar o princípio da perpétua observância dos precedentes.

⁴⁴¹ RE, Edward. D. *Stare Decisis*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, ano XLII, nº 198, abril de 1994, p. 27.

⁴⁴² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 459.

anteriormente julgados. O precedente se forma pelo julgamento por maioria dos membros do tribunal.

No modelo jurídico americano, o efeito vinculante depende de dois fatores. Em primeiro lugar cabe ao juiz a observação sobre a semelhança entre o precedente e o caso levado ao seu conhecimento. Não encontrada razão que justifique a aplicação do precedente terá exercido o magistrado, por via interpretativa, a distinção entre o *stare decisis* e o caso julgado (*distinguishing*).⁴⁴³ Sob essa ótica pode-se dizer que os precedentes são “potencialmente vinculantes” ou persuasivos, simplesmente. Entretanto, esse mesmo juiz popular com competência para decidir sobre os pontos de fato do litígio está vinculado à decisão da corte apelação que lhe é imediatamente superior.

Em que pese à ousadia e liberdade de qualificar precedentes “potencialmente vinculantes”, não há que se entender assim a eficácia dos casos julgados pela Suprema Corte, *hard cases*. O poder de avocá-los em razão da relevância social e interesse público não prescinde da força normativa vinculante, sob pena de esvair-se o poder que lhe é atribuído pela Constituição.

Assim sendo, dois fatores determinam o efeito vinculante ou persuasivo dessas manifestações: a hierarquia da corte de que promanam bem como a qualificação de seus prolatores. Também o fato de derivarem de manifestações unânimes ou, apenas, eventualmente majoritárias. Esses fatores fazem do sistema um sutil jogo comparativo.⁴⁴⁴

A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial porque esta não se ocupa senão do caso concreto apresentado. O precedente, com o princípio jurídico que lhe serve de pano de fundo, haverá de ser seguido nas decisões como paradigma. Ocorre uma aproximação com a súmula.⁴⁴⁵

Entre as vantagens da aplicação dos precedentes está a uniformidade da aplicação do direito, quando esse se torna previsível o que determina, outrossim,

⁴⁴³ Cf. Luis Renato Ferreira da Silva, o afastamento da regra só é possível de ser adotado, em princípio, quando entre a situação fática presente e a examinada no precedente interuserem-se fatos relevantes que possam ser distinguidos dos fatos considerados no julgamento onde se haure o precedente. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. **Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial**. Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 004/85 e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 12 (Portaria n. 8/90). Ano 20, jan.-mar. 1996, p. 53.

⁴⁴⁴ RE, Edward. D. Stare Decisis. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, ano XLII, nº 198, abr. 1994, p. 26.

⁴⁴⁵ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 21.

maior segurança jurídica. Ao aplicar os precedentes, o juiz se beneficia da experiência dos seus predecessores.⁴⁴⁶

Para que não se diga que contra a aplicação dos precedentes não se faça críticas, há que se referir às prováveis desvantagens entre as quais a de proporcionar indesejável elemento de rigidez no ordenamento jurídico e propiciar o estabelecimento de cerebrinas e diáfanas distinções entre decisões semelhantes.⁴⁴⁷ Contudo, há fortes argumentos em sentido contrário, entre eles a de que a obrigatoriedade de seguir os precedentes evitariam arbitrariedades ou julgamentos que obedeçam a tendências do momento.⁴⁴⁸

4.2.2.1 Vinculação vertical na jurisdição federal

A Corte mantém a unidade da interpretação da Constituição e da lei federal no País. Suas decisões tornam-se obrigatórias para todos os Juízos inferiores, [...] que deverão observar o princípio legal aplicável a certo estado de fato, a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos.⁴⁴⁹

Sobre a aplicação do *stare decisis* nos Estados Unidos é que ela comporta uma importante limitação: o Supremo Tribunal e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência.⁴⁵⁰ Importante registrar, outrossim, que a Suprema Corte tem poder discricionário, exercido quando da apreciação do pedido do litigante que ouça e decida um caso no mérito. Nesse processo a Corte emprega a “regra

⁴⁴⁶ Cf. Leonardo D. Moreira Lima, a decisão judicial nos países que seguem a tradição do direito anglo-saxão assume a função não só de dirimir uma controvérsia, mas também a de estabelecer um precedente, com força vinculante, de modo a assegurar que, no futuro, um caso análogo venha a ser decidido da mesma forma. LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado*. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUCRS, n.14, jan.-jul. 1999, p. 166.

⁴⁴⁷ RE, Edward. D. *Stare Decisis*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, ano XLII, nº 198, abril de 1994, p. 25.

⁴⁴⁸ LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado*. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUCRS, n.14, jan.-jul. 1999, p. 167.

⁴⁴⁹ BENETI, Sidnei Agostinho. O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 82, set. 1993, v. 695, p. 271.

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 59-60.

dos quatro”. Se quatro dos nove juízes desejam conceder o *writ*, o caso será julgado.⁴⁵¹

4.2.2.2 Vinculação vertical nas jurisdições estaduais

Por conta da dualidade de jurisdição na organização judiciária americana estabelecer a vinculação entre os precedentes, não é tarefa que se execute sem dificuldade. O princípio básico para estabelecer a obrigatoriedade dos precedentes é que as cortes inferiores estão sempre subordinadas ou obrigadas a seguirem as decisões dos tribunais que lhe são hierarquicamente superiores. Entretanto, não há relação de subordinação sendo órgão judicial de igual hierarquia, razão para que se estabeleçam algumas considerações.

A Constituição americana atribui competência originária à Suprema Corte para o julgamento que inclui alguns casos em que um estado é parte e casos que envolvem embaixadores. As disputas entre dois estados só podem ser julgadas pela Corte Suprema.⁴⁵² Podem ir casos para a Corte Suprema depois de decisões das cortes supremas estaduais quando envolvem reclamações de acordo com leis federais ou com a Constituição. Mais precisamente: um caso pode ir para a Corte vindo do mais alto tribunal estadual com o poder de julgá-lo. O caso *Thompson versus Cidade de Louisville, Kentucky*, porque envolvia uma multa por vadiagem e conduta irregular que era baixa demais, segundo as leis estaduais, para dela se recorrer a um tribunal estadual de instância superior.⁴⁵³

⁴⁵¹ BENETI, Sidnei Agostinho. O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 82, set. 1993, v. 695, p. 272. O autor traça comparativo com o sistema brasileiro e revela que há maior facilidade no manejo da carga de trabalho, mediante a recusa ou aceitação, em análise sumária na busca dos quatro votos necessários à instauração do processo, evitando-se as penosas questões de processamento, no Juízo recorrido e na Corte superior, da admissibilidade de recurso extraordinário e recurso especial, prequestionamento e arguição de relevância (p. 273).

⁴⁵² BAUM, Lawrence. **A suprema corte americana**. Traduzido por Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 25.

⁴⁵³ Idem, p. 26.

4.2.2.3 Relação entre a jurisdição federal e as jurisdições estaduais

A associação dos Estados americanos tem como característica fundamental o princípio segundo o qual os governos geral e regional são coordenados e independentes em suas respectivas esferas. Por essa razão é impreciso referir-se a um único sistema de tribunais nos Estados Unidos. Na realidade, os tribunais se dividem entre o sistema federal e um sistema separado em cada estado.⁴⁵⁴

Em razão de dispositivo constitucional a justiça estadual e a justiça federal gozam de autonomia. Entretanto, a regra da independência, para ser completamente entendida, há de ser encarada tendo-se em mente a existência de um Direito federal e de vários Direitos estaduais.⁴⁵⁵ Casos há, entretanto, que fazem com que essa independência não seja absoluta, exemplo da relatividade da norma são os casos levados à justiça estadual, não raras vezes, contém questões pertinentes a leis federais.⁴⁵⁶

O sistema federal se diferencia dos estaduais em razão da competência. Divide-se a competência em três categorias, entre as quais os casos criminais e cíveis que surgem sob leis federais, inclusive a Constituição. Na segunda categoria encontram-se os casos em que são parte o Governo dos Estados Unidos e, finalmente, casos cíveis que envolvam cidadãos de estados diferentes. Essa última categoria tem como requisito que o valor da causa seja de, no mínimo, dez mil dólares, caso contrário será o cidadão julgado por tribunal estadual.⁴⁵⁷

Os precedentes são importantes, acima de tudo, porque uma doutrina básica do Direito é *stare decisis* (“mantenha-se a decisão”, jurisprudência), de acordo com a qual um tribunal está preso a seus próprios precedentes e àqueles dos tribunais

⁴⁵⁴ BAUM, Lawrence. **A suprema corte americana**. Traduzido por Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 21. Nosso sistema, como República Federativa tem igual divisão de competência. Pedro Lessa aponta respeito que cada uma das justiças deve guardar em relação a outra: “quando houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal deverá consultar a jurisprudência dos tribunais locais, assim como as justiças dos Estados deverão consultar a jurisprudência dos tribunais federais, sempre que tiverem de interpretar leis da União. **Do poder judiciário**. 1º milheiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 125.

⁴⁵⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculantes**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 99.

⁴⁵⁶ BAUM, Lawrence. *Op.cit.*, p. 26. O autor cita como exemplo uma pessoa julgada por violar norma criminal estadual que no curso do processo, no âmbito estadual tem direitos constitucionalmente assegurados violados numa busca ou interrogatório policial. O caso acaba indo parar na Suprema Corte, embora a competência para o julgamento seja da justiça estadual. Nesse caso a Suprema Corte fica adstrita à violação da lei federal.

⁴⁵⁷ Idem, p. 21.

superiores a ele na hierarquia judiciária. Espera-se que os juízes, em geral, sigam as interpretações das constituições e das leis que já foram estabelecidas em outros casos.⁴⁵⁸

4.2.2.4 Relação entre as jurisdições estaduais

Em relação aos tribunais estaduais, a maioria dos estados tem dois conjuntos de tribunais de primeira instância – um para lidar com grandes casos criminais, definidos segundo a lei como delitos graves, enquanto os cíveis têm sua importância aferida pela relevância da quantia em dinheiro.⁴⁵⁹

Em cerca de um terço dos estados, inclusive a maioria dos estados menos populosos, há uma única corte de apelação. É, em geral, chamada de a Corte Suprema estadual. Todas as apelações dos tribunais de segunda instância vão para esta Corte Suprema. Os outros dois terços dos estados têm um conjunto de cortes de apelação intermediários abaixo da Corte Suprema. Estes tribunais intermediários julgam, inicialmente, a maior parte das apelações oriundas dos tribunais de segunda instância. A Corte Suprema estadual pode ser solicitada a julgar certas apelações provindas diretamente dos tribunais de primeira ou segunda instância ou dos tribunais intermediários, mas, na maior parte, ela tem competência facultativa sobre as apelações contra as decisões dos tribunais intermediários. A expressão competência facultativa significa simplesmente que um tribunal tem o direito de apreciar uns recursos e recusarem-se a apreciar outros.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ BAUM, Lawrence. **A suprema corte americana**. Traduzido por Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 191.

⁴⁵⁹ Idem, p. 21. O autor faz a ressalva de que, em muitos estados, os tribunais de segunda ou primeira instância são compostos de dois ou mais conjuntos diferentes de tribunais. Por exemplo, os tribunais de primeira instância da Califórnia incluem tribunais municipais e tribunais de justiça (p. 22).

⁴⁶⁰ Idem, p. 23.

5 PRECEDENTES PERSUASIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

5.1 SÚMULA ORDINÁRIA

As “obscuridades” da lei das XII Tábuas, do ano 450 a.C. aliadas à precariedade dos conceitos e ao monopólio interpretativo dos pontífices, que se constituíram nos primeiros jurisconsultos romanos, reclamaram uma interpretação criadora daqueles que manejavam os textos na aplicação das normas, o que ensejou uma fresta no hermetismo inicial.⁴⁶¹ Se o direito deve ser considerado como algo vivo, fluente, flexível, ou seja, que não se cristaliza e não se separa da autêntica vida jurídica, então deverá aceitar-se que a jurisprudência constitui aquele meio pelo qual se evita que se crie um abismo entre esse direito e a lei.⁴⁶²

A diversidade interpretativa não deve ser atribuída somente a questões de nitidez e obscuridade das normas, mas inclui também as circunstâncias fáticas. Por dever de ofício o advogado desenvolve a tese que melhor se adapta aos interesses por ele defendidos. A lei, por ser geral e abstrata, admite essa operação. [...] É o advogado o elemento de conexão entre o processo jurisdicional e o doutrinário, atuando como elemento dinamizador de ambos, em função dos fatos e valores que ele equaciona na petição inicial, com a qual postula dada a solução normativa correspondente ao campo de interesse que ele representa na ação.⁴⁶³ A atividade do advogado reclama, pelos motivos expostos, permanente aprimoramento.

É da essência do direito a existência de interpretação diversa, não somente em relação aos fatos, como também em relação às leis. Nesse contexto, deve-se abandonar a ilusão de que a norma legal, quando se apresenta clara e precisa em seu enunciado, oferece conteúdo inequívoco, permanente e extende de dúvida, de tal sorte a dispensar a tarefa interpretativa.⁴⁶⁴ Bem avaliados os prós e contras é

⁴⁶¹ TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo de. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 70, v. 553, nov. 1981, p. 22.

⁴⁶² SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Traduzido por Jorge Trindade. Porto Alegre. Fabris, 1985. p. 29.

⁴⁶³ REALE, Miguel. **Jurisprudência e doutrina**. Vox Legis, Repositório autorizado da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Registrado son nº 003/79. Ano XIII, v. 146, fev. 1981, p. 4.

⁴⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 140.

razoável que nosso sistema aponte aos operadores do direito a posição do entendimento dos tribunais superiores. O critério utilizado para apontar os efeitos vinculantes ou não depende exclusivamente de *quorum* e estão elencados no art. 103-A da Constituição Federal e na Lei 11.417.

Ao lado da súmula vinculante, subsistem as não vinculantes (ou simples), editadas tanto pelo STF como pelos demais tribunais, federais, estaduais ou trabalhistas, e sem o rigor dos requisitos previstos para a primeira.⁴⁶⁵ Essa alternativa técnica nominada *incidente de uniformização de jurisprudência*, acabou, porém, revelando-se uma solução a *meio caminho*, em verdade mal-ajambrada entre a *força persuasiva* e a *força vinculativa* (que a força derivada daquele *incidente* não chega, propriamente alcançar).⁴⁶⁶

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são tribunais de superposição cuja atribuição constitucional atribuiu a eles a tarefa de uniformização da lei infraconstitucional e a unidade da interpretação constitucional. A jurisprudência firmada por um ou outro desses tribunais, exceção feita àquela sumulada e vinculante, não impede que magistrados de instâncias inferiores profiram decisões que contra ela se insurjam, razão por que não cabe reclamação com base em desobediência a jurisprudência da Corte.⁴⁶⁷

Todas essas evidências levam a concluir que a divergência jurisprudencial, em si mesma e dentro de certa razoabilidade, não se constitui num problema ou em um mal a ser reprimido, mas antes deve ser vista como uma virtualidade previsível, num sistema jurídico cujo parâmetro é precipuamente fornecido pela norma legal, que por definição é geral, abstrata e impessoal.⁴⁶⁸ Demonstração de que a divergência jurisprudencial é inerente ao direito, a afirmação feita por Nelson Nery Júnior, em seu Código Comentado, artigo 485, refere que: “Decisão que viole a jurisprudência, bem como súmula de tribunal, não enseja ação rescisória”.

⁴⁶⁵ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 901.

⁴⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 221. O autor refere se ocorre de aquela tese vir a ser votada por maioria absoluta, fica autorizada sua conversão em súmula; se vem acolhida apenas por maioria simples, sua aplicação se restringe ao caso concreto.

⁴⁶⁷ MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 168. (Recursos no Processo Civil; 15)

⁴⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op.cit.*, p. 155.

5.2 UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

O problema da divergência interpretativa, fato aceitável por humano, revela-se nocivo quando a discrepância encontra-se disseminada em órgãos colegiados, por exemplo, no mesmo tribunal. Entregue estará o jurisdicionado à situação semelhante ao sorteio lotérico. Saberá de antemão que, se o recurso for distribuído para determinada turma, a decisão será convergente com sua pretensão. Desafortunado será seu destino, entretanto, caso o julgamento esteja sob responsabilidade de órgão cujo entendimento seja contrário ao direito pleiteado.

Araken de Assis aponta problemas originados com a consagração de teses antagônicas, no âmbito do mesmo tribunal, que geram problemas de difícil solução:

Suponham-se duas câmaras do mesmo grupo, o único do tribunal dotado de competência para julgar a matéria, adotar soluções opostas acerca da concessão de determinada vantagem, prevista em lei local, aos servidores públicos do Estado-membro. Não há remédio ortodoxo, *a posteriori*, apto a remediar a diferença. O recurso especial corrige a violação e uniformiza a aplicação do direito federal. Não é o caso. E não condiz com as funções naturais da rescisória aplainar as divergências jurisprudenciais. Em consequência, transitando em julgado os acórdãos, servidores titulares de cargo idêntico e lotados no mesmo lugar receberão vencimentos diferentes, sem nenhuma razão plausível, consoante os azares da distribuição que acometeu o respectivo litígio a uma das câmaras.⁴⁶⁹

A discrepância entre os julgados que, como no caso apontado fere de morte a idéia de justo, inerente ao direito, sempre ocupou a mente dos juristas e legisladores. Observa-se esse movimento nos incontáveis institutos criados com desiderato de uniformização (assentos, prejudgado, revista).

[...] *legítima* a expectativa dos cidadãos, de que a *norma julgada* alcance uma interpretação compatível com os valores preponderantes na comunidade, dentre os quais sobrelevam o *justo* e o *equitativo*. Uniformizar jurisprudência exige a superação das divergências internas, é eleger uma tese acerca da questão jurídica controvertida.⁴⁷⁰ A jurisprudência procura tornar menor a separação entre a lei e a justiça.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 312-3.

⁴⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 43.

⁴⁷¹ SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Traduzido por Jorge Trindade. Porto Alegre. Fabris, 1985. p. 13.

O Código de Processo Civil, em seu art. 476, ordena que “compete a qualquer juiz ao dar o voto na turma, câmara ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do Direito quando:

I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas”.

Parágrafo único: “A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentalmente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo”.

Em que pese a redação do artigo em tela referir-se a “recurso”, não há que se tratar o incidente como se recurso fosse, apenas como incidente recursal.⁴⁷² Araken de Assis adverte que o incidente em questão pressupõe dois requisitos, a saber: julgamento pendente e dissídio jurisprudencial. O primeiro, infere-se da expressão “pronunciamento prévio”, ou seja, sobre o qual ainda não tenha sido proclamado resultado pelo presidente da sessão. O segundo pressuposto diz respeito ao dissídio sobre o qual requer a letra da lei seja operada entre órgãos do mesmo tribunal sobre questões de direito,⁴⁷³ não servindo de fundamento para o incidente nem a divergência configurada dentro do mesmo órgão, nem a divergência com decisão de outro tribunal. Tem-se entendido, também, que a divergência deve ser atual ou potencial, não sendo admitido o incidente se os juízes que proferiram a decisão divergente não mais integram o tribunal.⁴⁷⁴

A tese consagrada, tomada pela maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência (art. 479). O parágrafo único do artigo em comento determina que os regimentos internos disponham sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante. O julgamento do incidente pode ser tomado por votação da maioria simples e valerá somente para a solução do caso no órgão suscitante.⁴⁷⁵

Barbosa Moreira adverte para a repercussão do incidente e seus efeitos:

⁴⁷² PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 113.

⁴⁷³ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 314-5.

⁴⁷⁴ PINTO, Nelson Luiz. *Op.cit.*, p. 114.

⁴⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p. 594, v. I.

Realmente: ao consagrar esta ou aquela tese jurídica, a decisão vai somar-se às anteriores que também a tenham esposado, para formar um corpo de jurisprudência. Ora, muitas vezes acontece que, na substância, a situação levada ao exame do juiz encontre paralelo em grande número de outras, por hipótese ainda não submetida ao crivo do Judiciário. Nos sistemas jurídicos que atribuem eficácia vinculativa a precedentes, a questão estará, em princípio, resolvida de uma vez por todas para o inteiro universo dos casos análogos. Mesmo, porém, onde não vigore aquela regra, extravasará das bordas do processo a repercussão, pelo menos de fato, do pronunciamento emitido.

[...] se porventura algum locador recalcitrante tomar a iniciativa de sustentar a antítese em juízo, andará mal em alimentar esperança de êxito, ou até de ver julgada pelo tribunal a apelação que interponha contra a sentença: o relator dificilmente vacilará em negar-lhe seguimento, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil [...].⁴⁷⁶

O entendimento da maioria dá sempre maior segurança na interpretação dos textos legais.⁴⁷⁷ A repetição razoavelmente constante de julgados interpretando o direito positivo de determinado modo (jurisprudência) exerce algum grau de influência sobre os futuros julgadores, mas não expressa o exercício do poder, com os predicados de generalidade e abstração inerentes à lei.⁴⁷⁸ A diferença entre acórdão e súmula é que o primeiro é sempre o julgamento de um caso concreto enquanto a súmula implica juízo de valor, em eficácia obrigatória, vinculante. Os precedentes não obrigatórios, com eficácia persuasiva, auxiliam no julgamento do caso concreto, apontando ao magistrado a direção para o julgamento, ao passo que os precedentes com eficácia impeditiva (artigo 557 e artigo 518, parágrafo 1º) passaram a integrar os requisitos de admissibilidade recursal autorizando ao não conhecimento do recurso.

