

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

ELTON VICTOR HUGO ZUQUELO

SÚMULA VINCULANTE: ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DOS
PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO STARE DECISIS

FLORIANÓPOLIS

2013

ELTON VICTOR HUGO ZUQUELO

SÚMULA VINCULANTE: ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DOS PRECEDENTES
OBRIGATÓRIOS DO STARE DECISIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira

FLORIANÓPOLIS

2013

Autor: Elton Victor Hugo Zuquelo

Título: Súmula vinculante: análise do instituto à luz dos precedentes obrigatórios do stare decisis

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com nota _____.

Florianópolis, 27 de junho de 2013.

Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira

Professor Orientador

Prof. Dr. Orlando Silva Neto

Membro da Banca Examinadora

Oberdã Laerth Almi Stivanin

Membro da Banca Examinadora

Aos meus pais.

“Não sou nada.
Nunca serei nada.
Não posso querer ser nada.
À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo”.

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente trabalho monográfico se propõe a analisar a súmula vinculante a partir dos precedentes obrigatórios do stare decisis.

Para tanto, analisa-se a evolução do poder de decidir no civil law, chegando-se até ao efeito vinculante das decisões, especificamente com a súmula vinculante. Após, há um detido estudo sobre a dinâmica de aplicação, não-aplicação e revogação dos precedentes do stare decisis. Aborda-se também as teorias que cercam os precedentes judiciais adeptos do modelo common law. Cuida-se, adiante, de alguns pormenores do efeito vinculante no Brasil, diferenciando-o, primeiramente, dos precedentes obrigatórios do stare decisis e, depois, do efeito erga omnes. Por fim, trata-se com minúcia da súmula vinculante. Começa-se com o estudo de seus aspectos gerais. Estuda-se a relação e interação entre súmula vinculante e lei. A possibilidade de se fazer distinguishing em súmula vinculante é outro tema abordado. No que toca ao descumprimento da súmula vinculante, analisa-se a possibilidade de o juiz deixar de seguir seu comando se reputá-la inválida. A seguir, responde-se a seguinte pergunta: com a adoção da súmula vinculante, seguimos ainda filiados ao civil law? Por fim, abordam-se os argumentos contrários à súmula vinculante, tais como a rigidez do sistema, independência funcional do juiz e distinções inconsistentes.

Palavras chaves: Precedentes judiciais – jurisprudência – civil law – common law – stare decisis – súmula vinculante.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DECISÃO JUDICIAL NO CIVIL LAW: DA CRENÇA DA NÃO INTERPRETAÇÃO AO EFEITO VINCULANTE	11
1.1. O CLÁSSICO CIVIL LAW	11
1.2. APLICAR A LEI SEM INTERPRETÁ-LA?.....	13
1.3. CLÁUSULAS GERAIS: UMA NOVA FORMA DE LEGISLAR, DE INTERPRETAR E DE DECIDIR.	15
1.4. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
1.4.1. Princípio da igualdade	19
1.4.2. Segurança Jurídica.....	20
1.4.3. A razoável duração do processo	22
1.5. A IMPORTÂNCIA DA DECISÃO JUDICIAL NA NOVEL EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL	23
1.5.1. Jurisprudência: conceito, natureza jurídica e função.....	25
1.5.2. Jurisprudência: fonte de direito?.....	28
1.5.3. Divergência jurisprudencial.....	30
1.6. O EFEITO VINCULANTE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A APROXIMAÇÃO DO COMMON LAW EM NOSSO ORDENAMENTO	32
1.7. ANÁLISE CRÍTICA DAS PRECEDENTES CONSIDERAÇÕES.....	34
2. A COMPREENSÃO DO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO NA DOCTRINA DO STARE DECISIS E O EFEITO VINCULANTE NO BRASIL	36
2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	36
2.2. BREVES NOÇÕES SOBRE O STARE DECISIS NO DIREITO ANGLO-SAXÃO	37
2.3. CONCEITO DE PRECEDENTE	38
2.4. CLASSIFICAÇÃO DO PRECEDENTE: TEORIAS DECLARATIVA E CONSTITUTIVA	39
2.5. ELEMENTOS DO PRECEDENTE JUDICIAL	41
2.5.1. Ratio decidendi	42
2.5.2. Obiter dictum.....	44
2.6. APLICAÇÃO NEGATIVA DO PRECEDENTE: O DISTINGUISHING	46
2.7. REVOGAÇÃO DO PRECEDENTE – O OVERRULING	48

2.7.1.	Efeitos da revogação do precedente	50
2.8.	O EFEITO VINCULANTE DOS PRECEDENTES PRODUZIDOS NO BRASIL	52
2.8.1.	Classificação dos precedentes judiciais brasileiros quanto à sua eficácia.....	52
2.8.2.	Efeito vinculante e precedente obrigatório do stare decisis	54
2.8.3.	Efeito vinculante e efeito erga omnes	56
3.	A SÚMULA VINCULANTE.....	57
3.1.	BREVES NOÇÕES DE SÚMULA.....	57
3.2.	A SÚMULA VINCULANTE	58
3.2.1.	Aspectos gerais da súmula vinculante	59
3.2.2.	Súmula vinculante e lei.....	63
3.2.3.	Há distinguishing em súmula vinculante?.....	65
3.2.4.	Descumprimento de súmula vinculante.....	68
3.2.5.	Com a adoção da súmula vinculante, seguimos ainda filiados ao civil law?	69
3.3.	OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À SÚMULA VINCULANTE.....	71
3.3.1.	Rigidez do sistema.....	71
3.3.2.	Ofensa ao princípio do livre convencimento do juiz.....	72
3.3.3.	Afronta ao princípio da separação dos poderes	74
3.3.4.	Distinções inconsistentes (ilógicas).....	75
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

INTRODUÇÃO

O instituto da súmula vinculante solidifica uma tendência que vinha a passos largos ocorrendo no Brasil. Tendo em vista a cultura legalista em nosso ordenamento, a norma escrita sempre teve status de soberania. O art. 5º, inc. II, da Constituição Federal é bom exemplo de tal conjectura, pois lá está expresso que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei. Mas a incompletude na norma jurídica legislada e o problema de suas variadas interpretações fizeram com que o legislador (e toda a comunidade jurídica) reconhecesse cada vez mais a atividade dos tribunais. A jurisprudência, como produto final da atividade judicante, gradativamente, foi sendo valorizada, até que se chegou ao seu grau máximo: sua vinculação, na figura da súmula vinculante.

É perceptível, nesse sentido, a influência do common law em nosso ordenamento. Tal sistema tem na doutrina do stare decisis, ou seja, na vinculação dos precedentes judiciais, o mecanismo forte para a satisfação da justiça e igualdade entre os jurisdicionados, objetivos estes, diga-se, perseguidos por todos os modelos jurídicos postos. Por isso, antes de se adentrar ao estudo da súmula vinculante, far-se-á abordagem acerca da compreensão dos precedentes dos países adeptos àquele sistema. Depois, analisa-se a súmula vinculante sob diferentes prismas e, ao final, discorre-se sobre alguns argumentos contrários.

No primeiro capítulo será comentada a evolução do poder de decidir no civil law. Analisa-se o civil law clássico e a forma de legislar casuística (a codificação). Após, comenta-se sobre acerca as cláusulas gerais e o impacto que o constitucionalismo traz, invertendo-se uma série de paradigmas até então aceitos com naturalidade. Por fim, comenta-se sobre o histórico do efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo, cuida-se de toda sistemática dos precedentes judiciais no common law, abordando-se as teorias que o cerca, sua criação, como se aplica, a superação do precedente. A seguir, o efeito vinculante brasileiro é destrinchado, estabelecendo-se, desde logo, as diferenças entre este e os precedentes obrigatórios do common law, bem como do efeito vinculante e efeito erga omnes.

Por fim, o presente trabalho cuida da súmula vinculante, desde seus aspectos gerais até questões mais minuciosas. Comenta-se a interação entre súmula vinculante e lei, a possibilidade de se fazer distinguishing no instituto, a questão da súmula inválida.

Responde-se também a seguinte indagação: com a adoção da súmula vinculante continuamos filiados ao civil law? Por fim, depois de destacar pontos favoráveis com a adoção dos precedentes vinculantes, analisam-se alguns argumentos contrários, sendo eles: enrijecimento do sistema, ofensa ao princípio do livre convencimento do juiz, afronta ao princípio da separação dos poderes e o problema das distinções inconsistentes.

1. DECISÃO JUDICIAL NO CIVIL LAW: DA CRENÇA DA NÃO INTERPRETAÇÃO AO EFEITO VINCULANTE

1.1. O CLÁSSICO CIVIL LAW

O civil law, modelo jurídico do qual nosso país é adepto, teve suas origens na Roma Antiga, mas foi na Revolução Francesa que seus traços se destacaram. Este evento histórico que alterou todo o paradigma político-social do Ocidente acabou por originar também uma nova concepção acerca do Direito. Afinal, a sociedade transmuda e o Direito a acompanha, transformando-se.

O contexto histórico de traumas pós-absolutismo e bem assim a desconfiança em relação aos magistrados, os quais, em períodos recentes antes da Revolução, decidiam tendenciosamente em favor da classe aristocrata, fez surgir o direito legislado de forma casuística¹.

Segundo Marinoni:

O medo do arbítrio judicial, derivado da experiência do Ancien Régime, não apenas exigia a separação entre o poder de criar o direito e o poder de julgar, como também orientava a arquitetura legislativa desejada. Além disso, o racionalismo exacerbado, típico da época, fazia acreditar que a tarefa judicial poderia ser a de apenas identificar a norma aplicável para a solução do litígio.²

Imaginou-se que a lei - em sentido estrito - completaria todo o sistema jurídico, de sorte que a cada fato que interessasse ao Direito haveria um comando legal claro e específico regulamentando-o. Atente-se que tamanha a confiança de que a codificação pudesse moldurar todas as relações sociais, que o Código de Napoleão estipulava em seu artigo 4º que: "O juiz que se recusar a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei poderá ser punido como culpado por denegação de justiça".

O Direito Positivo acaba então por despontar neste cenário. Nele, consagra-se o rompimento do milenar pluralismo jurídico, com suas diversas fontes, transformando a lei como fonte principal. A norma era suprema e a doutrina de direito natural, bem como a ética e a moral eram desprezíveis, porque a lei era o quanto bastava para se alcançar a justiça. Ela poderia ser "justa" ou "injusta", não importava - sua qualificação

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 2.ed. São Paulo: RT, 2012, p. 57.

² Ibid., p. 58.

jurídica não era afetada. Na lição de Barzoto: “O jus deixa de identificar-se como *justum*, e passa a ser identificado como *jussum* (comando) do soberano”.³

A respeito do Direito Positivo, Picardi anota que “este ordenamento encontra seu pressuposto no convencimento de que sempre existe uma única solução juridicamente correta e objetivamente predeterminada, solução que o juiz, através de um procedimento lógico se limita a tornar explícita”.⁴

Neste pensar, tal como doutrinava Montesquieu, o juiz era o *bouche de la loi*⁵; é dizer, tinha-se o desejo de conferir a ele somente a tarefa de aplicar a lei no caso em concreto, sendo desnecessária a interpretação. Perelman aduzia que, nesse sistema, o papel dos juízes era insignificante, porque “o poder de julgar será apenas o de aplicar o texto da lei às situações particulares, graças a uma dedução correta e sem recorrer a interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador”.⁶

O positivismo jurídico do o Século XIX tentou fazer da ciência do direito e da interpretação uma atividade mecânica de hermenêutica exegética, já que o código não deixaria nada ao arbítrio do intérprete, o qual não teria por missão criar o direito, já que todo o direito já estava feito.

Muito embora a separação dos poderes nesse contexto histórico já se fazia presente, é perceptível um nítido acento na importância do legislativo sobre os demais poderes, notadamente em relação ao Judiciário. Vinculando a decisão do magistrado ao estrito cumprimento da lei, Reale observa que: “o juiz é como que legislador num pequenino domínio, o domínio do caso concreto”.⁷ O julgador, em outros termos, torna-se mero *longa manus* do legislador, pois lhe é retirada sua independência própria do sistema de freios e contrapesos, para ser um porta voz do legislador.

³ BARZOTTO, Luis Fernando. O positivismo jurídico contemporâneo. 1ª Ed. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

⁴ PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. In: Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile. Ano LVIII. n.1 Mar/2004, Milano: Giuffrè Editore, 2004 p. 52 (tradução livre).

⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do Espírito das Leis. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1997, p. 91.

⁶ PERELMAN, Chaim. Lógica Jurídica. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 122.

⁷ REALE, Miguel. O direito como experiência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 291.

Relativamente em nosso país, o ponto culminante desse dogma é encontrado no projeto de Constituição da República Rio-Grande, de 08/02/1843, em que se atribuía à Assembléia Geral a interpretação das leis (art. 14, § 2º), competindo exclusivamente ao Poder Legislativo interpretar e explicar a Constituição (art. 234).

Desde já é possível notar que esta doutrina apresenta deficiências sérias no que toca à satisfação dos princípios da isonomia e segurança jurídica. Evidente que o exposto trata do civil law em seu modo clássico, sendo certo que houve inúmeros avanços no sentido de completude de lacunas, maior liberdade do magistrado em relação à hermenêutica etc. A essência, porém, - de que a norma legislada é a principal fonte de Direito e nessa condição é capaz de garantir, por si só, a justiça e igualdade -, ainda é defendida.

1.2 APLICAR A LEI SEM INTERPRETÁ-LA?

O juiz boca-da-lei, como narrado, registre-se desde logo, é uma falácia. A tarefa hermenêutica é essencial, ainda que a lei, à primeira vista, seja claríssima. É que reconhecer o fato como sendo fato-jurídico, constatar sua lei reguladora e, diante de tal, julgar em mínimos contornos de razoabilidade exige, por certo, labor exegético do magistrado (método da subsunção). Aliás, “como saber se a norma é clara? A afirmação de que um texto é claro supõe sua interpretação (sua compreensão) dentro do respectivo contexto”.⁸ Gadamer pontua que “a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz”.⁹

Ainda, mesmo que todos os textos (mundo do dever-ser) fossem de fácil compreensão, sem dar margens a dúvidas quanto à intenção do legislador, a atividade do intérprete consiste também em extrair a realidade social em que ela incide (o mundo do ser)¹⁰, a fim de que haja racionalidade na decisão.

Segundo Lira de Carvalho:

⁸ CUNHA, Sérgio Sérulo da. O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16

⁹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005, p. 452.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

“A norma jurídica, quer tenha sido fabricada intencionalmente (a lei em sentido formal e em sentido material), quer tenha sido apurada pelos cultores e aplicadores do Direito (a jurisprudência, os tratados, as convenções, etc), exige uma fase de burilamento e adequação ao momento histórico e social da sua aplicação. Enquanto texto frio e latente, espelha tão-só o instante da sua confecção ou do seu incorporamento ao conjunto normativo. Cabe ao intérprete vivificá-la e dar-lhe a destinação adequada às exigências sócio-culturais dos seus súditos, assim entendidos pela submissão gerada pela coercibilidade das normas”¹¹.

O texto frio da lei não tem valia no ordenamento se despido de interpretação. Assim, Castanheira Neves chega à conclusão que “a norma será tal como é interpretada” e prossegue o autor:

a interpretação, ao propor-se referir o sentido normativo dessa fonte interpretanda às concretas exigências ou ao mérito concreto do problema jurídico a resolver, para que possa ser dele um critério adequado de solução, traduzir-se-à sempre numa normativamente constitutiva concretização.¹²

O juiz, antes de tudo, busca a justiça; e a lei é por excelência o instrumento para essa realização. Há, todavia, que se atentar que a incidência legal no caso em concreto origina questionamentos, alguns deles levantados por Coelho, que seguem:

- a) Qual o sentido da lei?
- b) De que maneira se pode deduzir de uma norma geral, a norma particular para a regulamentação de um caso particular?
- c) Qual é a lei que o intérprete deve eleger, quando mais de uma é aplicável à mesma situação particular e concreta?
- d) Que solução deve ser dada, quando a aplicação de uma norma a um caso concreto, a qual parece inequivocamente regulá-lo, produz efeitos contrários aos visados por ela?
- e) Quando a aplicação da norma ao caso concreto produz resultados que o juiz, em sua consciência, reputa injustos, ainda que visados pela norma, que critérios deve prevalecer, o respeito à norma ou o sentimento do juiz?¹³

Para a resposta de todas essas indagações, sem as quais é impossível se alcançar a justiça, apenas a interpretação pode responder.

A questão c acima colacionada, a título de ilustração, é deveras comum no cotidiano do Judiciário e faz derruir a concepção inicial de que a cada fato exista uma solução única. O juiz muitas das vezes se depara com normas colidentes na ação que está a julgar. Para ilustrar, citam-se algumas situações presentes nos tempos de hoje: ações em que se pleiteia verba para realização de cirurgia cara não prevista pelo SUS; possibilidade de adoção de crianças por casais homossexuais; alteração da ordem da fila para obter órgão para

¹¹ CARVALHO, Ivan Lira. A interpretação da Norma Jurídica (Constitucional infraconstitucional). Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/25327-25329-1-PB.htm>. Acesso em: 25/03/2013.

¹² NEVES, Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

¹³ COELHO, Luiz Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis. Rio de Janeiro, Forense, 1981. p. 177

transplante.¹⁴

Estes hard cases, segundo Guerra Filho “não se resolvem satisfatoriamente com o emprego apenas de regras jurídicas, mas demandam o recurso aos princípios, para que sejam solucionadas em sintonia com o fundamento constitucional da ordem jurídica”.¹⁵ Por isso, na hipótese em que não há um comando legal aplicável diretamente ao caso concreto, forçoso uma tarefa exegética do magistrado, com um aprofundamento em todo o sistema jurídico. Essa tarefa de interpretar e muitas das vezes julgar praeter legem é fundamental para a solução. Veja-se que essa situação foi por muito tempo absolutamente rechaçada pelos defensores da codificação.

1.3 CLÁUSULAS GERAIS: UMA NOVA FORMA DE LEGISLAR, DE INTERPRETAR E DE DECIDIR.

Como dito linhas acima, cuidou-se aqui de análise do civil law em sua modalidade clássica. Com a constatação de que a norma legislada casuisticamente era incapaz de regulamentar todas as condutas humanas que interessassem ao Direito e paralelamente a isso, verificando-se a imprescindibilidade da interpretação na decisão judicial, o legislador criou as chamadas cláusulas gerais.

Contendo elementos vagos e imprecisos, as cláusulas gerais têm o intuito de propiciar uma adequação entre o rigor da lei à cambiante realidade, além de fornecer uma solução satisfatória e ágil ao jurisdicionados.

As cláusulas gerais colorem uma maior gama de fatos, justamente porque elas não se propõem ao casuismo; elas carregam consigo uma hipótese de incidência vaga e o conseqüente impreciso. Conforme Martins Costa:

Estes novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “Conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas ao seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza aos seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e Evolução do Direito”, in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 28

¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. Revista de Informação Legislativa 128, Brasília, 1995, ps. 255-259.

estrangeira ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas. –, que fornecem parâmetros abertos de construção normativa do caso concreto.¹⁶

Em nosso ordenamento, a adoção das cláusulas gerais é visualizável, sobretudo, na seara do direito civil e no processo civil. No CPC, Didier Júnior. aponta diversas delas: a) cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, CPC); b) poder geral de cautela (art. 798 do CPC); c) cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620 do CPC); d) cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); e) cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, § 2º, CPC); f) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109 do CPC).¹⁷

Note-se que essa alteração no modo de legislar há de igual modo uma inversão nos conceitos de hermenêutica. As cláusulas gerais não comportam o até então suficiente método da subsunção. A interpretação é necessária para que se confira a concretização do fato à norma. É que em se cuidando de cláusulas gerais, a simples subsunção do fato àquele texto normativo vago e impreciso transforma a solução do caso, da mesma forma, vazia. A concretização normativa individualiza aquela situação das demais que comportam a mesma incidência legal. Por isso, de acordo com Larenz “quanto ‘mais complexos’ são os aspectos peculiares do caso a decidir, ‘tanto mais difícil e mais livre se torna a atividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção’”.¹⁸

Contudo, maior liberdade em interpretar a norma não significa um cheque em branco, uma discricionariedade sem critérios, visto que, segundo Pedro Pais Vasconcelos, há a incumbência ao intérprete para que “se debruce sobre a situação concreta do caso, que intua a constelação valorativa de referência, que pondere a consequência da concretização e que formule o juízo em termos tais que seja susceptível de ser sindicado”¹⁹.

Tudo isso quer dizer que

a concretização das cláusulas gerais pode ser controlada, quer por razões formais (incompetência do órgão julgador ou falta de fundamentação), quer por razões substanciais (má compreensão da cláusula geral). É possível rever uma decisão que aplica mal uma cláusula geral, quer porque a aplicou de modo irrazoável ou inadequado (decisão injusta), quer porque a aplicou sem a devida fundamentação

¹⁶ COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Editora RT, 1998, p. 255.

¹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. As Cláusulas Gerais Processuais. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/pdf/clausulas-gerais-processuais.pdf>>. Acesso em: 29/03/2013.

