

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

CAMILA COSTA KOERICH

O EFEITO VINCULANTE SOB A PERSPECTIVA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Florianópolis

2012

CAMILA COSTA KOERICH

O EFEITO VINCULANTE SOB A PERSPECTIVA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Trabalho de Conclusão submetido ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, nas áreas de Direito Processual Civil e Direito Constitucional.

Orientadora: Danielle Annoni

Florianópolis

2012

Autora: Camila Costa Koerich

Título: O efeito vinculante sob a perspectiva do duplo grau de jurisdição

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel de Direito pela Universidade
Federal de Santa Catarina, aprovado com
_____.

Florianópolis, Santa Catarina. ____ de _____ de 2012.

Professora Orientadora Doutora Danielle Annoni

Coordenadora do Curso Mestra Juliana Wülfing

Autora: Camila Costa Koerich

Título: O efeito vinculante sob a perspectiva do duplo grau de jurisdição

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel de Direito pela Universidade
Federal de Santa Catarina, aprovado com
_____.

Florianópolis, Santa Catarina. ____ de _____ de 2012.

Professora Orientadora: Doutora Danielle Annoni

Membro da Banca Examinadora: Doutor Matheus Felipe de Castro

Membro da Banca Examinadora: Mestrando João Henrique Carvalho Orssato

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado incentivando meus estudos, ensinando-me que somente através do conhecimento e do esforço que podemos nos tornar pessoas melhores.

À minha irmã Ana Clara, o presente mais lindo que já recebi em toda a minha vida.

À minha orientadora, por ter me ajudado a realizar este trabalho e por ter sido uma grande influência na minha vida acadêmica.

Aos meus amigos: Aline, por ser a criatura escalafobética mais querida que já conheci em toda a minha vida; Stefano, por ainda ser meu amigo apesar de todas as piadas; Ricken, por ter me emprestado diversos livros para a confecção deste trabalho e pelos risos durante as aulas; e Karen, pela companhia e ajuda durante vários encontros de estudos durante o curso.

Ao Mark, por me ajudar na revisão deste trabalho e, acima de tudo, por ser um grande amigo que felizmente encontrei na Universidade e que, com sorte, continuará na minha vida.

Às minhas amigas Bibiana e Anna, pelos encontros regados a Coca-Cola e Super Mário.

Por fim, mas de forma alguma menos importante, ao Dhian, por todo o apoio e carinho oferecido e, mais ainda, por ser a pessoa mais extraordinária que já conheci e amei em toda a minha vida.

You say you'll change the constitution

Well, you know

We all want to change your head

You tell me it's the institution

Well, you know

You better free you mind instead

The Beatles – Revolution

A aprovação da presente monografia não significará o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

Nesta monografia pretende-se demonstrar como o efeito vinculante atua dentro do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito a sua relação com o princípio do duplo grau de jurisdição. Parte-se da análise histórica de como nasceram os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais, quais sejam o *common law* e o *civil law*, para, em seguida, tratarmos da teoria do *stare decisis* na Inglaterra. Passa-se, no final do primeiro capítulo, ao estudo da diferenciação entre jurisprudência, precedente e súmula. Na segunda parte do trabalho, é relatado como funciona e qual o papel do efeito vinculante nos Estados Unidos e na França. Após, faz-se o estudo do duplo grau de jurisdição, desde sua conceituação à problemática do referido princípio ser ou não uma garantia constitucional, abordando-se inclusive as vantagens e desvantagens de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, já no terceiro capítulo, estuda-se o efeito vinculante no Brasil e o caso da súmula vinculante. Após, relata-se o fenômeno da *supremocracia* para, em seguida, discutir-se mais especificamente as questões relativas ao embate entre o efeito vinculante e o duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Súmula. Precedente. Efeito vinculante. Duplo grau de jurisdição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. Jurisprudência, precedente e súmula	13
1.1 Formação dos sistemas do civil law e do common law	13
1.2 Principais diferenças entre o civil law e o common law	19
1.3 A doutrina do stare decisis no <i>common law</i> inglês	24
1.4 A jurisprudência	27
1.5 A figura do precedente no Brasil.....	30
1.6 A súmula no Brasil.....	34
2. Influências sobre o ordenamento jurídico brasileiro e o duplo grau de jurisdição.....	36
2.1 O efeito vinculante nos Estados Unidos e a supremacia legislativa francesa	36
2.2 Duplo Grau de Jurisdição.....	41
2.2.1 Conceito de duplo grau de jurisdição.....	42
2.2.2 Duplo grau de jurisdição: uma garantia constitucional?	43
2.2.3 Outros aspectos do princípio do duplo grau de jurisdição	50
2.2.4 Vantagens e desvantagens do duplo grau de jurisdição	52
3. O embate entre o duplo grau de jurisdição e o efeito vinculante no Brasil.....	56
3.1 Efeito Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro	56
3.2 O caso da súmula vinculante e o novo papel do STF em nosso ordenamento jurídico.....	60
3.3 A utilização do efeito vinculante no Brasil e do duplo grau de jurisdição.....	72
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS.....	82

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como âmbito as áreas de Direito Processual Civil e Direito Constitucional, sendo seu tema o efeito vinculante sob a perspectiva do duplo grau de jurisdição.

O método científico utilizado neste trabalho foi dedutivo, eis que partimos de grandes premissas para, então, questioná-las e chegarmos às nossas próprias conclusões. Nosso método procedimental consistiu na realização de pesquisas teóricas em fontes bibliográficas e jurisprudenciais.

A atualidade do tema reside na crescente utilização do efeito vinculante em nosso ordenamento, sem que haja propriamente um estudo difundido sobre quais as consequências da importação de instrumentos do *common law* para o nosso sistema jurídico. Além disso, a forma de utilização e de criação de precedentes com efeito vinculante no Brasil é completamente diferente dos países que tem como base de seu Poder Judiciário a teoria dos precedentes, como a Inglaterra e os Estados Unidos. Destarte, é de extrema importância que seja feito o estudo do efeito vinculante e das consequências de sua aplicação ao nosso Direito, principalmente no que se refere ao choque entre este novo instrumento e princípios cristalizados em nosso ordenamento jurídico como, no caso, o duplo grau de jurisdição.