A prudência recomenda recordar, contudo, que atos monocráticos não formam jurisprudência o que não se dá com um conjunto de sentenças sobre um mesmo assunto, mesmo consonantes, pelo curial motivo de que estão sujeitas, ordinariamente, ao crivo do Tribunal *ad quem*, que poderá confirmá-las ou não.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Eletrônica Mars, ago.-2003. p. 33 Para 2ª turma do STJ a expressão “jurisprudência dominante do respectivo tribunal” só pode servir de base para negar seguimento a recurso quando o entendimento estiver de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de negar-se às partes acesso a tais cortes. RE nº 299.196/MG. Ag.Rg. nº RESP 279162/MG

⁴⁷⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. São Paulo, Ano XXXIII, 3º trimestre de 1971, v. 74, p. 130

⁴⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 101.

⁴⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 39.

Sob o estrito prisma da *higidez processual*, e salvo possíveis alterações de *lege ferenda*, é irrelevante que o julgado recorrido esteja, ou não, conforme ao entendimento majoritário no órgão *ad quem* (com ressalva, na instância recursal superior, para os casos de confronto entre o acórdão recorrido e súmula ou jurisprudência dominante, nos termos da Lei 9.756/98).⁴⁸⁰

5.3 SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO

A lei que instituiu a súmula vinculante não foi tão impactante quanto parecera ser. O legislador, olhos fitos na segurança jurídica, na economia processual, no princípio da igualdade e na previsibilidade das decisões estabeleceu instrumentos capazes de evitar a chegada de milhares de recursos aos tribunais superiores. Essas medidas oportunizam aos magistrados concentrarem-se em casos que requerem, para sua solução, mais estudo e aprofundamento.⁴⁸¹

Quis o legislador pôr termo a possibilidade de admissão de recurso especial que contrarie entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça. Conhecido como “Tribunal da Cidadania”, cuja função precípua é o resguardo da unidade interpretativa da legislação infraconstitucional, a Lei 11.672/2008, além de expressar claramente a não admissão de recurso que contrarie entendimento majoritário desse tribunal, alvitra a suspensão dos recursos especiais, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Para tanto, não dispensa a colaboração do órgão de segunda instância, vez que, no parágrafo primeiro, dá competência ao presidente do tribunal de origem, para admitir um ou mais recursos representativos de controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo desse Tribunal. Não adotada a providência descrita no parágrafo primeiro, confere ao relator o poder de determinar a suspensão dos

⁴⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 154.

⁴⁸¹ A medida introduzida pela lei 8.038/90, modificada pela lei 9.756/98, art. 557 do CPC: o relator negará seguimento ao recurso ou poderá dar provimento ao recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior. Rejeição do recurso ou reforma da decisão que a contrariou, podendo o próprio relator prover o recurso contra essa decisão, mecanismo ratificado pela recente lei 11.672/2008.

recursos tribunais de segunda instância, caso a matéria, no Superior Tribunal de Justiça, já esteja afeta ao colegiado ou sobre ela exista jurisprudência dominante.

A Lei dos Recursos Repetitivos reafirma que o direito judiciário ocupa lugar de destaque entre as fontes do direito.

Com a possibilidade de suspensão do processo de questões repetitivas o STJ logrou em uma sessão julgar 18.000 processos, inquestionável ganho tanto para o jurisdicionado resignado ao longo tempo de espera como para os magistrados, angustiados com a carga de trabalho maior do que a capacidade de julgá-los. A medida impede que questões iguais tenham desfecho distinto e, a duas evita pressão psicológica a que estão submetidos os juízes com carga de trabalho que lhes retira tranqüilidade e concentração necessárias ao bom e fiel cumprimento de sua nobre missão.

Alfredo Buzaid já advertira não ser somente interesse, mas dever do tribunal interromper o julgamento da causa ao reconhecer a divergência para então, julgá-la. Não é uma cisão no desenvolvimento do processo em benefício de qualquer das partes; é um julgamento em benefício da autoridade da lei.⁴⁸²

Sobre a diferença entre os efeitos da súmula impeditiva de recursos e a súmula vinculante:

A distinção relevante e essencial entre a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos reside, exatamente, na dimensão de eficácia da tutela mandamental de resultado prático e efetivo, que caracteriza cada uma delas, em benefício das garantias da justiça adequada e da segurança jurídica de todos, no Estado de Direito. A súmula impeditiva de recursos pressupõe já a existência de lides idênticas e a proliferação de processos correlatos, nos escaninhos dos Tribunais, enquanto a súmula vinculante visa, exatamente, a inibir tais lides e processos repetitivos, em seu nascedouro. Por isso, a súmula vinculante, sem dúvida, traz a melhor solução para racionalizar a atividade jurisdicional do Estado, desobstruindo as Cortes de Justiça da imensa pletera de feitos repetitivos, na promessa efetiva de uma justiça oportuna para todos os cidadãos.⁴⁸³

⁴⁸² BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, JUL. 1985, p. 214.

⁴⁸³ PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, n. 04, ano 16, abr. 2004, p. 26. Em sentido contrário, a crítica feita pelo desembargador Carlos Alberto Etcheverry, disponível em: <www.espacovital.com.br/noticia>. Acesso em: 28 jul. 2008, quando atribui crítica à Resolução nº 7/2008, editada pelo ministro Humberto Gomes de Barros, então presidente do STJ, que regulamenta o processamento e julgamento de processos repetitivos. A censura do autor é no sentido de ser o ato “o mais violento atentado ao Estado Democrático de Direito desde a Revolução de 1964. E o mais chocante também, considerando-se que foi praticado pelo presidente de um tribunal superior e não por um general qualquer durante um regime de exceção”. Aduz que “o que a resolução sob exame concretiza, de fato, é a súmula vinculante do

Falar-se em decisão de tribunal superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta. Seriam eles meros tribunais de apelação, uma cansativa via *crucis*, imposta aos litigantes para nada, salvo o interesse particular do envolvido no caso concreto, muito nobre, porém muito pouco para justificar o investimento público que representam os tribunais superiores.⁴⁸⁴ Não é por acaso que o mesmo termo *competência* se emprega para determinar a medida da jurisdição, e subentende a medida cultural de quem julga.⁴⁸⁵

Se fosse possível decidir de forma soberana, porque insuscetível de controle a decisão, soberana seria a autoridade, não a lei, não o povo presente e atuando por suas instituições constitucionalmente consagradas.⁴⁸⁶

O efeito vinculante não é novidade alguma em nosso ordenamento jurídico. Estabeleceu-se desde 1993 para as ações declaratórias de constitucionalidade. A força normativa, entretanto, foi introduzida com a súmula impeditiva de recursos e com a súmula vinculante. Não há que se pensar, contudo, que o jurisdicionado não possa contra esses efeitos insurgir-se contra decisão que lhe negue seguimento a recurso. É direito fundamental. A própria lei estabelece o recurso e prazo previsto para tal impugnação.⁴⁸⁷

STJ, ainda que canhestamente travestida de “regulamentação” do processamento e julgamento dos processos repetitivos”.

⁴⁸⁴ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, Gênese, set.-dez 1997, p. 632.

⁴⁸⁵ REALE, Miguel. **Jurisprudência e doutrina**. Vox Legis, Repositório autorizado da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Registrado sob nº 003/79. Ano XIII, v. 146, fev. 1981, p. 4.

⁴⁸⁶ PASSOS, J.J. Calmon de. *Op.cit.*, p. 632.

6 PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

6.1 EFICÁCIA VINCULANTE DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A ação direta de inconstitucionalidade, quando feita *principaliter* (controle concentrado, ação declaratória de inconstitucionalidade), é dotada de automática eficácia *erga omnes* e produz efeito vinculante em face dos demais Poderes do Estado. Quando feita *incidenter tantum*, será comunicada ao Senado Federal, a quem, nesse caso, compete suspender a eficácia da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.⁴⁸⁸ Não fosse essa exigência, a Corte Suprema estaria vinculada por decisão transitada em julgado proferida por Tribunal de hierarquia inferior.⁴⁸⁹

O objeto do julgamento no controle concentrado consiste na retirada dos efeitos normativos gerais e abstratos do comando inçado de inconstitucionalidade. Por seu intermédio, é possível questionar-se em abstrato (isto é, desvinculadamente de um caso concreto), junto ao STF, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.⁴⁹⁰

A eficácia da decisão tem o efeito de eliminar do mundo jurídico a aplicabilidade da lei, como se ela jamais tivesse existido. Pode-se dizer que os efeitos da decisão da ação direta de inconstitucionalidade, em regra, são retroativos, gerais, repristinatórios e vinculantes.⁴⁹¹ Entretanto, juízes ou tribunais, por desconhecimento ou desobediência poderão continuar aplicando a lei que não mais existe face à inexistência do efeito vinculante, não contemplado na ação direta de constitucionalidade. Como o resultado prático das decisões é quase eunuco,

⁴⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo** 100, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez.2000, p. 174. Cf. Leonardo Morato, a diferença entre o efeito *erga omnes* e a força vinculante pode ser bem compreendida quando do julgamento da ação de inconstitucionalidade oportunidade no STF, exercendo função de Corte Constitucional, declara inconstitucional uma norma, ou, inversamente, a reconhece como constitucional. Decide como o ato normativo deve ser encarado por todos, indistintamente (efeito *erga omnes*). Não se admite que um juiz ou que um tribunal entendam de modo diverso (caráter vinculante).

⁴⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed. Revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 347.

⁴⁹⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103, nov.-dez. 2007, p. 52.

⁴⁹¹ Idem, p. 53.

dependendo das adesões dos juízes e tribunais inferiores, qual a solução que se concebeu?⁴⁹² Temendo o efeito vinculante às decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, concebeu-se essa declaratória, que nada mais é do que a outra em sentido contrário.⁴⁹³

A ação declaratória de constitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional 3, de 1993, passou a dar eficácia vinculante às decisões nela proferidas, subordinando os Poderes Executivo e Judiciários aos seus efeitos. Cumpre registrar que eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, tecnicamente, são coisas distintas, como se pode observar do art. 102, p. 2º, da Constituição Federal, que alude à eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante.⁴⁹⁴

6.2 SÚMULA VINCULANTE

O sistema jurídico brasileiro encontra-se vinculado aos preceitos legais. O artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro autoriza quando, omissa a lei, o juiz julgue o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. O artigo 5º do referido diploma recomenda que a aplicação da lei deva atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Os tribunais se defrontam com a difícil tarefa de determinar o peso relativo a ser atribuído à política legislativa de um lado e ao precedente jurisprudencial de outro.⁴⁹⁵

No ordenamento jurídico nacional percebe-se, facilmente, crescente importância dos tribunais e órgãos administrativos superiores no desenvolvimento da vida jurídica, não só aplicando normas legais, mas também preenchendo suas inevitáveis lacunas.⁴⁹⁶

⁴⁹² RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 4, n. 16, jul.-set 1996, p. 28.

⁴⁹³ Idem, p. 29.

⁴⁹⁴ ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.53.

⁴⁹⁵ RE, Edward. D. Stare Decisis. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano XLII, nº 198, abril de 1994, p. 31.

⁴⁹⁶ REALE, Miguel. **Jurisprudência e doutrina**. Vox Legis, Repositório autorizado da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Registrado sob nº 003/79. Ano XIII, v. 146, fev. 1981, p. 2.

Reconhecer à jurisprudência de caráter formal não significa equipá-la à lei. Segundo o professor Tesheiner é norma jurisprudencial. É fonte secundária de direito. Entretanto, a Lei da Súmula Vinculante elevou-a a *status* nunca antes conferido a ela em nosso sistema. Não é lei, mas todos a ela estão subordinados.

A Súmula Vinculante é a possibilidade de enunciados por parte da Corte que sintetizam o entendimento já consolidado do STF sobre matéria constitucional iluminando operações judiciais posteriores.⁴⁹⁷ É o Poder Judiciário, por meio de suas decisões, concretizando o ideal das partes de ter reconhecido ou não direito, em igualdade de condições, assim como em tempo razoável. É, também digno de nota, que a extensão do efeito vinculante a todos os subordinados fará amenizar visão equivocada de acesso à justiça pela via exclusivamente processual, retorno social negativo, na medida em que as expressões foram substituídas por “não adianta procurar a justiça” ou – o que é mais sério – “morro eu e meus filhos se procurar a justiça”. É o desengano, a desesperança e a angústia das pessoas.⁴⁹⁸

Assevera Sérgio Shimura que a súmula coloca-se no meio termo do regime do *civil law*, em que prepondera o direito posto, legislado, e o do *common law*, que dá maior valor ao precedente judiciário.⁴⁹⁹

O efeito vinculante pode ser interpretado como um caminho contrário ao da independência judicial, fundamental no estado de direito. Esse entendimento deve-se ao fato de o magistrado depender somente da lei (à lei das leis, que é a Constituição) e, segundo sua consciência, apontar aquela a qual está ligado.⁵⁰⁰ Insurgem-se os defensores da liberdade dos magistrados, da magna figura do juiz

⁴⁹⁷ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 20. Eduardo Arruda Alvim enaltece o instrumento apontando que o mesmo vem em abono não apenas do tratamento igualitário dos jurisdicionados, mas da celeridade processual, já que permite fixar o entendimento predominante do STF sobre matérias controvertidas, estabelecendo ademais, sua observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. In ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103, nov.-dez. 2007, p. 50.

⁴⁹⁸ BEZERRA, Paulo. O acesso aos direitos e à justiça. Um direito fundamental. **Boletim da Faculdade de Direito**. v. LXXXI, Coimbra: Coimbra, 2005. p. 794.

⁴⁹⁹ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 901.

⁵⁰⁰ GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, v. 734, dez. 1996, p. 42-3.

natural, alertando para o perigo de termos de colocar uma respeitável toga em nossos computadores.⁵⁰¹

Lênio Streck entende que a lei da súmula vinculante torna o STF poder legiferante. A distinção que torna evidente a tarefa do legislador e do juiz, segundo Sálvio de Figueiredo, está no fato de o primeiro se pronunciar sobre questões abstratas, enquanto o juiz entre temas concretos.⁵⁰² Essa distinção, contudo, não impede que o Poder Judiciário possa sumular decisões pacificadas objetivando a isonomia material elevada a preceito constitucional fundamental pelo constituinte.⁵⁰³

Na ADIN 1337, voto do Ministro Cesar Peluso refere que a separação dos poderes não é absoluta. A legitimidade atribuída ao Poder Judiciário para legislar está expressa na Constituição Federal assim como ao legislador para julgar, sendo esse sistema de interligação entre os poderes constituídos pelo Estado chamado de sistema de freios e contrapesos, importado da *common law*, onde é conhecido por *checks and balances*. Mesmo antes dessa deformação contemporânea, e até entre os positivistas, ao juiz se reconhecia o poder de completar a obra legislativa.⁵⁰⁴

6.2.1 Objeto da súmula vinculante

A matéria objeto de súmula vinculante deve, necessariamente, guardar relação com a competência do tribunal autorizado a editá-la.

Para melhor compreensão há que se remontar à Constituição de 1988 que atribui, ao Supremo Tribunal Federal, competência para o julgamento da constitucionalidade das leis. De fato, visto sob esse prisma, parece muito simples

⁵⁰¹ RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 4, n. 16, jul.-set 1996, p. 25.

⁵⁰² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11.

⁵⁰³ Cf. Enrico Redenti, el contenido (que es en el fondo un pensamiento traducido ou traducible em proposiciones normativas) constituye el *derecho em sentido objetivo (norma agendi* [norma de obrar]). Aquellos médios o trámites por donde se lo puede conseguir, representan para nosotros las *fuentes* del mismo. **Derecho Procesal Civil**. Traducción de Santiago Sentis Melend y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. 1957. p. 7. Tomo 1.

⁵⁰⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Op.cit.*, p. 6. Entretanto, a lição de Eduardo Couture é noutro sentido: certo juiz, num arroubo de sinceridade, disse que a jurisprudência é feita pelos advogados. E realmente assim é, porque, na formação da jurisprudência, e, com ela, do direito, o pensamento do juiz é, normalmente, um *posterius*; o *prius* corresponde ao pensamento do advogado. **Os mandamentos do advogado**. Traduzido por Ovídio Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 29-30.

estabelecer o objeto da súmula: é admissível que verse sobre controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos à interpretação, conforme a Constituição desses atos e outros temas constitucionalmente relevantes.⁵⁰⁵

A compatibilidade ou não de determinado texto infraconstitucional com a Lei Maior se encarta dentro daquilo que o legislador denominou “matéria constitucional” e, portanto, pode ser objeto de súmula vinculante.⁵⁰⁶ Isto conduz a que seja possível haver súmula vinculante que atinja quaisquer lei, como também sobre atos normativos que possam ser abrigados no conceito de lei, relacionadamente com matéria constitucional.⁵⁰⁷

Sob esse enfoque, o papel da súmula vinculante insere-se na chamada jurisdição coletiva a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou da ação civil pública.⁵⁰⁸ Não há interesse exclusivo dos litigantes, predomina o interesse na supremacia da Constituição, razão por que a súmula tomará como ponto de partida vários precedentes do próprio tribunal no sentido de inconstitucionalidade de determinado dispositivo. Embora a questão constitucional seja objeto tanto da ação direta quanto da súmula vinculante importa frisar que a matéria que venha a ser sumulada tenha sido reiteradamente apreciada *incidenter tantum* (controle difuso) em determinado sentido, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade prescinde desse requisito.⁵⁰⁹

Dentre as ambições almejadas com a criação desse instituto pode-se referir, em primeiro lugar, tratamento isonômico atribuído a casos análogos. Por isso, é absolutamente indispensável que à isonomia teórica se junte uma isonomia prática, representada por uma razoável *previsibilidade*, a ser oferecida ao jurisdicionado, no sentido de que sua pretensão receberá resposta judiciária qualitativamente análoga às demais de seu gênero e espécie.⁵¹⁰ A par da imprescindibilidade de haver

⁵⁰⁵ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 14.

⁵⁰⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103, nov.-dez. 2007, p. 50.

⁵⁰⁷ ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.1.157.

⁵⁰⁸ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 901.

⁵⁰⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. *Op.cit.*, p. 55.

⁵¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 246.

previsibilidade e segurança, para os jurisdicionados, em grau maior do que a exigida para os preceitos infraconstitucionais.⁵¹¹

Para que se estabeleçam as decisões que servem de base para a edição de súmula, André Ramos Tavares aponta a exigência de *quorum qualificado*, registrando, contudo, que o fundamento da decisão em cada caso concreto prévio pode não ser único, embora cheguem todos a mesma decisão⁵¹². Ou seja, os magistrados, no julgamento do caso concreto, podem chegar a um mesmo resultado baseado em fundamentação diversa. Em relação à edição, revisão e cancelamento de súmula o *quorum* exigido refere-se exclusivamente à deliberação, deixando de lado novamente, a fundamentação da decisão de criar a súmula vinculante.⁵¹³

Entretanto, a despeito de reiteradas, as decisões podem ter fundamentação diversa. Não há exigência, no modelo brasileiro de tomada de decisão no STF, de congruência entre as fundamentações apresentadas por cada ministro para chegar à decisão.⁵¹⁴ Neste ponto, vale a consideração de que uma decisão judicial só se pode, em boa técnica, dizer que tem dois fundamentos, quando se esteja diante de razões de decidir que se *somam*; jamais, quando as supostas razões se *excluem*, reciprocamente,⁵¹⁵ tanto que se verifica o interesse em recorrer à luz da conclusão, e não do raciocínio armado para produzi-la.⁵¹⁶ Entretanto, para a aplicação do verbete que vincula, os fundamentos estão para o nosso direito como o chamado *dicta* ou *obiter dictum* para o direito da *common law*. Justificam a decisão do tribunal, mas não são necessários para resolver o caso concreto. A *ratio decidendi*, sim o é.

Assim, para a edição da súmula, não importa a discussão subjacente ao seu conteúdo, como ao da lei não se somam os motivos.

Sobre o objeto da súmula vinculante há que se destacar ainda, que o parágrafo 1º da Lei 11.417 refere que a controvérsia seja atual, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.⁵¹⁷ A atualidade e relevância do tema, assim como a economia processual

⁵¹¹ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez 1997, set.-dez 1997, p. 635.

⁵¹² TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 45.

⁵¹³ Idem, p. 45.

⁵¹⁴ Idem, p. 46.

⁵¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Distinção entre fundamento do acórdão e fundamento do voto. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano I, nº 2, abr.-jun. 1976, p. 303.

⁵¹⁶ Idem, p. 301.

⁵¹⁷ Cf. Arruda Alvim o requisito da *atualidade da divergência* significa que é contra a divergência num mesmo *momento histórico* em que há instrumentos destinados a reconduzir a lei à unidade de um só entendimento. Isto porque, modificando o entendimento a respeito de uma lei, *ao longo do*

com a edição da súmula são apontados na proposta que originou a primeira súmula editada pelo STF.⁵¹⁸

6.2.2 Origem e evolução legislativa da súmula vinculante

A República de Platão:

Afirmam que, por natureza, cometer injustiças é bom e sofrer uma injustiça é mau; mas também se afirma que há mais mal na última do que bem na primeira. Portanto, quando os homens tiverem feito e sofrido a injustiça, e tiverem a experiência de ambas as coisas, todos os que não forem capazes de evitar uma e obter a outra pensarão que fariam melhor em concordar que o melhor é não ter nenhuma; em decorrência disso, começam a criar leis e convenções mútuas; e chamam de legítimo e justo tudo aquilo que é determinado pela lei. É essa, afirma-se, a origem e a natureza da justiça – trata-se de um meio-termo, entre a melhor das alternativas, que é cometer injustiça e não ser punido, e a pior delas, que é sofrer injustiça sem o poder de retaliação.⁵¹⁹

É voz corrente, entre os operadores do direito, que a solução dos conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário não tem o condão de fazer justiça. É certo,

tempo, não há comprometimento do atributo da certeza do direito. In: ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103, nov.-dez. 2007, p. 1148, nota nº 6.