¹⁸ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150.

¹⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 1995, p. 394.

(decisão nula).²⁰

A maior liberdade dada ao juiz na lida com normas de caráter geral da norma se aproxima, em teoria, dos ideais de igualdade e justiça. É preciso ter a ideia, todavia, de que a cláusula geral, sozinha, em razão de seus conceitos vagos, não dá a resposta que o jurisdicionado postula. O processo de concretização confere à decisão incrível notabilidade, tanto é que Marinoni, com razão, sustenta que a cláusula geral é norma incompleta e a norma concreta, aquela realmente servil ao jurisdicionado, é a própria decisão do magistrado.²¹

A decisão do juiz deve minuciar, restringir as variadas situações constantes de uma cláusula geral no caso já individualizado em que se lida. A atividade judicante, demais, há de estabelecer um aspecto externo do processo, ou seja, deve reger os casos análogos, em que incidem a cláusula geral. Isso porque os conceitos vagos e imprecisos do conteúdo das cláusulas gerais trazem consigo o risco da insegurança jurídica. Conforme Wiecker, as cláusulas gerais

possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais freqüente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício.²²

De tudo o que foi dito, afirma-se que embora a elogiável a mudança da forma de se legislar (forma casuística para as cláusulas gerais), a interpretação do Judiciário em face delas necessita de uniformidade, não só para manter a estabilidade, como também propriamente delimitar o alcance dessas normas.

1.4 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

E como dito, cabe ao Direito andar de passos dados com a sociedade que por ele é regulada. A contemporaneidade, a evolução humana nas ciências e, notadamente, o fenômeno da globalização estabeleceram mudanças notáveis na concepção do civil law. O neoconstitucionalismo surgiu em meio a esses avanços do século XX, tendo como marco simbólico a Segunda Guerra. No Brasil, o movimento neoconstitucional nasceu quando

²⁰ DIDIER JÚNIOR. Op. cit. 2013.

²¹ MARINONI. Op. cit. 2012, p. 153.

²² WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. (trad.). A. M. Botelho Hespanha 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004, p. 546.

promulgada a Carta Magna de 1988.²³

É de se frisar, desde logo, que o pautar pela norma escrita, como instrumento primordial de justiça, não foi deixado de lado. Entretanto, essa mesma norma não é mais soberana e inquestionável; ela necessita de uma legitimação constitucional, enlaçando-se com os direitos fundamentais. Assim, diz-se que a Constituição é dotada de plena eficácia normativa, enquanto a lei, que antes era suprema, passa a se subordinar à Carta.²⁴

Os direitos fundamentais que até então eram, em certa medida, relegados pela lei passaram a serem princípios norteadores de todo o ordenamento. O princípio de legalidade, nesse sentido, também se transforma. Se antes seu conteúdo era apenas formal, agora, o conteúdo substancial da norma passa também – e principalmente – a interessar, pois necessário sua conformação constitucional. Isso quer dizer que a aplicação cega e direta da lei aplicável ao concreto não mais se sustenta. Se a lei for contrária aos direitos fundamentais, ela deve ser retirada do ordenamento.

Nesse cenário, o Legislativo, antes soberano, tem seu nível de atuação reduzido em nome dos direitos fundamentais. O Judiciário, em outro vértice, assume feições extraordinárias, como nunca antes havia tido. Bom exemplo disso é que a validade da lei pode a qualquer momento passar sob o crivo do Judiciário, inclusive nas mãos de juízes de primeiro grau (controle concreto de constitucionalidade).

O movimento neoconstitucionalista marca o início da judicialização. No Brasil, o fenômeno é ainda impulsionado pelo descrédito da população na lisura das atividades do legislativo, dos partidos políticos etc. Em razão dos recentes escândalos como o “mensalão”, dá-se a impressão geral de que cabe ao Judiciário solucionar os problemas das mais várias ordens que a população brasileira enfrenta atualmente.²⁵

Nesse contexto de solidificação de um Estado Democrático de Direito, o Judiciário, não só pela legitimação constitucional, mas por súplicas da sociedade, é protagonista para concretizar os direitos fundamentais expostos na Magna Carta. Abaixo, falar-se-ão alguns destes princípios e o papel do Poder Judiciário na sua realização.

²³ MENDES; BRANCO. Op. cit, 2012, p. 49.

²⁴ MARINONI. Op. cit, 2012 p. 67.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um Sucesso Imprevisto. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 02/04/2013.

1.4.1 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade é sem dúvidas o mais importante de todos. É, inclusive, a própria razão de ser de um Estado Democrático de Direito. Seu destaque na Constituição de 1998 é nítido à luz do critério topográfico. É que o mencionado princípio se encontra no caput do art. 5º da Carta Federal. Não é custoso notar que todos os outros direitos fundamentais, em seus incisos, são norteados e correspondidos pelo contido na cabeça do artigo. Bem por isso, a incidência do princípio atinge não apenas o particular, mas também o Estado, em todas as suas esferas: Executivo, Legislativo e Judiciário.

No Judiciário e particularmente na seara processualística, muito se fala na igualdade interna do processo, ou seja, a “equiparação de armas” entre os litigantes, ou *sic et simpliciter*, na garantia do contraditório.

Tal pensamento se encontra assim resumido, na lição de Scarence Fernandes:

Como salientado, em duas direções manifesta-se o princípio da igualdade no direito processual: dirige-se aos que se encontram nas mesmas posições no processo – autor, réu, testemunha –, garantindo-lhes idêntico tratamento; dirige-se, também, aos que estejam nas posições contrárias, de autor e de réu, assegurando-lhes idênticas oportunidades e impedindo que sejam atribuídos maiores direitos, poderes, ou impostos maiores deveres ou ônus do que a outro²⁶.

Fala-se, também, em igualdade ao processo ou igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de procedimentos e de técnicas processuais. Por exemplo, a criação dos Juizados Especiais, cujo procedimento é essencial àqueles desprovidos de boa situação financeira e a técnica antecipatória, essencial “para permitir a distribuição isonômica do tempo do processo entre os litigantes.”²⁷

Todas essas “igualdades”, porém, de nada adiantam se não há uma efetiva igualdade diante das decisões, conforme alerta Luiz Guilherme Marinoni²⁸. É a decisão, o produto final do processo, deveras útil ao litigante, de sorte que se não respeitada, as demais igualdades antes mencionadas se tornariam, na prática, inúteis. A norma legislada, em razão de sua abstração e generalidade, conduz ao julgador a diversas soluções; e ainda que

²⁶ FERNANDES, Antonio Scarence. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 48.

²⁷ MARINONI, Op. cit. 2012, p 229.

este seja fiel a uma delas, outros – juízes – não o serão. É dizer, a norma igual para todos, depois de aplicada, pode estabelecer diferenças enormes em relação às partes do processo: aquele vencedor em uma ação, em outra vara ou comarca, com o mesmo direito subjetivo afirmado, tem a possibilidade de ser a parte sucumbente. Daí que não só a norma legislada deve ser igual para todos, como também a norma julgada.²⁹ E igualdade perante a norma julgada pressupõe respeito e estabilidade das decisões. A uniformização e o respeito aos precedentes judiciais são elementos fundamentais para que o sucesso ou derrota na demanda não fique à sorte da distribuição.

A título de exemplo, imagine-se que o Superior Tribunal de Justiça tenha interpretado lei federal de tal forma. Um Juiz singular, desconsiderando o entendimento daquela Corte, interpreta a mesma lei de modo outro. Ora se, nos termos da CF/88, cabe ao STJ a uniformização de lei federal, e o fazendo, reiteradamente, sem fazer esforço, espera-se que o Magistrado singular julgue conforme a lei interpretada naqueles parâmetros.

A questão é puramente racional. O Judiciário, em sua organicidade, possui sua hierarquia. Um magistrado singular, embora independente, deve levar em conta que faz parte de um sistema e julgar de acordo com as Cortes Superiores em respeito ao cidadão litigante. Muitos, no ponto, advogam que nesse proceder há o engessamento da jurisprudência e afronta ao princípio do livre convencimento do magistrado. A questão será no adiante debruçada. Aqui, basta esclarecer que a igualdade perante a decisão judicial é elemento indissociável à isonomia (lato sensu) entre os cidadãos.

1.4.2 Segurança Jurídica

A segurança jurídica, assim como o princípio da igualdade é elemento indissociável na concretização de um Estado que objetive a realização dos demais direitos fundamentais do cidadão. Embora sem expressa menção, a Constituição Federal homenageia a segurança jurídica em diversos incisos esparsos no art. 5º; citam-se o inc. II (princípio da legalidade), inc. XXXVI (intangibilidade do direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito) e art. XL (irretroatividade da lei penal).

Costuma-se decompor ou analisar a segurança jurídica sob dois

²⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 100.

enfoques, quais sejam: a previsibilidade e a estabilidade.³⁰

A previsibilidade sugere que o cidadão saiba de antemão os efeitos que suas decisões poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas³¹. É, pois, forçoso que este cidadão quando vai se socorrer ao Judiciário tenha certo grau de certeza das consequências da lide em que figura como parte. Bem, por isso, sob esta faceta, a segurança jurídica é tratada como sinônima do “princípio da não-surpresa”. Nessa perspectiva, a certeza deve ser entendida como atributo imanente do Direito. A respeito, com propriedade, anota Arruda Alvim que “num mesmo momento histórico não é aceitável que a mesma regra jurídica tenha mais de uma interpretação, pois o atributo da certeza é necessidade indeclinável da ordem jurídica; a duplicidade da interpretação criaria, certamente, a dubiedade respeitante à conduta”.³²

A preocupação referente à mencionada certeza pode ser constatada na Constituição Federal quando trata acerca da competência do Supremo Tribunal Federal do Superior Tribunal de Justiça, os quais, respectivamente, exercem o papel (soberano) de afirmação da lei constitucional e uniformização de normas federais.

A estabilidade é o outro aspecto da segurança jurídica. Por meio dela, espera-se que as decisões judiciais tenham certa continuidade. Não se está aqui advogando sobre uma perpetuação do entendimento dos tribunais. O que não pode ocorrer é justamente o inverso: uma variável jurisprudencial alucinante referente à mesma matéria. Afinal, a estabilidade está intimamente ligada à credibilidade do Judiciário em face do cidadão.

Nesse sentido, leciona Oliveira:

O direito da parte não pode ficar a mercê do acaso: se o processo foi distribuído a esta ou aquela vara, para uma ou para outra turma do tribunal, ou pior, para determinada turma dos Tribunais Superiores (cuja função, nunca custa lembrar, é pacificar a interpretação das normas legais). Com efeito, pode haver dificuldade para se conceituar direito. Mas o fenômeno da sorte na distribuição, definitivamente expressa o que direito não é.³³

Em decorrência da efetivação da segurança jurídica na cultura processualística brasileira, o desestímulo à litigância surge com relevo na racionalização e

³⁰ MARINONI. Op. cit. 2012, p. 210.

³¹ Ibid., p. 210.

³² ALVIM, Arruda. Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. In. ALVIM, Arruda. Processo civil 2. São Paulo: RT, 1995, p. 303.

³³ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O Binômio Repercussão Geral e Súmula Vinculante: Necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 680.

desafogamento do Judiciário. De modo que sabendo a parte previamente que o Judiciário não ampara sua pretensão, ela certamente não ingressará com a ação que lhe tomará tempo e dinheiro. Não é possível dizer o mesmo se há divergência no entendimento dos Tribunais; nesse caso, o particular se aventura no processo, arriscando obter uma decisão favorável.

E nesse contexto de incerteza, explica Marinoni que

o custo dessa loteria é mais alto para o Estado. Ao não corresponder à expectativa de confiança do cidadão, em virtude da indefinição de solução jurisdicional ao caso, o Judiciário fica obrigado a arcar com os custos das várias demandas que se aventuram à 'sorte judicial'. Diante desse acúmulo despropositado de serviço, a administração da justiça gera mais despesas, torna-se burocrática, lenta e, sobretudo, destituída de capacidade de conferir adequada atenção aos conflitos³⁴.

1.4.3 A razoável duração do processo

O princípio da razoável duração do processo também tem status de direito fundamental e foi inserido na EC 45/2004. O referido princípio foi positivado em razão do o Pacto San José de Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. O seu artigo 8º prescreve:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Como característica, os direitos fundamentais gozam de eficácia imediata, cabendo ao Estado sua efetivação independentemente de criações de normas infraconstitucionais regulamentadoras. Relativamente ao Judiciário, a preocupação na efetivação do indigitado princípio é manifesta, a uma porque definitivamente a morosidade na tramitação é um dos principais problemas enfrentados na atividade judicante, e a duas, numa visão voltada ao jurisdicionado, infere-se que “mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça”.³⁵

Não há dúvidas, a razoável duração do processo também é consequência do respeito às decisões.

³⁴ MARINONI. Op. cit. 2012, p. 188.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional: Insuficiência das reformas das leis processuais. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, ano VI, n. 36, jul./ago. 2005.

Sob um primeiro enfoque, o respeito aos precedentes judiciais, quando já amadurecidos e pacificados, refletem no procedimento. Isso porque, conforme Fábio Monnerat, o itinerário do processo “pode ser encurtado ou abreviado pela supressão de um incidente ou atividade processual, sempre que o objeto dessa atividade for discutir algo já apreciado e consolidado pelo Judiciário”.³⁶

Em outro viés, registre-se a sensível queda de recursos, se respeitadas as decisões judiciais. Justifica-se tal assertiva porque o inconformismo da parte sucumbente dificilmente conseguirá alterar as razões de decidir do julgado amparado nas decisões proferidas pelo próprio julgador do recurso. Ademais, na outra ponta, a parte cujo pleito encontra respaldo no ordenamento não precisará se valer dessa impugnação para obter seu direito reconhecido em superior instância.

Mas a realidade ainda é outra. Lembre-se que o STJ, por exemplo, recebe cerca de 1.200 recursos/dia³⁷, maioria deles tratando de questões já uniformizadas pelo Tribunal da Cidadania, mas que, em razão da rebeldia de juízes singulares e dos tribunais, acabam por lá chegar para a correção da decisão, fazendo as vezes de 3ª instância julgadora, o que não é sua atribuição.

1.5 A IMPORTÂNCIA DA DECISÃO JUDICIAL NA NOVEL EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo determina uma nova forma de pensar o processo civil brasileiro, visto que o estrito cumprimento da lei não garante os ideais de igualdade e justiça presente em nosso ordenamento. A problemática não é apenas teorizada, mas está presente no cotidiano de nosso Judiciário. Perceba-se que o descrédito do Judiciário, a lentidão de um processo em curso, a não satisfação do direito alcançado, as causas iguais serem julgadas distintamente e o imenso número de recursos são exemplos típicos do modelo que se adotou.

O excursus histórico até aqui feito demonstrou que ao passar do tempo,

³⁶ MONNERAT, Fábio. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração de procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 680.

³⁷ Dado disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105006>. Acesso em 30/03/2013.

reconheceu-se a atividade interpretativa por parte do juiz e, nessa esteira, viu-se que a norma judicante é tão ou mais importante que a própria norma legislada. Por meio da atividade judicial, as normas de caráter geral e abstrato deixam de lado essas características e assumem a concretividade e utilidade perseguidas pelos jurisdicionados. Tendo em vista as infinitas peculiaridades que as relações pessoais apresentam, a atividade judicante apara as arestas da norma (notadamente quando se trata de uma cláusula geral), atualiza-a, com o fito de tornar efetiva ao caso em análise. Por isso que “os precedentes são de indiscutível importância para o processo civil, pois é no tribunal que o processo se materializa e se torna eficaz”³⁸.

Essa, basicamente, é função da decisão judicial em matéria endoprocessual.³⁹ Há que se ter a ideia, todavia, que a decisão do juiz assume também uma característica panprocessual. Nesta, a decisão judicial não estabelece somente a norma entre as partes, por meio da coisa julgada. Ela transborda os limites dos processos e passa a orientar futuras decisões em casos futuros assemelhados. O precedente estabelece “diretrizes para os demais casos a serem julgados. O precedente haverá de ser considerado nas posteriores decisões, como paradigma”.⁴⁰

Mister destacar que o efeito panprocessual da decisão (ou do conjunto delas, jurisprudência) não é absoluto e vinculativo. Bem se sabe que em nossa cultura a jurisprudência tem força persuasiva e serve somente como orientação para as demais situações idênticas (de direito). Essa condição, entretanto, não justifica o julgamento livre de um magistrado, sob o pretexto de age de acordo com seu livre convencimento, desprezando a jurisprudência consolidada pelos tribunais. Ou, segundo Oliveira, o livre convencimento “não pode ser levada às últimas consequências, sob pena de gerar o comprometimento da forma sistemática do direito e o afastamento integral da possibilidade de se tratarem isonomicamente os jurisdicionados”.⁴¹

De outro lado, os Tribunais Superiores devem levar em conta sua responsabilidade no que toca à uniformização de seus julgados. A obediência de uma decisão do STJ, por exemplo, não deve ser seguida apenas pelo plano vertical, mas também, e, sobretudo, no plano horizontal. É inadmissível que um Estado Democrático de Direito tem em um Tribunal que detém a última voz em relação à interpretação da norma federal divergência

³⁸ OLIVEIRA. Op. cit. 2012, p. 697.

³⁹ MANCUSO, Op. cit. 2010, p. 78.

⁴⁰ OLIVEIRA. Op. cit. 2012 p. 699.

⁴¹ Ibid., p. 703.

entre suas turmas sobre idêntica matéria de direito. O mesmo exemplo, por óbvio, estende ao STF e demais tribunais inferiores no que toca às suas competências.

A falta de padronizações de decisões dos Tribunais Superiores e a “desobediência” dos juízes singulares e tribunais de segunda instância é, por certo, um problema de ordem sistemática do Judiciário, que compromete deveras a exigência do constitucionalismo na busca pelos direitos fundamentais e na realização de um Estado Democrático de Direito.

Enfim, o julgamento distinto de casos iguais, acatado pela comunidade jurídica brasileira não é mais aceitável. A racionalização do Judiciário, sem perder de vista que se trata de um poder uno, passa pelo respeito às decisões, na hierarquia em que o Poder Judiciário é escalonado.

1.5.1 Jurisprudência: conceito, natureza jurídica e função

Falou-se da palavra “jurisprudência” sem ao menos conceituá-la. Quem opera com o direito certamente tem uma concepção da palavra, corriqueira na rotina forense, inclusive pronunciada e entendida por leigos. No presente trabalho, forçoso um estudo mais aprofundado sobre o tema, para se tentar ao menos entender (não justificar) o motivo da jurisprudência vacilante, mas acatada em nosso sistema jurídico. A compreensão do vocábulo é ainda primordial para a compreensão acerca de qual o procedimento adequado para a uniformização, força vinculativa, edição de súmulas, até mesmo com o confronto da palavra com os temas de “livre convencimento do magistrado” e “separação dos poderes”.

É comum dar à palavra um sentido mais elástico, com o emprego do termo fora dos limites do Judiciário, invadindo-se as demais áreas. Nesse sentido, muitas das vezes se fala em jurisprudência de uma junta de Recursos Administrativos, de uma Junta Comercial, dos Tribunais de Contas.⁴² Entretanto, no sentido técnico, jurisprudência decorre da atividade jurisdicional do Estado, que é, por óbvio, reservada aos órgãos do Poder Judiciário.

A palavra em sentido estrito, diga-se, é de difícil conceituação, não porque carece de desígnios, mas, ao contrário, é um termo de plurissignificância. Em termos

⁴² MANCUSO. Op cit. 2010, p. 46.

genéricos a expressão significa as decisões dos juízes ou tribunais, mesmo discrepantes, originais ou inéditos⁴³.

Limongi França aponta o termo jurisprudência em cinco acepções:

O primeiro, um conceito lato, capaz de abranger, de modo geral, toda a ciência do direito, teórica ou prática, seja elaborada por juristas, seja por magistrados [...] O segundo, ligado à etimologia do vocábulo, que vem do 'juris+prudentia', consistiria no conjunto de manifestações dos juristas (prudentes), ante questões jurídicas concretamente a eles apresentadas. Circunscrever-se-ia ao acervo dos hoje chamados pareceres, quer emanadas dos órgãos oficiais, quer de jurisperitos não investidos de funções públicas. O terceiro, o de doutrina jurídica, teórica ou prática ou de dupla natureza, vale dizer, o complexo das indagações, estudos e trabalhos gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais. O quarto, o de massa geral das manifestações dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei. O quinto, finalmente, o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.⁴⁴

A quinta acepção do que é jurisprudência do renomado jurista parece mais acertada. A jurisprudência, na cátedra de Mancuso “é substantivo coletivo, e, para ser corretamente denominada como tal, deve se constituir de um conjunto de decisões ou acórdãos uniformes, que reflitam o pensamento dominante de determinado tribunal, ou, se possível, do Poder Judiciário por inteiro”.⁴⁵ A preocupação em dar à jurisprudência o aspecto de uniformidade é justificável, pois, sem o qual, o próprio termo jurisprudência perde seu sentido. Referenda, nesse sentido, Villaça de Azevedo, cuja lição é de que

Não pode haver jurisprudência sem que haja uniformização [...] esse esforço de sentido não lhe prejudica o entendimento, pelo contrário, vem a demonstrar que a uniformização da jurisprudência há que compreender-se 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.⁴⁶

Sob outro enfoque, a jurisprudência pode ser vista sob dois aspectos, quais sejam interno e o externo. No primeiro, ela tem o fito de adequar a norma ao caso concreto. Nesse sentido, Limongi França decompõe tal função em cinco, quais sejam a) interpretar a lei; b) vivificar a lei; c) humanizar a lei; d) suplementar a lei; e) rejuvenescer a lei.⁴⁷

⁴³ LIMA, Francisco Marques de. A jurisprudência como fonte de direito. Revista Nomos, vol. 11-12, Fortaleza, 1993, p. 252.