O interesse no tema foi despertado, primeiramente, por uma palestra que o professor Fredie Didier Jr. proferiu no curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina sobre o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Naquela ocasião, o professor afirmou que a teoria dos precedentes vinha ganhando importância no Brasil, fato que pode ser comprovado pelo grande número de julgamentos nos quais a fundamentação da decisão advém mais da jurisprudência do que da própria doutrina. Além disso, Didier Jr. alertou para o fato de que não é comum, principalmente na seara da graduação, o estudo da diferença entre a jurisprudência, o precedente e a súmula. Foi esta palestra que motivou a procura por um tema que abrangesse esta problemática, e desta pesquisa nasceu o interesse específico pelo efeito vinculante e o duplo grau de jurisdição.

A trajetória deste estudo iniciará com a análise da formação dos dois grandes sistemas jurídicos ocidentais, quais sejam o *common law* e o *civil law*, para que possamos compreender melhor a dificuldade da aplicação de uma ferramenta originada daquele sistema

ao sistema romano-germânico. Portanto, serão abordados os acontecimentos históricos que mais influenciaram ambas as formações, para que, posteriormente, tracemos as maiores diferenças entre o *common law* e o *civil law*.

É neste íterim que será relatado como se divide o Poder Judiciário inglês, eis que completamente divergente daquilo que conhecemos em nosso país. Após, faremos o estudo da doutrina do *stare decisis* na Inglaterra, abordando como o precedente judicial é criado e qual a coerção que ele possui dentro do sistema jurídico inglês. Neste momento do trabalho que serão apresentados os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, imprescindíveis para a compreensão da teoria dos precedentes. Ao final do primeiro capítulo, será estudada a conceituação de jurisprudência, precedente e súmula, diferenciando-se os três institutos.

No segundo capítulo passaremos a análise do efeito vinculante nos Estados Unidos e da supremacia legislativa na França, vez que ambos os países influenciaram nosso sistema político e jurídico.

Após, abordaremos o duplo grau de jurisdição, desde sua conceituação à discussão doutrinária quanto o seu possível caráter de garantia constitucional, utilizando inclusive decisões do Supremo Tribunal Federal - STF - que dizem respeito à problemática. Em seguida, serão comentadas em específico outras características do duplo grau de jurisdição para que possamos realizar a discussão quanto às vantagens e desvantagens de sua aplicação em nosso ordenamento jurídico.

Já no terceiro capítulo será estudado o efeito vinculante no Brasil: seu histórico, sua aplicação e sua diferenciação da eficácia *erga omnes*. Posteriormente, serão analisados quais os benefícios e malefícios da importação deste instrumento para nosso sistema jurídico, abordando problemas como a demora na prestação jurisdicional e a chamada “loteria judiciária”.

É a partir desse momento do trabalho que a súmula vinculante será melhor abordada. Por tal razão, falaremos sobre como a súmula vinculante é editada pelo STF, quais são seus requisitos e quais os debates doutrinários relativos ao art. 103-A da Constituição Federal. Discutiremos, então, sobre o fenômeno chamado de *supremocracia*, o qual consiste no incrível ganho de importância por parte do STF ao longo dos últimos anos. Este fato pode ser verificado pela constante aparição do tribunal na mídia, comprovando esta mudança de papel do STF em nosso ordenamento.

Por fim, analisaremos mais precisamente o embate entre o efeito vinculante e o princípio do duplo grau de jurisdição em nosso sistema jurídico, principalmente quanto às sumulas impeditivas de recursos, ao princípio do livre convencimento do juiz e ao engessamento do Poder Judiciário.

1. Jurisprudência, precedente e súmula

1.1 Formação dos sistemas do civil law e do common law

Embora cada país tenha peculiaridades em sua forma de aplicar o direito, pode-se dizer que existem dois grandes sistemas de direito positivo no ocidente (STRECK, 1995, p. 12): o sistema do *common law*; aplicado na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos e em basicamente todas as ex-colônias inglesas (como África do Sul, Austrália, entre outras); e o *civil law*, também chamado de romano-germânico, do qual são adeptos a Alemanha, a França e o Brasil, por exemplo.

Estas diferentes formas de se implementar o direito são denominadas de sistemas eis que, segundo Streck (1995, p. 12), um sistema jurídico nada mais é que um conjunto de normas que possuem características comuns entre si, sendo coligadas também através de uma “comunidade de origem, de fontes, de concepções fundamentais, de métodos e de processos de desenvolvimento” (ANCEL, 1980, apud STRECK, 1995, p. 13). Destarte, um sistema jurídico é resultado da junção de vários fatores históricos dos povos, “ambientais, étnicos, econômicos, religiosos, políticos, sociais ou filosóficos” (STRECK, 1995, p. 15).

As diferenças entre os sistemas em questão têm origem, portanto, nas particularidades históricas da Inglaterra, a qual se desenvolveu de forma desigual ao resto da Europa. Tracemos primeiro a trajetória jurídica da parte europeia que deu origem ao *civil law*.

O sistema romano-germânico, chamado também de direito continental, possui este nome em razão da utilização das tradições tanto do povo romano, quanto do povo germânico para sua formulação. Barbosa (2002, p. 91), seguindo os conhecimentos de John Henry Merryman (1997), colaciona as três principais fontes históricas do sistema romano-germânico, quais sejam o direito civil romano, o direito canônico e o direito comercial.

O direito romano desenvolveu-se por 22 séculos, iniciando sua história no século VII a.C., estendendo suas fortes influências até meados do século XV. Já o direito romano-germânico nasceu posteriormente, mais precisamente no século V, ganhando importância no século XII. Na realidade, até o Renascimento não havia propriamente um sistema romano-germânico, mas apenas alguns elementos de direito (BARBOSA, 2002, p. 91).