⁵¹⁸ PROCESSO 327.879/2007

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE E RELATORA)

- Trata-se, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei 11.417/06, de proposta ex officio de edição de enunciado de súmula vinculante com o seguinte teor:

“Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante do termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001”.

Naquele expediente, salientei a necessidade da edição, por esta Casa, de uma orientação vinculante sobre o tema, nos seguintes termos, *verbis*: “A aprovação, nesta Corte, de súmula que vincule, no tema, os demais órgãos do Poder Judiciário, especialmente os juizados especiais federais e respectivas turmas recursais de todo o País, justifica-se pelo efeito multiplicador que possui demanda dessa natureza, havendo cálculos, neste sentido, que estimam em trinta e dois milhões o número de correntistas do Fundo que aderiram ao acordo previsto no art. 6º da LC nº 110/01. Tratando-se de decisão financeiramente mais vantajosa ao fundiário aderente, que dá a ele o direito de correção integral do saldo do FGTS pelos índices reconhecidos no julgamento do RE nº 226.855-RS. Não é difícil prever a possibilidade de ocorrência de uma explosão numérica, em todo o território nacional, de ações e recursos sobre essa mesma questão jurídica, já integralmente examinada e julgada pelo Plenário desta Corte em duas oportunidades: em sede cautelar, na AC nº 272, julgamento em 06.10.04 e, no mérito, no citado RE nº 418.918, julgado em 30.03.05, ambos de minha relatoria;”

⁵¹⁹ SINGER, Peter. **Ética e prática**. Traduzido por Jefferson Luís Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 88

também, que não se pode esperar dos homens a Justiça divina, contudo a Justiça dos homens há que tender à Justiça de Deus.⁵²⁰

Vedada a autotutela,⁵²¹ o processo tem a finalidade de pacificação social. Contudo, o que se infere da palavra “paz” não corresponde ao sentimento que tem o jurisdicionado ao receber decisão judicial, resposta que, no mais das vezes, é ansiosamente esperada por muitos anos. E não se atribua a insatisfação tão somente aquele jargão deveras utilizado entre as razões subjetivas do recorrente: inconformidade com tudo quanto lhe seja desfavorável.

Descartada a inconformidade com a decisão que contraria interesses próprios como o possível problema, deve-se colocar a questão em termos outros e, mais graves: a irresignação advinda da consciência de que “outros,” em igual situação, após prolongada e angustiante espera obtiveram resposta favorável ao seu pleito, não havendo variação da situação fática apreciada.

A EC 45 promulgada em 8.12.04 concedeu ao ordenamento jurídico pátrio a Súmula Vinculante. Contudo, a preocupação do Estado em ofertar às partes, respostas coerentes com o sistema, em prazo razoável, sempre esteve entre os comprometimentos e preocupações de membros dos tribunais superiores.

As súmulas criadas em 1963 sob a inspiração do Ministro Victor Nunes Leal encerravam o posicionamento jurídico, e, por vezes, político dos tribunais, sobre determinadas hipóteses fáticas e jurídicas, que se repetem continuamente nos feitos que lhes chegam, por meio de ação ou recurso, cuja finalidade é fixar uma tese jurídica, em abstrato, de molde a servir de parâmetro em hipóteses futuras similares.⁵²²

Cândido Dinamarco ressalta o poder normativo da Justiça do Trabalho, aduzindo que uma dose de poder normativo vem sendo exercida pelo Poder Judiciário sem que as críticas levantadas se apoiem tão enfaticamente nas

⁵²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. São Paulo, Ano XXXIII, 3º trimestre de 1971, v. 74, p.130.

⁵²¹ Cf. a lição de Araken de Assis, numa sociedade razoavelmente organizada se torna inviável a efetivação direta, ou de mão própria, dos direitos atribuídos ao cidadão. Ao contrário, o exercício efetivo desses direitos, na esfera alheia, constitui conduta reprovável, tipificada como crime, porque instauraria o tumulto e desmantelaria, em breve tempo, a própria sociedade. ASSIS, Araken de. **Manual de recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 49.

⁵²² SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 900.

premissas que vêm sendo levantadas em oposição à proposta de atribuir eficácia vinculante à jurisprudência reiterada dos tribunais.⁵²³

Para justificar uma postura generalizadora e efetivar a transposição de efeitos concretos interpartes para efeito vinculante há necessidade de decisão qualificada, quer dizer *quorum* qualificado, para o processo de formação, alteração e cancelamento de súmula vinculante. A maioria qualificada, 2/3 (oito ministros).⁵²⁴

6.2.2.1 Força normativa da súmula vinculante – fonte imediata de direito

Nenhuma dúvida há de que nosso sistema jurídico funda-se na supremacia da lei. Há que se afastar, contudo, o dogma da onipotência do legislador, ainda que este se apresente como constituinte.⁵²⁵ Primazia sim, não monopólio.⁵²⁶ Este tem entendido a necessidade de adequar as leis às mudanças sociais que criam para o Poder Judiciário expectativas de solução para número sem precedentes de demandas, multiplicadas vertiginosamente, seja em razão de relações consumeiristas, consequência da divulgação dos direitos protegidos pelo Código do Consumidor, seja pela consciência sobre direitos que o cidadão brasileiro passou a ter com o advento da “Constituição Cidadã” de 1988, que ampliou o âmbito da ACP, criando o MS coletivo.

As mudanças políticas que geram mudanças econômicas, criando meios de aumentar arrecadação ou diminuir despesas, são responsáveis também, por grande número de demandas, cujo objeto busca unidade de tratamento em matéria econômico-tributária. Esses casos que se multiplicam, seriadamente, terminam por sobrecarregar os tribunais prejudicando assim, o acurado exame dos temas difíceis, como se houvesse uma fábrica montada para fazer dos juízes estivadores.⁵²⁷

Essa nova realidade impulsionou necessária *reengenharia* do processo civil, valendo mencionar como exemplos: as novas modalidades de coisa julgada, novos

⁵²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo** 100, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez.2000, p. 178.

⁵²⁴ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 49.

⁵²⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 24.

⁵²⁶ Idem, p. 26.

⁵²⁷ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v. 208, out.-nov.-dez. 1964, p. 16.

critérios determinativos de competência, restrição à formação de litisconsórcio ativo muito numeroso, etc.⁵²⁸ A essas mudanças somam-se os efeitos da súmula vinculante, que vão além do mero efeito *erga omnes* ou força de lei, eis que instituto coercitividade normativa e aplicação futura.

Quando se examina a normatividade da súmula vinculante há que se ter presente o pragmatismo de sua aplicação. André Ramos Tavares é pragmático, e claro, ao reportar-se ao julgamento de reiterados Recursos Extraordinários no caso de controle de constitucionalidade, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma. Essas decisões justificarão a edição de súmula de caráter abstrato, geral e vinculante para decisões futuras, não para aplicação imediata como no caso concreto.⁵²⁹

As Súmulas são vinculantes para o deslinde de casos idênticos sempre que estes devam ser apreciados e julgados pelo próprio STF. Nesta perspectiva, podemos afirmar, com Kelsen, que a interpretação contida nas referidas súmulas “assume o caráter de uma norma geral”.⁵³⁰ Mesmo antes da lei que deu origem a esse instituto, a doutrina visualizava características convergentes com aquelas próprias às normas. Um pouco à semelhança da função legislativa põe-se, com ela, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa.⁵³¹ Em consequência, as Súmulas se apresentam como “molduras” (de conteúdo já preestabelecido), dentro das quais “há de ser produzida a norma jurídica individual”, pelo Supremo, no exercício e nos limites de sua competência.⁵³²

As críticas feitas, ao tempo do instituto dos assentos, de que o juiz hierarquicamente inferior sofreria uma diminuição em sua capacidade judicante podem ser transmutadas ao âmbito do instituto da súmula vinculante. A esse argumento respondeu Azevedo Villaça não ter qualquer fundamento, pois que o próprio Tribunal que os baixar, estará à sua força submetido.⁵³³ Nesse sentido não

⁵²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 134.

⁵²⁹ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 14.

⁵³⁰ BOTALHO, Eduardo Domingos. A natureza normativa das súmulas do STF, segundo as concepções de direito e norma de Kelsen, Ross, Hart, e Miguel Reale. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano VII, n. 29, maio-jun. 1974, p. 20.

⁵³¹ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez 1997, p. 633.

⁵³² BOTALHO, Eduardo Domingos. *Op.cit.*, p. 20.

⁵³³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. São Paulo, Ano XXXIII, 3º trimestre de 1971, v. 74, p. 134.

há dúvida que a jurisprudência pacificada nos Tribunais Superiores, mesmo aquela que não se apresente formalmente, como vinculante obrigatória, opera com uma boa dose de normatividade, seja pelo fato de emanar dos órgãos de cúpula, cujas decisões não são mais contrastáveis, seja pelo virtual insucesso das decisões e postulações porventura veiculadas em sentido contrário às teses sumuladas.⁵³⁴

As súmulas com efeito vinculante foram instituídas apenas para o âmbito do STF, que as profere na qualidade de tribunal constitucional, embora houvesse discussão acerca de sua criação também no âmbito do STJ.

Sobre a crítica que parte da doutrina tece sobre a redundância entre os instrumentos de controle, há que se estabelecer que existam entre eles efeitos diversos. No controle de constitucionalidade, a norma é retirada do ordenamento jurídico, o que não acontece com o controle exercido com a aplicação da súmula, que apenas vincula os jurisdicionados e/ou a administração aos efeitos vinculantes da interpretação sumulada e editada pelo STF. É geral uma norma, ainda que ditada por juiz, sempre que não se enderece aos sujeitos determinados e se destine à disciplina de direitos ou obrigações de sujeitos a serem depois individualizados.⁵³⁵

A natureza normativa da eficácia obrigatória *erga omnes* deve-se à circunstância de que, quando editada pelo Superior Tribunal de Justiça, ou outro Tribunal Superior, como o do Trabalho e o Eleitoral, poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade e reapreciada pelo Supremo Tribunal Federal, o que hoje não se admite quanto às súmulas vigentes, posto que simples uniformizadoras da jurisprudência do próprio tribunal.⁵³⁶

6.2.3 Pressupostos da edição de súmula vinculante

Pela sua “gravidade”, por ser ato de grande alcance no âmbito do sistema jurídico,⁵³⁷ tendo, como efeito, a precípua função de trazer a última e definitiva

⁵³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 131.

⁵³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo 100**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez.2000, p. 177.

⁵³⁶ RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 4, n. 16, jul.-set 1996, p. 36.

⁵³⁷ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 15.

palavra dos tribunais superiores,⁵³⁸ para justificar medida generalizadora e transposição de efeitos entre as partes para efeito vinculante estabeleceu o legislador pressupostos restritivos.⁵³⁹

Em primeiro lugar, as súmulas devem resultar de processo próprio, não devendo o verbete se confundir com os processos que lhes deram origem. As decisões “reiteradas, prévias e convergentes”, mencionadas em sua matriz normativo constitucional devem ser em número superior a dois, assim como também é compulsório que a controvérsia seja atual, entre órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a Administração Pública, gerando, portanto, relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.⁵⁴⁰ A controvérsia deve recair sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas constitucionais, é preciso que exista um número significativo de demandas sobre a mesma questão jurídica, de modo a ensejar uma discussão dentro do próprio tribunal e posteriormente a um consenso, tornando-se pacífica.⁵⁴¹

Sobre a interpretação de questão constitucional é pertinente a peculiaridade:

Ao explicitar o alcance e entendimento do dispositivo constitucional, a decisão, mesmo em prejudicial de inconstitucionalidade, vinculada a determinado pleito, envolve sempre a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal, aquele cuja incidência ocorreu na espécie sob julgamento. Ainda quando o objeto da questão constitucional seja a impugnação de um ato de governo, ou decisão judicial, tendo-se em vista a aplicação de determinada norma a um caso concreto, o que se põe para julgamento é sempre a interpretação de determinado dispositivo constitucional.⁵⁴²

A exemplo da exigência de reiteradas decisões, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria absoluta, editar súmula vinculante 13, conhecida como a súmula que veda o nepotismo. Foi aprovada em Sessão Plenária de 21/08/08, tendo como precedentes ADI 1521 MC, MS 23780, ADC 12 MC, ADC 12 e RE 579951.

⁵³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 174.

⁵³⁹ CADORE, Márcia Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2007. p. 49.

⁵⁴⁰ PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília: TRF-1ª Região, n. 04, ano 16, abr. 2004, p. 21

⁵⁴¹ LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado. **Direito, Estado e Sociedade.** Rio de Janeiro: PUCRS, n.14, jan.-jul. 1999, p. 171.

⁵⁴² PASSOS, J.J. Calmo n de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil.** Curitiba Gênese, ano II, set.-dez. 1997, p. 635.

Os requisitos subjetivos revelam que as súmulas vinculantes podem ser editadas de ofício ou por provocação de autoridades e entidades normativas legitimadas para proporem processo objetivo. Mas os pressupostos são diversos, assim como o rol de legitimados também o é. Entretanto, a lei atribui idêntica legitimidade para ação direta e outros.

Para o processo de formação, alteração e cancelamento de súmula vinculante é exigido a maioria qualificada, 2/3 (oito ministros), artigo 97 da Constituição Federal. Entretanto, para as decisões prévias que ensejam a construção dos precedentes exige-se a maioria de 6 ministros.

Entre os requisitos subjetivos destacam-se o requisito de pertinência temática a alguns legitimados parciais, sindicatos, onde há exigência para a ação direta.

6.2.4 Motivação principal para a edição de súmula

Ordinariamente, a regra jurídica é sempre elaborada após o surgimento dos fatos sociais que a determinam, inúmeras e reiteradas vezes sob pressão, partida de uma ou várias camadas sociais [...] ⁵⁴³ No ordenamento jurídico nacional, é fácil perceber a crescente importância dos tribunais e dos órgãos administrativos superiores no desenvolvimento da vida jurídica, não só aplicando normas legais, mas preenchendo suas inevitáveis lacunas. Se para decisão dos casos concretos têm os tribunais poderes para suprir o vácuo entre as leis e os fatos da vida, nada mais natural, que os efeitos dessas decisões sirvam de paradigma para decisões futuras.

Em virtude da crescente afirmação da jurisprudência, pela assimilação de institutos estrangeiros, ou porque já não mais se podem suportar as diferenças quando reina a igualdade dos fatos, em verdade, a motivação para a edição de súmula é alvitre de há muito almejado não só entre os juristas, mas entre todos os operadores do direito. A Constituição cidadã desempenhou papel importantíssimo

⁵⁴³ CORRÊA, Niederauer Alcione. Jurisprudência e prejulgado. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos**. São Leopoldo: Unisinos, v.II, n. 20, 1977. p. 22.

quando alça ao nível de direito fundamental a igualdade de todos perante a lei (entenda-se a lei como direito). A súmula vinculante, como se viu, tem como finalidade essencial eliminar a insegurança jurídica decorrente da aplicação concomitante (por juízos diversos) de variantes (interpretativas e de aplicação) possíveis de um mesmo comando normativo.⁵⁴⁴

No mesmo sentido a lição de Alfredo Buzaid:

Na verdade, não repugna ao jurista que os tribunais, num louvável esforço de adaptação, sujeitem a mesma regra jurídica a entendimento diverso, desde que se alterem as condições econômicas, políticas e sociais; mas repugna-lhe que sobre a mesma regra jurídica dêem os tribunais interpretação diversa e até contraditória, quando as condições em que ela foi editada continuam as mesmas. O dissídio resultante de tal exegese debilita a autoridade do Poder judiciário, ao mesmo passo que causa profunda decepção às partes que postulam perante os tribunais.⁵⁴⁵

A idéia é clara: diminuir o número de contendas envolvendo a Administração Pública,⁵⁴⁶ razão porque estão direcionadas para a diminuição do número de julgados, mecanismo que acelere a tramitação de processos. Sua adoção certamente contribuirá, e muito, para a diminuição do número de recursos endereçados ao STF, porque as teses sumuladas haverão de ser, necessariamente, encampadas por todas as instâncias judiciais, (...) o que é condizente com a função do STF de dizer qual deve ser a interpretação da Carta Maior.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 77-8. Cf. Leonardo D. Moreira Lima, entre os principais motivos que vêm sendo evocados para justificar a adoção de súmula vinculante podem assim ser resumidos: a) evitar a proliferação de decisões diversas sobre matérias idênticas já decididas pelos tribunais superiores; e, b) tornar mais célere e barata a tramitação dos processos judiciais, diminuindo em grande parte o volume de trabalho que torna moroso o Judiciário (p. 173).

⁵⁴⁵ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, jul. 1985, p. 192.

⁵⁴⁶ TAVARES, André Ramos. *Op.cit.*, p. 18.

⁵⁴⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103, nov.-dez. 2007, p. 47. O autor adianta posicionamento inteiramente favorável à adoção desse instrumento como um mecanismo de atribuir maior respeitabilidade às decisões reiteradas do STF.

6.2.5 Fatores legitimantes que ensejam a edição de súmulas vinculantes

Entre os fatores legitimantes que ensejam a edição de súmulas, com efeito, vinculante: insegurança jurídica e multiplicação de processos. A divergência de julgados é elemento extremamente comprometedor da segurança e desagregador da harmonia social.⁵⁴⁸ A garantia da razoável duração do processo mais a previsibilidade das decisões dão suporte à edição de súmulas. São, assim, razões de ordem prática que originaram a adoção do efeito vinculante, inspiradas na doutrina do *stare decisis*.

Barbosa Moreira ressalta a importância da jurisprudência para a solução dos casos concretos. Refere a existência de interesse público, no sentido de interesse que toca ao público, à população em geral e cita figuras como o assistente e recurso de terceiro prejudicado como exemplos que corroboram essa constatação.⁵⁴⁹ A súmula vinculante produz, outrossim, uma tutela inibitória dos abusos da Administração Pública, em face do direito evidente do administrado, evitando, assim, no raio de sua eficácia, o surgimento e a proliferação de lides idênticas, perante os Tribunais do país.⁵⁵⁰

Não é exagero merecedor de reprovação dizer-se que ao juiz, quando lhe cabe julgar uma causa, é impossível prever a extensão integral do terreno que sua sentença direta ou indiretamente afetará, assim como o menino que atira uma pedrinha ao lago é incapaz de adivinhar até onde chegarão os círculos concêntricos que seu gesto simples desenha na superfície da água.⁵⁵¹

A súmula deve ser entendida, pois, no sentido de ser instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus, irradiados seus efeitos, como na metáfora acima referida, a todos quantos estejam abrigados no círculo concêntrico, esse representante das situações fáticas análogas que justificam a edição do processo sumular. Nenhum malefício pode a esse instrumento ser

⁵⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo** 100, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. 2000, p. 182.

⁵⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Eletrônica Mars, ago. 2003. p. 33.

⁵⁵⁰ PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília: TRF-1ª Região, n. 04, ano 16, abr. 2004, p. 25.

⁵⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op.cit.*, p. 34.

atribuído eis que a própria lei que o regulamenta contém previsão de procedimento pelo qual poderá ser ele modificado, evitando assim, a petrificação do direito.⁵⁵²

Saulo Ramos expõe e qualifica revoltante situação vivida por cidadãos cujo direito, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal foi desconsiderado pelo TRF da 5ª Região que, rebelando-se contra a interpretação efetuada pelo STF, não a aplicou aos aposentados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, enquanto os demais brasileiros, na mesma situação jurídica, passaram a tê-los respeitados no resto do território nacional. Apenas um aposentado conseguiu a proeza de recorrer e o recurso não foi recebido, por intempestivo. Contra esses cidadãos a inconstitucionalidade transitou em julgado. O INSS, condenado em todo o país a respeitar a decisão do Supremo, porque prestigiada pelos demais tribunais federais, se recusa a estender aos aposentados gaúchos, catarinenses e paranaenses os benefícios da autoaplicabilidade daqueles comandos constitucionais.⁵⁵³ Infinitos casos semelhantes ao exposto poderiam ser usados como mecanismo propulsor de medida que legitima o efeito vinculante da súmula. Compactuar com a atitude subversiva apontada pelo jurista seria como, por exemplo, aceitar que um laboratório produzisse determinada medicação para o tratamento de moléstia grave, vendesse o remédio para a população de todo o país, mas restringisse o efeito terapêutico à determinada região.⁵⁵⁴

Lembrar que o juiz está subordinado somente à lei é o óbvio na ciência jurídica, mas usar o axioma, como argumento contrário à vinculação em certos casos, é raciocinar ao inverso, posto que a decisão de um superior colegiado de

⁵⁵² LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v. 208, out.-nov.-dez. 1964, p. 17.

⁵⁵³ RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 4, n. 16, jul.-set 1996, p. 28. Cf. Cândido Dinamarco não são sequer necessárias muitas estatísticas para confirmar que o maior alimentador dos acervos judiciais de casos pendentes é o próprio Estado (Estado, em seus diversos níveis federativos) O Supremo Tribunal Federal não se cansa de pronunciar a inconstitucionalidade de uma série de exações fiscais da União, mas ela persevera em continuar a exigir, a demandar, a resistir, a recorrer até a última instância. Comportamento análogo tem a Fazenda do Estado de São Paulo, seja em temas tributários decididos e assentados, seja no tocante a pretensões de seus servidores. Assim também procede a Previdência Social. E os tribunais são chamados a repetirem-se em julgados e mais julgados, mesmo muito tempo depois de estar pacificada ou mesmo uniformizada sua jurisprudência. DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo 100**, ano 25, out.-dez.2000, p. 168-9.