⁴⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. O Direito, a Lei e a Jurisprudência, São Paulo: RT, 1974, p. 273-274.

⁴⁵ MANCUSO. Op. cit., 2010 p. 56.

⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Os assentos no direito processual civil. Revista Jusitia, v. 74, 1971, p. 140.

⁴⁷ FRANÇA. Op. cit. 1974, p. 291-293.

A interpretação, como dito no presente trabalho, é circunstancia inseparável à aplicação da norma. Não há aplicação sem um mínimo de labor exegético. Por ser um preceito geral, a lei muitas das vezes não se enquadra perfeitamente no caso posto a juízo, de sorte que a mera subsunção não basta para sua solução.

A vivificação da lei consiste em tornar concretos os efeitos da norma. A lei quando posta no sistema jurídica é geral e abstrata; e as relações pessoais que se desenvolvem à sua margem ou quando vão contra ao seu comando não são automaticamente censuradas. Somente quando surge a controvérsia e levada ao Judiciário é que a norma atuará, dinamizando seu imperativo.

O conceito de humanização: sinteticamente, a subsunção da lei ao concreto não é a medida justa diante das mais variadas situações vivenciadas pela sociedade. Nessa diferenciação de cada caso, é preciso aparar as arestas, adaptar sua rigidez, mantendo-se, contudo, sua direção.

Suplementar a lei significa que o poder criador do juiz não é uma discricionariedade desmedida; o julgador, na transformação da lei abstrata em lei concreta, deve seguir as balizas pelos expedientes complementares, que são a analogia, o costume e os princípios gerais de direito.

Por fim, a função da jurisprudência em rejuvenescer a lei. A jurisprudência desempenha o papel de atualizar a norma, sem perder de vista sua essência. Conquanto a sociedade evolui, o texto da norma é o mesmo. Cabe à jurisprudência sempre adequar o texto a tais mudanças.

Relativamente ao aspecto externo, ou, na lição de Mancuso, efeito panprocessual,⁴⁸ a jurisprudência serve como paradigma para futuras decisões de casos assemelhados. E tal efeito, por alcançar questões idênticas futuras e, por conseguinte, considerável número de processo, é um instrumento forte na concretização da justiça e igualdade. Contudo, em razão de ser, conforme Dinamarco “mais do que um conselho e menos do que uma ordem”⁴⁹, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, por muito tempo, não foi observada com a atenção que merecia.

⁴⁸ MANCUSO. Op. cit, 2010, p. 96.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 198.

1.5.2 Jurisprudência: fonte de direito?

As fontes do direito nada mais são que os meios pelos quais se formam as normas jurídicas. Embora se tenha a ideia original da plenitude da norma jurídica, a realidade mostra que as relações humanas, tal como antes dito, escapa à moldura do ordenamento codificado, afinal “a vida é mais rica que o direito”. Por isso, no Direito Brasileiro, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro prescreve, em seu artigo 4º que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Costuma-se, na doutrina brasileira, fragmentar as fontes em formais e materiais.⁵⁰

As fontes formais são as maneiras pelas quais o Direito se expressa. Na peculiaridade do modelo civil law, é a lei (em sentido amplo). A lei é a principal fonte formal e ela compreende a lei constitucional, produto do poder originário e derivado; lei complementar, aquela em que se exige quórum qualificado para sua aprovação; a lei ordinária, que pode ser aprovada por maioria simples; as medidas provisórias, as quais, embora estejam em patamar abaixo ao da lei ordinária, quando aprovadas, têm força de lei; o decreto legislativo, emanado do Poder Legislativo; as resoluções do Senado, fruto de deliberação de uma das Casas do Congresso acerca de assuntos internos.

Além da fonte formal, tem-se as fontes subsidiárias ou secundárias, cuja proposta é de complementar a lei e tal ocorre em duas situações, a saber: i) na hipótese de o próprio ordenamento positivo autorizar e ii) quando a utilização por si só da norma escrita se mostra insuficiente⁵¹.

Quanto ao primeiro caso, pode-se dar como exemplo o art. 108, I, II, III, do CTN, que autoriza “na ausência de disposição expressa” o uso da analogia e dos princípios gerais. Menciona também o art. 127 do CPC que admite o julgamento por equidade quando assim previsto (art. 15 da Lei de Alimentos).⁵²

Relativamente à segunda hipótese, tem-se os procedimentos especiais

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 09.

⁵¹ MANCUSO, Op. cit., 2010, p. 68.

⁵² Ibid., p. 70.

de jurisdição voluntária, onde ao juiz é permitido se afastar da regra da legalidade, podendo se valer das “regras de experiência comum”, a partir de observações do que ordinariamente ocorre.

Já as fontes substanciais, de acordo com Stolze Gagliano e Pamplona Filho são

em última análise, a própria sociedade, com sua imensa gama de relações, fornecendo elementos materiais (biológicos, psicológicos, fisiológicos), históricos (conduta humana no tempo, ao produzir certas habitualidades que se sedimentam), racionais (elaboração da razão humana sobre a própria experiência de vida, formulando princípios universais para a melhor correlação entre meios e fins) e ideais (diferentes aspirações do ser humano, formuláveis em postulados valorativos dos seus interesses.⁵³

Ainda relativamente aos expedientes para complementação da norma, Mancuso aponta os meios suplementares de integração do direito⁵⁴, cuja descrição é autoexplicativa. Essa categoria tem por fim suprir lacunas não preenchidas pela norma. Em razão da complexidade de um caso em que se está a cuidar, por vezes, nem a lei (a fonte principal), tampouco a analogia, costume e equidade dão o aporte necessário para uma solução justa, visto que “tal a complexidade das relações interpessoais e dos conflitos envolvendo o Estado e o indivíduo, que ainda sobra espaço para que o operador do Direito busque ainda outros elementos exegéticos para colmatar as lacunas do Direito”⁵⁵. Mancuso se refere à doutrina e jurisprudência.

É de se questionar, com efeito, a posição da jurisprudência em tal categoria (meio suplementar de integração do direito), porquanto o respeito a esse conjunto de acórdãos consonantes é a chave para a estabilidade do sistema. Ademais, é assunto para o próximo item, a jurisprudência brasileira, em face da nova ordem constitucional, tem aumentado sua carga eficaz, de sorte que seu respeito se tornou quase obrigatório. Não é o caso, então, de ser uma fonte de Direito?

Esclarece-se que o fato de a jurisprudência não se enquadrar como fonte de direito sua relevância não diminui. A problemática deve ser entendida sob o prisma semântico. Fonte é a origem, o princípio; e jurisprudência, ao contrário, é o produto final do caso em análise, é dizer: defronta-se o caso sob análise com a lei aplicável, interpreta-se e então surge a decisão (e o conjunto delas, jurisprudência). Essa conjectura é puramente lógica,

⁵³ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. Op. cit. , 2006, p.10.

⁵⁴ MANCUSO. Op. cit, 2010, p.73.

⁵⁵ Ibid., p. 74.

deixando de lado a ideia de que a condição de fonte de Direito conferiria à jurisprudência aspecto superior no que toca à sua importância no ordenamento.

E mais, forte doutrina iguala jurisprudência à lei, haja vista a obrigatoriedade de ambas⁵⁶. Entretanto, a jurisprudência, em razão de sua derivação da “atividade de subsunção de cada fato concreto às normas de regência, e assim carece do trinômio generalidade-impessoalidade-abstração, que caracteriza a norma legal.”⁵⁷ Para arrematar o que aqui se defende, colaciona-se a lição de Limongi França cujas palavras são que “do momento em que se erigisse a jurisprudência em fonte formal positiva, ela continuaria sujeita a variações e contradições, sem oferecer por sua constituição mesma, as garantias necessárias a toda criação jurídica”.⁵⁸

Seja como for, a discussão habita somente o plano doutrinário; o que é relevante ao jurisdicionado é, na medida do possível, sua estabilização, sem a qual a segurança jurídica e igualdade restam comprometidas.

1.5.3 Divergência jurisprudencial

Ao longo do trabalho, sempre se afirmou que jurisprudência uniforme é fator decisivo para a garantia da segurança jurídica, igualdade entre os jurisdicionados e celeridade processual; não é demais lembrar que julgamentos semelhantes em casos idênticos resgatam o crédito do Judiciário em face do cidadão, algo que vem se perdendo ao longo do tempo.

Todavia, a divergência jurisprudencial é algo comum em nosso ordenamento jurídico, podendo-se dizer que a divergência é um “ônus” intrínseco do modelo civil law. No exercício judicante, a norma legislada carece de labor interpretativo para que o produto final (a decisão) tenha contornos mínimos de razoabilidade. E, havendo interpretação, haverá, por conseguinte, divergência. Decisões conflitantes podem ser vistas em diversos segmentos em que atua a interpretação, v.g., o alcance da norma, sua formulação verbal e sua

⁵⁶ VASCONCELLOS, Arnaldo. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro, 1993, p. 184.

⁵⁷ MANCUSO. *Op. cit.*, 2010, p. 76.

⁵⁸ FRANÇA. *Op. cit.*, 1974, p. 286.

vigência temporal.⁵⁹

A complexidade aumenta quando se cuida das também já comentadas cláusulas gerais. Os conceitos vagos e indeterminados, com os quais não raro o julgador se depara, ampliam substancialmente os meios de exegese, passando a alargar também os conteúdos decisórios.

Assim é que não parece correta a afirmação de que a divergência jurisprudência é um mal em si mesma, exatamente porque tal é fenômeno indissociável em sistema pautado primordialmente pela norma legislada.

Nesse sentido:

Assim, não há negar que a divergência jurisprudencial, em si mesma e contida em lindes razoáveis, não se constitui num vero problema ou num mal a ser debelado radicalmente, mas antes deve o dissídio exegético ser visto como uma virtualidade previsível, num sistema jurídico cujo primado reside na norma legal, que por definição é geral, abstrata e impessoal, donde ser inevitável interpretá-la para aplicação ao caso concreto.⁶⁰

Ainda, é inolvidável que o dissenso pretoriano fornece bastantes subsídios para que, à frente, haja uma uniformização madura, depois de bem sopesados todos os argumentos dissonantes.

O que não pode ser aceito é uma divergência frenética e não mais justificável, e todas as mazelas daí decorrentes, como a demora na prestação e o tratamento desigual aos jurisdicionados. O principal fator, extreme de dúvida, é o desrespeito de matérias de direito já pacificadas – passíveis de sumulação – de órgãos superiores, notadamente aquelas já passadas sob o exame do Supremo Tribunal Federal.

De modo que se faz necessária criação de expedientes que contenham a divergência que extrapola os limites do razoável. A problemática é percebida pelo legislador, o qual providenciou diversas reformas em âmbito constitucional e infraconstitucional, mirando a valorização da jurisprudência. Na CF/88, observa-se o recurso especial fundado em interpretação divergente de lei federal (art. 105, III, c, da CF); o recurso extraordinário e a repercussão geral (art. 102, III, da CF e art. 102, §3º, da CF), respectivamente; a suspensão de execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão do STF realizada pelo Senado (art. 52, X, da CF), Na seara do processo civil, verifica-se o julgamento monocrático do relator (art. 557 do CPC); a improcedência sumaríssima (art. 285-A do CPC);

⁵⁹ MANCUSO.Op. cit., 2010, p.178.

⁶⁰ Ibid., p 164.

a súmula impeditiva de recurso (art. 518, §1º, do CPC).

Mas é com a criação do efeito vinculante no âmbito da jurisdição constitucional, principalmente por meio da súmula vinculante (art. 103-A da CF) que se verifica a intenção do legislador em tornar cogente o respeito às decisões proferidas pelo STF, além de estabelecer freios para julgamentos dissonantes, que se prolongam no tempo.

1.6 O EFEITO VINCULANTE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A APROXIMAÇÃO DO COMMON LAW EM NOSSO ORDENAMENTO

Viu-se em item anterior as diversas reformas para conferir respeito às decisões de tribunais superiores. Entretanto, é com a criação do efeito vinculante, notadamente com a súmula vinculante que se constata a potencialização da jurisprudência.⁶¹

Em 1992, em obediência ao Ato das Disposições Transitórias, iniciou-se o processo de revisão da Constituição Federal. No que toca às mudanças do Poder Judiciário, a PEC 96 daquele mesmo ano previa uma reforma abrangente, inclusive com a criação do Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público (que vieram a ser introduzidos posteriormente por meio da EC 45/2004).

A proposta de reforma constitucional, dentre outras mudanças, alterava o inciso III do art. 96 - onde se encontrava a competência do STF -, extraía-se que, segundo a proposta de redação, cabia à Corte: “[...] processar e julgar as reclamações para a preservação de suas competências e a garantia da autoridade de suas decisões e súmulas vinculantes, podendo a decisão reformar ou cassar o ato judicial e anular ato administrativo reclamado”.

Pouco depois, tramitou a PEC 54/1995 cuja proposta era de alterar o §2º do art. 102 da CF, o qual passaria a contar com o seguinte texto: “As decisões definitivas de mérito, preferidas pelo STF, após sumuladas, produzirão efeitos contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. Mas o texto final aprovado manteve o efeito vinculante apenas em decisões em controle concentrado de constitucionalidade, seja em ADI ou ADC, e ainda, nas “definitivas de mérito, se o STF assim declarar, pelo voto de dois terços de seus membros”.

⁶¹ MANCUSO. Op cit., 2010, p. 147.

O propósito da PEC, segundo o proponente, o então Senador Ronaldo Cunha Lima, era de

Harmonizar a jurisprudência a partir da jurisdição constitucional – o que é diferente de formá-la; permitir acesso à justiça a quem, mesmo não dispondo de recursos processuais, não os consegue à falta de recursos financeiros; e desafogar o Supremo Tribunal Federal, do excesso de causas que lhe são postas exame – cerca de 30 mil processos/ano.⁶²

Retornando à PEC 96/1992, esta sofreu diversas alterações, até que, fora aprovada, com o número de Emenda Constitucional 45. A emenda alterou singelamente a redação que a PEC 54/1995, no que toca ao efeito vinculante e erga omnes das decisões de controle concentrado, mas lançou a revolucionária súmula vinculante.

Com a valorização da jurisprudência e, em especial, a criação das súmulas vinculantes, verifica-se uma aguda aproximação do common law em nosso ordenamento. Este sistema, que advém originariamente da Inglaterra, por meio do stare decisis, tem na vinculação do precedente judicial o mecanismo forte para a realização dos ideais de justiça.

Assim, o postulado de que o Brasil está estrita e exclusivamente ligado ao civil law já não pode ser aceito. A influência do common law em nosso país no que toca à valorização da jurisprudência é nítida. Se antes o juiz estava vinculado apenas à lei, agora, observa também a atividade jurisdicional dos tribunais superiores. Os precedentes judiciais, enquanto normas interpretativas assumem características gerais a ponto de espalhar sua eficácia não só à coisa julgada, mas também para futuros processos, tal como ocorre na doutrina do stare decisis.

A principal influência do common law é o desprendimento do juiz a estrita vinculação da norma. O juiz, com a autonomia que lhe é deferida, pode moldar a lei ao caso concreto, em interpretação voltada à Constituição, e não ao próprio comando legal.

Mas importante destacar que não se está advogando que o Brasil está importando *ispis litteris* a cultura do stare decisis em seu ordenamento jurídico. As diferenças, ver-se-á adiante, são muitas. Em primeiro plano, pode-se destacar o aspecto político do stare decisis nos países filiados ao common law. Ou seja, o respeito aos precedentes é do costume daqueles países, não decorre de lei ou qualquer outro mandamento, sendo seguido sem um fundamento maior. Muito diferente do Brasil, em que o efeito vinculante dos precedentes

⁶² LIMA, Ronaldo Cunha. Harmonizar a jurisprudência. Revista da Procuradoria Geral do INSS, jan. 1998, p. 30-31.

decorre de lei.

E as distinções não param aí. Segundo Santos:

Em meu sentir, temos para com o precedente uma relação ontologicamente distinta daquela desenvolvida no common law [...], uma das diferenças que me parecem essenciais entre esses dois mundos, é de que, em nosso ordenamento (assim como de modo geral nos ordenamentos de civil law) o precedente judicial conta com natureza eminentemente interpretativa. Isto é, representa, como regra, a interpretação e aplicação da lei por parte de determinado órgão judicial. Deve servir, por isso, como orientação de como a mesma regra jurídica deverá ser interpretada quando esse ou outro órgão judicial se depare com situação semelhante no futuro⁶³.

Faz-se necessário, assim, um estudo detido sobre o precedente judicial no âmbito do stare decisis para se compreender posteriormente o instituto da súmula vinculante.

1.7. ANÁLISE CRÍTICA DAS PRECEDENTES CONSIDERAÇÕES

A superação dos velhos dogmas do positivismo jurídico com a reverência à jurisprudência implica numa total inversão da importância do juiz. Em razão do constitucionalismo e do fenômeno da decodificação, nota-se um novo (e amplo) poder conferido ao Magistrado para que molde (sem distorcer) a lei para atender os predicados de justiça, o que antes seria absurdo. Marinoni, em resumo, difunde que:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto.⁶⁴

No controle de constitucionalidade, especificamente na declaração parcial de nulidade sem redução de texto, é um exemplo claro sobre a liberdade que o juiz possui (sem entrar na discussão acerca da criação da norma pelo Judiciário) em contornar a norma do caso concreto, considerando os mandamentos constitucionais.

Hoje, portanto, sem deixar de lado a supremacia da norma escrita, a atividade de juízes e tribunais deve ser reavaliada em nosso ordenamento. Antes de tudo, é necessário uma consciência dos próprios magistrados em relação à sua atividade judicante, sobretudo os tribunais superiores.

⁶³ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do Conceito e da Formação do Precedente Judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 136.

⁶⁴ MARINONI. Op. cit., 2012, p. 91.

É certo que a jurisprudência (ou o simples precedente judicial) tem funções relevantes no aspecto endoprocessual. Trata-se das já comentadas funções de interpretar, vivificar, humanizar, suplementar e rejuvenescer a lei. O problema reside justamente no que toca à função panprocessual, que é a de servir de paradigma para casos futuros.

O fato de que a jurisprudência exerce um comando “meramente” persuasivo, tal serve de escusa para que juízes e tribunais julguem em total desrespeito com o entendimento das cortes superiores. Em decorrência disso, um número alarmante de recursos sobem ao STJ e STF para a correção de julgados prolatados por magistrados que não respeitam os precedentes destes tribunais.

Daí que, a partir da Constituição de 1988, procurou-se racionalizar e desafogar o Judiciário. Em meio a insegurança jurídica e afrontas ao princípio da isonomia e a conseqüente morosidade, mudanças legislativas surgiram para que houvesse maiores filtros na subida de recursos, julgamento em massa de processos idênticos e valoração dos julgados de tribunais superiores em relação aos primeiro e segundo grau de jurisdição. De todas essas reformas, entretanto, é por meio da súmula vinculante que se nota o incrível grau de força conferida às decisões judiciais (aqui, especificamente, do STF).

Ainda que haja divergências doutrinárias sobre a jurisprudência como fonte de direito (e aqui se defendeu que não é), fica evidente que esta vem transpondo os limites que historicamente lhe era conferida no modelo do civil law, passando a adquirir feições parecidas com a lei, a fonte suprema, notadamente quando se cuida do instituto da súmula vinculante.

Visualiza-se, nesse pensar, uma estreita aproximação do common law em nosso ordenamento cujo sistema advém, originariamente, da Inglaterra. E é por meio do stare decisis, onde se tem na vinculação do precedente judicial o mecanismo forte para a realização dos ideais de justiça.

É forçoso, porém, sublinhar que a súmula vinculante, em que pese sua indiscutível autoridade, distingue-se e tem peculiaridades em relação ao binding precedent, que será objeto de estudo no capítulo subsequente. A compreensão da teoria do precedente do tradicional stare decisis é elemento fundamental para que a partir daí se estabeleça os limites e alcance da súmula vinculante, seus prós e contras e, por fim, examinar as tendências do futuro do processo civil brasileiro.