A primeira fonte histórica do sistema romano-germânico foi o direito civil romano, tendo como base o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano de 529 d.C. O *Corpus Juris Civilis* era formado por quatro obras, quais sejam o Digesto, o Código, as Institutas e as Novelas. O Digesto, chamado também de Pandectas, possuía cinquenta livros e era formado por fragmentos de obras dos mais renomados juristas romanos; o Código, que era dividido em doze livros, continha as leis imperiais; as Institutas, que possuíam finalidade didática para os então estudantes do direito romano; e as Novelas, que eram constituídas das leis confeccionadas depois da feitura dos livros anteriores, as quais tinham poder de derogar as leis anteriores (STRECK, 1995, p. 64).

A autoridade do Império Romano decaiu bruscamente no século V em razão das constantes invasões germânicas, sendo seu território dividido em diversos reinos germânicos. Com o passar do tempo, o direito romano clássico passou a ser cada vez menos utilizado ante o desaparecimento de seus principais pilares, como a legislação imperial e as grandes escolas de direito romano (CAENEGEM, 1999, p. 24).

O direito romano, embora em desuso e completamente enfraquecido à época, não deixou de influenciar a cultura germânica, como se pode ver nos escritos de Barbosa:

Fiéis à regra de que o direito da pessoa é o direito de sua nacionalidade, e esta a segue por toda parte, os germânicos aplicavam suas regras a si mesmos, mas não as impunha aos povos conquistados, situação que favoreceu a fusão de algumas de suas regras costumeiras com algumas disposições constantes do *Corpus Juris Civilis*. (MERRYMAN, 1997, apud BARBOSA, 2002, p. 92)

Isso porque os germânicos aplicavam o chamado princípio da personalidade do direito, o qual ditava que o indivíduo, independente de sua residência momentânea, continuava sujeito ao direito originário de seu próprio povo. Portanto, nos reinos germânicos coexistiam o direito germânico e o direito romano (CAENEGEM, 1999, p. 27).

Pode-se afirmar, destarte, que essa fusão entre partes do *Corpus Juris Civilis* e as regras germânicas foi uma importante etapa histórica para a criação do que seria depois reconhecido como o sistema do *civil law*.

Somente à época do Renascimento, no século XIV, que o direito romano foi “redescoberto”. Ocorre que a obra de Justiniano não chegou a entrar em vigor no Ocidente, permanecendo “desconhecida durante os primeiros séculos da Idade Média, devido ao isolamento do Ocidente e ao fracasso de Justiniano em reconquistar os territórios invadidos pelos germânicos” (CAENEGEM, 1999, p. 25).

Após o reaparecimento da obra de Justiniano - sendo a conjuntura histórica desta redescoberta ainda matéria de debate entre historiadores (LOPES, 2011, p. 99) –, o *Corpus Iuris Civilis* voltou a ser estudado, sendo um de seus entusiastas São Tomás de Aquino, “que afirmava ser a filosofia pré-cristã, assente na razão, em grande medida conforme a lei divina” (BARBOSA, 2002, p. 92).

A sociedade à época sentiu a necessidade de modernização do seu então direito consuetudinário, de forma que foram cogitadas duas formas de mudança: a primeira, modificar o direito que já utilizavam; a segunda, a aceitação de um sistema pré-existente capaz de responder às necessidades da época, no caso, o direito romano. “Os países europeus tentaram ambos os métodos e, em consequência, o antigo direito europeu pode ser dito um sistema romano-germânico” (CAENEGEM, 1999, p. 48).

Foi no século XVI que o direito romano moderno foi instituído em diversas regiões da Europa continental. Esta difusão, enquanto que em algumas localidades veio apenas para confirmar uma realidade que já existia, acabou atingindo inclusive áreas em que os costumes ainda possuíam bastante força. As razões pelas quais o direito romano moderno se difundiu nas regiões de direito consuetudinário são explicitadas por Caenegem:

(...) a erudição jurídica encontrava-se inteiramente sob a influência do direito erudito; os tribunais de justiça estavam cheios de juristas cuja educação universitária fora baseada no direito romano; e os próprios costumes (uma vez homologados) reconheciam frequentemente que o direito romano exercia um papel suplementar de vínculo. (CAENEGEM, 1999, p. 48).

O estudo do *Corpus Iuris Civilis* foi realizado pelas escolas dos glosadores e dos comentadores, que acabaram por produzir uma vasta literatura. Foram estes estudos que, juntamente do próprio direito civil romano, formaram a base de toda a ciência jurídica européia – excetuando-se a Rússia e os territórios turcos. É a este direito comum do Ocidente que se dá o nome de *ius commune*. (CAENEGEM, 1999, p. 65)

Entretanto, a ideia de Estado moderno acabou dirimindo gradualmente a utilização do *ius commune*, que acabou sendo substituído, mais cedo ou mais tarde, por sistemas jurídicos nacionalizados (BARBOSA, 2002, p. 93).

O direito canônico foi a segunda fonte na formação do sistema romano-germânico, eis que embora formassem jurisdições diferentes, não era incomum que as mesmas se confundissem dependendo do tipo de demanda ofertada.

Segundo Lopes (2011, p. 84), a maior influência do direito canônico no *civil law* é no campo da jurisdição e do processo, sendo este um dos pontos principais que separaram na história o *civil law* do *common law*. É que o advento do processo canônico ocorreu antes da solidificação do primeiro sistema, enquanto que os principais pilares do segundo já estavam erguidos.

Os principais legados do processo canônico para o sistema romano-germânico, ainda segundo Lopes, são quatro:

Em primeiro lugar (1) é um processo conduzido por profissionais em direito; em segundo lugar (2) reconhecia um sistema de recursos que permitia a uniformização, a concentração e a centralização do poder; em terceiro lugar (3) adquiriu uma perspectiva investigativa (inquisitorial) mais do que acusatória ou adversária (duelística); finalmente (4) impôs a escrita sobre a oralidade, constituiu o sistema cartorial. (LOPES, 2011, p. 85).

Além disso, o direito canônico começou a utilizar critérios objetivos para que as demandas possuíssem jurisdição específica, quais sejam a *ex ratione personarum* (em razão das pessoas) e a *ratione materiae* (em razão da matéria). Portanto, se em uma lide houvesse como parte um clérigo, segundo o primeiro critério supracitado, a jurisdição deveria ser canônica. Os então chamados miseráveis (mendigos, pobres, órfãos, viúvas, peregrinos, judeus) também gozavam deste foro privilegiado (LOPES, 2011, p. 86).