⁵⁵⁴ Cf. Arruda Alvim, a súmula vinculante, para vir a ser editada, pressupõe determinadas condições que constam do p. 1º do art. 103-A da CF, e que são reiteradas no art. 2º, *caput* e seu p. 1º, da Lei 11.417/2006. São essas condições ou circunstâncias – em rigor, um ambiente anterior – precedentes à edição da súmula vinculante que devem ter sido consideradas pelo STF. ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1.154.

juízes, por maioria qualificada, tem a presunção absoluta de total subordinação à lei e a sua melhor interpretação.⁵⁵⁵

6.2.5.1 Competência para edição da súmula vinculante

Pode ser editada de ofício ou por provocação de autoridades e entidades normativas legitimadas para ações diretas de processo objetivo. As súmulas devem resultar de processo próprio. Não se confunde com o processo que deu origem às decisões concretas reiteradas. Dependem de decisões concretas convergentes, em número superior a dois (para formar as “reiteradas decisões” mencionadas em sua matriz normativo constitucional).⁵⁵⁶ Entretanto, verifica-se que a competência para editar súmula universalmente vinculante ficou restrita ao Supremo Tribunal Federal (art. 103-A), no âmbito de sua competência em matéria constitucional.⁵⁵⁷

A análise da proposta da edição da primeira súmula ilustra a possibilidade da edição por iniciativa do próprio Supremo Tribunal Federal. Relatora a Ministra Ellen Gracie, o procedimento em comento teve como origem conclusões obtidas no julgamento do recurso extraordinário nº 418.918. Foi aprovada por unanimidade a edição da primeira súmula vinculante.

Em relação à súmula nº 2, também provocada *ex officio*, proposta que teve como origem documento de iniciativa do Ministro Gilmar Mendes que assim declarou: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingo e loterias.” A razão de ser do enunciado refere ser relativa o tema atual e capaz de acarretar grave insegurança jurídica e provêm dos precedentes ADI 2.847, ADI 2.996, ADI 3.183, ADI 3.147, ADI 2.690 e ADI 3.277.

Sobre a competência do Supremo Tribunal Federal a afirmação de seu presidente deve prevalecer:

⁵⁵⁵ RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 4, n. 16, jul.-set 1996, p. 37.

⁵⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 22.

⁵⁵⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 265.

Se entendermos que o efeito vinculante da decisão está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em um dado Estado democrático e a função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário e o próprio Supremo Tribunal Federal não estão impedidos de reconhecer essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte. Assinale-se, nessa mesma linha, que o STF não estará exorbitando de suas funções ao reconhecer efeito vinculante a decisões paradigmáticas por ele proferidas na guarda e defesa da Constituição.⁵⁵⁸

6.2.5.2 Legitimidade para proposição da súmula vinculante

Andou bem o legislador ordinário, ao dispor acerca dos legitimados à aprovação, à revisão ou ao cancelamento da súmula vinculante, no art. 3º da Lei 11.417/2006, pois só acresceu legitimados aqueles já constantes do Texto Supremo.⁵⁵⁹ Deve-se ter presente que, pelo p. 2º do art. 103-A, os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, por esse texto constitucional, são *legitimados natos* para essa propositura, revisão ou cancelamento da súmula vinculante, sem prejuízo do que foi estabelecido a mais pelo disposto na Lei 11.417.⁵⁶⁰ Poucos sabem que a possibilidade de se outorgar ao órgão do Ministério Público a iniciativa do controle de constitucionalidade *in abstracto*, positivada em 1965 (EC n. 16, de 1965; CF de 1967/69, art. 119, I, I), fora contemplada por Kelsen nas suas meditações sobre o chamado “processo constitucional”.⁵⁶¹

O parágrafo 1º do mesmo artigo inclui entre os legitimados, os Municípios, fazendo a ressalva de que a proposta deve ser feita incidentalmente nos processos em que seja parte, não sendo autorizado, entretanto, a suspensão do processo. O município não detém legitimidade para provocar o procedimento, como de resto não

⁵⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed. Revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 323.

⁵⁵⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103, nov.-dez. 2007, p. 51. André Tavares Ramos observa, no ponto, que não há qualquer inovação por parte da Lei, já que repete o rol dos legitimados ativos para a propositura da ADIn, indicado constitucionalmente no art. 103. Entretanto, observa que há uma inversão da ordem constitucional na indicação desses mesmos legitimados ativos, o que representa uma péssima técnica legislativa. Contudo, refere não haver consequência objetiva alguma. *In Nova Lei da Súmula Vinculante*. p. 54-55.

⁵⁶⁰ ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.1.155.

⁵⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit*, p. 217.

o possui para a proposição da Ação Direta, exceção feita quando for parte no processo, modo incidental, em processo já em trâmite.⁵⁶²

A legitimidade ativa dos tribunais, art. 3º., XI, provoca significativa ampliação do rol dos legitimados ativos para a proposição da súmula vinculante. Essa abertura foi realizada sem criar uma legitimidade ativa irrestrita e popular, que significaria uma indesejada abertura, na contramão da própria súmula vinculante (que visualiza uma diminuição do volume de processos no STF) (...) A Lei excluiu apenas os juízes e juízos de primeira instância e o Conselho Nacional de Justiça.⁵⁶³ Inclui, entretanto, o defensor público geral da união.

É relevante, outrossim, apontar a autorização contida no *caput* do art. 102-A, assim como no art. 2º da LSV que o STF poderá agir de ofício, independente de qualquer provocação. André Tavares Ramos adverte para a possibilidade de, por meios diversos, alcançar-se o mesmo efeito vinculante, sem, entretanto, ser necessária “aguardar reiteradas decisões”. É que os legitimados poderão via ação direta desencadear o mesmo efeito.⁵⁶⁴ Em relação á legitimidade irrestrita para a sua edição,⁵⁶⁵ poderia representar exagero haja vista a comparação no sentido de que se pode dizer que *praticamente* a edição de uma súmula vinculante, *em certa escala*, produzirá um *impacto* similar ao da edição de uma norma. E, no caso, como se trata de norma constitucional, [...] esse impacto deve ser havido como mais forte e signífictivo [...] ⁵⁶⁶

O parágrafo 2º do artigo 3º dá poderes ao relator para admitir, decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Contudo, a figura do relator somente faz

⁵⁶² SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.. 904.

⁵⁶³ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 57. O autor afirma que devem ser considerados como incluídos no rol (taxativo) deste parágrafo o STJ, o TSE, o STM, o TST, os TJs dos Estados e do DF (e de eventual território que venha a ser criado nos termos do art. 18, p. 2º, da CB), os TRTs, os TRFs, os TREs e os Tribunais Militares. p. 57

⁵⁶⁴ Idem, p. 56.

⁵⁶⁵ A partir desta sexta-feira (6), qualquer cidadão interessado poderá participar do processo de edição das súmulas vinculantes enviando manifestações ao Supremo, como memoriais ou outros documentos que possam contribuir com o entendimento dos ministros sobre as matérias em análise. O processo será totalmente eletrônico. Espaço vital dia 6 de março de 2009.

⁵⁶⁶ ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.1.156

sentido quando a corte for provocada, instaurando-se aí verdadeiro contraditório, com abertura para prazos, oitiva de interessados e admissão de terceiros.⁵⁶⁷

O *amicus curiae* é o terceiro que intervém no processo a requerimento ou por convocação judicial, para fornecer ao juízo elementos reputados, como importantes, úteis ou indispensáveis para o julgamento da causa, ou, no caso de súmula vinculante, subsidiar a consolidação do entendimento, por meio de estudos, pesquisas ou pareceres.⁵⁶⁸ Contudo, no procedimento *ex officio*, distinto do implementado pela regulamentação regimental, no caso de provocação externa, que se dará por meio dos legitimados no art. 3º da Lei 11.417/2006, não há que se falar em admissão formal de terceiros.⁵⁶⁹

É importante frisar que a terminologia “terceiros”, importada do processo civil ordinário, deve ser compreendida como “participantes” ou “colaboradores” do processo objetivo, cujo universo será determinado pelo RISTF.⁵⁷⁰ A decisão do relator que admite esse terceiro como auxiliar ou colaborador, que fornecerá subsídio em prol da melhoria da qualidade do pronunciamento judicial não é terceiro interessado direto previsto no CPC, artigos 56 a 80.

A edição da súmula vinculante é processo objetivo, razão suficiente a ensejar que não seja aconselhável a intervenção de terceiros porquanto não interessaria o processo de edição, revisão e cancelamento de súmula a particulares. Predomina nesse processo evidente interesse público no que concerne à aplicação do direito de forma igualitária, portanto, em uma justiça menos desigual e mais confiável.

⁵⁶⁷ Texto extraído da análise de proposta da súmula vinculante nº 2 do STF. Aprovada por maioria, voto vencido Min. Marco Aurélio.

⁵⁶⁸ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 904.

⁵⁶⁹ O texto foi extraído da análise da proposta da segunda súmula vinculante que trata da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistema de consórcios e sorteios, inclusive bingo e loterias, proposta que tem como origem documento de iniciativa do Ministro Gilmar Mendes. O enunciado em deliberação, relativo a tema atual e capaz de acarretar grave insegurança jurídica, provém dos precedentes: ADI 2.847, ADI 2.996, ADI 3.183, ADI 3.147, ADI 2.690 e ADI 3.277.

⁵⁷⁰ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 61.

6.2.5.3 Quórum para aprovação da súmula vinculante

O parágrafo terceiro do artigo 2º da Lei 11.417 determina maioria qualificada, 2/3 (oito ministros) em sessão plenária, o que atribui consistência e peso ao que venha a ser sumulado, revisto ou cancelado.⁵⁷¹

Não alcançado o *quorum* mínimo, nada obsta a que se edite súmula sem efeito vinculante, súmulas não-vinculantes, à luz do artigo 479 do CPC, artigo 122 e seguintes do RISTJ.

Sérgio Shimura menciona importante diferença no que concerne ao quórum necessário para a edição da súmula que vincula e o que declara constitucionalidade/inconstitucionalidade de norma: oito ministros para a edição da primeira e seis ministros para o julgamento da ação direta e ADC. Nesse caso, basta os votos favoráveis independentemente da fundamentação, mas, para a edição de súmula, há exigência de que tanto os fundamentos quanto a conclusão sejam convergentes.⁵⁷²

André Ramos Tavares refere que a presença de “reiteradas decisões” não necessariamente irá refletir uma inclinação *forte* do Tribunal. Isso porque a despeito de reiteradas, as decisões podem ter fundamentações diversas (...) alcançadas por um *quórum* bastante débil.⁵⁷³ A fragilidade é atribuída, em razão da *transposição* do

⁵⁷¹ ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.1.155. Cf. André Ramos Tavares questiona a razão pela qual se quer dificultar o processo decisório concreto? Assevera que a resposta é simples: que a preocupação tem como foco a transposição de efeitos concretos e *inter partes* para efeito vinculante e que esse tipo de modelo não deveria ser admitido se não houvesse uma decisão *forte* por parte do STF. (...) é modelo que exige uma maioria qualificada (ou unanimidade) na decisão anterior (para generalizá-la com certa diluição dos riscos que esse modelo já contém em si mesmo). Nova Lei da Súmula Vinculante. P. 49.

⁵⁷² SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 905.

⁵⁷³ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 46. O autor menciona que o mesmo problema pode repetir-se no âmbito da interpretação das leis. Pode acontecer que determinados ministros considerem não aplicável determinada lei a certo caso concreto, porque fazem uma interpretação conforme a Constituição, enquanto outros a consideram não aplicável porque entendem que o caso está fora do âmbito da incidência da lei (não está acobertado pela lei). O resultado é invariavelmente o mesmo: a lei não será aplicada ao caso concreto. Mas as fundamentações são diversas e o efeito vinculante poderá depender exatamente dessa discussão para ter plena operatividade. p. 47.

concreto para o abstrato e depois posto que fundamento da decisão pode não ser único, embora cheguem todos ao mesmo resultado final [...] ⁵⁷⁴

No direito da *common law*, *obter dictum*, também chamado *dictum* ou *dicta* são justificações de decisão de um tribunal que não são necessárias para resolver o caso em análise. Para a aplicação do precedente aos casos futuros importa a interpretação que tenha feito o tribunal no julgamento dos recursos extraordinários anteriormente julgados, resumida no verbete sumulado. Sumular-se uma tese é se eleger um *único resultado possível* para a interpretação da norma de que se terá o enunciado da súmula derivado. ⁵⁷⁵

A aplicação do conteúdo da súmula é o que vincula tanto o poder judiciário como a administração direta e indireta. O princípio pelo qual a aplicação da súmula obriga o poder judiciário estar em que cada juiz, de qualquer grau, em qualquer das variadas Justiças de que se compõe o Poder Judiciário brasileiro, exerce a mesma jurisdição que os demais juízes exercem: é sempre o poder estatal exercido com o objetivo pacificador, ou seja, é sempre a jurisdição. ⁵⁷⁶

6.2.6 Limites objetivos e subjetivos da súmula vinculante

É absolutamente imprescindível que se tenha uma noção *daquilo que pode ser sumulado*. Necessário que se trate de questão de direito. ⁵⁷⁷ Tem-se dito, com acerto, que, *rigorosamente*, seria impossível fazer-se esta distinção, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno *direito* ocorre, de fato, no momento de *incidência* da norma, no mundo real, no universo empírico. ⁵⁷⁸ Mas, de qualquer sorte, para as Cortes Supremas, é secundária a missão de atender ao interesse das partes numa nova solução do litígio. ⁵⁷⁹ Sob essa ótica, não há motivo por que as cortes

⁵⁷⁴ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 45.

⁵⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: Desastre ou solução? Constituição e processo civil. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista do Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, abr.-jun. 2000, p. 305.

⁵⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 347.

⁵⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.*, p. 302.

⁵⁷⁸ Idem, *ibidem*.

⁵⁷⁹ GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, v. 734, São Paulo, dez.1996, p. 47.

superiores examinem matéria de fato, essa adstrita ao juiz de primeiro grau, pelo princípio do juiz natural e proximidade que mantém com as partes durante os trâmites processuais.

Entre a finalidade objetivada no julgamento do recurso extraordinário e especial não estão abarcadas as questões de fato.⁵⁸⁰ A vinculação excessiva do juiz de primeiro grau aos fatos e aos problemas das partes, assim como a atenção do juiz superior exclusivamente à filosofia jurídica apartada da realidade social não é recomendável. Os primeiros acham-se mais adstritos aos fatos e os superiores à ciência jurídica, daí a diversa visão que tem na aplicação das leis.⁵⁸¹

Para fins de se saber que tipo de questão pode ser objeto de súmula é importante salientar que o seu enunciado não pode deixar margem de dúvida alguma a respeito do quadro fático a que se aplicaria.⁵⁸² São “terrenos férteis” para a incidência de súmula, matérias tributária, previdenciária e administrativa. Se o preceito da súmula for ao sentido da inconstitucionalidade de determinado tributo, a administração pública terá de se amoldar e respeitar tal entendimento em homenagem ao princípio da igualdade.⁵⁸³

Nesse contexto, pode-se afirmar que não podem ser objeto de súmula, por exemplo, questões relativas ao direito de família ou a acidentes de veículos. Isto porque são situações de tal modo multifacetadas, o que torna impossível que sejam apreendidas por um enunciado curto.⁵⁸⁴ Aliás, quanto aos fatos, mesmo que se trate

⁵⁸⁰ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido invariável acerca dos seguintes pontos: em nenhuma questão de facto, por mais censurável que seja a decisão da justiça local, é admissível o recurso (entre muitos outros o recurso extraordinário). Consequentemente, por mais errônea que seja a apreciação das provas, não tem cabimento (entre muitos outros o recurso extraordinário). LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. 1º milheiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 124.

⁵⁸¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Justitia. Serviço de documentação jurídica do ministério público. São Paulo, Ano XXXIII, 3º trimestre de 1971, v. 74, p.136. O autor cita Carnelutti que refere: “si quieres que el juez custodie fielmente la lei haced que vea lo menos posible el rostro de aquel a quien tiene que juzgar. Así, si la corte de cassación tiene que interpretar lo más exactamente posible el derecho, preciso que juzgue lo menos posible el hecho” (p. 134).

⁵⁸² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: Desastre ou solução? Constituição e processo civil. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista do Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, abr.-jun. 2000, p. 303.

⁵⁸³ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 906.

⁵⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.*, p. 303.

de questão jurídica já sumulada, os juízes deverão analisá-los atentamente a fim de verificar se eles realmente se subsumem no enunciado da súmula.⁵⁸⁵

Na justiça americana, quando a Corte toma uma decisão sob fundamento constitucional, tal decisão, em geral, é de derrubada mais difícil do que uma decisão sobre interpretação de lei. Apesar disto, o Congresso dispõe, realmente, de meios para derrubar uma decisão constitucional ou, pelo menos, reduzir seus efeitos. Um destes meios é uma lei.⁵⁸⁶

Nosso sistema não sujeita o Poder Legislativo ao efeito da súmula vinculante, nas suas funções típicas, podendo editar nova lei, sem embargo de a anterior ter sido objeto de súmula. Sendo em função atípica está submetido à súmula. Nessas situações, consideradas legítimas pela sistemática adotada para a extensão dos efeitos próprios da súmula, pode-se concluir que o legislativo estará a reabrir a discussão anteriormente encerrada pela edição da súmula vinculante versando sobre a primeira lei.⁵⁸⁷ O Tribunal de Contas está adstrito ao cumprimento da súmula. (artigo 70 CF).⁵⁸⁸

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, claro está que não se submete ao efeito vinculante de suas decisões posto que poderá, de ofício, propor súmula, com base em novas decisões reiteradas que venham desconfirmar a súmula estabelecida no passado.⁵⁸⁹ Entretanto, a súmula vincula todos os órgãos do Poder Judiciário, inclusive as Turmas do Supremo Tribunal Federal, e os seus ministros nos julgamentos monocráticos.⁵⁹⁰

⁵⁸⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 271

⁵⁸⁶ BAUM, Lawrence. **A suprema corte americana**. Traduzido por Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 332.

⁵⁸⁷ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 38.

⁵⁸⁸ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 906.

⁵⁸⁹ TAVARES, André Ramos. *Op.cit.*, p. 39. Entretanto não é fácil quanto parece ser essa assertiva posto que a prática no STF, no que diz respeito à aplicação do art. 557 do CPC é de que, quando há uma decisão do plenário em determinado sentido, a decisão é comunicada aos diversos gabinetes dos ministros para que passem a adotar, monocraticamente (pelo relator) esses recursos. Esse procedimento permite concluir que a formação de reiteradas decisões (acórdãos, em plenário) sobre determinado tema, requisito essencial para deflagrar, validamente, o processo de edição, revisão ou cancelamento de súmula, é praticamente inviável de ocorrer, no rigor dessa sistemática, inviabilizando-se, conseqüentemente, a adoção de súmula vinculante. A razão é simples, a adoção dessa medida impediria a chegada de recursos extraordinários em matéria já decidida e esse impedimento evitaria a edição de súmulas. O autor menciona essa dificuldade na mesma obra (p. 104).

⁵⁹⁰ SOUZA, Marcelo Dias de. *Op.cit.*, p. 272.

6.2.7 Eficácia temporal da súmula vinculante

A Lei processual civil passa a existir como tal, tornando-se, portanto, vigente, no momento que ela própria indicar ou, à falta dessa indicação, quarenta e cinco dias depois de publicada na imprensa oficial (LICC, art. 1º).⁵⁹¹ Entretanto, em relação à vigência da súmula vinculante – edição, revisão ou cancelamento – comportarão publicação em dois meios oficiais de comunicação [...], no Diário da Justiça em seção especial e no *Diário Oficial da União*, a partir de cuja publicação o enunciado levará a que essa súmula vinculante tenha eficácia prevista (p. 4º do art. 2º).⁵⁹²

As Súmulas Vinculantes, diversamente do que ocorre com as ações diretas de inconstitucionalidade, produzem normalmente efeitos *ex nunc*.⁵⁹³ Por razões de ordem excepcional, como segurança jurídica ou interesse público, o STF poderá restringir ou deferir a outro momento os efeitos, artigo 4º da Lei 11.417, com similaridade ao que ocorre no artigo 27 da Lei 9868/99.⁵⁹⁴ O STF pode modular os efeitos temporalmente assim como estabelecer que a eficácia pode ser determinada a partir de determinada data, caso em que a eficácia da súmula estará equiparada àquela estabelecida na lei “ainda” constitucional.

É inegável a enorme repercussão na sociedade da súmula vinculante, sobretudo tendo-se em vista o seu efeito “em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” [...] daí a possibilidade que o legislador ordinário estabeleceu de o Supremo Tribunal Federal modular a eficácia da decisão, bem como restringir-lhe os efeitos vinculantes.⁵⁹⁵ A restrição pode ocorrer em relação aos destinatários, ao

⁵⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 113.

⁵⁹² ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.1.155.

⁵⁹³ ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103, nov.-dez. 2007, p. 55.

⁵⁹⁴ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 905.