2. A COMPREENSÃO DO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO NA DOCTRINA DO STARE DECISIS E O EFEITO VINCULANTE NO BRASIL

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Viu-se no capítulo anterior a gradativa força que as decisões judiciais no civil law alcançaram com o passar do tempo. O termo lá utilizado foi jurisprudência, e não o foi de modo aleatório. A compreensão da força da decisão judicial na cultura romano-germânica é possível apenas quando há um conjunto dela, de forma harmônica, ou seja, quando há jurisprudência. No modelo do civil law uma decisão isolada tem força bastante reduzida, visto que ela impõe sua autoridade somente entre as partes submetidas pela coisa julgada. Salvo exceções, v.g, aquelas decorrentes de controle concreto de constitucionalidade (eficácia erga omnes), apenas se alcança certo grau de autoridade das decisões judiciais quando estas formam a jurisprudência.

Ainda assim, conquanto haja jurisprudência consistente sobre determinado tema, seu caráter persuasivo, e não vinculante, “explica” seu desrespeito por juízes e tribunais. Por esse motivo que “uma decisão pode distanciar-se da corrente jurisprudencial majoritária, sem comprometimento de sua higidez formal ou validade técnico-jurídico”⁶⁵.

Na cultura do common law, uma única decisão, ao contrário, é suficiente para espalhar seu efeito externo, ou seja, servir de paradigma para futuros semelhantes casos. Nesse sistema jurídico, o precedente não toca apenas às partes, mas principalmente a todos os jurisdicionados. Diferente do civil law, que privilegia o dispositivo da sentença, onde consta a norma jurídica individualizada o common law dá ênfase à norma jurídica geral, aquela constante da fundamentação da decisão. Em outros termos, enquanto no civil law há uma visão eminentemente particularizada em relação ao processo, no common law, ele é visto de forma mais abstrata.

Por isso, o respeito o precedente judicial deve ser observado por todos os órgãos do Judiciário, inclusive àquele que o instituiu. Nessa senda, Volpe Camargo ensina

⁶⁵ OLIVEIRA. Op. cit., 2012, p. 702.

que:

Em tal família, os precedentes têm efeito vinculante vertical, porque o entendimento dos órgãos superiores do Poder Judiciário vincula os inferiores (binding authority), e também tem efeito vinculante horizontal, porque perante a mesma Corte onde foi formado, o precedente, de regra, deve ser seguido.⁶⁶

Tamanha a autoridade que o precedente exerce no sistema anglo-saxão que Arruda Alvim Wambier compara-o com a lei na tradição civil law. Segundo a professora: “nos países de common law, os precedentes desempenham o papel de principal pauta de conduta dos cidadãos. Correlatamente, a lei desempenha, nos países de civil law, exatamente este papel.”⁶⁷

2.2. BREVES NOÇÕES SOBRE O STARE DECISIS NO DIREITO ANGLO-SAXÃO

Antes de tudo, é preciso ter em mente que stare decisis não é sinônimo de common law. O stare decisis significa a tão só vinculação dos precedentes judicial. O common law é o modelo jurídico que abrange a mencionada doutrina, além de vários outros predicados. Na doutrina de Reale, o common law é assim conceituado:

Common law é o nome que se dá à experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América e de outros países de igual tradição. O que caracteriza o common law é não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais. É, assim, um Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas⁶⁸.

Nesse sistema, assim entendido como conjunto de costumes que norteiam as decisões judiciais, a vinculação dos precedentes surgiu bem mais tarde, com o stare decisis. Marinoni afirma que: “Além de o common law ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de ratio decidendi”⁶⁹.

⁶⁶ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A Força dos Precedentes no Moderno Processo Civil Brasileiro, in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 557.

⁶⁷ WAMBIER, Teresa Wambier. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito “civil law e common law”. Revista de Processo, vol. 172, jun. 2009, p. 130.

⁶⁸ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 58-59.

⁶⁹ MARINONI. Op cit., 2012, p. 33.

O termo *stare decisis* deriva do latim. Sua forma original era: *stare decisis et non quieta movere* - “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”. Embora seja difícil estabelecer com segurança o nascimento desta ideologia, é possível assegurar que seu enrijecimento, com a vinculação dos precedentes judiciais, ocorreu na segunda metade do século XIX. Arruda Alvim Wambier anota: “As razões deste enrijecimento foram muitas: alteração de estrutura (dos órgãos) judicantes, influência das ideias de Bentham e de Austin, ambiente intelectual propício à busca da certeza do direito - *certainty*”.⁷⁰

Prossegue a professora, agora citando Evekyne Severin:

Aos poucos, os costumes, que eram um acordo por meio do qual se manifestava a repetição do passado, porque eram repetidos, passaram a se destacar (*détacher*) da condição de serem costumes, por serem confirmados, “para, assim, renascer, num segundo nível, o da autoridade judiciária (...) o costume reconhecido na justiça dirá respeito 'a todos os homens de um mesmo lugar', mesmo que eles não tenham sido partes no processo”. Houve quem afirmasse à época – século XIV – “que uma sentença poderia 'criar' um costume, que se aplicaria como um verdadeiro direito a todos os habitantes, mesmo que estes pudessem ser ignorantes quanto à sua existência”.⁷¹

Assim, é possível afirmar que o *stare decisis* (vinculação dos precedentes) é a materialização daquilo que o *common law* prega, ou seja, a orientação dos costumes como razão de decidir.

2.3. CONCEITO DE PRECEDENTE

O precedente judicial é “um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito”⁷². Na mesma toada, pode-se dizer que “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”⁷³.

Importante o destaque de que precedente judicial não se confunde com

⁷⁰ WAMBIER. Op. cit. 2012, p. 21.

⁷¹ Ibid. p. 22.

⁷² BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul, USA: West Publishing, 1990, p. 1176.

⁷³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 7. ed. Juspuvim. Salvador: 2009. p. 482.

decisão judicial⁷⁴. Esta, muitas das vezes, limita-se a declarar o texto expresso da lei ou trata tão somente de questões de fato. O precedente judicial cuida de questões de direito. Para que se constitua um precedente, a decisão deve enfrentar com rigor todas as teses jurídicas postas no caso. “Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”⁷⁵.

A denominação de precedente judicial é idêntica a todos os sistemas jurídicos. O que se diferencia é a autoridade em que ele atua perante a jurisdição. Nos países adeptos ao common law, o respeito às decisões passadas é o ponto nevrálgico na busca da igualdade e segurança jurídica, enquanto no civil law o precedente carrega na sua essência a força persuasiva, de completude da norma. Com efeito, é a obrigatoriedade dos precedentes (e não sua denominação) que diferencia o common law em relação civil law.

Portanto, nos países adeptos ao common law, firmado entendimento de determinada matéria pela corte de justiça, todos os juízes deverão respeitá-lo. Trata-se do chamado binding precedent, de efeito obrigatório, que deve ser seguido em casos semelhantes.

A respeito, Cruz e Tucci anota:

O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os precedentes como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (precedent in point) de uma corte de hierarquia superior⁷⁶.

Conceituado o precedente judicial, passa-se à análise das teorias que o cerca.

2.4. CLASSIFICAÇÃO DO PRECEDENTE: TEORIAS DECLARATIVA E CONSTITUTIVA

No capítulo anterior, tratou-se acerca da questão da jurisprudência ser ou não uma fonte de direito no civil law. A conclusão foi negativa. E no common law, onde a

⁷⁴ MARINONI. Op. cit. 2012, p. 215.

⁷⁵ Ibid, p. 215.

⁷⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. O Precedente Judicial como Fonte de Direito. São Paulo: RT, 2004, p. 12-13.

decisão judicial sempre teve sua autoridade perante os tribunais, o precedente é fonte de Direito? A questão é tormentosa e a doutrina se divide em duas teorias, quais sejam a declarativa e a constitutiva.

Na primeira, advoga-se que o precedente judicial se limita a declarar o Direito e, portanto, não se constitui em uma fonte deste. Para essa teoria o Direito é anterior ao pronunciamento judicial, ainda que o Direito não esteja previamente positivado, porque, segundo Arruda Alvim pode haver lacunas na lei, mas nunca no sistema⁷⁷. O doutrinador brasileiro – mas cujas lições traduzem o entendimento de grande parte da doutrina estrangeira de países adeptos ao modelo anglo-saxão – afirma também que o princípio da separação dos poderes é um óbice para a sustentação da teoria contrária.

McLeod, citado por Souza, também defensor da teoria declarativa, argumenta:

Se as decisões judiciais são Direito, porque apenas algumas cortes, que estejam em determinada posição hierárquica em relação às cortes de onde emanaram as decisões, estão obrigadas por essas decisões? Em outras palavras, se uma decisão anterior contém o Direito, os tribunais que não são obrigados pela decisão estão sendo colocados acima do Direito⁷⁸.

Em síntese, a teoria declarativa prescreve que o common law tem como base o costume e a decisão tem o escopo a declaração de tal, razão pela qual impossível falar em papel criador do precedente judicial.

A teoria constitutiva, por sua vez, dominante dos Estados Unidos, defende que o Direito é criado pelas decisões judiciais (judge make Law). Para essa doutrina, de fato, há a afronta ao princípio da separação dos poderes. Contudo, esse princípio não deve ser entendido de forma rígida, de sorte que permite mitigações, tal como a criação do Direito pelas Cortes.

Defensor da teoria constitutiva, Souza argumenta que a decisão judicial é anterior ao Direito, assim fundamentando:

Inúmeras soluções hoje tomadas pelos tribunais cuidam de assunto sequer imaginado em passado remoto ou mesmo recente. São questões de Direito onde a regra só é encontrada nas decisões dos tribunais. Portanto, seria um erro afirmar que tais soluções ou o Direito já preexistiam no Direito comum.⁷⁹

⁷⁷ ALVIM, Arruda. Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. In. ALVIM, Arruda. Processo civil 2. São Paulo: RT, 1995, p. 289-290.

⁷⁸ McLEOD. Thomas Ian. Legal Method. 2.ed. London: Macmillan, 1996, apud SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à sumula vinculante. Curitiba: Juruá, 2007, p. 44.

⁷⁹ SOUZA. Op. cit., 2007, p. 44.

Barreto Gomes, de outro lado, embora reconhecendo a preexistência do direito, ainda assim defende a teoria constitutiva, e o faz escrevendo da seguinte maneira:

Traduz-se como justo afirmar que o precedente judicial tem efeitos constitutivos, ainda que se argumente que o sistema jurídico é pleno – o que não se questiona, pois, por definição, nele não há de serem encontradas as soluções para todas as questões jurídicas surgidas –, o que não implica em aceitar a idéia de que ele, desde a sua fundação, seja pronto e acabado. Deve-se entender que o mesmo é aberto e dialoga com as alterações sociais.⁸⁰

Em vista de tudo o que foi colacionado, perfilha-se ao entendimento de que o precedente judicial, no common law, exerce papel criativo, diferentemente do que ocorre no âmbito do civil law, em que a jurisprudência não é fonte de direito (exercendo atividade eminentemente declaratória da lei).

Percebe-se que os precedentes judiciais, nestes países, não estão adstritos às normas positivadas, nem mesmo a preceitos constitucionais. Ao contrário, são os precedentes que moldam a Constituição e sua interpretação. Tome-se como exemplo os Estados Unidos. Na mesma Constituição, chegou-se a proibir o aborto (teoria pro-life) e na atualidade, a prática é permitida (teoria pro-choice). Inegável, assim, que os precedentes do stare decisis atuam como fonte de direito, sendo que a norma legislada é decorrente, dentro outros expedientes, das decisões judiciais.

Seja como for, o embate é meramente acadêmico e, na prática, as consequências de uma teoria ou outra são as mesmas. É que tanto na teoria constitutiva como na declarativa, a revogação do precedente é admitida – e, isso sim, é relevante. Ou seja, ainda que se tenha o precedente judicial como fonte de direito, sua alteração será possível; afinal, a sociedade, em movimento que anda, exige, por vezes, um novo Direito. Por identidade de razões, a lei em nosso ordenamento, como principal fonte de direito, é constantemente revogada por outra e nada se discute sobre.

2.5. ELEMENTOS DO PRECEDENTE JUDICIAL

O precedente judicial, na tradição do common law, tem efeito interno ou endoprocessual, que é a entrega da prestação jurisdicional às partes, mas também – e sobretudo – comporta uma carga panprocessual ou externa. Neste, o precedente atua como

⁸⁰ GOMES, Matheus Barreto. *Precedentes Judiciais: Legitimação pelo Procedimento*. 2009. 30 f. Tese de mestrado (1) - Ufba, Salvador, 2009.

parâmetro para futuras decisões de situações de direito idênticas e semelhantes. Por isso, não basta o olhar para a parte dispositiva da decisão, onde apenas há o desfecho da decisão. O que há de ser observado no precedente é a sua fundamentação. Ali consta a razão de decidir, sendo esta o parâmetro para os futuros casos.

É preciso ter em mente que nem todos os elementos contidos na fundamentação são relevantes, ou melhor, possuem o efeito vinculante. Questões de fato e outros elementos periféricos que constam em um precedente, para efeitos externos, são de baixa relevância e por isso, não carregam o efeito vinculante. Essas questões são chamadas de *obiter dictum*. Já aquilo que efetivamente vincula, chama-se *ratio decidendi*.

Ainda que fácil a distinção de ambos em um primeiro momento, a realidade mostra que separar aquilo que é *ratio decidendi* daquilo que é *obiter dictum* consiste numa das maiores dificuldades dos operadores do *common law*. Nesse sentido:

Trata-se de uma das questões mais controvertidas da doutrina do *stare decisis*, pois afora alguns pontos onde há certa concordância, a doutrina diverge – e muito – na definição do que seja *ratio decidendi* e na escolha do método mais eficaz de identificá-lo no bojo de um precedente judicial.⁸¹

2.5.1. Ratio decidendi

A definição de *ratio decidendi* é tormentosa. Em que pese a longa duração das discussões doutrinárias a respeito, ainda não há consenso entre os estudiosos. O fato é que despontam, entre tantos trabalhos, o teste de Wambaugh e o método de Goodhart, que serão doravante cuidados.

A teoria de Wambaugh consiste em identificar a proposição, a qual, se suprimida ou negada, a decisão tomaria outro rumo. Essa proposição, para que seja *ratio decidendi*, deve ser, portanto, premissa obrigatória para que se chegue à conclusão do *veredicto*. Se houver alteração em seu sinal e mesmo assim a decisão se mantiver, está-se diante não da *ratio decidendi*, mas *obiter dictum*.⁸²

Souza explicando a teoria de Wambaugh, doutrina que:

Para se saber se a premissa maior constante de um caso anteriormente julgado, era necessária, cumpre verificar, através de um teste, se para o tribunal chegar ao

⁸¹ SOUZA. Op. cit, 2007, p. 125.

⁸² WAMBAUGH. Eugene. The study of cases: a course of introduction in reading and standing reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities and compiling digests. 2 ed. Boston: Little, Brown and CO., 1894 apud MARINONI, Op. cit. 2012, p. 224.

veredicto teve de aplicar essa regra jurídica. Se uma hipotética mudança no conteúdo dessa premissa ou regra implicar numa mudança da decisão, ela era necessária e tem-se, realmente, a ratio decidendi do caso. Se, ao invés, a mudança na premissa não implicar alteração da decisão, constata-se a desnecessidade e tem-se uma mera dictum ou obiter dictum⁸³.

A teoria de Wambaugh, mais simplista, é falível. Não raro, as Cortes se deparam com duas rationes em um mesmo precedente, sendo ambas suficientes para se chegar à solução do caso. Então, ainda que se troque o sinal de uma delas, a conclusão (com suporte na segunda) será a mesma. E, dessa maneira, a proposição de sinal trocado que seria, a priori, ratio decidendi – acaba por “se transformar” em obter dicta. Em suma, havendo duas rationes, o teste de Wambaugh sempre faria das rationes obter dicta, já que nenhum dos fundamentos seriam necessários para a decisão.⁸⁴

Goodhart, por sua vez, não identifica a ratio decidendi por meio de um processo lógico e rígido. O autor dá prestígio aos fatos que, aos olhos do juiz, foram relevantes para a tomada de sua decisão. Apenas os considerados materiais ou fundamentais para a tomada da decisão são os que foram a ratio decidendi. Necessário, ainda, verificar qual foi a decisão do juiz acerca de tais fatos.⁸⁵

Para se verificar o que são os fatos materiais é preciso saber aqueles que não o são. Segundo, Goodhart, os fatos tidos como não fundamentais, dentre outros, são aqueles relacionados a pessoa, tempo, lugar, espécie e quantia. Também não são fundamentais os fatos hipotéticos (que seriam somente obiter dictum). Além disso, após uma discussão detida sobre um ponto de direito (opinion), se os fatos ali discutidos não são concludentes, conclui-se que são imateriais.⁸⁶

Entretanto, ainda assim, a busca pelos fatos considerados fundamentais ou materiais muitas das vezes se mostra complicada. Na cátedra de Marinoni: “Isso porque a determinação dos fatos imateriais pode não estar implícita no raciocínio judicial, nem ter sido expressamente realizada pelo juiz. A dificuldade, nesses casos, é saber se o tribunal considerou, ou não o fato como imaterial”.⁸⁷

⁸³ SOUZA. Op. cit. 2007, p. 180.

⁸⁴ MARINONI. Op. cit. 2012, p. 225.

⁸⁵ GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. In: *Essays of Jurisprudence and the Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1931, p. 25. Apud BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo. Noeses, 2012.

⁸⁶ MARINONI. Op. cit. 2012, p. 225.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 226.

Abstraindo-se de tal dificuldade, o professor paranaense, utilizando-se de exemplo de Goodhart, dá exemplo claro – *Rylands v. Fletcher* – em que se distinguiram os fatos materiais dos imateriais. Confira-se:

Fletcher contratou um empreiteiro para construir um reservatório em sua propriedade. O empreiteiro atuou com negligência e a água do reservatório invadiu as terras do vizinho, causando prejuízos. Goodhart, ao analisar a situação, admitiu como “fatos do caso”: i) B tinha um reservatório em sua propriedade; ii) o empreiteiro, contratado por B para edificá-lo, agiu com negligência; iii) a água escoou do reservatório e prejudicou A. Foram considerados “fatos materiais”: i) B tinha um reservatório construído em sua propriedade; ii) a água escoou e prejudicou A. Anota Goodhart que a Corte ignorou o fato relacionado à negligência do empreiteiro, que foi implicitamente considerada como fato imaterial. Se a Corte não considerou a negligência do empreiteiro, não houve responsabilização de B pela negligência do seu contratado, mas instituição da doutrina da “absolute liability” (responsabilidade objetiva).⁸⁸

Assim, não obstante a teoria de Goodhart ser mais eficiente para a caracterização da *ratio decidendi* em um precedente, o problema reside justamente na dificuldade em se constatar as premissas que formam a *ratio*, é dizer, os fatos tidos como fundamentais e não fundamentais na decisão. Por isso, a discussão doutrinária acerca da melhor definição do que é *ratio decidendi* parece longe de ter um fim.

2.5.2. *Obiter dictum*

A definição do exato alcance de *obiter dictum* também não é tranquila, exatamente porque ela está atrelada à *ratio decidendi*. É que se uma proposição constante da decisão não é *ratio decidendi*, ela é, invariavelmente, *obiter dictum*. E havendo dificuldade na delimitação daquela, por via de consequência, esta também será obscura.

Obiter dictum é a regra ou proposição jurídica não vinculante de um precedente. Mas, ainda que não carregue a força vinculante própria da *ratio decidendi*, é inegável que a *obiter dictum* pode assumir feições bastante persuasivas. De outro lado, é bem verdade, muitas das vezes o juiz, na análise de um caso, trata de casos periféricos cuja relevância é, na prática, nula em relação aos casos futuros.⁸⁹

Por isso, tendo em que vista a *obiter dictum* pode assumir diferentes graus de importância em um julgado, a doutrina costuma classificá-la em duas: *gratis dicta* e

⁸⁸ MARINONI. Op. cit. 2012, p. 227.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 234.

judicial dicta. Mcleod, citado po Souza, assim distingue ambas as subespécies:

Gratis dicta são meros desperdícios (afirmações que são jogadas fora, como se fossem de graça), e, assim, de pouquíssimo, se houver, valor ou força persuasiva. É provável, portanto, que as grátis dicta serão tidas, sobretudo, como mero produto do pensamento do juiz. As judicial dicta, por outro lado, terão sido precedidas, não apenas por um longo e cuidadoso pensamento, mas também de uma extensiva argumentação sobre o ponto em questão. De fato, portanto, as judicial dicta podem ser tão fortemente persuasivas como também praticamente indistinguíveis da ratio.⁹⁰

Os exemplos de gratis dicta são os mais variados: a crítica que o juiz faz às crises econômicas e políticas que o país enfrenta, apontamentos acerca da prova produzida; enfim, toda aquela matéria abordada pelo juiz que não tem relação direta com o caso em questão se enquadra em gratis dicta.

Um exemplo de judicial dicta pode ser constatado no caso *Perry v. Kendrick's Transport*. Naquele caso havia duas discussões. A primeira era relativa a impossibilidade de se obter indenização, tendo em vista injúrias pessoais, com base em *Rylands v. Fletcher*. Na segunda, tratou-se sobre a possibilidade de o réu utilizar como meio de defesa o aqui denominado “fato exclusivo de terceiro”. Qual fosse a premissa utilizada, a decisão seria favorável ao réu/apelante. A Corte decidiu que era possível a indenização, por injúria pessoal, baseada no caso *Rylands v. Fletcher*. Contudo, decidiu a segunda questão tal como aduzido pelo Apelante, que, então, saiu vitorioso.