Já o segundo critério dizia que todas as lides que envolvessem os sacramentos seriam de jurisdição canônica, sendo esta a razão pela qual o direito canônico foi tão importante para o direito de família, eis que todas as causas relativas à matrimônio eram necessariamente de jurisdição eclesiástica (LOPES, 2011, p. 86).

Consoante o entendimento de Lopes (2011, p. 87), quanto processo em si foram inúmeras as contribuições do direito canônico ao sistema romano-germânico, como por exemplo a figura do notário e do advogado, a organização das fases processuais, a utilização da prova para o convencimento do juiz e os princípios de sua aceitabilidade, entre outras.

Destarte, as maiores influências do direito canônico no *civil law* foram nas áreas de direito de família, sucessões, direito penal e processual, “de forma que muitas de suas regras integravam o chamado *jus commune* europeu, e constituíam de fato a lei civil aplicada na Europa ocidental” (BARBOSA, 2002, p. 94).

A terceira e última fonte do sistema romano-germânico foi o direito comercial. Seu papel na solidificação do sistema romano-germânico ocorreu em razão do pragmatismo de

seu conteúdo que acabou incluindo costumes regionais nos sistemas nacionais que se formaram (BARBOSA, 2002, p. 95).

O direito na Inglaterra, por sua vez, desenvolveu-se de forma semelhante àquele dos países continentais até os séculos XII e XIII. Isso porque a Inglaterra também fez parte do Império Romano do século I ao século V, sendo invadida por povos germânicos a partir do século VI (BARBOSA, 2002, p. 44). Portanto, assim como no resto da Europa, “nesta época coexistiam, no território britânico, normas de origem germânica e normas de direito romano e canônico, algumas das quais, como as que tratam das questões de matrimônio e sucessórias, permanecem até hoje” (LOSANO, 1978, apud BARBOSA, 2002, p. 45).

A partir de 1066 houve mudanças na conjuntura jurídica inglesa, já que a Inglaterra foi conquistada pelos normandos naquele ano. Seu rei Guilherme, o Conquistador, soube aliar os povos politicamente, sendo portanto inevitável que, com o passar dos anos, o direito de ambos os povos fossem fundidos, em detrimento do direito costumeiro até então vigente (DAVID, 1998, apud BARBOSA, 2002, p. 45).

Existia, portanto, uma pluralidade de jurisdições na Inglaterra. O direito costumeiro local era aplicado nas *County Courts* ou *Hundred Courts*, enquanto que o direito canônico possuía suas jurisdições eclesiásticas. O *common law* era aplicado pelos Tribunais Reais de Justiça, conhecidos também por Tribunais de Westminster (BARBOSA, 2002, p. 45).

O *common law* nasceu no reinado de Henrique II, o qual realizou diversas reformas em toda a esfera do processo judicial. Várias foram as razões que estimularam o Rei a modificar o direito e, conseqüentemente, a história. Primeiramente, importante ressaltar que a Inglaterra possuía poder e dinheiro suficientes para criar e sustentar uma nova corte de juízes centrais e mais profissionais. Em segundo lugar, o povo estava descontente com os tribunais que existiam, tanto por sua insuficiência em número como por sua impossibilidade de empreender meios coercitivos eficazes. Portanto, o Rei Henrique II percebeu a necessidade de se criar um poder jurídico centralizado e forte, capaz de segurar o que havia de mais importante à época, ou seja, a propriedade (CAENEGEM, 2010, p. 83).

“O poder e o prestígio baseavam-se na terra, e a segurança da terra baseava-se no *common law*” (CAENEGEM, 2010, p. 83). Destarte, nada mais lógico que o *common law* se tornasse gradualmente a mais importante forma de direito no território inglês, espalhando-se

através de juízes itinerantes em detrimento de costumes locais menos importantes (CAENEGEM, 1999, p. 51; BARBOSA, 2002, p. 46).

Destarte, as outras jurisdições começaram a desaparecer gradualmente ante o fortalecimento das jurisdições reais, inclusive porque os Tribunais de Westminster criaram regras processuais específicas para cada tipo de demanda, distanciando o *common law* dos princípios e procedimentos do direito romano e, portanto, do *civil law* (BARBOSA, 2002, p. 48).

Foi a partir do século XVI que a *equity*, sistema jurídico rival do *common law*, nasceu e se desenvolveu. A *equity* nasceu da ideia de que o *common law* era rígido e formalista demais, e que, portanto, não oferecia a liberdade necessária para que as necessidades da época fossem atendidas de forma justa (BARBOSA, 2002, p. 48).

Este novo sistema funcionava da seguinte maneira: indivíduos ingleses, quando se sentiam prejudicados ou injustiçados por alguma decisão dos Tribunais Reais, faziam uma espécie de recurso, o qual era encaminhado para o Rei através do Chanceler, que o apreciava consoante as regras do direito canônico. Com o passar do tempo, o próprio Chanceler passou a decidir os recursos que lhe eram enviados, tornando-se “cada vez mais um juiz autônomo, mas tem sempre o apoio do rei. Examina as queixas como um verdadeiro juiz, mas segue um processo inteiramente diferente” (BARBOSA, 2002, p. 49).

Os dois sistemas coexistiram durante muitos anos, mas nem sempre de forma pacífica. Consoante Barbosa:

Ao contrário, foi justamente ao término de um conflito violento em que de um lado os tribunais de *common law*, representados pelo juiz-presidente Coke (chefe da oposição liberal do Parlamento), de outro a justidição do Chanceler, à época Francis Bacon, que o rei Jaime I, em 1616, pronunciou-se a favor desta última. O conflito, no entanto, havia sido violento, e o Chanceler, embora vitorioso, sabiamente decide dela não abusar, passando após esse episódio a embasar suas decisões a partir de precedentes, abstendo-se de intrometer-se nas decisões tomadas nos tribunais de *common law*. (BARBOSA, 2002, p. 49).