⁵⁹⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. *Op.cit.*, p. 52. No julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3022 (decisão de 2.8.2004), por maioria, o STF, embora tendo declarado inconstitucional determinada lei, entendeu ainda constitucional a sua observância até o dia 31 de dezembro de 2004. Eis a decisão histórica, segundo dados obtidos no STF, registrando-se o peso do princípio da proporcionalidade no deslinde da questão:

lapso temporal e ao espaço (determinada região) em que a tributação é diferenciada.⁵⁹⁶

Excluída a possibilidade de modulação dos efeitos da súmula vinculante, sua eficácia temporal poderá encontrar limite na necessidade de alteração do conteúdo da mesma. O art. 5º estabelece que deverá o STF, de ofício ou por provocação *rever* ou *cancelar* a súmula vinculante. Se a súmula vinculante representa a única maneira possível de entendimento de uma norma, e se esta norma foi alterada, é

"O Tribunal julgou improcedente, em parte, pedido de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República, a pedido da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, contra o art. 45, da Constituição desse Estado ("Art. 45. O servidor público processado, civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no exercício regular de suas funções terá direito à assistência judiciária do Estado") e a alínea a do Anexo II da Lei Complementar gaúcha 10.194, de 30 de maio de 1994, que definia como atribuição da Defensoria Pública estadual a assistência judicial aos servidores processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais. Entendeu-se que o art. 45 da Constituição estadual não viola a CF, uma vez que apenas outorga, de forma ampla, um direito funcional de proteção do servidor que, agindo regularmente no exercício de suas funções, venha a ser processado civil ou criminalmente. No tocante à alínea a do Anexo II da Lei Complementar 10.194/94, considerou-se que a norma ofendia o art. 134 da CF, haja vista alargar as atribuições da Defensoria Pública estadual, extrapolando o modelo institucional preconizado pelo constituinte de 1988 e comprometendo a sua finalidade constitucional específica. Dessa forma, por unanimidade, declarou-se a constitucionalidade do art. 45, da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul e a inconstitucionalidade da alínea a do Anexo II da Lei Complementar 10.194, do Estado do Rio Grande do Sul e, por maioria, atribuiu-se o efeito dessa decisão a partir do dia 31.12.2004, a fim de se evitar prejuízos desproporcionais decorrentes da nulidade *ex tunc*, bem como permitir que o legislador estadual disponha adequadamente sobre a matéria. Vencidos, nesse ponto, os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio que não davam esse efeito por entenderem que, estando à norma impugnada em confronto com a Constituição Federal e, não se tratando, no caso, de segurança jurídica nem de excepcionalidade, tendo-se presente o interesse social, haver-se-ia de aplicar a jurisprudência do STF no sentido de conferir a declaração efeitos *ex tunc*".

⁵⁹⁵ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo** 905. Cf. Arruda Alvim, o deslocamento da eficácia temporal para momento ulterior à edição de uma súmula vinculante guarda *certa similitude* com a noção da *vacatio legis*. (...) Como a lei *nova* traz uma ordenação diferente da que preexistia, deve haver um tempo – maior ou menor, conforme a importância e a complexidade da lei, que se traduz num maior ou menor impacto na sociedade e órgãos, ao que deverá corresponder tempo menor ou maior de *vacatio* – objetivando proporcionar aos destinatários que se “acomodem” para a finalidade de a entenderem e poderem vir a cumpri-la. O dimensionamento desse espaço *vago*, na hipótese da súmula vinculante, ficará a critério do Pleno do STF. Súmula e Súmula Vinculante. P. 1.156.

⁵⁹⁶ Idem, *ibidem*. Cf. Arruda Alvim, o deslocamento da eficácia temporal para momento ulterior à edição de uma súmula vinculante guarda *certa similitude* com a noção da *vacatio legis*. (...) Como a lei *nova* traz uma ordenação diferente da que preexistia, deve haver um tempo – maior ou menor, conforme a importância e a complexidade da lei, que se traduz num maior ou menor impacto na sociedade e órgãos, ao que deverá corresponder tempo menor ou maior de *vacatio* – objetivando proporcionar aos destinatários que se “acomodem” para a finalidade de a entenderem e poderem vir a cumpri-la. O dimensionamento desse espaço *vago*, na hipótese da súmula vinculante, ficará a critério do Pleno do STF. ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1.156.

certo que a leitura objeto da súmula não deverá subsistir.⁵⁹⁷ Mesmo no sistema anglo-saxão os efeitos do precedente não são absolutos.⁵⁹⁸ O precedente poderá ser sempre revisto se ficar demonstrada a sua desarrazoabilidade ou erronia, ou em outras palavras, desde que haja novas e persuasivas razões para se adotar outra decisão.⁵⁹⁹

Embora possa a eficácia temporal da súmula ser limitada no tempo, o respeito ao direito adquirido e à coisa julgada impossibilitam que uma nova súmula possa reverter situações jurídicas consolidadas e integradas ao patrimônio jurídico da parte. É direito fundamental previsto e tutelado pelo artigo 5º, da Constituição Federal.

A autoridade da Coisa Julgada é a mesma autoridade da Justiça; o respeito de que a revestem, é o que se deve nos atos da soberania e às leis do país.

Sobre a coisa julgada imprescindível a lição de Liebman:

O princípio tradicional, segundo o qual se produz a coisa julgada entre as partes e só entre as partes, não pode bastar a exaurir o tema da extensão subjetiva da sentença. Ele permanece muito exato [...] mas é necessário completá-lo, de certo modo, para dar-se conta de um dado de fato que não adianta negar e muito menos suprimir, isto é, o da coexistência, ao lado da relação jurídica que foi objeto de decisão e sobre a qual incide a coisa julgada, de inúmeras outras relações a ela ligadas de modo variado. Afirmar que elas são insensíveis à decisão prolatada, pode ser uma solução teoricamente muito simples, mas praticamente inadequada e cheia de inconvenientes, com o defeito de deixar de lado a realidade que faz sentir as suas exigências acima e além de qualquer recusa ou proibição, ainda mais rigorosa.⁶⁰⁰

6.2.7.1 Revisão da súmula vinculante

A possibilidade de o órgão jurisdicional que editou a súmula proceder ao seu cancelamento afasta o risco de rigidez alvitado pela corrente doutrinária que se opõe ao efeito vinculante da mesma. Evita-se o risco de engessamento da

⁵⁹⁷ ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.1.157.

⁵⁹⁸ LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUCRS, n.14, jan.-jul. 1999, p. 181.

⁵⁹⁹ Idem, p. 169.

⁶⁰⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p.68.

jurisprudência e a sua capacidade de adaptar-se às mutações sociais e econômicas da Nação de modo a extrair dos textos constitucionais e legais a norma que, no momento, está atenta aos reclamos axiológicos da sociedade.⁶⁰¹ Pode-se afirmar, ainda, que a súmula vinculante tem o condão de vincular, em certo sentido, até mesmo o Pleno do Supremo Tribunal Federal, salvo nas hipóteses em que aludido órgão vier a cancelar ou modificar o entendimento já cristalizado no verbete sumular.⁶⁰²

Os mesmos argumentos que ensejam a criação do direito por meio da jurisprudência (que a lei não prevê todos os fatos da vida, que esses se tornam quantitativamente superiores aqueles previstos pelo legislador, que a lei é dever-ser e a realidade da vida é) podem ser usados para que as súmulas sejam revistas. Já não atendem mais ao fim para a qual foram criadas.

No que concerne ao poder de revisão da súmula vinculante:

Á medida que nossos tribunais recorrem à formulação de *súmulas* crescerá a responsabilidade dos juristas e advogados no sentido de que elas não se convertam em *modelos rígidos*, nem em sucedâneos de normas legais. A *súmula* – poder-se-ia dizer numa imagem figurada – marca o horizonte da compreensão do Direito, em determinado momento da experiência jurídica, mas, como toda linha do horizonte, ela deve se alterar à medida que avançam as conquistas da doutrina, graças à sua interpretação construtiva e renovada dos textos legais, cujo entendimento teórico-prático na súmula se compendia.⁶⁰³

6.2.7.2 Pressupostos da revisão da súmula vinculante

A Lei da Súmula prevê que possa a mesma sofrer revisão ou cancelamento. Para esse desiderato aprofundado esforço será exigido dos advogados e juízes que, com argumentos novos, aspectos não explorados nos velhos argumentos deverão

⁶⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo** 100, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez.2000, p. 183.

⁶⁰² ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103, nov.-dez. 2007, p. 54.

⁶⁰³ REALE, Miguel. **Jurisprudência e doutrina**. Vox Legis, Repositório autorizado da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Registrado sob nº 003/79. Ano XIII, v. 146, fev. 1981, p. 5.

realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica.⁶⁰⁴ Assim sendo a súmula será modificada no sentido de conter a nova interpretação.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 86, p. 6º, red. 28.08.1963; art. 103, red. Atual) contempla a possibilidade de modificações sumulares desde que criado o sistema de súmulas. Essa previsão está a demonstrar que o próprio órgão não tem interesse na estagnação do direito.

A instituição do fim é ponto de partida para a procura de meios.⁶⁰⁵

São freios ao poder arbitrário a exigência de fundamentação tanto na aplicação da lei quanto na aplicação do precedente.⁶⁰⁶ Assim como no direito da *common law*, o verbete vinculante funciona como um princípio, um ponto de partida do qual o julgador se socorrerá ou não. Para tanto poderá fazer uso das mesmas técnicas das quais se utilizam os juízes do *common law*, quais sejam *distinguishing* e *overruling*.⁶⁰⁷ Se o precedente não puder ser usado como referência para o julgamento futuro, o magistrado apenas o distinguirá, fundamentando sua decisão. Se, entretanto, ocorrer que ele não esteja em conformidade com as necessidades e realidade social poderá ser revisto, haja vista a previsão legislativa que autoriza sua revisão.

A súmula vinculante, à semelhança da súmula de jurisprudência uniforme, atende a vários objetivos; é um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, mediante a simples citação de um número convencional; distingue a jurisprudência firme da que se acha em vias de fixação; atribui a jurisprudência firme

⁶⁰⁴ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v. 208, out.-nov.-dez. 1964, p. 17.

⁶⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 70. Segundo o autor a investigação da jurisprudência, especialmente dos tribunais superiores, para verificar, em cada caso pragmático, quais foram os comportamentos havidos como necessários à sua realização (p. 75).

⁶⁰⁶ Cf. Calmon de Passos, J.J. a solução do conflito reclama do julgador a formação de seu convencimento sobre os fatos e subsequente formação de seu convencimento sobre o direito aplicável a tais fatos, isto é, sua compreensão jurídica dos fatos da causa como verificados no processo. Para eliminar a arbitrariedade, incompatível com a democracia, exige-se a fundamentação das decisões e possibilita-se o seu controle por outros magistrados, competentes para proceder ao reexame desse julgamento, no pertinente à correção dos juízos formulados sobre as questões de fato e sobre as questões de direito. PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba Gênese, ano II, set.-dez 1997, p. 632.

⁶⁰⁷ Cf. Leonardo D. Moreira Lima, sob esse aspecto, a função da súmula assemelha-se à do precedente no direito anglo-saxão, na medida em que ambos têm como objetivo servir de orientação para futuras decisões, facilitando com isso a compreensão do direito e dando maior segurança e estabilidade ao sistema. LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUCRS, n.14, jan.-jul. 1999, p. 171.

de consequências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetem e exterminar as protelações deliberadas.⁶⁰⁸

Por fim e igualmente relevante está a afirmação de que a proposta de edição, revisão ou cancelamento não tem interferência nos processos em que a mesma questão esteja sendo discutida (art. 6º). Enquanto não se *editar, rever* ou *cancelar* (ou, mais precisamente, enquanto não se fizer publicar o enunciado respectivo no Diário Oficial), prevalece a ordem jurídica sem se considerar qualquer efeito da proposta.⁶⁰⁹

6.2.7.3 Legitimados para a revisão

Os legitimados à revisão de súmula vinculante deverão, em princípio, serem os mesmos com legitimidade para proporem a edição da súmula. Nesse sentido encontram-se os terceiros.⁶¹⁰

Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina referem que a legitimação para alteração haveria de ter sido estendida à própria parte: “segundo pensamos, as súmulas vinculantes deveriam poder ser objeto de alteração por um sistema cuja iniciativa fosse acessível à própria parte”. Não é o que se extrai do p. 2º do art. 103-A da Constituição, bem como do art. 3º da Lei 11.417/2006.

⁶⁰⁸ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v. 208, out.-nov.-dez. 1964, p. 17.

⁶⁰⁹ ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.1.157.

⁶¹⁰ No ponto a lição de Arruda Alvim é no sentido de não haver restrição em admitir manifestação dos mesmos, a qual parece ser livre. Ou seja, livre no sentido de que nem pelo fato, *v.g.*, de estar sendo processada uma *revisão de súmula vinculante* esse terceiro haverá de concordar com essa revisão, como, ainda concordando, poderá manifestar-se em sentido diferente, ofertando outra redação, diversa daquele que propôs a revisão. ALVIM, Arruda. *Op.cit.*, p. 1.155.

6.2.8 Aplicação da súmula vinculante às causas

Os pleitos iguais, dentro de um mesmo contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo seu natural anseio de segurança.⁶¹¹ É política do direito anglo-americano decidir uma causa do mesmo modo como as causas semelhantes foram decididas. Seus fundamentos são os mesmos alvitados na uniformização da jurisprudência: igualdade, segurança, economia e respeitabilidade.⁶¹²

A doutrina do *stare decisis* não exige obediência cega a decisões passadas. [...] Antes de mais nada, é necessário que o tribunal determine se o princípio deduzido, através do caso anterior, é aplicável. Em seguida, deve decidir em que extensão o princípio será aplicado.⁶¹³

A aplicação do verbete vinculante, assim como a aplicação da lei, pressupõe operação mental de adequação. O julgador há que ter em mente a correta compreensão dos fatos, para depois verificar se os mesmos prestam-se à aplicação da súmula.

O sistema do *common law* se utiliza frequentemente de um sistema oficial para remissão desses precedentes. Assim como as leis, as súmulas são gerais e abstratas. O precedente transformado em súmula será desconectado do caso concreto que lhe deu origem, tornando-se à semelhança da lei, geral e abstrato. Contudo, o modo de aplicação não decorre do texto, mas das conexões que são construídas pelo intérprete.⁶¹⁴

Na verdade, será difícil, senão impossível, acontecer que em tudo se identifiquem duas causas submetidas à Justiça. Serão, no máximo, análogas,

⁶¹¹ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v. 208, out.-nov.-dez. 1964., 16.

⁶¹² CADORE, Márcia Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 55.

⁶¹³ RE, Edward. D. *Stare Decisis*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano XLII, n.198, abril de 1994, p. 30.

⁶¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 36. O autor refere que, ou se examina a razão que fundamenta a própria regra para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*) (p. 38).

coincidindo em alguns pontos e divergindo em outros. Há, então, que distinguir entre os “pontos relevantes” e os “aspectos marginais” da sentença.⁶¹⁵

A determinação de aplicar ou não o precedente passa por identificar os fatos tratados pelo tribunal como fatos materiais, considerados estes aqueles imprescindíveis para que se possa decidir um caso e cuja presença caracteriza aquela situação e outras futuras.⁶¹⁶ Posto que a súmula tem origem nas variações de interpretação e o acórdão, no conflito de interesses, naquele pode o tribunal servir-se da analogia; mas não se pode invocar a súmula senão quando há identidade de questão.⁶¹⁷

Dessa forma, os precedentes não se devem aplicar de forma automática. [...] Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um *dictum*. (...) Um *dictum* é apenas uma observação ou opinião e, como tal, goza de força persuasiva.⁶¹⁸

6.2.8.1 Aplicação da súmula vinculante a casos pendentes e futuros

Situa-se o processo civil entre os ramos do processo em que os postulados da igualdade mais se fazem sentir, porquanto a lide, só por si, implica igualdade entre as partes e a intervenção do tribunal, para decidir, ocorre precisamente,

⁶¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 186.

⁶¹⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. **Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial**. Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 004/85 e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 12 (Portaria n. 8/90). Ano 20, jan.-mar. 1996. p. 51

⁶¹⁷ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. **Jurisprudência em Revista**. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, jul. 1985, p. 14.

⁶¹⁸ RE, Edward. D. Stare Decisis. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano XLII, n.198, abril de 1994, p. 28. No mesmo sentido, é a lição de Mancuso: mesmo nos países da *common law* essa força vinculante do precedente judiciário deve ser entendida sem exageros: não é a decisão toda que estende ao caso análogo, e sim o seu núcleo, o princípio nela assentado, ou seja, a *ratio decidendi*, abstraindo-se, pois, para esse efeito, as demais considerações aduzidas a *latere*, circunstancialmente (obter *dicta*), que, em nosso sistema processual, corresponderiam, em certo modo, às ponderações que, no julgado, são expendidas *incidenter tantum*, apesar de certas expressões jurídicas sugerirem que existe certa discricionariedade reconhecida ao julgador para a identificação da similitude entre o paradigma e o caso pendente, fato é que a extensão do precedente ao caso análogo pressupõe uma efetiva semelhança entre ambos, o *stare decisis* não tem hoje o mesmo poder vinculativo de que já desfrutou outrora na *common law*, em virtude mesmo de uma valorização crescente do direito escrito (*statute law*), fenômeno igualmente observado na práxis judiciária dos Estados Unidos (p. 192).

porque, à partida, não devem prevalecer a vontade e os interesses de nenhuma.⁶¹⁹ Robustos argumentos em favor da aplicação da súmula encontram guarida nos princípios da igualdade das partes assim como o da segurança jurídica. Os homens prescindem do Direito para objetivar sua liberdade, mas dele dependem para viabilizá-la na sua convivência. Consequentemente, indissociável do Direito, é o valor segurança,⁶²⁰ como contraponto da Justiça Social com todos os seus aspectos, notadamente o da igualdade material alcançada, entre outras formas, pelo devido processo legal (legislativo, executivo e judicial).⁶²¹

No Brasil, [...] principalmente as leis processuais, extraordinariamente complexas e permissivas de mecanismos de protelação de decisões, tem transformado a justiça num sonho distante e inacessível às camadas mais pobres da população.⁶²² Estando os órgãos judiciais e a administração pública obrigados ao cumprimento do que determina o conteúdo da súmula não se pode deixar de observar que a medida é ponte direta que leva o cidadão ao alcance do direito, sem a necessidade de que para tanto deva necessariamente recorrer ao poder judiciário através do processo. A súmula vinculante é meio adequado a compelir a administração pública a não postergar direitos reconhecidos aos administrados.

Para tratar da aplicabilidade da súmula vinculante é necessário equipá-la-á a lei. Ora, se a lei é obrigatória, por que não há de ser o seu entendimento dado pelo tribunal?⁶²³ Deve-se, então, considerar a lição de que, em regra, a lei nova não pode atingir situações processuais já constituídas ou extintas sob o império da lei antiga.

⁶¹⁹ MIRANDA, Jorge. Constituição e Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**. Ano 25, Abr-Jun. de 2000, n. 98, p. 36.

⁶²⁰ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez. 1997. p. 625-6. Leonardo L. Morato registra que a súmula vinculante vem com a promessa de proporcionar aos jurisdicionados maior segurança e maior previsibilidade nos julgamentos do Poder Judiciário e, também, um aumento da incidência do princípio da isonomia. Reclamação e sua Aplicação para o Respeito da Súmula Vinculante (p. 224).

⁶²¹ MIRANDA, Jorge. *Op.cit.*, p.rto. Segurança Jurídica, Liberdade e Súmula Vinculante. Revista Ciências Sociais/Universidade Gama Filho. Vol. 1, n. 1 (nov. 1995) Rio de Janeiro: Editoria Central da Universidade Gama Filho, 1995. p. 67.

⁶²² BEZERRA, Paulo. O acesso aos direito e à justiça. Um direito fundamental. **Boletim da Faculdade de Direito**. v. LXXXI, Coimbra: Coimbra, 2005. p. 785.

⁶²³ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. Jurisprudência em Revista. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, jul. 1985, p.215. Não quer, entretanto, o autor dizer que não exista distinção entre súmula e lei. Assevera-o que uma coisa é a lei; outra, a súmula. A lei emana do Poder Legislativo. A súmula é uma apreciação do Poder Judiciário, que interpreta a lei em sua aplicação aos casos concretos. Por isso a súmula pressupõe sempre a existência da lei à diversidade de sua exegese. A lei tem caráter obrigatório; a súmula revela-lhe o alcance, o sentido e o significado, quando a seu respeito se manifestam simultaneamente dois ou mais entendimentos. Mas o que distingue a lei da súmula é que esta tem caráter jurisdicional e interpretativo. É jurisdicional, porque emana do Poder Judiciário; é interpretativo, porque revela o sentido da lei (p.215).

Isto é, não pode ferir os respectivos direitos processuais adquiridos,⁶²⁴ isto é aqueles que se incorporaram no patrimônio do titular, bem como a coisa julgada, porque ambos são direitos elevados à eminência de direito constitucional.⁶²⁵

Na medida em que a lei nova carrega presunção de que, por ser oriunda de exigência social, é mais adequada e melhor do que a anterior é que a irretroatividade é a regra. Consequências materiais do ocorrido sob o império da anterior norma positiva regem-se de acordo com a lei cuja vigência surgiu o fato ou a relação jurídica respectiva.⁶²⁶

Pontes de Miranda já referira que não se pode dividir o domínio das leis segundo a sucessão dos fatos: fatos passados regidos pelas leis anteriores; fatos presentes, pelas leis do presente; fatos futuros, pelas leis do futuro. O que se tem de dividir é o tempo: passado, regido pela lei do passado; presente, pela lei do presente; futuro, pela lei do futuro.⁶²⁷

No plano do direito intertemporal, importa o que é passado e o que é presente. O futuro interessa menos, porque é o campo próprio das leis, *Natura legis est decidere casus futuros*.⁶²⁸

Se a lei nova vem para substituir a anterior, em princípio terá de ser ela a reger todos os fatos que ocorrerem dali em diante, ainda quando tenham ligação com o passado.⁶²⁹ O que caracteriza as normas são os dispositivos (comandos) nelas contidos e uma lei posterior pode mudá-los, atribuindo, modificando ou retirando juridicidade aos fatos.⁶³⁰ É certo, por isso mesmo, que, alterado o texto constitucional objeto da súmula, isso haverá normalmente de repercutir no enunciado da súmula vinculante. Como, ainda, alterado o texto da lei objeto da súmula, normalmente, isso repercutirá na súmula.⁶³¹ Não é difícil inferir que a

⁶²⁴ LACERDA, Galeno. **O novo direito processual civil e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense. Brasília. 1974. p. 13.