Dessa forma, a primeira questão, uma vez que não decisiva para o julgamento seria obiter dictum, enquanto a segunda constituiria - tanto no teste de Wambaugh, quanto no método de Goodhart - a ratio decidendi.

Entretanto, embora a primeira questão seja obiter dictum, impossível dizer que se trata de matéria irrelevante para outros casos semelhantes. No ponto, Marinoni com base em Cross, afirma que “É difícil acreditar que um órgão de primeiro grau se sentiria livre para decidir que os danos por injúrias pessoais não podem ser cobrados com base em *Rylands v. Fletcher*, embora esta declaração seja apenas dictum perante a Câmara dos Lordes”.⁹¹ Ou ainda, segundo Mcleod, quando cinco juízes da mais alta Corte, depois de análise detida do caso, define que existe um certo crime, “eu penso que um juiz de primeira instância prosseguir no fundamento de que ele realmente existe, sem parar para embarcar numa investigação se o que foi dito era necessário para a decisão final.”⁹²

⁹⁰ McLEOD. Thomas. Op. cit, 1996, apud SOUZA, Op. cit., 2007, p. 140.

⁹¹ MARINONI. Op. cit., 2012 p. 237.

⁹² McLEOD. Thomas. Op. cit, 1996, apud SOUZA, Op. cit., 2007, p. 150-151.

2.6. APLICAÇÃO NEGATIVA DO PRECEDENTE: O DISTINGUISHING

Seguindo o postulado *treat like cases alike*, o precedente judicial, quando carrega consigo a eficácia vinculante, deve ser seguido em casos semelhantes. Ocorre que há casos que à primeira vista são idênticos, mas que, em análise profícua, distanciam-se. E assim, a escorreita passagem da *ratio decidendi* do precedente originário para o caso “semelhante” pode gerar injustiças imensuráveis.

Daí que ao julgador é permitido o método do *distinguishing*, que, em termos simples, é a demonstração de que existem diferenças fáticas entre o precedente e o caso em questão, de forma que a *ratio decidendi* daquele não se amolda exatamente com o caso sob exame. Realizando o *distinguishing*, assim, o juiz afasta o precedente e julga sob outros contornos. Ou ainda, amplia o alcance da *ratio decidendi* para casos, em princípio, distintos.

Acerca do *distinguishing*, explica Marco Antonio da Costa Sabino que:

Na aplicação do precedente, é preciso, preliminarmente, verificar se há lugar para tanto, vale dizer, se o segundo caso comporta a alocação do dado precedente. Por isso, os juízes do *common law* exercem, em primeiro lugar, a técnica da distinção, ou *distinguishing*. Por essa técnica, o juiz deve aproximar os elementos objetivos dos casos em que se constituíram precedentes potencialmente aplicáveis e o caso objeto do precedente, ou mesmo, ampliá-lo.⁹³

Segundo Tucci, “a complexa atividade lógica de interpretação do precedente judicial vale-se, outrossim, do método de confronto, denominado *distinguishing*, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo a o paradigma”.⁹⁴

Advirta-se, desde logo, que não se deve flexibilizar de maneira descuidada a autoridade do precedente, sob o argumento de que há diferenças entre aquele e o caso em que está a cuidar. Por isso, o juiz quando realiza o *distinguishing* tem contra si o ônus da argumentação, devendo este fundamentar com precisão o porquê do não seguimento ao julgado paradigma.

⁹³ SABINO, Marco Antônio da Costa, O Precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil. Revista Dialética de Direito Processual Civil, nº 85, abr. 2010, p. 60.

⁹⁴ TUCCI. Op. cit. 2004, p. 174.

A preocupação em distinções exageradas é justificável, porque, de certa forma, tal esvaziaria a autoridade do precedente. Deve-se observar, portanto, que “há que se uniformizar a aplicação dos próprios critérios para a realização do distinguishing, criando-se aí também uma obrigação de se respeitarem as decisões passadas.”⁹⁵

Posto isso, esclarece-se que a distinção deve levar em conta fatos cujas características demandam um julgamento diferente, porquanto, na doutrina de Marinoni, “fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais”⁹⁶. E, na lição de Volpe Camargo: “Para que dois casos sejam iguais não é necessário que a igualdade seja absoluta, isto é, em todos os aspectos, em todos os detalhes”⁹⁷. Até porque, complementemente-se, não há casos com similitude absoluta de fatos.

Há, simplificada, duas facetas de distinguishing, quais sejam o ampliative distinguishing e o restrictive distinguishing. Didier Júnior assim as define:

Notando, pois, o magistrado que há distinção (distinguishing) entre o caso sub judice e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à ratio decidendi uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (restrictive distinguishing), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (ampliative distinguishing)⁹⁸

O ampliative distinguishing é o mais comum, exatamente por ser uma distinção, por assim dizer, menos traumática. Esse método compreende a circunstância de que haja fatos materiais (ou fundamentais) não constantes da ratio decidendi do precedente, mas que se encontram no caso em análise. Entretanto, em que pese um novo fato, a conclusão do caso será a mesma do julgado paradigma. O juiz da causa, então, alarga a amplitude da ratio decidendi do precedente para alcançar também aquele fato reputado importante, chegando ao final, repita-se, na mesma conclusão.

Alerte-se que quando se cuida de ampliative distinguishing, o fato novo agora considerado não deve ter o condão de alterar a decisão final; se assim for feito, a ratio decidendi não será ajustada legitimamente, mas transformada, hipótese esta não aceita.⁹⁹ Assim, tome-se, por exemplo, a seguinte equação $A + B = X$, sendo A e B os fatos e X a

⁹⁵ MARINONI. Op. cit. 2012, p. 328.

⁹⁶ Ibid., p. 328.

⁹⁷ CAMARGO. Op. cit. 2012, p. 565.

⁹⁸ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA. Op. cit. 2008, p. 353.

⁹⁹ MARINONI. Op. cit. 2012, p. 331.

conclusão jurídica a que se chegou no precedente paradigma. Se no caso poso em análise houver um fato outro (C), mas a conclusão continuar sendo X, plenamente cabível o *ampliative distinguishing*. Se a conclusão, todavia for Y, está-se diante de uma nova *ratio decidendi*, não havendo que se falar, portanto, em *distinguishing*.

O *restrictive distinguishiong* tem efeitos mais drásticos em relação ao anterior. Com base nele, o juiz restringe o alcance da *ratio decidendi* do julgado paradigma, afastando sua incidência do caso em julgamento. Deste caso, a partir de nova concepção, cria-se nova *ratio decidendi*. A diferença do primeiro modelo de distinção é justamente que, posto que semelhantes os casos, as peculiaridade do caso novo em relação ao paradigma demandam julgamento em outro rumo.

O *restrictive distinguishing* se aproxima bastante do *overriding*, que, embora sustentado por muitos seja um mecanismo para revogação de precedente, na realidade, está muito mais próximo do *distinguishing*.¹⁰⁰

Por meio do *overriding*,

Realiza-se uma distinção consistente com as razões que inspiram o precedente. Consistente porque, dada as razões do precedente, a consideração da nova situação e do novo entendimento justifica o tratamento diferenciado. De modo que a distinção é consistente com as velhas razões. É esta consistência que justifica a não revogação do precedente. As mesmas razões estão a dar fundamento ao precedente e ao tratamento diferenciado em virtude da nova situação e do novo entendimento.¹⁰¹

Note-se que tanto no *restrictive distinguishing* quanto no *overriding* há o afastamento da *ratio decidendi* do precedente. No entanto, diferentes são os fundamentos. No primeiro, como dito, um fato peculiar do julgado paradigma impõe um distinto julgamento. No *overriding*, os casos são semelhantes. A questão é de direito. São as razões posteriores, um novo entendimento acerca do tema, que conduzem a uma decisão nova. Assim, o precedente, cujas razões se diferem das novas, é contornado, exatamente em razão desse contraste.

2.7. REVOGAÇÃO DO PRECEDENTE – O OVERRULING

O respeito à estabilidade dos precedentes não quer dizer que estes

¹⁰⁰ DIDIER JÚNIO; BRAGA; OLIVEIRA. Op. cit. 2008, p. 355.

¹⁰¹ MARINONI. Op. cit. 2012, p. 349.

perdurem infinitamente ao longo do tempo. Se houve períodos em que não se admitia a superação de um precedente¹⁰²; hoje, seja qual for o país adepto ao common law, inclusive na Inglaterra, onde se tem o stare decisis em sua forma mais rígida, a revisão e revogação do precedente não só é possível, como necessária.¹⁰³

O overruling é o mecanismo para a revogação do precedente. Entende-se por overruling a “revogação total de um precedente, no sentido de que o juiz do caso atual apresenta suas razões para não segui-lo, abrindo a oportunidade para construção de nova proposição jurídica para contexto idêntico.”¹⁰⁴

Como não poderia deixar de ser, considerando a grande importância que a segurança jurídica e a confiança nas decisões tem no common law, o overruling possui critérios para sua utilização, sem os quais fica prejudicada sua utilização. Com efeito, para se revogar um precedente, necessário um juízo de ponderação entre sua obsolescência e sua inaptidão com o efeito surpresa, que em menor ou maior grau causará. Ou melhor, os critérios para a revogação do precedente são: i) inconsistência sistêmica e ii) incongruência social.

Acerca de tais critérios, Marinoni, com suporte em Eisenberg anota que:

um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – mais fundamentam a sua revogação do que sua preservação.¹⁰⁵

Relativamente ao critério de incongruência social, o precedente poderá ser revogado quando as demandas de cunho social, econômico e político passam a ele se contradizer. Ou seja, quando os costumes da comunidade não mais refletem o que está contido na decisão. Estabelecer uma nova regra, à luz deste critério, significa dizer que a sociedade a ela submetida mudou, sendo a manutenção do precedente um fator que nega a evolução/transformação nos mais variados ramos em que atua o ser humano.

Doutra banda, o precedente poderá ser revogado quando há

¹⁰² SOUZA. Op. cit., 2007, p. 148.

¹⁰³ MARINONI. Op cit., 2012, p. 390.

¹⁰⁴ PORTES, Maíra. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-de-common-law> - Acesso em: 08/04/2013

¹⁰⁵ MARINONI. Op. cit. 2012, p. 391.

inconsistência sistêmica. Esse critério prescreve que o overruling é cabível se o precedente não tem harmonia perante as demais decisões.

Mais:

Isso ocorre quando a Corte decide mediante distinções inconsistentes, chegando a resultados compatíveis com o do precedente, mas fundados em proposições sociais, incongruentes, e quando a Corte, apesar de tratar de situação diversa, decide com base em proposições sociais incompatíveis com as que fundamentaram o precedente.¹⁰⁶

Importante o destaque que não é preciso a soma de ambos os requisitos para o overruling. É claro que, por razão lógica, a incongruência social gera também a incongruência sistêmica. Contudo, a recíproca não é verdadeira. A incongruência sistêmica não conduz necessariamente à incongruência social e também não quer dizer necessariamente que esta gerou aquela. Por ser independente, o overruling pode ter como fundamento exclusivo a incongruência sistêmica.

Marinoni observa ainda que é possível a superação de um precedente com base em uma nova concepção do direito. Não se trata de incongruência social, tampouco inconsistência sistêmica, mas segundo o autor:

[...] uma nova concepção geral em termos de teoria ou dogmática jurídica, a evidenciar que aquilo que se pensava acerca de uma questão ou instituto jurídico se alterou. Porém para que essa nova concepção acerca de um direito possa justificar a revogação de um precedente, ela tem de estar presente nos círculos acadêmicos, isto é, nas universidades e nos trabalhos doutrinários, assim como nos tribunais, em face de outros casos ou até mesmo de distinções inconsistentes produzidas em virtude da modificação na compreensão do direito¹⁰⁷.

Além disso, bastante comum nos Estados Unidos, o erro na formulação do precedente pode gerar sua revogação. Evidentemente, quando se fala em erro, este deve ser explícito e grosseiro, de modo que a decisão final tomaria outro rumo se não existisse o equívoco.

2.7.1. Efeitos da revogação do precedente

Aspecto que merece destaque é relacionado com os efeitos do overruling. Seriam eles retroativos ou prospectivos? De regra, no common law, sobretudo no stare decisis estadunidense, a decisão que revoga o precedente tem efeito retroativo e, assim,

¹⁰⁶ MARINONI. Op cit., 2012, p. 392.

¹⁰⁷ Ibid., p. 401-402.

atinge situações pretéritas e pendentes.

É bem verdade que à primeira vista a declaração de revogação com efeitos retroativos deslegitima situações até então consolidadas, inclusive com o suporte do Judiciário. É evidente, assim, que o efeito retroativo prejudica a segurança jurídica – e tal fato não passa despercebido pelas Cortes. De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier – considerando o efeito retroativo da revogação –: “a parte sucumbente vai ser ‘punida’ não porque deixou de cumprir um dever que tinha, mas porque deixou de cumprir um dever criado depois de ocorrida a sua conduta.”¹⁰⁸

O efeito prospectivo, na lição de Volpe Camargo quer dizer que “a nova orientação do tribunal valerá da data da decisão de virada para frente (ex nunc) ou de outro marco temporal futuro (pro futuro) escolhido pela Corte [...]”.¹⁰⁹

Deveras, com a adoção do efeito prospectivo, a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito são homenageados. No entanto, a modulação dos efeitos para o futuro não é de todo benéfica, notadamente quando o efeito da decisão revogadora passa a ser produzido a partir de certa data ou quando o overruling de efeito retroativo incida somente sobre determinado caso. Nestas circunstâncias, leciona Marinoni:

Note-se que, na primeira hipótese, como o overruling tem efeitos somente a partir de certa data, as situações e relações que se formam depois da decisão são tratadas de modo diverso, conforme tenham se estabelecido antes ou depois da data prevista na decisão, ainda que esta tenha declarado a ilegitimidade do precedente. De outro lado, a admissão da retroatividade em relação a apenas um caso ou somente ao caso sob julgamento faz com que todos os outros casos passados sejam tratados à luz do precedente, embora se declare que este não mais tem autoridade. Tais situações permitem o surgimento de resultados inconsistentes.¹¹⁰

Da citação colacionada, vê-se que a modulação do efeito prospectivo traz o grande problema das distinções inconsistentes, efeito abominável quando se fala em stare decisis, porquanto estas, de certa forma, esvaziam a autoridade do precedente.

Sopesadas, entretanto, as vantagens e desvantagens de cada efeito, a segurança jurídica deve prevalecer, para tornar legítimas as condutas pretéritas, sendo o efeito prospectivo aquele menos gravoso ao jurisdicionado.

¹⁰⁸ WAMBIER. Op. cit. 2009, p. 135.

¹⁰⁹ CAMARGO. Op. cit. 2012, p. 569-570.

¹¹⁰ MARINONI. Op. cit., 2012, p. 423.

2.8. O EFEITO VINCULANTE DOS PRECEDENTES PRODUZIDOS NO BRASIL

Aliado à tradição do civil law, o Brasil, ainda que tenha adotado o efeito vinculante em certas decisões proveniente do Supremo Tribunal Federal, difere muito na lida com esse efeito máximo dos precedentes em relação aos países afinados com o stare decisis.

Essas peculiaridades podem assim ser sintetizadas: a) os tribunais superiores não estão vinculados aos julgados dos juízes inferiores, o que é facilmente compreensível, haja vista a hierarquia existente no Judiciário; b) juízes de mesmo nível hierárquico não têm de julgar conforme seus pares; c) os juízes não estão vinculados aos seus próprios julgados, nem mesmo em relação aos julgados do STF e d) e por fim, os órgãos inferiores não têm de julgar conforme já fizeram os tribunais superiores.¹¹¹

Evidentemente, muitas das concepções acima estão sendo gradativamente superadas, o que quer dizer, de outro lado, que ainda são aceitas em nossa cultura. Reconhece-se, assim, que a vinculação dos precedentes é bem menos decisivo se comparado com o exercido nos sistemas filiados ao common law.

A súmula vinculante, essa sim, aproxima-se dos precedentes obrigatórios do stare decisis (daí a razão de se de compreender o precedente na ótica desta doutrina), sendo ela objeto de análise no capítulo próximo. Antes, é preciso maiores digressões acerca do efeito vinculante.

2.8.1. Classificação dos precedentes judiciais brasileiros quanto à sua eficácia

No Brasil, os efeitos do precedente judicial podem ser divididos em três categorias, quais sejam, o (meramente) persuasivo, impeditivo de recurso e o efeito vinculante.

O efeito persuasivo, mais simplório, de menor carga eficaz, tem o propósito de convencer o julgador. Esta categoria, foi tratado no capítulo 1, é típica do sistema romano-germânico e, por muito tempo, foi a única categoria de precedente. Nesta, encontra-

¹¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 199, p. 294.

se, v.g., o art. 285-A do CPC, o chamado “julgamento super antecipado da lide”, por meio do qual o juiz pode, quando tratar de matéria exclusiva de direito, julgar desde logo improcedente a lide, se no juízo houver sentenças reiteradas nesse sentido (Lei n. 11.277/2006); os embargos de divergência (art. 543 do CPC), recurso cabível na hipótese de haver dissonância sobre determinada matéria no STJ e STF, é outro instituto em que se verifica o efeito persuasivo do precedente.

O efeito impeditivo de recurso, intermediário, é visto nos arts. 518 §1º, 475 §3º e 557, todos do CPC. Nestes dispositivos, a rediscussão da matéria julgada por meio de recurso ou reexame necessário é afastada se a sentença julgou de acordo os precedentes dos Tribunais Superiores, como as súmulas do STF e STJ.

Por fim, o efeito vinculante é constatado nas decisões provenientes de Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF) e na própria súmula vinculante (art. 103-A da CF).

Contudo, essa divisão – ao menos na jurisdição constitucional – tende a desaparecer¹¹². Percebe-se que há uma sensível aproximação os dois primeiros efeitos ao vinculante. Veja-se que, no Recurso Especial n. 921.469/SC, o então Ministro do STJ e relator do processo Teori Albino Zavascki anotou que

não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, artigo 481, parágrafo único: ‘Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’), e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, artigo 741, parágrafo único; artigo 475-L, parágrafo primeiro, redação da Lei n. 11.232/05).¹¹³

Não apenas os precedentes do STF, mas também aqueles emanados pelo Superior Tribunal de Justiça devem ser seguidos, porquanto sua finalidade constitucional, dentre outras, é dar a última palavra no que toca à interpretação de lei federal. Aqui, entretanto, será tratado do efeito vinculante do precedente apenas no âmbito em que

¹¹²TARANTO. Caio Marcio Gutterres. Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 136.

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 921.469/SC. Relator Ministro Teori Zavascki. Diário da Justiça 04/06/2007. Disponível em : https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200700204772&dt_publicacao=04/06/2007. Acesso em 30/04/2013.

atua o Supremo Tribunal Federal

O caráter de autoridade dos precedentes no STF demonstra a necessidade de tornar a Justiça mais ágil e eficiente, no afastamento de ações desnecessárias e recursos protelatórios. Em suma, por consideração ao princípio da razoável duração do processo.

Ademais, o efeito vinculante adotado nas decisões do STF faz com que não se justifique o grande número de demandas e recursos que versam sobre teses jurídicas idênticas, já pacificadas pelo plenário da Corte. Merece o registro que, em percentual elevado, tais demandas e recursos são originários da própria Administração Pública.

Por fim, o já comentado princípio da isonomia impõe a necessidade de uniformidade da interpretação perante a lei, sobretudo em se falando de normas constitucionais.

2.8.2. Efeito vinculante e precedente obrigatório do stare decisis

Primeira distinção a ser feita aborda o efeito vinculante e os binding precedent da doutrina do stare decisis. Não se pode negar que o resultado de ambos, na ordem prática, são muito semelhantes. Mas é importante estabelecer as diferenças para que não se diga que o efeito vinculante traduz a adoção da doutrina do stare decisis em nosso ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, a origem histórica do stare decisis é antiga, não possuindo um marco temporal claramente delimitado. Há quem diga que esta doutrina se confunde com a história do direito natural¹¹⁴. O stare decisis é elemento intrínseco do Poder Judiciário, servindo para conferir a desejada harmonia no sistema, com a uniformização jurisprudencial. O efeito vinculante, por sua vez, é fruto da atividade legislativa recente (inserido na EC 3 de 1993) e tem abrangência ainda maior, pois alcança também os órgãos do Poder Executivo.

Outro ponto que difere ambos: como dito, o efeito vinculante, tradicionalmente, abrange a parte dispositiva, enquanto nos precedentes obrigatórios, busca-se a extração da ratio decidendi, esta encontrada na fundamentação da decisão, de sorte que se

¹¹⁴ LIMA, Augusto César Moreira. Precedentes no direito. São Paulo: Ltr, 2001, p. 219.

os juízes ou tribunais enfrentarem a constitucionalidade de determinada norma e esta seja semelhante àquela já posta sob o crivo da Suprema Corte, devem aqueles órgãos se submeter ao que já foi julgado pela Corte. Tudo isso quer dizer que o efeito vinculante não carrega a já comentada eficácia panprocessual, diferentemente dos precedentes obrigatórios do stare decisis.