Segundo David e Jauffret-Spinosi (1988, p. 389), eram cinco os principais pontos que diferenciavam o *common law* da *equity*. A primeira e segunda diferenças residiam no fato que as decisões do *common law* eram dadas pelos Tribunais de Westminster, enquanto que na *equity* eram feitas pela chancelaria, sendo cada ente responsável pela aplicação de suas próprias regras. A terceira grande diferença era a inexistência do júri na *equity*, diferentemente portanto do *common law*. A quarta, residia na disparidade de soluções que cada ente podia

oferecer. Por fim, a quinta diferença advinha do caráter discricionário da *equity*, uma vez que o *common law* já possuía regras específicas enquanto que na *equity* os requerentes dependiam da vontade e das considerações do Chanceler.

Foi nos anos de 1873 a 1875 que, através dos *Judiciary Acts*, ocorreu a união dos dois sistemas, a qual tinha por objetivo a diminuição do formalismo no processo judicial, de forma que “todas as jurisdições inglesas passassem a ter competência para aplicar do mesmo modo as regras da *common law* e as da *equity*.” (BARBOSA, 2002, p. 50)

Streck (1995, p. 19) afirma, por fim, que a distinção entre o *common law* e a *equity* ainda guarda grande importância, eis que essa divisão do direito inglês compara-se à nossa divisão em direito público e privado, “tanto que, na França, onde os juristas se classificam naturalmente em privatistas e publicistas, os juristas ingleses se dividem também em *common lawyers* e *equity lawyers*” (STRECK, 1995, p. 19).

1.2 Principais diferenças entre o civil law e o common law

Primeiramente, é importante ressaltar que as diferenças que a Inglaterra guarda do resto da Europa são muito maiores que as disparidades entre os outros países europeus, ou ainda dos estados estadunidenses entre si. “Não são apenas as leis sobre o divórcio ou sobre a velocidade máxima nas rodovias que são diferentes, mas toda a abordagem do Direito e a própria maneira de pensar juridicamente” (CAENEGEM, 2010, p. 01).

Caenegem (2010, p. 01) sublinha ainda que o mais interessante ao analisar as divergências entre os sistemas do *common law* e do *civil law* é pensar que, embora tenha tido suas particularidades históricas, a Inglaterra teve em comum com o resto da Europa muitos outros acontecimentos, como sua história religiosa e sua trajetória política. Todavia, seu sistema jurídico é único, possuindo grandes diferenças do *civil law*.

Uma das primeiras disparidades que pode ser notada é a ambiguidade do termo *law* para os ingleses. Eles utilizam o termo para duas conceituações que possuem nomes diferentes para os juristas do *civil law*: a primeira utilização serve para denominar um conjunto de regras jurídicas, como na expressão “*law of the land*”, que significa “o direito da terra”. No *civil law*, essa é a conceituação que damos para o direito em si. A segunda utilização diz respeito a um ato editado pelo parlamento, que também seria chamado de *law*; enquanto que para o nosso sistema, seria utilizada a palavra lei. Outra diferença de termos ocorre quanto ao

direito objetivo e subjetivo, que são denominados com a mesma palavra para os povos continentais, enquanto que no *common law* o direito objetivo é chamado de *law*, e o subjetivo de *right* (CAENEGEM, 2010, p. 02).

Outra característica que diferencia o *civil law* do *common Law*, segundo Caenegem (2010, p. 06), é que aquele sofreu diversas rupturas através da história, sendo, portanto, possível distinguir o direito antigo e o direito atual. Já o direito inglês permaneceu em constante evolução, sem apresentar nenhuma grande ruptura de seus paradigmas. É por esta razão que o autor diz não ser possível diferenciar exatamente a história do direito inglês e o direito inglês moderno, eis que este é apenas o resultado do processo de lenta modificação daquele direito antigo através do tempo.

Essa inexistência de rupturas pode ser bem visualizada na forma pela qual um jurista do *common law* estuda um de seus casos, procurando por precedentes que, muitas vezes, são datados de séculos atrás. “Todo jurista que quiser estudar em profundidade os méritos de um caso pode ter de perambular pelos séculos e tornar-se um historiador jurídico, ou, talvez devamos dizer, um jurista histórico” (CAENEGEM, 2010, p. 10). É por estas razões que o autor afirma ser o *common law* uma trama inconsútil, vez que todo o sistema é interligado e dependente de si própria, desde os precedentes mais antigos às decisões atuais.

A própria forma de se considerar uma lei é diferente para ambos os sistemas jurídicos. No *civil law* é esperado dos juízes que eles interpretem a lei de acordo com a vontade do legislador, podendo inclusive utilizar outros textos que os ajudem a compreender o significado por detrás da letra da lei. Esse comportamento é o exato oposto do que um juiz deve fazer no *common law*. Essa é a chamada regra de exclusão: o juiz é obrigado a utilizar o que o legislador efetivamente disse, e não o que ele quis dizer. Consoante Caenegem:

A interpretação de uma lei escrita deve ser realizada seguindo antigas técnicas judiciais de interpretação literal das suas *ipsissima verba* e parar por aí. Se isto conduz a um resultado contrário ao que o legislador pretendeu, paciência: o legislador devia ter redigido seu texto com mais cuidado. (CAENEGEM, 2010, p. 12).

Outra diferença elementar entre o *common law* e o *civil law* é a ausência de codificação jurídica na Inglaterra. Os códigos modernos que surgiram a partir do final do século XVIII conferiram ao direito continental maior especificidade e sistematização, impulsionados pela ideia do direito “natural” e imutável. Segundo a teoria de Jeremy Bentham, o código deveria ser completo e logicamente concatenado. Destarte, para Bentham,

a codificação “aparece-lhe como a consequência lógica da ideia de um código unificado e universal (*‘an all comprehensive code of law for any nation professing liberal opinions’*)”(HESPANHA, 2005, p. 330). Foi nesse ínterim que, impulsionado pelas ideias de cidadania universal, Kant escreveu sobre seu projeto de política mundial e paz perpétua (HESPANHA, 2005, p. 330).