⁶²⁵ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência Atual 30**, ano XII, jul. 1985, p. 215.

⁶²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1955, p. 49.

⁶²⁷ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 91.

⁶²⁸ Idem, p. 80.

⁶²⁹ NORONHA, Fernando. Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de direito intertemporal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 837, jul. 2005. p. 71.

⁶³⁰ Idem, p. 65.

⁶³¹ ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.1.154.

aplicação da súmula dar-se-á da mesma forma. Assim como a lei, o magistrado aplicará ao processo pendente de julgamento a súmula vigente no tempo presente.

Problema que requer registro, contudo, é tratado no art. 6º da Lei 11.417/2006: a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão. Duas questões importam no que concerne a esse artigo: a primeira, relativa ao direito intertemporal e o princípio da irretroatividade da lei, a seguir, a que se relaciona com os princípios da igualdade, segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais que se quer ver afirmado com a implementação do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Embora, no processo, o objetivo admita a interposição de medida cautelar, a vedação adotada parece igualmente consistente, porque a possibilidade de suspender o andamento de outros processos que dependessem de solução a ser adotada por súmula vinculante poderia representar uma projeção camuflada de efeitos retroativos desta.⁶³² O essencial dos sistemas e dos paradigmas não está na estrutura, mas no sentido: a estrutura organiza e permite o funcionamento, mas só o sentido funda e constitutivamente sustenta.⁶³³ Sob esse aspecto, a vedação perturba e impede a contribuição que a criação do instrumento pretende para o aprimoramento do sistema jurídico pátrio. Melhor andou o legislador ao prever a suspensão dos feitos na lei dos recursos repetitivos. Essa previsão dá sentido àquela lei, que é julgar de maneira isonômica os feitos repetitivos. Para tanto se espera que os tribunais suspendam o julgamento dos recursos cujo objeto está sob apreciação do STJ para que o efeito da decisão alcance todos os casos análogos. A Lei 11.417/2006 teve igual pretensão, mas, por imposição do artigo 6º, não alcançará a transcendência almejada nos feitos em pendentes. Estes poderão ser julgados independentemente do conteúdo que vier a ser sumulado que, com o trânsito em julgado da decisão, extinguirá para a parte prejudicada a possibilidade de modificação do julgamento em conformidade com a interpretação “autêntica do STF”.

De qualquer sorte, do ponto de vista técnico, andou bem o legislador, pois, ao vedar a suspensão do andamento de processos que debatem temas propostos

⁶³² TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 75.

⁶³³ BEZERRA, Paulo. O acesso aos direitos e à justiça – um direito fundamental. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra: Coimbra, 2005. p. 776. v. LXXXI.

para transformarem-se em súmulas de efeito vinculante, consolidou o regime não retroativo dos efeitos da súmula.⁶³⁴

6.2.9 Destinatários da súmula vinculante

A aplicação da súmula de forma vinculante, sem dúvida, contribuirá para a realização do mandamento do inc. LXXVIII, do art. 5º, que proporcionará duração menor dos processos em que ela resulte aplicada.⁶³⁵ Como visto, o acesso aos direitos e à justiça, na dimensão aqui proposta, não se resume ao acesso ao processo ou à justiça pela via judicial, é muito mais que isso, essa dimensão de efetividade do acesso aos direitos e à justiça como sendo, também, um direito em si mesmo, e um direito humano e fundamental.⁶³⁶

De nada adianta aperfeiçoar o sistema, fazê-lo perfeito, se os jurisdicionados mantiverem a mesma mentalidade, a mesma conduta. Diga-se o mesmo em relação aos órgãos do Estado e, em particular, aos do Poder Judiciário. Qualquer sistema terá a sua operacionalidade garantida somente se aqueles a quem tiver sido destinado, e que dele façam uso, o acatem e o exercitem na medida de sua competência. Não se pode afirmar que o estado seja cumpridor fiel das decisões judiciais, assim muitas vezes pode ser parte passiva na relação processual. Entretanto, é exigente credor, posição que cumpre com extrema competência, ao ser autor em execuções fiscais contra contribuintes inadimplentes. Já se disse que a súmula vinculante tem os seus defeitos, pois, de certa forma, restringe o esforço

⁶³⁴ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 76. Cf. o autor, do ponto de vista de política processual, a solução é conveniente, pois impede o risco de paralisação de inúmeros processos, que ficariam congelados aguardando o momento da elaboração da súmula vinculante (sem prazo para ser exarada). Pensamos que o fato de processos ficarem congelados esperando que seja editada a súmula é medida menos nociva que várias decisões contraditórias sobre igual questão de direito. Para corroborar a mesma noção apresentamos afirmação do próprio autor (p. 77) em que refere: a súmula vinculante, como se viu, tem como finalidade essencial eliminar a insegurança jurídica decorrente da aplicação concomitante (por juízos diversos) de variantes interpretativas e de aplicação) possíveis de um mesmo comando normativo. (grifo nosso)

⁶³⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103, nov.-dez. 2007, p. 52.

⁶³⁶ BEZERRA, Paulo. O acesso aos direitos e à justiça. Um direito fundamental. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 794. v. LXXXI.

criativo da jurisprudência. Mas, por outro lado, presta-se para separar meras teimosias, que acarretam imensos prejuízos para as partes litigantes.⁶³⁷

Neste contexto são destinatários das súmulas, os juízos e tribunais sujeitos à competência superior do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos administrativos em geral, entes intermediários entre o Estado e o particular, que como pessoas jurídicas de direito privado estão sujeitos à ordem pública e às regras estatais. São os partidos políticos, sociedades mercantis, associações esportivas, culturais e religiosas.⁶³⁸

6.2.9.1 Efeitos da aplicação

Ultimamente, a questão do acesso à justiça tem-se acrescentado o debate acerca do acesso aos próprios direitos, como corolário do acesso à justiça.⁶³⁹ Sob essa perspectiva mais abrangente é que se quer seja a súmula vinculante compreendida: como uma contribuição no sentido de acesso ao direito sem, contudo, necessariamente, ser esse alcançado, via judicial.

É discutível a idéia de que, com a adoção da “súmula vinculante”, a quantidade de pleitos sofrerá diminuição considerável. Poder-se-á vaticinar com segurança que nunca mais se animarão os advogados a patrocinar causas em que tenham de desafiar súmula? Barbosa Moreira permite-se discordar.⁶⁴⁰

Algumas considerações sobre os efeitos da aplicação da súmula vinculante em nosso sistema foram feitas pelo eminente jurista e ministro do Supremo Tribunal Federal José Néri da Silveira que gentilmente expressou sua opinião no sentido de acreditar que a aplicação desse “mecanismo forte”, eivado de normatividade inibirá, sem dúvida, o ajuizamento de ações quando a matéria objeto do litígio já esteja sumulada. Referiu-o o exemplo do mandado de segurança contra cobrança de

⁶³⁷ NOGUEIRA, Alberto. Segurança jurídica, liberdade e súmula vinculante. **Revista Ciências Sociais/Universidade Gama Filho**. V. I, n. 1, nov. 1995. Rio de Janeiro: Editoria Central da Universidade Gama Filho, 1995. p. 71.

⁶³⁸ MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 232 (Recursos no Processo Civil; 15).

⁶³⁹ BEZERRA, Paulo. O acesso aos direitos e à justiça. Um direito fundamental. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 776. v. LXXXI.

⁶⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmula vinculante e duração dos processos**. ADV Advocacia Dinâmica Seleções Jurídicas. Ago. 2004. p. 44.

tributos enfatizando não ser direito líquido e certo se a matéria estiver sumulada com força obrigatória e vinculante para todos.

A súmula vinculante pretende evitar a multiplicação de processos sobre questões idênticas objetivando dar ao jurisdicionado previsibilidade em relação à viabilidade da questão a ser discutida. Essa medida, com certeza inibirá ações aventureiras assim como repercutirá em favor da segurança jurídica.

O balanço das atividades do Supremo em 2008 aponta que a soma dos resultados da Súmula Vinculante e do filtro da Repercussão Geral tornaram a corte mais ágil e eficiente. Em 2007, os ministros receberam 112.938 recursos, esse número foi reduzido para menos de 47.058 recursos.⁶⁴¹

Não somente o Supremo Tribunal Federal está podendo racionalizar seu trabalho com a implementação de filtros que impedem a subida de recursos que se repetem à exaustão retirando tempo dos magistrados para concentrarem-se nas causas que requerem mais aprofundado exame do direito pela sua complexidade. Nesse sentido o julgamento do recurso especial nº 982.133-RS (2007/0185490-1).⁶⁴² O não conhecimento do recurso especial acima nominado por falta de interesse de agir está a demonstrar o grau de eficiência que as mudanças processuais estão alcançando quando a matéria objeto da demanda estiver sumulada pelo tribunal.

6.2.9.2 A súmula vinculante e tutelas de urgência

A atividade jurisdicional, monopolizada pelo Estado, desenvolvida imparcialmente e em substituição ao interessado,⁶⁴³ deve demandar o tempo suficiente para que o juiz, percorrendo o caminho dos fatos e a estes associando o direito conclua pela solução do caso concreto.

⁶⁴¹ <http://www.jornaldaordem.com.br/noticia_ler.php?id=13038>. Novos procedimentos aliviam pauta do STF. 13.01.09.

⁶⁴² RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI N. 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ N. 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO. I. Falta ao autor interesse de agir para a ação que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar: a) haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido; b) o pagamento pelo custo do serviço respectivo, quando a empresa lhe exigir, legitimamente respaldada no art. 100, parágrafo, 1º da Lei 6.404/1976. II Julgamento afetado à 2ª Seção com base no Procedimento da Lei nº 11.672/2008 e Resolução STJ n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos) III Recurso especial não conhecido. <http://www.espacovital.com.br/noticia_imprimir.php?idnoticia=12883> Acesso em: 30 set. 2008.

⁶⁴³ ZAVASCKI, Teoria Albino. **Antecipação da tutela**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 15.

Ao reviver no seu tempo próprio a cena do conflito,⁶⁴⁴ o processo, na sua versão ordinária, talvez não entregasse o bem em tempo que permitisse ao vitorioso o seu aproveitamento. Dessa forma tanto as medidas cautelares quanto às antecipações de tutela são fruto da intenção de oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo.⁶⁴⁵

A súmula vinculante contém a certeza do direito, esse interpretado pelo Supremo Tribunal Federal. A tutela antecipada, nesse caso, não é hipotética nem verossímil (requisitos das medidas emergenciais), mas fundada na certeza robusta de que o direito interpretado foi construído a partir do entendimento da maioria qualificada dos membros do mais alto tribunal do país.

A tutela de evidência se impõe, assim, na espécie, sob o comando da súmula vinculante, tanto na justiça ordinária quanto nos Juizados Especiais, como técnica eficaz de rápida solução de conflitos, evitando-se o acúmulo de feitos repetitivos perante a Justiça comum e nesses Juizados, a ponto de livrá-los do total estrangulamento e de prejuízos irreparáveis para os jurisdicionados.⁶⁴⁶

Segundo Arruda Alvim, *no que depender da aplicação da súmula vinculante, o que impende, exclusivamente, é aplicá-la, obedecê-la.*⁶⁴⁷

6.2.10 Conseqüências do desrespeito da súmula vinculante

Consoante acima se frisou, o Estado ocupa posição de liderança e destaque no que concerne à recalcitrância em cumprir ordens judiciais. A independência do Poder Executivo parece dar a ele individualidade bastante para desconsiderar tanto as normas promulgadas pelo Poder Legiferante como aquelas advindas do Poder Judiciário. Assim é que a recalcitrância tem atingido patamares insustentáveis, neste ponto, evidenciada pela vultosa quantia devida a título de precatórios. A questão é

⁶⁴⁴ OST, François, **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 15.

⁶⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 55.

⁶⁴⁶ PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília: TRF-1ª Região, n. 04, ano 16, abr. 2004, p. 27.

⁶⁴⁷ ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.1.158.

mais cultural do que propriamente de outro quilate. A igual conclusão chegou Barbosa Moreira ao advertir para o raciocínio simplista de se admitir que, a partir da súmula vinculante, nenhum julgamento poderá afastar-se do seu conteúdo assim como ninguém mais ousará ajuizar demanda incompatível com ela.⁶⁴⁸

Não pode, entretanto, a segurança (no sentido de uma ordem social com estabilidade e alguma previsibilidade) prescindir, para que se torne efetiva, de um mínimo de aquiescência dos dominados e da redução, ao máximo, da possibilidade de sua resistência a quanto prescrito.⁶⁴⁹ É necessário, assim, que se imponha aos destinatários o cumprimento compulsório do conteúdo do verbete, respeitados os casos em que o magistrado não está convencido da sua aplicação e, diga-se de passagem, é legítimo que assim seja.

Antes de adentrar ao tema do descumprimento da súmula, há que se traçar algumas considerações sobre a possibilidade, de o magistrado não usá-la, não caracterizando, essa atitude, desobediência ou desconsideração à autoridade do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de problema que concerne à hermenêutica.⁶⁵⁰

Calmon de Passos assevera que, inerente ao poder de julgar, é a liberdade concedida ao juiz para interpretar a norma geral e abstrata que será aplicada no julgamento do caso concreto. A mesma autonomia será dada ao magistrado quando se cuidar de interpretação de súmula vinculante. [...] Tudo será problema de clareza e pertinência da fundamentação oferecida. Contudo, há forte inclinação à atitude que o autor já qualificou de “urticária do autonomismo”.⁶⁵¹

Vale a reprodução de passagem demonstrativa de que a independência judicial não conta somente com a responsabilidade do juiz com o caso julgado. Assim é que o ilustre jurista, ante a pergunta de um juiz federal sobre sua independência e liberdade de consciência, respondeu:

⁶⁴⁸ OREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmula vinculante e duração dos processos**. São Paulo: ADV Advocacia Dinâmica Seleções Jurídicas. Ago. 2004. p. 44.

⁶⁴⁹ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez. 1997. p. 625-6.

⁶⁵⁰ Cf. André Ramos Tavares, que o descumprimento de súmula vinculante por algum agente do próprio sistema jurídico oficial é um ato grave. Isso, contudo, jamais poderia justificar, como se chegou a cogitar em determinado momento, a criação de um “crime de hermenêutica”. Refere o autor que criminoso seria o ato de aprovar um “crime de hermenêutica” porque dilaceraria as bases da estrutura judiciária (de qualquer país), promovendo um inusitado retorno à concepção de que, no enunciado de texto, se encontram, necessariamente, todas as soluções (Direito= lei + súmula) para os mais distintos casos concretos que se apresentem na realidade multifária da vida (p. 88).

⁶⁵¹ PASSOS, J.J. Calmon de. *Op.cit.*, p. 637.

esta mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juízes podem nos torturar em nome da justiça a que se dizem obrigados, subjetivamente, e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança objetiva aos jurisdicionados?⁶⁵²

Tirante os casos em que o juiz poderá não aplicar o verbete pela simples razão de que o mesmo não tem pertinência com o caso concreto, a aplicação é compulsória se, aos fatos, se pode aplicar a tese jurídica nele contida.

As conseqüências da violação da súmula vinculante não podem ter efeito diverso daqueles que resultam da violação de lei, não sendo aceitável que se dê aquela violação um tratamento privilegiado. A razão é simples: inevitável equiparar a súmula e a jurisprudência com força vinculante da norma geral de natureza interpretativa editada pelo legislador. Nem pode valer mais, nem deve valer menos.⁶⁵³

O artigo 7º da Lei da Súmula Vinculante refere considerar atentatório ato que venha a contrariar ou que indevidamente a aplicar (ação ou omissão que contrariar, negar-lhe vigência ou aplicá-la indevidamente).⁶⁵⁴

O parágrafo primeiro do mesmo artigo refere-se ao descumprimento da administração pública, por não ter tomado ela conhecimento da edição da súmula. Nesse caso a medida obrigatória é o contencioso administrativo. Exige-se, portanto, o esgotamento da via administrativa pelo interessado. Esse artigo poderia suscitar questionamento em relação a sua constitucionalidade já que a Constituição Federal determina o livre acesso à justiça como direito fundamental. Entretanto, se a criação de súmulas, por transcender o interesse das partes, concentra-se mais no problema das ações repetitivas e na necessidade de racionalização da matéria a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, deixar ao alvitre dos inconformados ou desinformados a possibilidade de questionar judicialmente a aplicação do verbete seria permitir que força contrária àquela que originou a necessidade da criação de súmula fosse exercida.

⁶⁵² PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez. 1997. p. 625-6, p. 637.

⁶⁵³ Idem, p. 636. Cf. José Afonso da Silva o princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, que como Estado de Direito se sujeita ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. In: **Curso de direito constitucional positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 125.

⁶⁵⁴ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p.15-6.

Ilustra o ponto lição de eminente jurista:

Em face daquela realidade atual, das aflições do Judiciário e a necessidade de dar-se ao Direito a efetiva destinação de tutelar bens jurídicos do povo, surgiu a tese em defesa do efeito vinculante às decisões de última instância, que passariam a ter eficácia subordinativa para as jurisdições inferiores e para o Poder Executivo [...]⁶⁵⁵

O artigo 9º acresce à Lei nº 9.784/99, os arts. 64-A e 64-B tratou de responsabilizar pessoalmente a autoridade e órgão administrativo pelo descumprimento de Súmula Vinculante cuja incidência já tenha sido determinada em reclamação. Agindo dessa forma quis o legislador demonstrar a “irrecusabilidade da força vinculante”.⁶⁵⁶ Deve-se a essa responsabilidade o caráter mandamental da decisão que acolhe a reclamação além do desconstitutivo da decisão judicial ou ato administrativo contrários à súmula.⁶⁵⁷

O dispositivo impõe ao órgão prolator da decisão que gerou a reclamação que profira nova decisão, desta feita em consonância com a decisão prolatada pelo STF. A imposição estende-se igualmente ao órgão recursal para que fique este adstrito ao conteúdo da súmula.⁶⁵⁸

A multa do artigo 14 deve ser imposta e paga pelo administrador que não cumprir a súmula, para tanto, o rol originário desse artigo sofreu promissor acréscimo, seja incluindo todos os protagonistas que de alguma forma participam do processo, seja criando a modalidade de ato atentatório ao exercício da jurisdição; impondo multa ao responsável, em montante não superior a 20% do valor da causa, independentemente de outras sanções processuais.⁶⁵⁹

⁶⁵⁵ RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, , ano 4, n. 16, jul.-set 1996, p.25.

⁶⁵⁶ PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Gênese, ano II, set.-dez. 1997. p. 637.

⁶⁵⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103, nov.-dez. 2007, p. 65.

⁶⁵⁸ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 96.

⁶⁵⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 16-7.

6.2.10.1 Reclamação

O vocábulo, no direito brasileiro, é ao menos, ambíguo. A razão dos diferentes sentidos reside no fato de o mesmo meio poder ser empregado tanto como sinônimo de *correição parcial*, assim como instituto pelo qual se leva ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça a notícia da usurpação de sua competência ou desobediência a julgado seu, cometida por juiz ou tribunal inferior (Const., art. 102, inc.I, letra I, e art. 105, inc.I, letra f).⁶⁶⁰ A reclamação está inserida no contexto do direito processual constitucional, porquanto o seu escopo, em última análise, é o de salvaguardar as garantias constitucionais.⁶⁶¹ A correição parcial é remédio que, teoricamente, sem interferir com os atos decisórios, beneficia os litigantes que aleguem vítimas de erros ou de abusos que invertam ou tumultuem a ordem dos atos processuais.⁶⁶²

O art. 7º da Lei nº 11.417 acrescentou às possibilidades acima referidas quando a decisão judicial ou o ato administrativo contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. Dos atos atentatórios à autoridade da súmula vinculante caberá reclamação, as demais súmulas não são de obediência obrigatória.

A aplicação indevida da súmula pressupõe erro de interpretação ou inadequação da aplicação do direito em tese à situação fática enfrentada pelo magistrado no julgamento da demanda. O desacerto poderá ser cometido por quaisquer dos sujeitos passivos subordinados aos efeitos vinculantes da mesma.

⁶⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 195

⁶⁶¹ MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 18. (Recursos no Processo Civil; 15). No instituto da reclamação tem incidência a teoria dos poderes implícitos, a partir do qual se deve entender que, no caso do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além dos poderes expressamente previstos em lei, também foram conferidos implicitamente a essas Cortes outros poderes, necessários ao resguardo do desempenho de suas funções, bem como para a garantia de sua autoridade e de sua competência (p. 264).

⁶⁶² ASSIS, Araken de. **Manual de Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 858. Cf. o autor a correição parcial esquivar-se ao gabarito de recurso em sentido próprio, porque infringe o princípio da taxatividade. Outra obra do mesmo autor supracitado: In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Introdução aos sucedâneos recursais**. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

A reclamação por negativa de vigência da súmula implica o exame do tempo da edição, cancelamento ou revogação do verbete, seara que concerne ao direito intertemporal, anteriormente abordado. O maior campo de incidência, contudo será o da validade constitucional, o que não significa tratar, necessariamente, de tema constitucional. É admissível que o conteúdo verse sobre o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos, a interpretação conforme a Constituição desses atos e outros temas constitucionalmente relevantes.⁶⁶³

Caso o conteúdo da súmula tenha sido infringido, cabe o exame da intenção do obrigado. Em caso de má fé, se poderia pensar na aplicação da multa do parágrafo único do artigo 14.