Em outros termos:

Vale dizer, o efeito vinculante carrega em sua essência o entendimento da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de uma norma individualizada, de modo que sua decisão orienta os demais órgãos do Poder Judiciário e os órgãos do Poder Executivo apenas quanto à aplicabilidade dessa mesma norma. Ou ela é constitucional, ou inconstitucional, num juízo manifestado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário. A obrigatoriedade de observância da proposição daquela corte não se estende a outras normas semelhantes.¹¹⁵

Ainda, um aspecto que distancia os dois institutos é que os precedentes do stare decisis podem derivar de qualquer órgão do Judiciário, sendo irrelevante a posição hierárquica que ele ocupe. Até mesmo juízes de primeiro grau quando estão a julgar um leading case podem ser os responsáveis pela formulação de um precedente¹¹⁶. Ao contrário do que ocorre em nosso país, cujo efeito vinculante das decisões decorrem exclusivamente da atividade judicante do Supremo Tribunal Federal.

Essas distinções contrariam aqueles que afirmam que estamos adotando, na integralidade, o modelo do common law. O efeito vinculante, na realidade, apenas se aproxima à doutrina dos precedentes obrigatórios.

Da doutrina, extrai-se:

Diz-se isso apenas para deixar claro que, com a adoção da súmula universalmente vinculante – assunto na ordem do dia no Brasil – não estamos adotando a doutrina do stare decisis, nos moldes como ela é entendida e aplicada nos sistemas filiados à tradição do common law. Já foi dito, mais de uma vez, que estaríamos adotando o stare decisis brasileiro. Não se discute que um aspecto se faz presente em ambos os modelos – a vinculação. Mas a origem, o alcance, o funcionamento, entre outras coisas, tudo isso, se compararmos os dois modelos, é ainda bastante diferente, e foi isso que, desde o início se quis deixar claro aqui. De toda a sorte, a adoção da súmula vinculante é mais um passo para a interseção dos dois sistemas, o common law e o civil law, o que, para o Brasil, abeberando-se da experiência de outros países sem preconceitos, pode ser de grande valia.¹¹⁷

Nem mesmo o STF admite essa conjectura de identidade entre os

¹¹⁵ SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle Difuso de Constitucionalidade Constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. in: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). A Força dos Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 166.

¹¹⁶ Ibid., p. 167.

¹¹⁷ SOUZA. Op. cit. 2007, p. 263.

institutos em comento. Confirmam-se as palavras proferidas pelo Ministro Celso de Mello, no AI 179.560-AgR/RJ:

A Súmula - enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária - constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em consequência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado 'binding effect', ao contrário do que se registra, no sistema da 'common Law', por efeito do princípio do 'stare decisis et non quita movere', que confere força vinculante ao precedente judicial¹¹⁸

2.8.3. Efeito vinculante e efeito erga omnes

É comum que se vejam ambos os conceitos juntos, fazendo-se alusão a uma mesma questão, como se sinônimos fossem. Entretanto, trata-se de uma má técnica jurídica, visto que os institutos, em bom grau de amplitude, distanciam-se.

A eficácia erga omnes, conceitualmente, quer dizer que o efeito da decisão ultrapassa aos limites da coisa julgada, atingindo aqueles que não participaram da relação processual. Esse efeito é natural quando se trata de controle de constitucionalidade, porquanto, declarando-se a (in)constitucionalidade de tal, os efeitos da decisão atingem todos os potenciais destinatários, inclusive o próprio poder Judiciário.

O efeito vinculante é um plus¹¹⁹, significando a compulsoriedade da Administração Pública e do próprio poder Judiciário, que, ao analisar incidentalmente a constitucionalidade do preceito, aplique o contido na decisão da Suprema Corte. Não havendo cumprimento por parte dos destinatários, abrem-se portas para a proposição de Reclamação, endereçada para o próprio Supremo para que este faça valer sua autoridade.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal Agravo de Instrumento em Agravo Regimental n. 179.560. Relator Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça 20/08/2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+179560%2E+NUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+179560%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bkt5old>. Acesso em 27/04/2013.

¹¹⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 356.

3. A SÚMULA VINCULANTE

3.1. BREVES NOÇÕES DE SÚMULA

A intenção em cristalizar o entendimento sedimentado de um tribunal em um enunciado é característica típica da experiência brasileira na lida com os precedentes judiciais¹²⁰. O próprio idealizador das súmulas, Ministro Nunes Leal do Supremo Tribunal Federal admitiu seu caráter peculiar ao anotar que “nem todos compreendem a Súmula, o que realmente é, sob vários aspectos, uma inovação que o Supremo Tribunal se decidiu depois de longa meditação de seus juízes”¹²¹.

Ao discorrer sobre os objetivos da súmula, o então Ministro pontuava:

Ela atende, portanto, 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 à jurisprudência firme consequências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetem e exterminar as protelações deliberadas.¹²²

Deveras, a súmula foi o instrumento encontrado para a consolidação de um certo entendimento jurisprudencial e, com isso, estabelecer um grau maior de respeito a este entendimento. Trata-se de uma espécie de *stare decisis de facto*, em que se dá prestígio aos precedentes do STF, bem como desacredita decisões contrárias ao enunciado, provenientes de instâncias inferiores.¹²³

É notável que a edição de uma súmula otimiza os efeitos da jurisprudência consolidada pelo enunciado. Todavia, ainda assim, o comando sumular não ultrapassa os limites da persuasividade. Nesse sentido: “A súmula não é lei, não se reveste de ‘eficácia de lei’, mas sim apresenta-se como um eloquente ‘convite’ a que uma determinada exegese passe a ser adotada pelos operadores do Direito, a bem da desejável estabilidade jurídica¹²⁴”.

Não é custoso reprisar que a súmula não é sinônimo de binding

¹²⁰ TARANTO. Op. cit., 2010, p. 167.

¹²¹ LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal Federal e o restatement of law dos norte americanos. Legislação do trabalho, ano 30, jan-fev. 1996.

¹²² Ibid.

¹²³ SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário. Revista de Direito Público, n. 75, jul-set, 1985, p. 14.

¹²⁴ MANCUSO, Op. cit. 2010, p. 272.

precedent, oriundo do common law. A primeira distinção dos institutos é que o binding precedent é fruto de uma só decisão, enquanto a súmula é um conjunto de decisões harmônicas que, com o enunciado sumular, consolidou-se. Em segundo o lugar, foi abordado no capítulo anterior, o precedente do stare decisis é constituído de ratio decidendi e obiter dictum, já a súmula, por meio de seu enunciado, é uma explicitação de uma ratio decidendi e tão somente isso. Ou, segundo Marcelo Novelino, o enunciado da súmula corporifica as razões determinantes (ratio decidendi) que conduziram o Tribunal a formular o entendimento adotado¹²⁵. Por fim, a súmula apresenta uma característica muito peculiar, que é a de ter sua validade condicionada na norma legislada, o que não ocorre no direito anglo-saxão.¹²⁶

3.2. A SÚMULA VINCULANTE

Após longo debate, foi aprovada a chamada “reforma do Judiciário”, a qual, por meio da EC 45/2004 (antiga PEC 29/00), estabeleceu mudanças notáveis na Constituição Federal de 1988, sendo uma delas a introdução da Súmula Vinculante na jurisdição constitucional.

Basicamente, pode-se compreender o instituto como

um modo encontrado pelo legislador constituinte brasileiro para tornar obrigatório o respeito (=obediência) a uma série de precedentes do STF, cujo sentido essencial seja o mesmo, desde que preenchidos os demais pressupostos desemboque na formulação do enunciado.¹²⁷

Note-se que, agora, não há que se falar em súmula de efeito persuasivo. O efeito vinculante é imamente e com ele estabelece-se o grau máximo da força dos precedentes em nosso ordenamento. Há quem diga, inclusive, que a Súmula Vinculante passou a ter status de lei e, assim, o princípio da legalidade seria disposto dessa forma: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei ou súmula vinculante”.¹²⁸

Mas as diferenças em relação às súmulas originalmente concebidas

¹¹⁸ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 542.

¹²⁶ SOUZA, Op cit. 2008, p. 255-256.

¹²⁷ OLIVEIRA. Op cit, 2012, p. 709.

¹²⁸ MELLO, Roque Aymoré Pottes de. A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles de constitucionalidade brasileiro: as PECs ns. 500/97 (PEC n. 54/96 –SF) e 517/97. Revista Ajuris, n. 72, mar. 1998, p. 30.

não param por aí. Primeiramente, as súmulas vinculantes têm conteúdo muito mais restrito, porque somente devem contemplar matéria constitucional e o sendo, cabe apenas ao STF editá-las. Ainda, é forçoso uma controvérsia atual entre os órgãos do Judiciário e/ou da Administração Pública em geral, de modo que pode provocar uma “grave insegurança jurídica”. Por fim, o efeito panprocessual não fica restrito ao âmbito do Poder Judiciário, como também espalha a força da súmula no Poder Executivo.

Percebe-se que a questão das súmulas vinculantes liga-se a questão de ordem técnica legislativa e vontade política¹²⁹. A técnica legislativa deveria ser tão apurada quanto a complexidade do tema que se está cuidando. A maior preocupação do legislador, ao que parece, foi com a clareza e precisão do enunciado vinculativo (art. 8, I e II, do Projeto de Lei 6.636/2006). No que se refere à vontade política, sublinha-se que a EC 45/2004 deixou por conta do Congresso Nacional a instalação imediata de comissão especial mista, “destinada a elaborar, em 180 dias [a partir da promulgação da Emenda] os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada”.

Assim é que

Dessas duas programações, verifica-se, por um lado, que sobreveio a lei regulamentadora – n. 11.417, de 19.12.2006; de outra parte, o STF, ao invés de ‘confirmar’(sic: art. 8º da EC 45/2004) quais, dentre as suas mais de setecentas súmulas ficariam vinculativas, houve por bem destinar-lhes uma enumeração própria, que até o momento (dezembro de 2009) alcança vinte e sete enunciados [hoje são 32]¹³⁰

Ultrapassadas as primeiras considerações, necessária uma análise dos aspectos gerais da súmula vinculante para apenas depois se fazer um estudo mais detido sobre esse precedente sui generis na jurisdição constitucional brasileira.

3.2.1. Aspectos gerais da súmula vinculante

A súmula vinculante, na lição de Gilmar Mendes, decorre muitas das vezes de decisões provenientes do controle incidental, pois é tomada a luz de casos concretos¹³¹. Assim, o procedimento para a edição da Súmula inicia com a provocação dos

¹²⁹ MANCUSO. Op. cit. 2010, p. 346.

¹³⁰ Ibid., p. 346.

¹³¹ MENDES; BRANCO, Op cit., 2012, p. 1126.

jurisdicionados, seja por meio de Recurso Extraordinário, Reclamação etc. Relativamente à primeira súmula vinculante editada, o processo iniciou-se com a provocação do Recurso Extraordinário n. 418.918/RJ.

Com os precedentes de referência, a súmula vinculante pode ser editada de ofício ou por provocação. “Assim, durante o julgamento de qualquer recurso extraordinário poderá ser provocada a publicação de súmula vinculante a respeito da matéria”¹³². As 13 primeiras súmulas vinculantes, no entanto, foram editadas ex officio. Esse procedimento é muito mais simples do aquele caracterizado quando há provocação. O procedimento de ofício se inicia por uma proposta informal por parte um Ministro do Supremo, uma Turma, ou mesmo sugestão do Plenário. A seguir, encaminham-se os autos à Comissão de Jurisprudência, cuja função é a averiguação quanto à higidez formal do verbete. Após parecer, devolvem-se os autos à Secretaria Judiciária, que providenciará cópias a todos os Ministros e à Procuradoria-Geral da República e fará autos conclusos ao Presidente do STF. Este submeterá a proposta a proposta ao pleno para deliberação final.

Quando há provocação, o procedimento é mais complexo, haja vista que, além de todo o trâmite burocrático dos autos, há ainda a ocorrência de instrução, contraditório e a possibilidade de atuação de *amicus curiae*.¹³³ Registre-se que a Súmula Vinculante 14 foi a primeira a ser aprovada mediante provocação, no caso, pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Os pressupostos para aprovação de uma súmula vinculante são: a) a ocorrência de reiteradas decisões em matéria constitucional; b) controvérsia atual entre órgãos do judiciário ou entre estes e o Poder Executivo em geral; c) que recaia sobre interpretação, validade ou eficácia de dada norma jurídica e d) que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão jurídica.¹³⁴

Relativamente à ocorrência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, à evidência, não há um número exato de julgados que preencha tal requisito. Suficiente que a matéria versada nos julgados seja suficientemente debatida. Ou seja, busca-se a maturação da questão controvertida. Quanto a esse requisito, moderna doutrina defende que julgamentos com repercussão geral (§ 3º do art. 102 da CF) podem e devem ser objeto de

¹³² OLIVEIRA, Op. cit., 2012, p. 715.

¹³³ TARANTO. Op. cit., 2010, p. 180.

¹³⁴ LAMY, Marcelo.; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: RAMOS, A R. (Org.). Reforma do Judiciário: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 299.

súmula vinculante.¹³⁵

No que se refere à controvérsia atual, desnecessário maiores digressões, visto que a contemporaneidade do caso em análise é a razão da edição de uma súmula vinculante. Afinal, não há porque existir uma súmula vinculante se não há controvérsia.

Já sobre o terceiro requisito – recair sobre validade, interpretação e eficácia da norma constitucional –, não há necessidade de a indigitada norma ser necessariamente constitucional, “mas as controvérsias a seu respeito devem ter raízes constitucionais”.¹³⁶ Ou seja, perfeitamente possível que leis infraconstitucionais (ordinárias ou complementares) sejam objeto de súmula vinculante, desde que sua análise se dê à luz da Constituição. Tome-se como exemplo as Súmulas Vinculantes 8 e 31, as quais, respectivamente, cuidam da prescrição e decadência do crédito tributário e incidência de ISS sobre locação de bens móveis.¹³⁷

E, por fim, a controvérsia entre órgãos judicantes ou entre estes com a Administração Pública que acarrete grava insegurança jurídica, além de relevante multiplicação de processos sobre idêntica matéria quer dizer que com a utilização de uma sumula vinculante haverá uniformidade nas decisões e, em via de consequência, menor número de processos e maior estabilidade jurídica não apenas perante os cidadãos, como também à Administração Pública em geral.

A compreensão dos limites das sumulas vinculantes é importante para o estudo dos próximos subitens. Os limites objetivos da súmula vinculante alcançam apenas questões eminentemente de direito. Ou seja, a súmula vinculante (assim como a súmula clássica) tem o condão de “evidenciar” a ratio decidendi de determinada coletânea de julgados harmônicos. Portanto, não há obter dictum no enunciado sumular, sejam questões de direito irrelevantes ou simples questões de fato.

Explica Lamy que

A riqueza das situações da vida cotidiana impossibilita a utilização da súmula vinculante nos feitos que se refiram a questões essencialmente fáticas. Isto faz que os enunciados sumulares devam versar sobre tema cujo problema predominante é de direito, pois somente teses jurídicas serão passíveis de constar em súmula vinculante, até porque os tribunais superiores só julgam questões de direito, como

¹³⁵ OLIVEIRA, Op. cit., 2012, p. 735.

¹³⁶ Ibid., p. 717.

¹³⁷ MONNERAT. Op cit.,2012, p. 408.

dispõem os arts. 102, III e 105, III, da CF.

As questões preponderantemente fáticas são decididas conforme a averiguação dos fatos havidos, variável essa cuja riqueza peculiar possui complexidade impossível de ser reduzida a enunciados jurisprudenciais.¹³⁸

Referente aos limites subjetivos, já se dissertou que a súmula atinge os órgãos do Judiciário e da Administração Pública em todos os seus graus. Mas a questão que se levante é se a súmula vincula também o órgão que a editou, o Supremo Tribunal Federal. Numa interpretação gramatical, a resposta seria negativa, pois de acordo com a Constituição Federal, a súmula “terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário”. Mas isso não quer dizer que o STF não deva seguir os verbetes vinculativos. Seja em colegiado ou individualmente, os Ministros devem obedecê-los, até que o enunciado seja revisto ou cancelado¹³⁹. Aliás, já se comentou, a ideia de organicidade do Judiciário, em que todos os juízes e tribunais formam um poder uno, mostra um grande desarrazoado legitimar apenas alguns destes juízes a seguir um precedente e outros não.

Falando em revisão de tese – e já abordando o cancelamento –, é plenamente possível a superação de uma súmula vinculante. Evidentemente, se até mesmo a Inglaterra, país cuja doutrina do *stare decisis* é bastante rígida, admite o *overruling*, em nossa tradição não seria diferente. Estabilidade não se confunde com perpetuidade; sem pretensão de exaurimento, evolução social, fundamentos novos e obsolescência do enunciado são causas hábeis à superação da súmula vinculante. Assim como na sua edição, a súmula vinculante poder ser revista de ofício pelo STF, bem como por provocação daqueles mesmos legitimados para sua propositura (art. 3º da Lei 11.417/2006). Alerta-se, por fim, que, seja na revisão ou cancelamento, há a necessidade de decisão tomada por dois terços dos membros do STF.

Aspecto que evidencia o efeito vinculante das súmulas que se está a tratar é a possibilidade de ajuizamento de reclamação em caso de descumprimento de súmula vinculante. Posto que dê azo à cassação da decisão contrária à súmula vinculante, a reclamação não é recurso nem sucedâneo recursal. Ensina Leonardo Lins Morato que tal é ação, de caráter mandamental, com vistas a tutelar direito fundamental. Especificamente, é ação de conhecimento, “sendo certo que o seu intuito é alcançar uma decisão de mérito, que julgue a lide existente entre o reclamante – o qual alegar ter sofrido uma lesão a direito seu – e a autoridade reclamada, à qual se imputa a prática de desacato ou usurpação”¹⁴⁰. Finaliza o

¹³⁸ LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. Revista de Processo, n. 120, fev. 2005, p. 130.

¹³⁹ SOUZA. Op. cit., 2007, p. 272.

¹⁴⁰ MORATO, Leonardo Lins. Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante. São Paulo: RT,

autor dissertando que a decisão é revestida de coisa julgada, sendo rescindível apenas por ação rescisória.

Não há dúvidas que a inserção da reclamação como instrumento de manutenção da autoridade da súmula vinculante é um sinal claro da preocupação do legislador em manter a estabilidade das relações jurídicas, algo ainda distante de nossa realidade.

3.2.2. Súmula vinculante e lei

A lei, enquanto fonte máxima de direito em nosso ordenamento, sempre foi o principal instrumento usado pelo magistrado na solução de litígios. E os precedentes judiciais, ainda que harmônicos e dominantes em qualquer tribunal que fosse não passariam de meio suplementar no auxílio do julgador. Mas, a partir de 2004, houve uma “aproximação” da lei e os precedentes judiciais, com a criação das súmulas vinculantes¹⁴¹.

Com o advento da EC 45/2004 e a posterior norma regulamentadora (Lei n. 11.417/2006) a súmula vinculante transforma os precedentes judiciais por ela tratada num preceito geral, abstrato e impessoal e ainda de seguimento obrigatório, todas essas características típicas da norma legislada¹⁴². Ademais, a súmula vinculante e lei carregam consigo um dever-ser, um comando, que está expresso por meio de um enunciado.

De modo que, tendo em vista essas similitudes, pergunta-se: há hierarquia entre lei e súmula vinculante? E como devem interagir os institutos?

Um primeiro apontamento a ser feito é que as leis, todas, derivam da Constituição. Elas, na qualidade de normas infraconstitucionais, atuam nos mais diversos ramos do Direito, no mais das vezes inovando o sistema com regulamentação e restrição de condutas, mas, repita-se, sempre respeitando o comando expresso na Constituição Federal. A súmula vinculante, por sua vez, é uma norma interpretativa e, dessa forma, não pode trazer nada de novidade. É dizer, para que exista uma súmula vinculante, forçoso um sistema jurídico anterior, interpretado pelo Supremo Tribunal Federal para que seja possível sua edição, evitando-se a multiplicação de processos e grave insegurança jurídica. Assim é que a

2007, p. 269.

¹⁴¹ MANCUSO. Op cit.,2010, p. 147.

¹⁴² Ibid., p. 69.

súmula vinculante não pode criar nada que não esteja posto no ordenamento, ou seja, impossível cuidar de assuntos ainda não abordados por uma lei; assim o fazendo, certamente terá sua validade comprometida. Portanto, vale dizer que “a norma é o prius e a súmula vinculante o posterius”.¹⁴³

Dadas essas considerações, ruma-se ao art. 5º da Lei 11.417/2006 cuja redação é a seguinte: “Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”. Note-se que a súmula vinculante (evidenciação de uma *ratio decidendi*) está intimamente imbricada com a lei primária, e desaparecendo esta some também a necessidade de interpretá-la, ou seja, perde-se o objeto da súmula.