Porém, ainda segundo Hespanha (2005, p. 333), a codificação possuía à época uma conotação que tornava extremamente difícil a sua aplicação no *common law*: segundo Francis Bacon, “*judges ought to remember that their office is jus dicere and not jus dare, to interpret the law, and not to make or give the law*” (HESPANHA, 2005, p. 333), que significa que os juízes devem lembrar que seu trabalho é *jus dicere* e não *jus dare*, que devem interpretar a lei, e não fazê-la (tradução nossa). Ou seja, a codificação tinha como um de seus objetivos a diminuição do “despotismo dos tribunais”, reduzindo sobremaneira a influência e o papel dos juízes no direito.

Deve-se salientar que embora a codificação não tenha ganhado espaço na Inglaterra, sua ideia foi defendida por alguns dos mais célebres juristas ingleses da época, os quais inclusive realizaram várias tentativas de codificação, todas infrutíferas (CAENEGEM, 2010, p. 33).

Foram várias as razões pelas quais a Inglaterra não utilizou a codificação. Primeiramente, os ingleses associavam os códigos a diversos acontecimentos políticos que repudiavam, como ao despotismo esclarecido; à revolução francesa e consequentes mortes de seus líderes políticos; e a figura de Napoleão Bonaparte, contra o qual a Grã-Bretanha travou diversas lutas. Além destes fatores, os juízes foram fortemente contra a codificação, pois dizia-se que ela iria de encontro com a flexibilidade do Direito e com o poder discricionário dos juízes (CAENEGEM, 2010, p. 34).

Na verdade, ainda segundo Caenegem (2010, p. 34), a inexistência de codificação não ocorreu em razão da oposição dos juízes ou da repulsa a sua ideia, embora tenham sido fatores importantes historicamente. O autor sustenta que foi o extrato social conversador que realmente conseguiu impedir a codificação, eis que acreditavam serem os juízes mais confiáveis para manter a ordem social que o legislador.

Isso porque historicamente os magistrados provinham, em sua maioria, de famílias nobres ou da alta burguesia. Antigamente, a prática da advocacia era vedada por lei a pessoas

que não fossem membros da nobreza ou da aristocracia inglesa. Posteriormente, “o recrutamento passou a ser feito entre os poucos que podiam custear uma *public school* e a educação em Oxford ou Cambridge” (CAENEGEM, 2010, p. 34). Destarte, segundo o autor, não havia dúvidas de que a mentalidade desses juízes seria conservadora, mantendo, portanto, o poder nas mãos da nobreza e da alta burguesia.

Finalizando o aspecto da codificação, Caenegem (2010, p. 87) afirma que, embora seja a Inglaterra a grande exceção europeia no que diz respeito a um sistema jurídico, há que se compreender, sob a luz da história jurídica mundial, que o que parece incomum é o direito continental, e não o *common law*. Isso porque “o fato de basear-se em um *corpus juris* autorizado e de ser codificado – claramente constituem duas anomalias, que podem realmente ser reduzidas a uma, o fato de que o Direito continental se baseia em um ‘texto sagrado’” (p. 87). Desta forma, enquanto que no *common law* são os próprios profissionais do direito que gradualmente mudam seu sistema jurídico, no *civil law* essa tarefa é declinada ao legislador, denotando que, na realidade, quem seguiu o caminho “normal” teria sido o *common law*, e não o *civil law*.

Exatamente por possuir tantas diferenças para o direito continental que seus juristas muitas vezes se enganam quanto a um dos mais importantes aspectos do *common law*, chamando-o de consuetudinário. Veja-se que a fonte principal do *common law* não é, de forma alguma, o costume. Neste sistema, o direito é o que o juiz diz ser. Ou seja, mesmo que exista um costume de séculos, ele não significará nada legalmente até que algum juiz faça dele um precedente. Portanto, a fonte primária do *common law* é o conjunto de decisões emanadas pelos juízes e suas cortes; tornando-o um direito judiciário, e não costumeiro (DAVID e JAUFFRET-SPINOSI, 1988, p. 348; BARBOSA, 2002, p. 48).

Uma das consequências de ser um direito judiciário é que no *common law* os direitos subjetivos surgiram de maneira empírica, ou seja, só nasceram a partir do momento da criação de uma ação que os tutelasse. Daí o ditado inglês “*where there is no remedy, there is no right*”; que significa onde não há ação, não há direito (tradução nossa). No direito continental ocorre exatamente o inverso: é preciso que antes haja um direito subjetivo para que posteriormente haja uma ação específica para ele (STRECK, 1995, p. 17).

Destarte, consoante Barbosa (2002, p. 60), o *common law* não tem a pretensão de ser um “sistema completo”, ou seja, “capaz de oferecer uma prévia e correta solução

(coerência do sistema a toda a situação fática que lhe é submetido (completude do sistema)”. Esta ideia é derivada da forma como o *civil law* se desenvolve, não guardando relação com o *common law*. Neste último sistema, o juiz deve analisar cada caso conforme os valores de justiça imbuídos nos precedentes, sendo portanto desnecessária a preexistência de uma lei que o norteie nesse ou em outro sentido.

Pode-se apontar como outra consequência do *common law* ser um direito judiciário o fato dos professores e do estudo teórico ser significativamente menos importante para esse sistema que para o *civil law*. O direito inglês é, acima de tudo, um direito processualista e prático, sendo seu maior jurista o juiz. Já o *civil law* foi historicamente um direito de professores e de estudiosos. Desde a redescoberta da obra de Justiniano que os juristas do direito continental procuram investigar o significado de suas leis, escrevendo inúmeras obras que não pronunciavam seus próprios julgamentos, e sim reproduziam o que acreditavam ser historicamente correto (CAENEGEM, 2010, p. 39; STRECK, 1995, p. 15).