O emprego da reclamação não prejudica outros recursos. Em síntese, se a decisão judicial cometer um dos atentados à autoridade da súmula contidos no artigo 7º, concomitantemente, à reclamação caberá a impugnação que o caso requeira.⁶⁶⁴

O proponente da reclamação deve demonstrar que possui o direito de ter uma questão apreciada por um dado órgão do Judiciário ou demonstrar o seu direito em fazer prevalecer uma decisão proferida em seu favor – à vista de algum tipo de resistência por parte da autoridade reclamada.⁶⁶⁵ Acolhida a reclamação pelo Supremo Tribunal Federal, a autoridade prolatora da decisão será cientificada e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão aguardar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilidade

⁶⁶³ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 14. Cf. Leonardo L. Morato, o desrespeito à Súmula Vinculante ocorrerá ou por não ter sido aplicada a súmula; ou por ter sido aplicada inadequadamente; ou por ter sido aplicada quando não aplicável; ou por ter sido distorcido o conteúdo da súmula em sua aplicação no caso concreto; ou por terem sido desbordados os limites da súmula; ou por ter sido ela interpretada inadequadamente; e tantas outras situações que de qualquer modo acabem configurando um desrespeito à súmula (e, portanto, da autoridade do STF, o responsável pela edição da súmula) (p. 226).

⁶⁶⁴ Não é esse o entendimento de Leonardo Morato. Assevera o autor que, na maioria dos casos em que é cabível um determinado recurso contra uma dada decisão, não se tem por cabível a reclamação. E isso porque, dada à finalidade do recurso – no caso, dito *próprio*, porque é apropriado para alcançar o fim almejado na situação –, a reclamação não se presta a subsidiá-lo, nem a sucedê-lo, nem a remediá-lo. Porém, dizer que *sempre* que cabível um recurso estaria ilidido o cabimento da reclamação, a nosso ver, é uma assertiva equivocada (p. 139). No mesmo sentido Rcl. 4819/Al. Alagoas, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 05/03/2009, Tribunal Pleno, Publ. 03-04-2009: “O instituto da reclamação constitucional não é via ordinária de irrisignação das partes. Não cabe, nessa via processualmente contida, analisar o acerto da decisão reclamada”.

⁶⁶⁵ MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51.

pessoal nas esferas civil, administrativa e penal (dispositivo acrescentado pela Lei 11.417/2006.⁶⁶⁶

Com o acolhimento da reclamação, a decisão judicial será cassada ou o ato administrativo anulado, determinando o Supremo Tribunal Federal que outra decisão seja proferida ou outro ato administrativo editado, com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso,⁶⁶⁷ razão pela qual é atribuído ao Supremo Tribunal Federal autoridade de verdadeiro “comandante” da súmula.⁶⁶⁸ O julgamento de procedência da reclamatória há a composição da lide existente entre as partes, a tutela do interesse particular posto em causa.⁶⁶⁹

6.2.10.2 Reclamação e competência

Será competente para julgá-la o Tribunal que houver editado a súmula cujo conteúdo não foi cumprido.⁶⁷⁰ No caso de descumprimento de súmula vinculante a competência será do Supremo Tribunal Federal. A reclamação aumenta a eficácia decisória dos julgados, conferindo-lhes maior força por ocasião do respectivo cumprimento e potencializa as normas de competência.⁶⁷¹ A reclamação é sempre

⁶⁶⁶ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 906.

⁶⁶⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103, nov.-dez. 2007, p. 57. O motivo ensejador da reclamação pode ser tanto a não-aplicação da súmula à hipótese em que ela devesse ser aplicada, como também a aplicação indevida da súmula a situação que a ela não correspondesse (p. 57). (p. 3º do art. 103-A do Texto Supremo; p. 2º do art. 7º da Lei nº 11.417/2006).

⁶⁶⁸ MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 227.

⁶⁶⁹ Idem, p. 51.

⁶⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo** 100, ano 25, out.-dez. 2000, p. 181.

⁶⁷¹ MORATO, Leonardo Lins. *Op.cit.*, p. 234. Cf. Cândido Rangel Dinamarco o sistema de prorrogação de competência é estabelecido no Código de Processo Civil, que é uma lei ordinária, não pode ter o poder de derogar normas *constitucionais* determinadoras de competência. Por isso, estas são imunes a toda e qualquer regra modificadora contida no Código: limitando-se a Constituição Federal a impor normas *determinadoras* de competência sem oferecer uma sequer, destinada a disciplinar *modificações*, são absolutas as competências constitucionalmente estabelecidas. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 628.

julgada pelo Plenário, pela Corte Especial ou pela Seção, mas nunca pela Turma [...]⁶⁷²

A lógica da organização judiciária brasileira é fator determinante dessa competência. Os magistrados das cortes superiores têm o poder de fazer triunfar a sua doutrina pela reforma das decisões dos juízes inferiores; portanto, quando estes se conformam à jurisprudência de uma magistratura mais elevada, não cedem à autoridade moral, somente entram no espírito do legislador que, em sua sabedoria, estabeleceu os diversos graus da jurisdição.⁶⁷³

O Supremo Tribunal Federal apresenta um tríplice aspecto. O art. 102, I, determina a ele o papel de tribunal especial, ao tempo em que o art. 102, II, letras a e b, desempenha função de tribunal de segundo grau. O caráter de tribunal de superposição é exercido pelo poder atribuído pelo art. 102, III, letras a e c.⁶⁷⁴

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal ganhou nova e importantíssima função, a de editar súmulas vinculantes, que se prestam a uniformizar entendimentos e a vincular todas as decisões, de toda e qualquer autoridade, seja do Poder Judiciário, seja da administração pública direta e indireta [...]⁶⁷⁵

É dever do tribunal não somente reconhecer a divergência e julgá-la assim como interromper o julgamento da causa, caso que não representa interesse das partes, mas julgamento em benefício da autoridade da lei.⁶⁷⁶

⁶⁷² MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 234. p. 261.

⁶⁷³ BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Jurisprudência em Revista*. **Jurisprudência atual 30**. Ano XII, jul.1985. p. 212.

⁶⁷⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium. 2000. p. 195. v. V. Cf. Teori Albino Zavascki é inegável que o Supremo Tribunal Federal tem papel de destaque na jurisdição constitucional. A ele compete “precipuamente”, a guarda da Constituição”, diz o art. 102 da Carta Magna. Foi assim desde a sua criação, em 1890, quando inauguradas nossas instituições republicanas. Desde então, embora tenha variado nas Constituições o elenco das competências do STF(denominado de Suprema Corte pela Carta de 1934), em todas elas lhe foi reservada a posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, detentor da palavra definitiva das questões constitucionais. In: ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 15.

⁶⁷⁵ MORATO, Leonardo L. *Op.cit.*, p. 25.

⁶⁷⁶ BUZAID, Alfredo. *Op.cit.*, p. 214.

6.2.10.3 Natureza jurídica da reclamação

Saber a natureza jurídica de um instituto é imprescindível não só para estudá-lo, como também para identificá-lo e situá-lo no sistema. E, uma vez identificada à natureza jurídica do instituto, torna-se possível enquadrá-lo nas mais diversas situações, para apontar as hipóteses de cabimento.⁶⁷⁷

A reclamação tem natureza de ação e sua finalidade é preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões.⁶⁷⁸

Cândido Dinamarco aponta importante distinção entre os recursos e a reclamação:

Não se trata de cassar o ato e substituí-lo por outro, em virtude de algum *error in iudicando*, ou de cassá-lo simplesmente para que outro seja proferido pelo órgão inferior, o que ordinariamente acontece quando o ato contém algum vício de ordem processual. A referência ao binômio *cassação-substituição*, que é moeda corrente na teoria dos recursos, apoia-se sempre no pressuposto de que estes se voltam contra atos portadores de algum erro substancial ou processual, mas sempre atos suscetíveis de serem realizados pelo juiz prolator, ou por outro – ao contrário dos atos sujeitos à reclamação, que não poderiam ser realizados porque a matéria já estava superiormente decidida pelo tribunal ou porque a competência para o ato era deste e não do órgão que o proferiu, nem de outro de seu mesmo grau, ou mesmo de grau superior no âmbito da mesma Justiça, ou ainda de outra Justiça.⁶⁷⁹

Não é pacífico o entendimento sobre a natureza jurídica da reclamação. Araken de Assis afirma não ser lícito não incluir entre os sucedâneos recursais a reclamação, perante o STF, ao menos na hipótese de “cassar decisão exorbitante de seu julgado” (art. 161, III, do RISTF) [...].⁶⁸⁰ José Frederico Marques refere que a

⁶⁷⁷ MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 82.

⁶⁷⁸ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken et al (Coord.) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.. 907. Cf. Leonardo L. Morato permitir-se a usurpação da competência do STF e do STJ, ou admitir-se o desacato a suas decisões, é o mesmo que abrir as portas para o descrédito dessas Cortes e, com isso, dar ensejo ao enfraquecimento do Poder Judiciário, acarretando a insubsistência do Estado Democrático de Direito, ou mesmo a ineficácia da Constituição, ou, ainda, a ignorância dos direitos e das garantias fundamentais. In: MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29. (Recursos no Processo Civil; 15). 29.

⁶⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 196.

⁶⁸⁰ ASSIS, Araken de. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Introdução aos sucedâneos recursais**. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros

reclamação é providência emanada, hoje, dos poderes normativos que a Constituição outorgou ao Supremo Tribunal (art. 102, I, letra I) e ao Superior Tribunal (art. 105, I, letra f) e que se caracteriza, também, como desdobramento das atribuições jurisdicionais que lhe cabem como instância última e especial, na estrutura orgânica do Poder Judiciário.⁶⁸¹

A reclamação é questão autônoma, independente, prescindível de outro processo. Mesmo na hipótese de fazer menção a um processo, a reclamação constitui um novo, uma nova questão dita principal a ser decidida, que é lógica e cronologicamente posterior à decisão que deu ensejo à decisão reclamada.⁶⁸² Digno de registro, outrossim, é que a decisão da reclamação chega a adquirir a autoridade da coisa julgada, como vem sendo decidido acertadamente pelos nossos Pretórios, o que seria inconcebível para o resultado de outra atividade que não seja a jurisdicional,⁶⁸³ assim como a possibilidade de ser concedida liminar de natureza cautelar na reclamação, o que é ratificado pela jurisprudência, aliás, com muita frequência.⁶⁸⁴

Sobre a natureza jurídica da reclamação a lição de Leonardo Morato:

o entendimento de que a reclamação tem natureza jurídica de ação vem se firmando nos últimos tempos, tendo em vista o atual contexto político (também social e econômico) e a estrutura jurídico-normativa vigente, em que a reclamação foi alçada ao nível constitucional, com expressa previsão na Carta Política. Desde a Constituição de 1988, a reclamação está prevista

meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16. Contudo, cf. STF, Tribunal Pleno, Rcl nº 6534/MA, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em resposta a: 25.09.08. O remédio constitucional da reclamação não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal. A reclamação, constitucionalmente vocacionada a cumprir a dupla função a que alude o art. 102, I, "I", da Carta Política (RTJ 134/1033) – embora cabível, em tese, quando se tratar de decisão de efeito vinculante (como sucede com os julgamentos proferidos em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade), não se qualifica como sucedâneo recursal nem configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado, além de não constituir meio de revisão da jurisprudência eleitoral, eis que tal finalidade revela-se estranha à destinação constitucional subjacente à instituição dessa medida processual.

⁶⁸¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium. 1999. p. 207. v. IV.

⁶⁸² MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 100-1.

⁶⁸³ Idem, p. 69. Ao tratar da natureza jurídica da reclamação, expondo as razões pelas quais entende não ser instituto de natureza administrativa aponta o fato de a decisão final na reclamatória estar sujeita a recurso (Lei 8.038/90), produzir coisa julgada e ser passível de ação rescisória (p. 88).

⁶⁸⁴ Idem, p. 88. Cf. esse autor, a liminar tem, mais do que em qualquer outro, uma dupla função, porque serve tanto à vida das pessoas, quanto à vida do processo, aqui entendido em sua acepção mais ampla, ou seja, também, a dar eficácia ao nosso sistema processual, ao exercício efetivo, justo, tempestivo e útil da função jurisdicional. P. 250.

dentre os feitos de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o que justifica seja dada a essa medida a importância necessária e distinta em relação a quando, em épocas anteriores, esteve prevista apenas na forma regimental, ou quando não havia sequer previsão normativa.⁶⁸⁵

6.2.10.4 Legitimados ativo e passivo da reclamação

O fato de a reclamação ter por objeto matéria previamente tratada pelo Supremo Tribunal Federal sugere que a análise da legitimidade ativa está a ensejar a necessidade de observação de “pertinência material” entre o legitimado e a matéria sumulada.⁶⁸⁶ Assim sendo, não poder-se-ia tratar de legitimidade processual irrestrita, porquanto o seu caráter jurisdicional a vincula necessariamente à parte que, em virtude de um desacato ou de uma usurpação, se encontra numa posição favorável à satisfação de uma necessidade de garantir a autoridade de uma determinada decisão desacatada ou de preservar uma dada norma de competência usurpada.⁶⁸⁷ Trata-se, portanto, de providência jurisdicional a ser exercida, pela parte interessada ou pelo Ministério Público, perante qualquer tribunal.⁶⁸⁸

A reclamação realiza um controle que, de algum modo, irá atingir os litigantes, o seu litígio ou o processo em que estão envolvidos [...].⁶⁸⁹ Qualquer prejudicado pela decisão judicial ou administrativa que descumprir a súmula é legitimado ativo para a proposição da reclamação.

A reclamação é dirigida ao presidente do STF, que a distribuirá a um relator. O reclamante ingressa com a reclamação para demonstrar que está a ocorrer um desacato a um julgado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ou uma usurpação da competência dessas Cortes, pretendendo comprovar

⁶⁸⁵ MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 82.

⁶⁸⁶ Cf. Leonardo Lins Morato, no caso da reclamação, não se tem dúvida que se trata de instituto destinado a efetivar um direito material reconhecido por uma decisão final numa dada causa, ou um direito previsto em uma norma de competência (p. 73).

⁶⁸⁷ Idem, p. 119.

⁶⁸⁸ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium. 1999. p. 206. v. IV.

⁶⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 199.

que existe uma decisão proferida em seu favor, que merece ser cumprida, ou que tem o direito de ter a sua causa apreciada pelo órgão competente.⁶⁹⁰

A legitimidade passiva é bastante extensa, pois nela estão incluídos todos os entes que devem respeitar a eficácia subordinativa do verbete. Assim é que se pode afirmar que os legitimados passivos são aqueles que estão direta e indiretamente vinculados ao cumprimento do que determina o conteúdo da súmula: Judiciário e Administração Pública.⁶⁹¹ À autoridade reclamada, a quem é imputado o desacato ou a usurpação, cabe demonstrar o contrário, isto é, que não está a ocorrer nenhuma dessas práticas, ou seja, que o reclamante não tem razão.⁶⁹²

O legislativo, entretanto, não se submete à súmula vinculante, o que seria “legítimo”, já que o Parlamento não estará inserido no âmbito dos sujeitos alcançados pelo efeito vinculante do Poder Judiciário.⁶⁹³ Tampouco o juiz pode ser legitimado passivo da reclamação. Já foi dito que não se pode atribuir a ele crime de “hermenêutica”.

A lei 11.427 estabeleceu mudanças nos processos administrativos federais, estabelecendo sanção para o descumprimento da súmula. Esse expediente poderá compelir a administração pública a cumprir a súmula. A questão, então, é se a Administração Pública vai, de fato, cumprir a súmula ou se setores da Administração vão continuar recorrendo.⁶⁹⁴

6.2.10.5 Coisa julgada – reclamação e prazo

Ao comentar o p. 1º do art. 7º da Lei 11.417/2006, que trata da obrigatoriedade do esgotamento das vias administrativas para o ajuizamento da

⁶⁹⁰ MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 89.

⁶⁹¹ Cf. André Ramos Tavares houve quem propusesse que a vinculação se desse apenas para o Poder Público no sentido de excluir os magistrados. Entretanto, refere o autor que proposições como essa não parecem consistentes com a idéia geral da vinculatividade sumular como meio de diminuir os processos no Judiciário, que é uma das idéias centrais da reforma. In: Nova Lei da Súmula Vinculante. P. 36.

⁶⁹² MORATO, Leonardo Lins. *Op.cit.*, p. 89.

⁶⁹³ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 83

⁶⁹⁴ NOGUEIRA, Alberto. Segurança jurídica, liberdade e súmula vinculante. **Revista Ciências Sociais/Universidade Gama Filho**. V. !, n. 1. Rio de Janeiro: Editoria Central da Universidade Gama Filho, 1995. p. 72.

reclamação, André Ramos Tavares demonstra preocupação no sentido de que o problema da sobrecarga de trabalho com o julgamento de recursos extraordinários repetitivos fosse substituído por número igualmente representativo de reclamações, haja vista ser a ação doravante originada não somente no âmbito judicial.⁶⁹⁵ Por não ignorar que órgãos públicos são grandes descumpridores de decisões judiciais impôs o legislador a obrigação de serem esgotados recursos na esfera administrativa antes do ajuizamento da reclamação.⁶⁹⁶

Eduardo Arruda Alvim refere à importância de classificar a reclamação como ação autônoma, não como recurso e aponta que a primeira visa à cassação da decisão que desrespeitou a súmula, enquanto os recursos objetivam a reforma da decisão recorrida, porque proferida em afronta ao disposto em súmula. Afirma, também, que, em razão da mera preclusão, não há impedimento para a reclamação, pois esta pressupõe litispendência (no sentido de processo em curso).⁶⁹⁷ Nesse sentido, pode-se afirmar que, para que o destinatário da súmula possa promover a reclamação, não deve ter ocorrido a coisa julgada material, caso em que caberia a ação rescisória (com base no art. 485, V, em razão da ofensa à literal disposição do art. 103-A da CF e do art. 2º da Lei nº 11.417/2006) e não reclamação.⁶⁹⁸

O Supremo Tribunal Federal na Súmula 734 determina que “não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

Nosso sistema processual permite que as decisões sofram alterações enquanto não houver o trânsito em julgado material. Não somente por meio de recurso poderá a parte obter decisão que aplique ou negue vigência à súmula

⁶⁹⁵ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 84-5. Afirma no ponto, que essa exigência foi essencial para a sobrevivência da reclamação como instituto a adquirir certa utilidade. Um manejo despropositado, amplo e irrestrito teria custado à própria sobrevivência da reclamação constitucional, porque o caminho usual, em tais circunstâncias, é a construção jurisprudencial de barreiras de contenção pelo STF. A Lei adiantou-se e socorreu o Tribunal.

⁶⁹⁶ Cf. Hely Lopes Meirelles é através dos recursos administrativos, voluntários ou de ofício, a Administração pode rever seus atos e decisões, apreciando-lhes a legalidade e o mérito, para a oportuna anulação. In: **Licitação e contrato administrativo**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 149.

⁶⁹⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v.394, ano 103, nov.-dez. 2007, p. 58.

⁶⁹⁸ Idem, p. 59.

vinculante porquanto poderá ela requerer ao magistrado via pedido de reconsideração que atente para a existência de súmula.⁶⁹⁹

A reclamação, caso seja acolhida, tem o condão de cassar a decisão determinando ao relator que a decisão seja adequada ao conteúdo da súmula aplicando-a ou deixando de aplicá-la. Não cabe a reclamação, quando houver coisa julgada, eficácia que torna indiscutível a sentença, efeito do fato de não estar mais a mesma sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.⁷⁰⁰ O Supremo Tribunal Federal recusa o julgamento de reclamação virtude da definitividade do julgado.⁷⁰¹ Se tiver sido proferida uma decisão liminar pelo STF ou STJ, cuja produção de efeitos é imediata, é viável a reclamação, no caso de desacato a essa liminar (...) O ministro, quando atua em nome da Corte, de modo que, em sendo desrespeitada a sua decisão, há, também, desacato à Corte.⁷⁰² Nada impede a simultaneidade de reclamações.

6.2.10.6 Reclamação e sanções

O artigo 262 do Código de Processo Civil ordena, com precisão, que “processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial. Essa regra estabelece, em primeiro lugar, que não deve haver processo que se inicie *ex officio*, salvo casos excepcionais (CPC, arts. 989, 1129, 1142, 1160).

⁶⁹⁹ Cf. Arruda Alvim, a nova redação atribuída ao p. 3º do art. 56 da Lei 9.784, de 29.01.1999, pelo art. 8º da Lei 11.417/2006, impõe o dever à autoridade que proferiu a decisão, à luz do recurso interposto e antes de o encaminhar para a autoridade superior, de explicitar, de tornar mais clara a sua decisão em relação à questão que tenha sido levantada no recurso em relação à alegação de *infração à súmula vinculante*, proporcionando condições melhores para a apreciação deste pelo órgão *ad quem*. Ou, eventualmente, poderá o órgão prolator da decisão reconsiderar a sua decisão, na hipótese de entender que ao recorrente assiste razão. Com isto o p. 3º desse art. 56 da lei 9.784/99 (tal como decorrente da redação da lei 11.417/2006, art. 8º), estabelece a possibilidade de *retratação* ou de reconsideração, com o que se alteraria o resultado do que houvesse decidido. ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1.159.

⁷⁰⁰ MESQUITA, José Inácio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 23.

⁷⁰¹ Rcl. 2.860 Agr./SP- São Paulo, Rel. Min. Menezes Direito, Julgamento 16/04/2009, Tribunal Pleno, Publ. 08-05-2009. ADI nº 1.162 – Súmula 734 STF: “Impossibilidade de utilização da reclamação contra decisão irrecorrível, exatamente a hipótese destes autos, evidenciando o trânsito em julgado da decisão reclamada”.

⁷⁰² MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 175.