Tome-se como exemplo a Súmula Vinculante 5, que reza a prescindibilidade de advogado para defesa em processo administrativo. Se houvesse, após a edição do enunciado, promulgação de lei em sentido contrário, tornando a obrigatória presença de causídico, e sendo tal lei válida, a súmula vinculante seria, automaticamente, revogada.¹⁴⁴

Merece destaque o fato de que é obrigatória a observância da súmula vinculante mesmo depois da revogação da lei interpretada no que toca às situações pretéritas. Os fatos jurídicos são regulamentados pela lei vigente à época, ainda que sobrevenha outra, derogando a antecessora. Assim, posta uma questão ao Judiciário quanto a tais fatos, o magistrado deverá julgar procedente ou não a ação com base na lei revogada. E se esta lei revogada foi objeto de súmula vinculante, de igual modo, o verbete incidirá sobre a questão litigiosa. Evidentemente que aos fatos novos, aplica-se apenas o conteúdo da lei superveniente.¹⁴⁵

Agora, quando se cuida edição de súmula vinculante em momento posterior à promulgação de dada lei, as premissas se alteram e a conclusão, *idem*.

É dado ao Supremo Tribunal Federal, dentre sua competência essencial em resguardar a autoridade da Constituição Federal, declarar a inconstitucionalidade

¹⁴³ MANCUSO. Op. cit., 2010, p. 73.

¹⁴⁴ LACERDA, Allan Dias. A Força Normativa da Súmula Vinculante no Processo Decisório do juiz. 2011. 170 f. Tese de Mestrado - Ufes, Vitória, 2011.

¹⁴⁵ MATTOS, Luiz Norton Baptista de. “Súmula” vinculante: análise das principais questões jurídicas no contexto da reforma do poder judiciário e do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 80.

de lei que seja contrário à Carta; e nesse sentido, pode a Corte julgar em contornos fora da moldura da lei inválida.

Dias Lacerda, em tese de mestrado, dá como exemplo o RE 389.383, de São Paulo, cuja decisão do STF foi de proibir a exigência de depósito prévio para a admissão de recurso administrativo, com fundamento no princípio constitucional da ampla defesa. Mas a decisão contrariou os parágrafos 1º e 2º da Lei n. 8.231/1991, sendo tais dispositivos declarados inconstitucionais.¹⁴⁶

É bem verdade que decisões tomadas em controle concreto de constitucionalidade (abstraindo-se a forte corrente doutrinária contrária) não tem efeito vinculante e eficácia erga omnes. Sobrevindo, contudo, diversas decisões na mesma esteira, haverá uma jurisprudência dominante ou, nos moldes da Lei n. 11.417/2006, reiteradas decisões sobre matéria constitucional, sendo que, preenchidos os demais requisitos, possível seria a edição de um enunciado vinculante. E foi assim que surgiu a Súmula Vinculante 21, que reza que “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

Note-se que no modelo jurídico posto, em que a decisão oriunda de controle difuso de constitucionalidade não invalida a lei do sistema jurídico, aqui, a súmula vinculante superveniente foi de encontro ao comando legal, sem que se discuta sua validade. E, é certo, que nesse caso a Súmula Vinculante 21 prevalece em relação ao contido na Lei 8.231/1991.

Assim, posto que lei e súmula vinculante sejam duas normas bem diversas, com variantes em sua edição, conteúdo e forma, não há como negar que ambas carregam consigo uma força muito similar. De modo que, havendo colisão entre ambas, o critério cronológico parece o mais adequado para a solução.

3.2.3. Há distinguishing em súmula vinculante?

No capítulo anterior, viu-se que o distinguishing é a técnica utilizada para flexibilizar o alcance de determinado precedente, ou sendo mais específico, da ratio decidendi de um dado precedente judicial. Há duas classificações de distinguishing: o

¹⁴⁶ LACERDA. Op. cit, 2011, p. 126.

ampliative distinguishing, o qual permite ao julgador alargar a ratio para alcançar outras situações até então novas. Já o restrictive distinguishing é o oposto. Por meio desse método, restringem-se os limites da ratio decidendi e alija-se o caso que, em primeiro plano, adequava-se ao precedente paradigma.

O legislador brasileiro previu, por meio de lei, o overruling da súmula vinculante, ou seja, as hipóteses de cancelamento. Mas não o fez em relação ao distinguishing, de forma que se gerou alguma confusão quanto a essa técnica em relação à súmula vinculante.

Em outras palavras, discute-se se a súmula vinculante comporta interpretação por parte do julgador. Evidentemente, mesmo os binding precedents do stare decisis são interpretáveis, mas como o enunciado vinculante brasileiro já é uma resultante de interpretação de certa norma jurídica, a questão merece alguns cuidados.

Para antecipar, afirma-se que a súmula vinculante comporta distinções, ou seja, é interpretável.

Como toda norma jurídica, a atividade interpretativa é essencial para aplicação do Direito: não há aplicação sem interpretação. Constatar a existência da súmula vinculante aplicável ao caso já é interpretação. Além disso, extrair a intenção, as conseqüências jurídicas e o alcance da súmula, também é interpretação¹⁴⁷. E assim, podem-se fazer as distinções do caso em análise à súmula.

A experiência do Supremo Tribunal Federal na realização de distinguishing de suas súmulas não é exígua. Em exemplo dado por Gutterres Taranto, é perceptível o distinguishing realizado pelo STF na sua Súmula 339¹⁴⁸. O referido enunciado é assim redigido: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. Mas ao julgar o Recurso ordinário em Mandado de Segurança n. 22.307-0-DF, a Corte entendeu que as Leis n. 8.622/93 e 8.627/93 tratavam de revisão geral de remuneração dos servidores públicos, razão pela qual estendeu o reajuste de 28,86% aos servidores públicos federais civis, com fulcro no art. 37, X, da CF/88. Depois de várias decisões com idêntico teor, o STF editou a súmula 672, com a seguinte redação: “O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis

¹⁴⁷ MARIÑO, Angel Rafael. O poder decisório das Autoridades judiciais e a produção normativa- Parte 1. Disponível em: <<http://ordemepoder.blogspot.com.br/2010/11/o-poder-decisorio-das-autoridades.html>>. Acesso em: 28/04/2013.

¹⁴⁸ TARANTO. Op. cit., 2010 p. 288-289.

8.622/93 e 8.627/93, estende-se aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais”.

O exemplo narrado foi de *distinguishing* de súmula clássica, mas que seria perfeitamente cabível em súmula vinculante. Afinal, não é porque uma seja de efeito persuasivo e a outra de efeito vinculativo que a primeira comporta distinções e a segunda não.

Mas o fato de o verbete já ser um resultado de certa interpretação de outra norma, os temperamentos que se dão em súmula vinculante não devem ser amplos, pelo contrário, hão de serem moderados, pois, de modo contrário, a própria autoridade do enunciado ficará comprometida.

Segundo Victor Nunes Leal Maia:

Se tivermos de interpretar a Súmula com todos os recursos de hermenêutica, como interpretamos as leis, parece-me que a Súmula perderá sua principal vantagem. Muitas vezes será apenas uma nova complicação sobre as complicações já existentes. A Súmula deve ser entendida pelo que exprime claramente, e não a contrário sensu, com entrelinhas, ampliações ou restrições. Ela pretende pôr termo a dúvidas de interpretação e não gerar outras dúvidas. [...] Faço um apelo aos eminentes colegas, para não interpretarmos a Súmula de forma diferente do que nela se exprime, intencional e claramente. Do contrário, ela falhará, em grande parte, à sua finalidade.¹⁴⁹

Chama-se atenção as palavras do Ministro Cesar Peluzo, quando do julgamento HC 85.185-1/SP, que discutia a respeito do cancelamento da Súmula 691 do STF. A Corte, por maioria, decidiu que no caso em análise seria viável o *distinguishing*, não acolhendo a proposta de cancelamento. Mas o indigitado Ministro, que restou vencido, consignou que “Até admitiria essa solução [de se fazer o *distinguishing*], não fosse o fato de ela esconder a revogação prática da súmula. Na verdade, significa isso”.¹⁵⁰

Embora sem razão, sua conjectura merece algum cuidado.

Não é verdade que o *distinguishing* implica revogação da súmula ou de qualquer outro precedente judicial. Interpretar o precedente à luz do caso concreto não retira sua autoridade, seu caráter abstrato e genérico perante casos futuros. Ou seja, nas palavras de Marinoni: “a não adoção do *distinguishing*, não quer dizer que o precedente está

¹⁴⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Memória Jurisprudencial Ministro Victor Nunes, Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2006, p. 35-36

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 85.185-1, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 10 de agosto de 2005. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733>. Acesso em: 29/04/2013.

equivocado ou deve ser revogado”¹⁵¹. Mas, adiante, anota o professor paranaense que:

Todavia, a não aplicação de precedente, especialmente quando rotineira, pode revelar que seu conteúdo não está sendo aceito na comunidade jurídica e nos tribunais. O precedente perde naturalmente a sua autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished*. Quer dizer que a distinção, por si só, não revela a fragilidade do precedente, embora o excesso de distinções possa ser sinal de enfraquecimento de sua autoridade.¹⁵²

No caso em que se discutia o cancelamento da mencionado súmula, a preocupação do Ministro Peluso era a grande multiplicação de processos envolvendo o tema então distinto. Mas o tema distinto sempre seria o mesmo, ou melhor, idênticas as questões de fato/direito. O *very distinguished*, que levaria a uma inevitável impropriedade da súmula, ocorreria se as distinções se dessem sob diversas facetas, com variadas questões de fatos aptas a escapar do alcance da *ratio*, de forma que a súmula perderia sua natural autoridade.

3.2.4. Descumprimento de súmula vinculante

Antes de tudo, deve-se registrar que súmula vinculante não é lei e não faz as vezes de lei, mas a sua autoridade é muito parecida com a da lei. A eficácia da súmula vinculante projeta-se no plano vertical (obrigando todos os órgãos judiciais a segui-la), bem como no plano horizontal (a Administração Pública em geral). A par disso, também já se disse, a súmula é interpretável e para a subsunção do fato à súmula, forçosa a devida fundamentação, nos termos do art. 93, IX, da CF.

Posto isso, pode-se afirmar que a súmula vinculante pode ser cumprida comissivamente e omissivamente¹⁵³.

Descumpre-se comissivamente quando a decisão judicial ou administrativa aplica o enunciado indevidamente, seja contrariando-o ou aplicando-o de forma errônea. Infringe-se omissivamente, quando é negada a vigência da súmula, seja por raciocínios equivocados ou distinções inconsistentes.¹⁵⁴

Indaga-se se o juiz na análise de certo caso se depara com uma súmula que a seu ver é inválida. Deve ainda assim segui-la ou pode ele alijar sua autoridade?

¹⁵¹ MARINONI. Op. cit. 2012, p. 328.

¹⁵² Ibid., p. 329.

¹⁵³ MANCUSO. Op. cit. 2010, p. 425.

¹⁵⁴ Ibid., p. 425.

A súmula vinculante é mais uma regra jurídica, e como tal deve respeitar outras regras de superior hierarquia. Assim, é evidente que um enunciado pode estar em desacordo com a Constituição. Não é porque foi editada pelo órgão encarregado de interpretar a Constituição que há a presunção *iure et iure* de sua validade no ordenamento. A uma porque o Supremo Tribunal Federal é falível, e a duas, supor de modo contrário, deixaria a Corte com poderes ilimitados. Aliás, forte é a doutrina no sentido de que deveria as súmulas vinculantes serem objeto de controle de constitucionalidade¹⁵⁵

E, nesse viés, desrespeitar a súmula não retira a autoridade de seu enunciado, porque está se deixando de aplicar tendo em vista sua inaptidão em face da Constituição. Supor que juízes se utilizarão desse argumento como subterfúgio para descumprir a súmula vinculante é um argumento leviano. Muito mais fácil seria o julgador se utilizar das distinções inconsistentes (tema que será tratado adiante) para negar o comando sumulado ou simplesmente ignorá-los.

3.2.5. Com a adoção da súmula vinculante, seguimos ainda filiados ao civil law?

Ciente da incompletude da norma jurídica e verificando-se que as fontes de Direito subsidiárias também não suprem inúmeras lacunas no ordenamento, a importância que a jurisprudência tem tido no final do século XX é realmente impressionante. Começando por normas esparsas e depois no CPC, a valorização da jurisprudência, em seu aspecto externo, é nítida quando se vê, v.g., as alterações trazidas pelas Leis n. 9.756/98, n. 10.352/2001 e 11.276/2006.

E essa qualificação da jurisprudência deu ainda um grande salto até chegar na força máxima, com a constitucionalização da súmula vinculante (art. 103-A da CF). Diante do caráter geral, abstrato, impessoal e obrigatória a súmula se equipara a força da lei (com todas as ressalvas antes expostas), de forma que “não seria um excesso ou exagero tivesse o constituinte revisor acrescido ao art. 5º, II, da CF (princípio da reserva legal) o apêndice ‘(...) ou de súmula vinculante do STF’”.¹⁵⁶

Nesse cenário, a influência do common law é nítida; todavia, não é

¹⁵⁵ MANCUSO, Op. cit., 2010, p. 369.

¹⁵⁶ Ibid., p. 409.

correta afirmação que com a valorização das decisões judiciais, o Brasil migrou para este sistema. Faz-se tal afirmação como se fosse impossível a coexistência da norma legal e do respeito aos precedentes. Na verdade, é isso o que vem acontecendo – uma hibridização dos dois sistemas. Está-se num meio caminho entre civil law e common law. E essa mescla dos dois sistemas é a tendência hodierna, pois tanto num modelo quanto noutra as defasagens existem.

Michele Taruffo observa que:

Verifica-se complexo intercâmbio de modelos, inclusive entre sistemas de common law e sistemas de civil law. São numerosíssimos os exemplos, sobretudo se se observa a influência do modelo norte-americano, mas bastará citar alguns para estabelecer o discurso: vários sistemas de civil Law extraíram daquele modelo o júri penal (como aconteceu na Espanha), a técnica do interrogatório cruzado, a idéia de pôr limites ao recurso às cortes supremas, a class action, o uso de depoimentos escritos.¹⁵⁷

É nítida a miscigenação dos dois sistemas em nosso ordenamento, o que faz dele muito peculiar em relação aos demais. Nosso sistema constitucional é claramente influenciado pelo modelo estadunidense; basta ver a consagração, em nossa Constituição, de diversas garantias processuais, inclusive a do devido processo legal (due process of law). Na seara infraconstitucional o apreço pela norma legislada é grande, mas ao mesmo tempo há um complexo sistema de precedentes, incluindo-se, além da súmula vinculante, a súmula impeditiva de recurso, julgamento de demandas repetitivas etc.; todos esses mecanismos de influência do common law.¹⁵⁸ Ainda, embora nosso direito privado seja estruturado de acordo com o modelo civil law, “temos um microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica common law”.¹⁵⁹

Enfim, o respeito às normas legisladas e às normas judicadas parece ser a solução ideal para que se alcance um Judiciário justo e igualitário a todos. Se seguir as normas legisladas já é comum em nossa cultura, o respeito aos precedentes, ao que se vê, necessita de uma maturação dos integrantes da magistratura.

¹⁵⁷ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. Revista de Processo, n. 110, abr-jun. 2003, p. 98.

¹⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 15. ed. Salvador: Juspodvim, 2013, p. 42.

¹⁵⁹ Ibid., p. 42.

3.3. OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À SÚMULA VINCULANTE

Tratou-se ao longo do trabalho explicitar as vantagens da aplicação do precedente judicial. É bem verdade, de outro lado, que a doutrina do stare decisis apresenta também os seus defeitos, tanto é assim que o apreço pela norma legislada em países como a Inglaterra e, sobretudo nos Estados Unidos cresceu muito em períodos recentes.

São nessas desvantagens que parte da doutrina se apoia contra a utilização da súmula vinculante no Brasil. Nos itens abaixo serão tratados os principais argumentos contrários e, na medida do possível, sem posições radicais, enfrentá-los.

3.3.1. Rigidez do sistema

O argumento de engessamento do sistema com a aplicação das súmulas vinculantes é um dos mais utilizados daqueles que as repugnam. Com a vinculação dos precedentes, não há dúvidas, a atividade atualizadora da jurisprudência é enfraquecida. Tratando da súmula vinculante, o Ministro Marco Aurélio assim esclarece: “a súmula vinculante apresenta mais aspectos negativos do que positivos [...] Receio que a súmula vinculante acaba por engessar o próprio direito”¹⁶⁰. Na mesma esteira, doutrina Estevão Mallet: “De outra parte, parece inegável que decisões judiciais obrigatórias enrijecem, ainda mais, o sistema legal, por natureza pouco flexível, tornando mais complexas as inevitáveis e necessárias adaptações da lei às novas realidades”¹⁶¹.

Veja-se que a jurisprudência estática é sobremaneira prejudicial ao Direito; de outro lado, uma jurisprudência desenfreada, díspar, é ainda pior. Com efeito, é natural que haja dissenso pretoriano logo após a promulgação de determinada lei. Sendo o nosso sistema pautado na norma escrita, não há como supor que não existam diversas interpretações sobre determinado texto legal. Mas a partir do momento em que se fixa entendimento acerca de sua interpretação por parte de tribunal superior, as divergências não mais se justificam¹⁶².

¹⁶⁰ MELLO, Marco Aurélio de. Entrevista. in Revista Consulex nº 10 de 31/10/1997.

¹⁶¹ MALLET, Estevão. Algumas linhas sobre o tema das súmulas vinculantes. Revista Consulex, nº 11, 1997.

¹⁶² MANCUSO. Op. cit., 2010, p. 166.

Ainda, se o Direito deve andar para frente, deve ele também ser estável, respeitando o passado. A segurança jurídica está intimamente relacionada com a estabilidade. Atento a isso, a vinculação do precedente não quer dizer a perpetuação de determinado entendimento. O precedente pode, e deve – se assim for necessário – ser revisto e revogado (overruling).

Portanto, o respeito aos precedentes implica, sim, em certa rigidez no ordenamento, mas com a possibilidade da sua revogação e considerando que rigidez ainda assim é muito mais salutar que instabilidade, o argumento de engessamento é defensável, mas não justifica, por si só, o não seguimento aos precedentes.

3.3.2. Ofensa ao princípio do livre convencimento do juiz

Este talvez seja o argumento mais recorrente entre os críticos brasileiros. Diz-se que o princípio da persuasão racional do juiz se esvazia quando se de torna cogente a adoção dos precedentes judiciais.

Em primeiras palavras, vale dizer que a independência do Judiciário é elemento fundamental para a manutenção de um Estado Democrático de Direito. O poder do juiz em decidir de acordo com seu convencimento é uma conquista de longos anos, que se extirpada, comprometerá a higidez e lisura do processo.

Muitos afirmam que com a adesão ao sistema de precedentes, o indigitado princípio ficaria enfraquecido, na medida em que a liberdade do juiz em interpretar a lei quase que desaparece, fazendo-o refém do entendimento de terceiro.

Esse pensamento é traduzido na lição de Isabella Carvalho, quando trata da súmula vinculante:

adotar o instituto em estudo é afrontar de forma cristalina o princípio do livre convencimento do magistrado, assim como todos aqueles resultantes e ensejadores dele, pois a obrigatoriedade da decisão do juiz ser prolatada segundo decisões previamente colacionadas pelo STF torna inútil a figura dos jurisdicionados, das provas e da própria pretensão reclamada, tendo em vista já haver resposta pré-concebida ao direito suscitado.¹⁶³

Contra-argumentando, é de conhecimento de todos que não há

¹⁶³CARVALHO, Isabella Rodrigues Rocha de. A súmula vinculante em face ao princípio do livre convencimento do juiz. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 14/02/2013

princípio absoluto em nosso sistema, inclusive no que toca ao direito à vida. Pergunta-se, então, o princípio do livre convencimento deve ser ilimitado? A resposta, por certo, é negativa. Veja-se que na mesma Constituição onde está positivada a liberdade de decidir do juiz, há também os princípios da igualdade, segurança jurídica, estes mais que normas constitucionais, são direitos fundamentais do cidadão¹⁶⁴.

Nesse enfoque, o livre convencimento é mais um instrumento de realização destes direitos fundamentais. Nele, garante-se a imparcialidade e liberdade do juiz, sem que este esteja preso a pressões externas ou imposições escusas. Enfim, o livre convencimento deve ser visto em prol da coletividade. No entanto, muitas vezes, esse princípio tem mais relação com a vaidade dos próprios juízes e faz de justificativa a desobediência destes em relação a todo o sistema e hierarquia do Judiciário.¹⁶⁵

Outrossim, o modelo de precedentes a ser implantando no Brasil não cuidará de todas as questões postas ao Judiciário. Todas as questões de fato serão analisadas casuisticamente pelo juiz, que fará valer seu poder de persuasão racional, valorando a prova conforme seu entendimento. E em relação às questões de direito, o magistrado somente estará vinculado àquelas que já tenham sido pacificadas pelos tribunais superiores.