Pode-se dizer que outra disparidade entre o direito continental e o *common law* clássico era a inexistência de recurso neste. Embora hoje exista o termo *appeal*, o qual significa a ascensão de uma lide para a sua apreciação por um juiz superior, este termo, até o século XIX, significava apenas uma acusação criminal privada (CAENEGEM, 2010, p. 04). Na realidade, o autor relata que a inexistência de recursos era um traço em comum do direito continental e do direito inglês até o século XIII aproximadamente. Caenegem aduz que a introdução da figura do recurso é um “acontecimento político, já que implica a sujeição dos tribunais inferiores à autoridade dos tribunais superiores, o que é uma questão política de poder”, fato que acabou por distanciar os dois sistemas jurídicos.

Para que a compreensão do sistema inglês e da particularidade de suas formas recursais seja completa, mister explicitar como funciona a organização judiciária na Inglaterra conforme a divisão defendida por David e Jauffret-Spinozi (1988, p.). Primeiramente, os autores salientam que lá as cortes são divididas em alta justiça e baixa justiça, uma distinção que não guarda similaridade com o *civil law*. É na alta justiça que são formados os *precedents*, chamados aqui de precedentes, os quais devem ser seguidos pela baixa justiça (p. 415).

Esta alta justiça é formada por duas cortes: a *Supreme Court of Judicature* e a Câmara dos Lordes. A primeira corte possui três divisões: a *High Court of Justice*, a *Crown Court* e a *Court of Appeal*, sendo a primeira o que, para nós, seria a câmara cível, a segunda a

câmara criminal, e a terceira é o órgão que maneja os recursos das duas primeiras (DAVID e JAUFFRET-SPINOSI, 1988, p. 414).

A *Supreme Court of Judicature* possui competência ilimitada, sendo suas decisões válidas para toda a Inglaterra. A baixa justiça é, portanto, uma jurisdição de exceção, devendo ser legalmente expressa. No entanto, a *Supreme Court of Judicature* declina sua competência às jurisdições inferiores na maior parte das vezes, sendo seu maior papel o controle da implementação da justiça inglesa (DAVID e JAUFFRET-SPINOSI, 1988, p. 416).

A Câmara dos Lordes, por sua vez, é o órgão responsável por julgar os recursos contra as decisões da *Court of Appeal*. Entretanto, seu julgamento só ocorre em casos excepcionais, de forma que a média de decisões da Câmara dos Lordes não ultrapassa de 90 ao ano (DAVID e JAUFFRET-SPINOSI, 1988, p. 416).

Já a baixa justiça é composta pelas *County Courts*, competentes para as causas cíveis; pelos *Magistrates*, responsáveis pelo julgamento de acusados de crimes menores e, em casos de crimes mais significativos, pela decisão de enviar ou não o caso para a *Crown Court*; e pelos *Tribunals*, órgãos especiais que possuem competência para lidar com questões administrativas (STRECK, 1995, p. 30; BARBOSA, 2002, p. 52).

A competência para julgar os recursos das cortes inferiores é, portanto, da *Supreme Court of Judicature*, existindo dois tipos de recursos diferentes:

A appeal, que se constitui no reexame dos autos para questões de direito, e o *review*, cujo objetio não é encontrar o direito a ser aplicado ao caso concreto, mas restabelecer a ordem, utilizando para tanto, sobretudo juízos de equidade, que neste caso preponderam sobre a idéia de lei e direito. Esta divisão, que tem bases históricas semelhantes àquela que justifica a adoção de procedimentos diferentes em julgamentos com base da *equity* e no *common law*, vem sendo mitigada nas últimas décadas, especialmente pela força que vem tomando a lei escrita (*statute*) no sistema inglês. (BARBOSA, 2002, p. 54).

Ressalte-se que a Suprema Corte não é obrigada a decidir os recursos que lhe são submetidos. É realizado um juízo de conveniência, sendo um pré-requisito para o seu julgamento que a causa seja realmente importante. Assim, após julgada, sua decisão será seguida em toda a Inglaterra em razão de seu precedente, definindo posteriormente outras lides (BARBOSA, 2002, p. 55).

1.3 A doutrina do stare decisis no common law inglês

A doutrina do *stare decisis* parte do princípio que causas semelhantes devem ser julgadas de forma semelhante. Inicialmente, esta regra não parece ser distante do nosso ordenamento jurídico, porém, o que a torna especial para o *common law* é a grande força coercitiva que possui (BARBOSA, 2002, p. 55).

Existem três possibilidades fáticas para quando um juiz está diante de um caso no qual deve ser aplicado um precedente. Na primeira, o juiz deve considerar o precedente juntamente fatos e provas constantes da lide; na segunda, ele é obrigado a decidir conforme o precedente, a não ser que encontre alguma razão plausível para que possa julgar de forma contrária; na terceira, independentemente da conjuntura fática da lide, das provas ou de sua convicção, ele está obrigado a decidir da mesma forma que o precedente. Enquanto que nas duas primeiras hipóteses o precedente tem um caráter apenas persuasivo, na última ele tem um caráter vinculativo, configurando-o um precedente obrigatório, lá chamado de *binding precedent* (BARBOSA, 2002, p. 56).

Pode-se concluir, primeiramente, que nem toda decisão forma um *binding precedent*. Apenas as decisões publicadas nas chamadas *law reports* podem se tornar precedentes obrigatórios. Estas *law reports* são os instrumentos de publicação oficial de parte das decisões judiciais da Inglaterra, eis que, como pré-requisito de sua aplicação, os precedentes obrigatórios devem ser de conhecimento geral (BARBOSA, 2002, p. 57).

Segundo David e Jauffret-Spinozi (1988, p. 429), a flexibilidade dada à regra dos precedentes obrigatórios advém da escolha de quais decisões integram as *law reports*: 75% das decisões da Câmara dos Lordes, 25% das decisões da *Court of Appeal* e 10% das decisões da *High Court of Justice* são publicados. É desta forma que são eliminadas as decisões tidas como indesejáveis pra entrar no sistema de *binding precedents*, além de evitar que “os juristas ingleses sejam submersos pela avalanche de precedentes” (STRECK, 1995, p. 32).

Importante ressaltar que não é a decisão inteira que, depois de virar precedente obrigatório, se torna vinculativa; mas somente seus enunciados sobre o direito, ainda que a decisão esteja intimamente relacionada com os fatos do caso. Além disso, também não são todos os pronunciamentos de direito do julgamento que se tornam vinculantes, e sim aqueles que se mostrem essenciais para a decisão do caso (BARBOSA, 2002, p. 57).