Cumpra acrescentar, além disso, que deve sempre aguardar a iniciativa da parte (CPC, art. 2º), em nome dos princípios dispositivo e da inércia da jurisdição.⁷⁰³ Descumpra irrecusavelmente o preceito o juiz que condescende com manobras protelatórias ou, em termos mais amplos, subordina à vontade dos litigantes, ou a de qualquer deles, o exercício de uma atribuição que a lei lhe confia.⁷⁰⁴ Não deve-se, entretanto, pretender que, com a criação da súmula vinculante, perderão os magistrados a capacidade de desenvolver as mesmas operações mentais que desenvolvem quando da aplicação da lei ao caso concreto, oportunidade em que, não raras vezes, cometem erros impugnáveis pelo recurso adequado.

Certo é que o mecanismo de aplicação da norma, que corresponde à estrutura do silogismo, e daí que da norma e do fato, que constituem respectivamente as premissas maior e menor do mesmo, obtenha-se a transformação do mandado abstrato em mandado concreto. Evidentemente, são dois os momentos desta operação em que se pode produzir o conflito entre o que o juiz faz e a norma.⁷⁰⁵

Não há que se estabelecer, por conseguinte, qualquer possibilidade de sanção ao juiz que não aplique a súmula ao caso concreto. Para a hipótese de não aplicação, já se apontou que existe remédio que combata o mal.

Contra a rebeldia de juízes e tribunais, que apliquem leis e normas de inconstitucionalidade previamente decretada pelo Supremo Tribunal Federal, não cabe sequer reclamação constitucional, limitada esta aos casos concretos de processos em que se tenha por desobediência a decisão superior.⁷⁰⁶ Caso em que a legalidade estará cedendo lugar ao arbítrio.

A procedência da reclamação contra ato judicial importa negação do poder do órgão inferior para realizá-lo – poder que ele não tem porque a competência é de um tribunal de nível superior ao do órgão prolator, ou porque a matéria já fora suficientemente decidida pelo tribunal competente.⁷⁰⁷

⁷⁰³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 589.

⁷⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. **Revista Dialética de Direito Processual**. Ago. 2003. p. 35.

⁷⁰⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 913.

⁷⁰⁶ RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 4, n. 16, jul.-set 1996, p. 28.

⁷⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 198.

6.2.10.7 Aplicação de multa

Leonardo Morato expõe perguntas cuja análise pode ser útil para que se estabeleça a aplicação de instrumento coercitivo para impor-se o cumprimento das decisões judiciais. São elas: a reclamação é, mesmo, um instrumento eficaz aos fins a que se presta? E se acabar ocorrendo o descumprimento de uma decisão proferida em reclamação? Há que se falar em nova reclamação?⁷⁰⁸ A resposta a essa última pergunta é de que não há sentido em cogitar da segunda reclamação já que seria reconhecer que a reclamação é medida inócua para atingir os fins a que se propõe assim como a segunda reclamação teria o mesmo objeto da primeira.⁷⁰⁹

Em primeiro lugar, há que se estabelecer que a eficácia que se extrai da decisão que determina a cassação ou aplicação da decisão ou do ato administrativo que aplicou ou deixou de aplicar a súmula vinculante tem eficácia mandamental, cujo cumprimento exige atividade posterior para que dela o jurisdicionado se beneficie. No caso de reclamação proposta para garantir a autoridade de um julgado, a decisão que vier a ser proferida não reexaminará a matéria já decidida no julgado desacatado. Não o alterará, nem o substituirá.⁷¹⁰ A sentença apenas dá uma ordem que deve ser cumprida. Caso não ocorra o cumprimento espontâneo pela autoridade descumpridora do conteúdo da súmula, poderá o magistrado estabelecer mecanismo que precipite o cumprimento imediato sob pena de inviabilizar a efetividade da prestação jurisdicional. A multa é instrumento que pode ser usado como forma de pressionar o descumpridor para que cumpra o comando judicial.

Se, se considerar que ao destinatário da súmula não é dado o direito de descumpri-la, cabendo no caso reclamação ao Supremo Tribunal Federal, poder-se-á pedir que o relator imponha multa diária em caso de recalcitrância. Convém, igualmente, estabelecer sanções para o recorrente contumaz, isto é, para a parte

⁷⁰⁸ MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 235. O autor refere que caso a resposta seja positiva, uma segunda reclamação, não seria ainda pior para o descrédito do Judiciário, ou para caracterizar o fracasso do sistema? Haveria algum modo de se garantir o cumprimento da decisão da reclamação, diferentemente do que ocorre com as demais decisões judiciais? Se afirmativo, por que não fazer uso desse outro modo, desde logo? Então a reclamação não é útil?

⁷⁰⁹ Idem, p. 252.

⁷¹⁰ Idem, p. 236. Muito interessante a afirmação de que a reclamação tem uma espécie de eficácia dobrada, porque, além de ser eficaz para si mesma, serve para tornar eficaz, também, um outro provimento jurisdicional anterior, ou uma regra competencial prevista em lei, ou uma súmula vinculante, que não estejam sendo obedecidos (p. 240).

que interpuser recurso contra decisão que aplicar a Súmula Vinculante, com estabelecimento de multa em benefício do recorrido.⁷¹¹

Tratando-se de ação de conhecimento, com natureza mandamental, o processo de reclamação comporta concessão de liminar. O art. 14, II, da Lei 8.038/90 estabelece que o relator “ordenará se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado”.⁷¹²

A imposição da multa impõe ao inoportuno descumpridor pressão indireta que o empurre ao cumprimento da decisão judicial. A garantia constitucional do acesso à justiça perde sua razão de ser se a decisão não for levada a cabo. Ademais, pode inculcar, no beneficiário da decisão, a idéia de que mais vale fazer valer “seu direito mediante o uso da força” (como já se têm ouvido, tal o descrédito da população com Poder Judiciário). Não temos medidas de caráter punitivo para a desobediência porquanto para a caracterização desse crime exige-se que o agente descumpridor desobedeça ao empregado público no exercício de suas funções.⁷¹³

O sujeito ativo do crime de desobediência, em regra, será o particular, porém nada impede que o desobediente seja um funcionário que, então, se equipara àquele.⁷¹⁴

Em que pese as dificuldades enfrentadas para o enquadramento no crime de desobediência, mormente, sendo o agente membro do poder judiciário, a Lei nº 9.784/99, art. 64-B, introduzido pela Lei 11.417/2006 trata de responsabilizar o agente administrativo pelo descumprimento ou desacato à aplicação ou não de

⁷¹¹ RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n. 16, jul.-set 1996. p. 36.

⁷¹² MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 245.

⁷¹³ Em nosso direito, a figura delituosa já constava do Código do Império – art. 128: “Desobedecer ao empregado público em ato de exercício de suas funções, ou não cumprir suas ordens legais”. O bem jurídico tutelado são o prestígio e a dignidade da administração pública. É o acatamento ao princípio de autoridade que não deixa de ser ofendido. Trata-se de interesse público que a lei quer resguardar e proteger, desde a simples resistência passiva até à agressiva.

O crime de desobediência, art. 330 do Código Penal de 1940, é caracterizado pela resistência passiva do agente, que se limita a não cumprir a ordem legal dada por funcionário competente, sem, entretanto, molestá-lo física ou moralmente. Quando o elemento material do delito é a violência, trata-se de crime de resistência.

⁷¹⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 365 Cf. Leonardo Morato Lins prejudicada para o caso de descumprimento de decisão judicial porquanto o atual posicionamento pacífico da jurisprudência ser no sentido de que a configuração da conduta de descumprimento não poder estar vinculada ao exercício da função de funcionário público. A partir desse entendimento, ficaria difícil a subsunção, no referido tipo penal, da prática do desacato à decisão judicial por juiz que estivesse no exercício de sua função. No caso de prevaricação ficaria impossível comprovar o sentimento ou o interesse pessoal no descumprimento haja vista ser necessário para a imputação desse tipo penal (p. 253).

súmula cujo conteúdo seja vinculativo, prevendo para tal desobediência sanções administrativas, civis ou penais. Deve-se entender que, no caso de uma autoridade não respeitar a decisão proferida em reclamação, a autoridade (seja ela administrativa ou judicial) ficará sujeita a sofrer responsabilização pessoal, nas esferas civil e criminal.⁷¹⁵

Severa na preservação da própria jurisdição, a Corte (Suprema) é protegida pela punição de ato caracterizado como *Contempt of Court*, qualquer ato destinado a embaraçar, impedir ou obstruir a Corte na administração da Justiça, ou destinado a diminuir sua autoridade ou dignidade.⁷¹⁶

⁷¹⁵ MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.. p. 256.

⁷¹⁶ BENETI, Sidnei Agostinho. O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, ano 82, set. 1993, v. 695, p. 272.

CONCLUSÕES

Este trabalho teve como motivação a vontade de ver realizado o modelo sonhado pelo jurista Vitor Nunes Leal. Com coragem e determinação professou que o próprio Poder Judiciário deveria encontrar cura para seus males não relegando a nenhum outro o que ele saberia, mais do que ninguém, resolver. Fê-lo incluir no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o poder atribuído ao relator de mandar arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento indicando o número da súmula. Assim é que surgiu como anexo do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em obediência ao disposto no título III, cap. XX, conforme emenda aprovada em 28.08.1963. À época não comportou efeito vinculativo e obrigatório. Não havia ambiente para tal efeito.⁷¹⁷ Mas não pense o atento leitor que o ideal uniformizador nasceu da mente privilegiada do eminente ministro. Desde o Império herdamos da Corte Portuguesa o instituto dos assentos, que nada mais era do que a súmula que a reforma do Poder Judiciário, através da E. C nº 3, brindou ao nosso ordenamento. Não houve *salto histórico* entre os assentos e a súmula regulamentada pela Lei nº 11.417/2006, apenas mais um passo de uma caminhada que principiou há pelo menos 36 anos e vem evoluindo em tempos recentes.⁷¹⁸

Os operadores do direito trabalham diariamente com hipóteses as mais variadas. Se um dia estiver executando e pedindo a prisão do devedor de alimentos, em outro possivelmente, poderemos estar defendendo o inadimplente, buscando para tanto, se realmente acreditarmos em suas razões, argumentos exatamente contrários àqueles usados na defesa do primeiro. É da vida. Mas faz parte do exercício da advocacia e não causa dano, exceção aos da consciência.

Vedada em nosso ordenamento a defesa de mão própria, salvo casos especiais, somos compelidos a levar ao Poder Judiciário nossos conflitos e esperamos dele a melhor solução. Nem sempre logramos ter nosso direito reconhecido e, conforme o grau de irresignação, estão disponíveis gama

⁷¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. Súmulas Vinculantes e independência judicial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 86. v. 739. maio de 1997, p. 13. A simples constatação de que a tese proposta (súmula vinculante) não encontra nada semelhante em países avançados, com relativa estabilidade democrática e que seguem a *civil law* (família romano-germânica), desde logo, deve ser motivo para nos chamar à atenção.

⁷¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo** 100, ano 25, out.-dez. 2000, p. 172.

considerável de recursos, desde que atendidos os pressupostos de admissibilidade. Contudo, a inconformidade perde a proporção quando a resposta judiciária concede a um o que nega a outro em igual situação e lapso temporal. Nosso sistema admite, pois, a convalidação de nulidade absoluta pela simples observância de prazo recursal. [...] Temos que reconhecer, porém, na ourivesaria constitucional e processual, uma lamentável ausência de proteção e segurança para o homem comum.⁷¹⁹ É exatamente esse o maior beneficiado pela aplicação da súmula vinculante. Não dispondo de recursos econômicos para levar seu pleito à apreciação do Supremo Tribunal Federal, contribui para a prática da inconstitucionalidade. Assim entendendo, não vejo outra alternativa para alcançarmos ideal igualitário e segurança jurídica que possibilite previsibilidade em relação às decisões judiciais. Nesse sentido não somente a norma legislada, mas também a norma julgada deve tratar igualmente as partes. Nossa organização judiciária contribui para tanto.

Sobre a autonomia e independência dos juízes cabe ressaltar que não restará prejudicada porquanto o magistrado não prescinde de sua convicção, podendo aplicar ou não a súmula desde que fundamentada a decisão.

A proposta de generalizar em alguma medida essa eficácia transcendente está na linha dessas realidades da ordem jurídica e político-institucional do País e nada tem de aberrante sequer no tocante ao dogma da separação dos Poderes do Estado.⁷²⁰

Atualmente, o grande desafio da sociedade é transformar a igualdade formal, expressa como princípio orientador do Direito brasileiro desde a Constituição Imperial, em igualdade material, verdadeiro valor a ser alcançado em qualquer Estado que se pretenda Democrático de Direito. A súmula vinculante é tentativa de concretização desse mister no que concerne à distribuição da justiça, a saber, a isonomia no tratamento dispensado aos jurisdicionados,⁷²¹ pressuposto de estabilidade das relações sociais.⁷²²

Essa instituição teve origem quando o processo civil brasileiro começou a modernizar-se e seu nascimento, por inspiração observada na experiência da

⁷¹⁹ RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n. 16, jul.-set 1996. p. 25.

⁷²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo** 100, ano 25, out.-dez.2000. P. 184.

⁷²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 119.

⁷²² Idem, p. 139.

common law, razão para que o trabalho fizesse um breve estudo sobre o sistema de direito anglo-saxônico e seus precedentes.

Foram identificados, também os filtros criados para que sejam valorizadas as decisões pacificadas em nossos tribunais. Por fim, analisaram-se a edição, revisão e cancelamento da súmula assim como o instituto da reclamação para o caso de descumprimento e suas consequências.

Concluimos que a Lei 11.417/2006 chegou após extenso período de decantação e parece que veio para ficar, concordemos com ela ou não.

A história faz a realidade do homem e a nossa oxalá demonstre que a aplicação da súmula vinculante proporcionará maior efetividade processual com razoável segurança jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da Lei nº 11.417/2006. **Revista Forense**, v. 394, ano 103, nov.-dez. 2007.

AMERICANO, Jorge. **Comentários ao código de processo civil do Brasil**. Texto atualizado de acordo com o Decreto-lei nº 4565 de 11 de agosto de 1942. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva & Cia. Editores, 1943. 4 v.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. As tendências do processo civil contemporâneo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 346, abr.-maio-jun.

ASSIS. Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coods.). **Introdução aos sucedâneos recursais**. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AZEVEDO, Alvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. **Justitia**. São Paulo: Serviço de Documentação Jurídica do Ministério Público, v. 74, ano XXXIII, 3º Trimestre de 1971.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e processo civil. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr.-jun. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. IP33 – Administrativo, Constitucional e Previdenciário – Artigos, Notadez. 2005.

BAUM, Laurence. **A suprema corte americana**. Traduzido por Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BENETI, Sidnei Agostinho. O processo na suprema corte dos Estados Unidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 695, ano 82, set. 1993, p. 271.

BEZERRA, Paulo. O acesso aos direitos e à justiça – um direito fundamental. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra: Coimbra, v. LXXXI, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Traduzido por Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOTALHO, Eduardo Domingos. A natureza normativa das súmulas do STF, segundo as concepções de direito e norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano VII, nº 29 maio-Jun. 1974.

BUZAID, Alfredo. Uniformização de Jurisprudência. **Jurisprudência em Revista**. Jurisprudência Atual 30, ano XII, jul. 1985.

CADORE, Márcia Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

CAETANO, Marcello. **Manual De Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. Tomo I.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “Principialização” da Jurisprudência através da Constituição. **Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira**. Constituição e processo civil. Estudos em Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Revista do Processo, ano 25, abr.-jun. 2000, n. 98, p. 84

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: Bosch, 1950.

_____. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CERNE, João Baptista Guimarães. **Ordenações em vigor**. Estudo sobre o Código Philippino na nossa actualidade. Bahia: Thypographia e Encadernação Empresa Editora, 1897.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CORREA, Niderauer Alcione. Jurisprudência e prejulgado. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos**. São Leopoldo Unisinos. v. VII, nº 20, 1977.

DA COSTA, Alfredo de Araújo Lopes. **Direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. v. I.

COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do advogado**. Traduzido por Ovídio Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CROSS. Rupert. **Precedent in english law**. 3.ed. Oxford: Clarendon Press. 1977.

DALLARI, Dalmo. **O poder dos juízes**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, abr. 1948.

DAVID, René. **O direito inglês**. Traduzido por Eduardo Brandão; revisão técnica e da tradução Isabella Soares Micali. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Decisões vinculantes. **Revista de Processo 100**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. de 2000.

_____. Processo civil comparado. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 90, abr.-jun. 1998.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e poder o legislativo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 44. v. 235, maio 1955.

_____. **Recurso de revista** – direito em tese e sua caracterização. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 169, ano 54, fascículos 643 e 644, jan.-fev. 1957.

FINGER, Julio César. **Constituição e direito privado**: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FLORES, Antonio Carrillo. **La justicia federal y la administración pública**. 2.ed. México: Editorial Porrúa, 1973.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, v. 734, dez. 1996.

GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia e pureza no direito dos USA. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, 239: I-IV; 1-514, jan./mar., 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas Vinculantes e independência judicial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 86. v. 739. maio de 1997.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**. Barcelona: Gedisa; 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. Reprint originally published: Boston: Little, Brown, 1881. Dover Publications, New York.

JACOB, Herbert. **Justice in America**. *Courts, Lawyers, and the Judicial Process*. 3.ed. Boston: Little, Brown and Company, 1978.

JORGE, Flávio Chem. **Apelação cível**: teoria geral e admissibilidade. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LACERDA, Galeno. **O novo direito processual civil e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense. 1974.

LARENZ, Karl. **El Espíritu del 'Common Law'**". Barcelona: Casa Editorial. 1954.

LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Redação, ano 61, v. 208, out.-nov.-dez. 1964.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. 1º milheiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. **Edição Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, 1945.

LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare Decisis* e súmula vinculante: um estudo comparado. **Direito, estado e sociedade**. nº 14, jan.-julho, 1999. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica/Departamento de Direito.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1999. v. IV.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Campinas. Millennium, 2000. v. V.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**: 17.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional 3.ed. rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

MESQUITA, José Inácio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIRANDA, Jorge. Constituição e processo civil. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr.-jun. 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTORO, Franco. Fontes do direito em suas modalidades fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Composta e Impressa no Serviço Gráfico do Senado Federal. Jan.-mar.1972.

MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Recursos no Processo Civil; 15)

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Eletrônica Mars, agosto 2003.

_____. **Temas de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Súmula vinculante e duração dos processos**. São Paulo: ADV Seleções Jurídicas, ago. 2004.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre: Ajuris, n. 34, ano XII, jul. 1985.

_____. Distinção entre fundamento do acórdão e fundamento do voto. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano I, nº 2, abr.-jun.1976.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, 12.ed. v. V, arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

_____. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Ajuris, v. 73, ano XXV, jul. 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo. 2002.

_____. **Princípios do processo na constituição federal**, 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, A. Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos**. Comentário ao acórdão n.º 810/93 do tribunal constitucional. Coimbra: Coimbra, 1994.

NOGUEIRA, Alberto. Segurança jurídica, liberdade e súmula vinculante. **Revista Ciências Sociais/Universidade Gama Filho**. V. 1, n. 1 (nov. 1995) Rio de Janeiro: Editoria Central da Universidade Gama Filho, 1995.

NORONHA, Fernando. **Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de direito intertemporal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 837. jul. 2005.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1965.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Edições Técnicas, ano 33, n. 131, jul.-set. 1996.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense. 1943.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORTEGA y GASSET. **La rebelion de las masas**. Madrid: Revista de Occidente, 1995. p. 11.

OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de direito processual civil**, Curitiba: Gênese, n. 6, ano II, set.-dez. 1997, p. 625-38.

PIMENTA, José Antonio Bueno. **Direito público brasileiro e análise da constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e negócios interiores: serviço de documentação, 1958.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. Uma Decisão histórica. **Jornal Zero Hora**. Publicado dia 2 de junho de 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto; ULTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito**. Traduzido por Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

_____. **El espíritu del “Common Law”**. Traduzido por José Puig Brutau. Bosch. Barcelona: Casa Editorial, 1954.

PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília: TRF-1ª Região, n. 04, ano 16, abr. 2004.

RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de direito constitucional e ciência política, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 16, jul.-set. 1996.

RE, Edward D. *Stare Decisis*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, ano XLII, nº 198, abr. 1994.

REALE, Miguel. **Jurisprudência e doutrina**. Vox Legis. Repositório autorizado da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Registrado sob nº 003/79, ano XIII, v. 146, fev. 981.

REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

REYNOLDS, William L. **Judicial process**. 2.ed. St. Paul, MN: West Publishing Company, 1991.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Métodos de interpretação da lei no direito comparado**, Porto Alegre: Ajuris, v. 64, p. 119, 1995.

SHIMURA, Sérgio. **A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva**. In: ASSIS, Araken de et al. (Coord.). **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. **Revista de direito civil imobiliário, agrário e empresarial**. Repositório de Jurisprudência autorizado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob nº 004/85 e pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, sob n. 12 (Portaria n. 8/90). Ano 20 Janeiro-Março/1996 75.

SILVEIRA, José Néri da. O supremo tribunal federal e a nova ordem constitucional. **Jurisprudência Mineira**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 1989. v.107.

SINGER, Peter. **Ética e prática**. Traduzido por Jefferson Luís Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Traduzido de Jorge Trindade. Porto Alegre. Fabris, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O espírito da *Common Law* e os contratos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 22.

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo de. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 70, v. 553, nov. 1981.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. Tomo I.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, [s.d.], .V. I.

WAMBIER, Luís Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Revista de Processo 100**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, out.-dez. 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução? Constituição e processo civil. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr.-jun. 2000.

WATANABE, Marta; BAETA. Zínia. Reviravoltas da Justiça afetam as empresas. **Jornal Valor Econômico**. Seção Especial. Publicado em 8.05.2006.

_____. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

YALOM, Irvin D. **Quando Nietzsche chorou**. 7.ed. Rio de Janeiro: Ediouro. 2003.

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

_____. **Antecipação da tutela**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.