Assim, parece que o princípio do livre convencimento do juiz é invocado de forma exagerada. Tenta-se justificar afrontas a princípios norteadores de nosso sistema, afrontas cujo principal prejudicado é o jurisdicionado, com este fundamento, que, diga-se, também é direcionado para a própria defesa do cidadão comum.

Para arrematar, esclarece-se que o descumprimento do precedente judicial não acarreta sanção ao juiz relutante. Melhor explicando, afirma Souza que

em termos estritos, não há que se falar em qualquer violação à independência ou à liberdade de convencimento dos tribunais ou juízes de grau inferior, com a adoção do efeito vinculante no Brasil. De fato, mesmo depois de ficado determinado entendimento pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade, nada impede que os juízes ou tribunais, apesar de isso ser de muito pouco senso prático, adotem posição contrária à do pretório excelso. Para tanto, não há previsão de qualquer sanção de ordem disciplinar. Como foi visto, a única consequência, em ocorrendo isso, é abrirem-se as portas a uma Reclamação para aquela Corte Superior, no desiderato de restaurar-se a autoridade do julgado vinculante.¹⁶⁶

¹⁶⁴ SANTOS. Op. cit. 2012, p. 190.

¹⁶⁵ Ibid., p. 192.

¹⁶⁶ SOUZA. Op. Cit. 2007, p. 283-284.

3.3.3. Afronta ao princípio da separação dos poderes

Este princípio é produto da Revolução Francesa, cuja rigidez seria necessária para evitar novos despotismos, bem como sanar a desconfiança que se tinha em relação aos juízes. Assim, ao Judiciário cabia tão somente a aplicação seca da lei. No entanto, discorreu-se no capítulo anterior, que as feições que o Judiciário assumiu ao longo do tempo são sobremaneira relevantes, fruto notadamente do fenômeno do constitucionalismo.

E nesse contexto, com a EC 45/2004, criou-se a súmula vinculante. Tal instituto, já se comentou, carrega consigo os conceitos generalidade-impessoalidade-abstração, especificidades típicas da lei, mas que dela se diferencia. Ainda assim, não há como negar o grande impacto que ela causa não só em nível de Judiciário, como também na Administração Pública em geral e em todos os âmbitos em que atua a sociedade.

Pode-se, dizer que aquele atua em com uma face voltada para o Judiciário, na atividade ordinária de resolução de conflitos, e em outra voltada para o Legislativo, tendo em vista a carga eficaz de seu conteúdo¹⁶⁷. Essa última faceta da súmula vinculante que justifica a afronta ao princípio da separação dos poderes¹⁶⁸.

Mas esse mesmo constitucionalismo que ampliou os poderes do Judiciário, de modo inverso, restringiu a força do princípio da separação dos poderes, de sorte que se deixou de lado sua rigidez. Note-se que a restrição do indigitado princípio é visualizada por meio da Comissão Parlamentar de Inquérito, as Medidas Provisórias, Decreto Regulamentar, controle de constitucionalidade. Todos estes, constitucionalmente previstos, são atividades atípicas dos poderes do Estado, que vistos sob a ótica da rígida tripartição dos poderes seriam certamente repudiados. Hoje, são aceitos com naturalidade.

A respeito da transformação do referido princípio, esclarece Morgado:

Nesse sentido consideramos que há uma crise do paradigma da separação dos poderes com seus contornos originais. Entendemos que o princípio continua sendo fundamental para o Estado Democrático de Direito, mas como as circunstâncias históricas e teóricas que o rodeiam não são as mesmas e os ideais que se pretende alcançar são distintos, não resta outro caminho senão o de concluir que seu significado é novo¹⁶⁹.

¹⁶⁷ MANCUSO. Op. cit., 2010, p. 104.

¹⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. Súmula vinculante e independência judicial, Revista *Justitia*, vol. 59, jan-mar 1997, p. 127.

¹⁶⁹ MORGADO, Cíntia. A nova face da separação dos poderes: capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. Revista *Direito Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 66, 2011.

Ademais, já foi frisado em outra oportunidade, conquanto seja de caráter cogente, no Brasil, os precedentes vinculantes não tomarão lugar da lei. Os Tribunais Superiores não editam novas regras, mas apenas fixam uma interpretação uniforme que deva ser seguida. A atividade de elaboração de lei se distancia, e muito, da interpretativa sob o enfoque do controle de sua constitucionalidade. Nesse viés, Marco Antonio de Barros aduz que “Nenhuma ilegalidade se constará, se o próprio Legislativo chegar à conclusão de que o efeito vinculante não atropela as atividades que lhe são inerentes e por este motivo emendar a Constituição”.¹⁷⁰

Assim, por restar claro que as decisões de efeito vinculante não são leis propriamente ditas e tendo em vista a já não concebida rigidez dogmática que o princípio da tripartição dos poderes apresenta, tem-se que os precedentes não se incompatibilizam com o referido princípio.

3.3.4. Distinções inconsistentes (ilógicas)

Esse argumento é pouco lembrado pela doutrina, mas talvez seja o mais convincente, por cuidar da questão eminentemente prática. Trata-se de um *distinguishing* exagerado, mal utilizado, que acaba por esvaziar o alcance da *ratio decidendi* do precedente.

É sabido que a técnica do *distinguishing* é salutar para o Direito, pois permite a flexibilização do sistema de precedentes. Entretanto, as distinções devem ser adotadas com cautela, sem que ocorra sua banalização, pois elas encontram limites no próprio princípio da isonomia (*treat likes cases alike*). Assim é que fatos irrelevantes não devem ser tomados em conta para a realização do *distinguishing*. Considerá-los, sob pretexto de que estes induzem a um julgamento diverso ao que a súmula propõe é um atentado contra a mais alta Corte do país, podendo-se igualar tal conduta com a própria negação de se aplicar a súmula.

No Brasil, o problema das distinções inconsistentes é visível, quando há o descumprimento (indevido) de súmula vinculante. Utilizando-se deste expediente, juízes e tribunais inferiores não aplicam o precedente cuja solução consideram incorreta ou injusta,

¹⁷⁰ BARROS, Marco Antonio de. Anotações sobre o efeito vinculante. Revista de Processo n. 735. 1997, p. 29.

de modo a parecer legítimo tal prática. Para tanto, chegam até “distinguir o indistinguível”¹⁷¹, considerando fatos não relevantes para a conclusão da decisão, ou seja, obstaculizar o alcance da *ratio decidendi* do precedente.

Mas distinções inconsistentes são reflexos também de má elaboração da súmula vinculante por parte do STF. O enunciado sumular deve ser claro e preciso, não devendo dar margens a interpretações ambíguas. Aliás, o propósito básico da súmula vinculante é justamente dirimir controvérsias sobre determinado tema. Em outros termos, “uma súmula vinculante, para ser vinculante, deve possuir redação que não lhe permita uma fuga do texto. Assim, seu pressuposto é posicionar-se, expressamente, a favor de uma tese jurídica que já fora reiteradamente produzida”.¹⁷² O descuidado na formação da súmula pode gerar efeitos contrários, qual seja, insegurança jurídica. Na lição de Roberto Rosas, “a súmula pode ser perigosa, se elaborada com defeito”.¹⁷³

Não há dúvidas que várias súmulas vinculantes atingiram seu fito, colocando fim as divergências que pairavam sobre os temas por elas tratados. Como exemplo, cita-se a súmula vinculante 14, a qual resolveu com os problemas enfrentados pelos advogados que quisessem ter vista dos autos, mesmo quando ainda autos de inquérito. De igual modo, grande parcela da doutrina aplaudiu a edição das Súmulas Vinculantes números 12 e 13, as quais, respectivamente, aduzem ser inconstitucional a cobrança de taxa de matrícula em universidades públicas e a proibição de nepotismo no âmbito das Administrações Pública federal, estadual e municipal.¹⁷⁴

Todavia, há Súmulas Vinculantes que – abstraindo-se o mérito do enunciado – não são fáceis de serem compreendidas, em razão de má técnica elaborativa. Tome-se, por exemplo, a Súmula Vinculante número 11, cujo enunciado é assim disposto: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente

¹⁷¹ SESMA. Victoria Iturralde. El precedente em el common law. Madrid. Civitas. S.A., 1995.

¹⁷² SILVA, Alessandro da, MAIOR, Jorge Luiz Souto. Súmula Vinculante: Um poder vinculado. O caso da Súmula n. 4 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00000383.doc. Acesso em 12/04/2013.

¹⁷³ ROSAS, Roberto. Da súmula à Súmula vinculante. Revista dos Tribunais, on line, v. 879, p. 41, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan, 2009. DTR\2009\141.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Súmulas vinculantes não podem ser produtos de aqodamento, disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mar-22/vallisney-oliveira-sumulas-vinculantes-nao-podem-produto-acodamento>, acesso em 17/04/2013.

ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Afinal, o que é exatamente fundado receio de fuga ou perigo à integridade física? Estes conceitos vagos e imprecisos, típicos das cláusulas gerais, geram uma imensidão de interpretações distintas por parte de juízes e tribunais inferiores, os quais certamente não se coadunarão com o entendimento dos Tribunais Superiores. Daí em que, em face dessa divergência em razão da interpretação da súmula vinculante, um grande número de processos poderão ser anulados¹⁷⁵.

Outra súmula vinculante criticada é a número 4, a qual proíbe o salário mínimo como indexador de base de cálculo de servidor público ou empregado celetista. O TST, que até então decidia de modo contrário, adequou-se ao comando sumular com a edição da súmula 228, passando a adotar o entendimento de que o adicional de insalubridade seria calculado sobre o salário básico ou outro mais vantajoso previsto em instrumento normativo.

Parecia, assim, que tudo estaria acertado. Entretanto, o STF, instado por meio Medida Cautelar na Reclamação n. 6.266-0, da Confederação Nacional da Indústria, suspendeu a aplicação da súmula do TST, argumentando que na elaboração da Súmula Vinculante número 4, o pretório excelso “entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva”.

É visível que na referida cautelar a interpretação que o Supremo deu foi de encontro ao contido na Súmula Vinculante. Imagine-se, diante de tal, a insegurança jurídica de todo o resto do judiciário, notadamente a Justiça do Trabalho e as pessoas que nela litigam (empregado e empregador).

Portanto, as distinções inconsistentes, não são só realizadas por descaso dos juízes e tribunais inferiores, mas também por descuido do STF quando da elaboração de suas súmulas, as quais ao invés de por termo a controvérsias, por vezes acabam por aumentá-las.

¹⁷⁵ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Uso de algemas: a Súmula Vinculante nº 11, do STF. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1875, 19 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11625>>. Acesso em: em 06/06/2013

Por isso, na elaboração de uma súmula, o Tribunal deve usar uma linguagem, com expressões que determinem com precisão a hipótese e a incidência do texto, sem apelar a conceitos vagos, evitando-se a insegurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Não há decisão judicial despida de interpretação de lei. Por mais claro que seja o texto legal, pode-se extrair várias normas de seu enunciado e, em conseqüência, vacilantes poderão ser as decisões.

2. As cláusulas gerais, em razão de seus preceitos amplos e vagos, dão ensejo a uma variável ainda maior de interpretações, aumentando o risco da insegurança jurídica.

3. O constitucionalismo no Brasil promoveu mudanças significativas em nossa cultura jurídica. Nele, busca-se a promoção de um Estado Democrático de Direito, com a concretização dos direitos fundamentais.

4. O princípio da igualdade pode ser visto sob diversos segmentos; entretanto, a igualdade perante as decisões judiciais é *conditio sine qua non* para a concretização da isonomia para com os jurisdicionados.

5. Decisões judiciais uniformes, em casos idênticos, privilegiam a segurança jurídica, pois não haverá a odiosa “loteria judiciária”, sabendo o cidadão, de antemão, como sua conduta será julgado pelo Judiciário.

6. Em conseqüência, a razoável duração do processo é homenageada, porquanto o procedimento poderá ser simplificado, com a redução de recursos eminentemente procrastinatórios.

7. A jurisprudência, entendida como a reiteração de decisões judiciais harmônicas entre si, proferida por um órgão do Judiciário, tem força persuasiva, o que não autoriza o seu desrespeito.

8. O efeito vinculante, constatado dentre outros institutos, na súmula vinculante, confere uma incrível força na jurisprudência brasileira. Tal instituto foi inspirado na doutrina do *stare decisis* do common law em nosso sistema. Por isso, para se compreender a súmula vinculante, necessária análise dos precedentes obrigatórios naquele sistema.

9. A compreensão dos elementos do precedente (*ratio decidendi* e *obiter dictum*), sua aplicação e sua não aplicação – *distinguishing* – e a revogação do precedente, o *overruling*, devem estar claros para que se analise a súmula vinculante.

10. Antes de tudo, há que se ter em mente que a adoção do efeito vinculante brasileiro não se confunde com a doutrina do *stare decisis*. As diferenças são

várias, de ordem histórica e cultural, mas a principal delas é que o efeito vinculante se adstringe ao dispositivo da decisão, enquanto nos precedentes obrigatórios a fundamentação é que vincula.

11. Súmula vinculante é um instituto único da experiência brasileira na lida com os precedentes judiciais. Nela, por meio de seu enunciado, consagra-se um entendimento do STF acerca de determinado tema de ordem constitucional.

12. A súmula vinculante está vinculada à lei a qual foi por ela interpretada. Em se revogando o dispositivo legal, a súmula perde sua autoridade. Há casos, todavia, em que é possível a existência conflitante entre lei e súmula. Nesse caso, o critério cronológico é o mais adequado para dirimir a controvérsia.

14. É possível se fazer o distinguishing, desde que realizado de modo cauteloso e bem fundamentado, evita extraído-se a extração de comando divergente do que a proposta pela súmula vinculante.

15. Deparando-se com súmula inválida, ao juiz é permitido, legitimamente, não fazer seu uso.

16. Há um complexo intercâmbio entre os postulados do common law e do civil law. Não se pode afirmar que o Brasil está adstrito exclusivamente às idéias do civil law, muito menos dizer que o país migrou para o common law.

17. Argumenta-se contrariamente à adoção da súmula vinculante com fundamento de que esta enrijece o sistema e compromete a independência funcional do juiz. Relativamente ao primeiro argumento, não há dúvidas, o uso de precedentes vinculantes enrijece o sistema, mas o faz de modo salutar. A segurança jurídica sugere um mínimo de estabilidade no entendimento jurisprudencial, algo prestigiado pela súmula vinculante. Registre-se que a obsolescência gera o cancelamento do verbete.

18. Quanto ao argumento de que a súmula afronta o princípio do livre convencimento, deve-se ter em mente que o mencionado princípio é direcionado ao próprio cidadão, e não um subterfúgio para o julgador não respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores.

19. As distinções inconsistentes, expediente utilizado para “legitimar” um desvio ao respeito à súmula vinculante, muitas das vezes acontece em razão da má formulação da súmula pelo próprio STF. Por isso, ao se redigir uma deve-se usar expressões

que não tenham conceitos vagos e imprecisos, evitando-se interpretações distorcidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Memória Jurisprudencial Ministro Victor Nunes, Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2006.

ALVIM, Arruda. Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. In. ALVIM, Arruda. Processo civil 2. São Paulo: RT, 1995.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. P. 294

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Os assentos no direito processual civil. Revista Jusitia, v. 74, 1971.

BARROS, Marco Antonio de. Anotações sobre o efeito vinculante, RT, n. 735. 1997

BARROSO, Luis Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um Sucesso Imprevisto. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 02/04/2013

BARZOTTO, Luis Fernando. O positivismo jurídico contemporâneo. São Leopoldo: Unisinos, 2001

BLACK, Henry Campbell. Black`s law dictionary. 6. ed. St. Paul, USA: West Publishing, 1990, p .1176.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A Força dos Precedentes no Moderno Processo Civil Brasileiro, in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

CARVALHO, Isabella Rodrigues Rocha de. A súmula vinculante em face ao princípio do livre convencimento do juiz. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 07 setembro. 2008. Acesso em 14/02/2013

COELHO, Luiz Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis. Rio de Janeiro, Forense, 1981

COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1998

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. As Cláusulas Gerais Processuais. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/pdf/clausulas-gerais-processuais.pdf>>. Acesso em: 29/03/2013.

_____. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 15.ed. Juspodvim, Salvador 2013

_____. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 7. ed. Juspodvim. Salvador: 2009

- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: RT, 1987
- FERNANDES, Antonio Scarence. Processo Penal Constitucional. São Paulo: RT, 1999
- FRANÇA, Rubens Limongi. O Direito, a Lei e a Jurisprudência, São Paulo: RT, 1974,
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed.. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006
- GOMES, Luiz Flávio. Súmula vinculante e independência judicial, Revista Justitia, vol. 59, jan-mar 1997
- GOMES, Matheus Barreto. Precedentes Judiciais: Legitimação pelo Procedimento. 2009. 30 f. Tese de mestrado, Universidade Federal da Bahia, 2009
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. Revista de Informacao Legislativa 128, Brasília, 1995
- LACERDA, Allan Dias. A Força Normativa da Súmula Vinculante no Processo Decisório do juiz. 2011. 170 f. Tese de Mestrado - Ufes, Vitória, 2011.
- LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. Revista de Processo, n. 120, fev. 2005
- LAMY, Marcelo.; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: ALARCÓN, Pietro de Jesus; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos (Org.). Reforma do Judiciário: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª ed. José Lamago (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997
- LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal Federal e o restatement of law dos norte americanos. Legislação do trabalho, ano 30, jan-fev. 1996
- LIMA, Augusto César Moreira. Precedentes no direito. São Paulo: Ltr, 2001
- LIMA, Francisco Marques de. A jurisprudência como fonte de direito. Revista Nomos, vol. 11-12, Fortaleza, 1993
- LIMA, Ronaldo Cunha. Harmonizar a jurisprudência. Revista da Procuradoria Geral do INSS, jan. 1998
- MALLET, Estevão. Algumas linhas sobre o tema das súmulas vinculantes. Revista Consulex, nº 11, 1997
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010
- MARIÑO, Angel Rafael. O poder decisório das Autoridades judiciais e a produção

normativa- Parte 1. Disponível em: <<http://ordemepoder.blogspot.com.br/2010/11/o-poder-decisorio-das-autoridades.html>>. Acesso em: 28/04/2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 2. Ed. São Paulo. Editora RT, 2012

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. “*Súmula*” vinculante: análise das principais questões jurídicas no contexto da reforma do poder judiciário e do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MELLO, Marco Aurélio de. Entrevista. in Revista Consulex nº 10 de 31/10/1997.

MELLO, Roque Aymoré Pottes de. A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles de constitucionalidade brasileiro: as PECs ns. 500/97 (PEC n. 54/96 – SF) e 517/97. Revista Ajuris, n. 72, mar. 1998

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MONNERAT, Fábio. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração de procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do Espírito das Leis. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 2003

MORATO, Leonardo Lins. Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante. São Paulo: RT, 2007

MORGADO, Cíntia. A nova face da separação dos poderes: capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. Revista Direito Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, 66, 2011

NEVES, Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O Binômio Repercussão Geral e Súmula Vinculante: Necessidade de Aplicação conjunta dos dois institutos. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Súmulas vinculantes não podem ser produtos de açodamento. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-22/vallisney-oliveira-sumulas-vinculantes-nao-podem-produto-acodamento>> . Acesso em 17/04/2013

PERELMAN, Chaim. Lógica Jurídica. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Ano LVIII. n.1 Mar/2004, Milano: Giuffrè Editore, 2004

PORTES, Maíra. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01/04/2011. Disponível em:

<<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-de-common-law>>
Acesso em: 08/04/2013

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. O direito como experiência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Uso de algemas: a Súmula Vinculante nº 11, do STF. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1875, 19/08/2008 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11625>>. Acesso em: 30/05/ 2013

ROSAS, Roberto. Da súmula à Súmula vinculante. Revista dos Tribunais, on line, v. 879, , São Paulo: Revista dos Tribunais, jan, 2009. DTR\2009\141

SABINO, Marco Antônio da Costa, O Precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil, in Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDP) nº 85, abr. 2010

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário. Revista de Direito Público, n. 75, jul-set, 1985.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do Conceito e da Formação do Precedente Judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 136

SESMA. Victoria Iturralde. El precedente em el common law. Madrid. Civitas. S.A., 1995

SILVA, Alessandro da, MAIOR, Jorge Luiz Souto. Súmula Vinculante: Um poder vinculado. O caso da Súmula n. 4 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <www.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00000383.doc>. Acesso em 12/04/2013

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle Difuso de Constitucionalidade Constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. in: MARINONI, Luiz Guilherme. A Força dos Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2010.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à sumula vinculante. Curitiba: Juruá, 2007

TARANTO. Caio Marcio Gutterres. Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. Revista de Processo n. 110, abr-jun. 2003

THEODORO JÚNIOR, Humberto, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, ano VI, n. 36, jul./ago. 2005

TUCCI, José Rogério Cruz e. O Precedente Judicial como Fonte de Direito, São Paulo: RT. 2004

VASCONCELLOS, Arnaldo, Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro, 1993

VASCONCELOS, Pedro Pais. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito “civil law e common law”. *Revista de Processo*, vol. 172, jun. 2009

_____. Precedentes e Evolução do Direito, In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2012

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. A. M. Botelho Hespanha (trad.). 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004