Além desta regra para o estabelecimento das partes vinculantes de uma decisão, há também a necessidade de que a vinculação ocorra somente quanto à parte substancial do

princípio legal utilizado para o deslinde do caso. Esta parte substancial do princípio legal é chamada de *ratio decidendi*. Destarte, as observações e opiniões relatadas na decisão que forma o precedente, chamadas de *obiter dictum*, não são vinculantes (BARBOSA, 2002, p. 58; STRECK, 1995, p. 35).

Para se verificar se uma regra é a *ratio decidendi* do precedente “basta fazer um silogismo no qual se houver mudança no julgamento quando a regra for modificada, está-se diante de uma *ratio decidendi*”, sendo o *obiter dictum* uma conceituação de exclusão. (DIAS DE SOUZA, 2006, apud SOUZA, 2009, p. 40)

Barbosa (2002, p. 58), citando os conhecimentos de Cross (1977), afirma existirem duas regras para a utilização da *ratio decidendi* de um precedente: “a primeira afirma que as decisões devem ser tomadas à luz dos fatos descritos nos casos que lhe dão origem. (...) A segunda propugna que cada sentença deve ser dada à luz da sentença proferida em outros casos”. Em razão destas regras, um *binding precedent* só pode ser aplicado em outro caso precisamente similar àquele, contextualizando, portanto, o precedente (STRECK, 1995, p. 35).

Importante ressaltar ainda que a *ratio decidendi* do caso não é expressamente dita e sublinhada pelo juiz na ocasião da decisão do precedente. Na realidade, o juiz que for utilizar posteriormente o precedente que deverá o dizer, no momento em que for explicitar suas razões de decidir (SOUZA, 2009, p. 41).

Segundo David e Jauffret-Spinosi (1988, p. 426) o alcance do *binding precedent* pode ser simplificado da seguinte forma: em primeiro lugar, as decisões da Câmara de Lordes constituem precedentes obrigatórios, devendo ser seguidos por todas as jurisdições, exceto excepcionalmente por ela mesma. Em segundo lugar, as decisões emanadas pela *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores a sua corte e para ela mesma, excetuando-se neste último caso os julgamentos de matéria criminal. Por último, as decisões da *High Court of Justice* configuram precedentes obrigatórios para as jurisdições inferiores, devendo ser considerada, sem o caráter obrigatório, pelas outras divisões de sua própria corte e pela *Crown Court*.

Existem algumas ferramentas para assegurar que o *common law* não perca sua flexibilidade por causa dos precedentes obrigatórios, evitando assim o possível enrijecimento do sistema, como é o caso do *overrule*, também chamado de *override*:

Primeiro, as cortes superiores tem poder para rechaçar decisões das cortes inferiores, e, em certos casos, podem também passar por cima (*override*) de suas próprias

decisões anteriores. Ademais, qualquer regra legal pode ser mudada pela legislação (*statute*). Em consequência, ressalta, toda regra legal está sujeita a mudança, seja pelos juízes seja pelo Parlamento. (JÁUREGHI, 1990, apud STRECK, 1995, p. 32).

Além disso, se um *binding precedent* for posteriormente visto como incorreto pelos tribunais, estes “podem empenhar-se em limitá-lo rigorosamente aos “seus próprios fatos” e, assim, mediante algumas distinções sutis (...), dar ao caso anterior um campo muito limitado de operação ou tirá-lo virtualmente de circulação” (LLOYD, 1985, apud STRECK, 1995, p. 38).

Por fim, caso um magistrado esteja convicto de que o caso em apreço possui uma diferença significativa do caso do precedente obrigatório a ele relacionado, ele poderá realizar o *distinguishing*. Isso significa que o juiz poderá relatar que os casos em questão não são precisamente similares, razão pela qual o precedente não deve ser aplicado. O magistrado, portanto, não revoga nem cancela o precedente: somente afirma que ele não se aplica no caso. Obviamente, esta ferramenta deve ser utilizada de forma comedida, por poder ferir o princípio da isonomia e a própria segurança do sistema (SOUZA, 2009, p. 35).

Caenegem (2010, p. 90) traz em sua obra os pontos positivos e negativos da utilização do *stare decisis* e do próprio sistema do *common law*. Primeiramente, o autor ressalta exatamente a característica da certeza que o *stare decisis* traz ao sistema do *common law*, eis que uma decisão, após se tornar um precedente vinculante, não deixará, pelo menos não tão cedo, de ser a base legal para o julgamento de casos semelhantes. Em nome desta característica, entretanto, foram realizadas inúmeras injustiças, eis que era melhor seguir uma decisão iníqua que abalar um dos principais pilares do *common law*. Foi exatamente por esta razão que a Câmara dos Lordes que antes era obrigada por seus próprios precedentes modificou esta regra em 1966, ganhando portanto flexibilidade.

Por fim, Caenegem (2010, p. 91), resumindo a talvez melhor qualidade e pior defeito do sistema do *common law*, afirma: “esta é a realidade humana do problema: o Direito produzido pelo juiz será tão bom quanto os juízes que o produziram.”

1.4 A jurisprudência

No sistema *civil law*, a mais importante fonte do direito é a lei. Entretanto, a jurisprudência tem ganhado ao longo dos anos cada vez mais importância, sendo utilizada, segundo Streck (1995, p. 90) como uma verdadeira fonte formal do direito positivo.

Existem três significados diferentes para a palavra jurisprudência. O primeiro, em sentido estrito, indica a jurisprudência como um sinônimo de ciência do direito e de dogmática jurídica, geralmente escrita com a primeira inicial maiúscula: Jurisprudência. O segundo, em sentido lato, refere-se à jurisprudência como sendo o conjunto de decisões dos tribunais sobre um determinado tema, abrangendo tanto a jurisprudência dominante quanto a contraditória. O terceiro e último, utiliza a palavra como o significado de sentenças uniformes sobre um determinado tema (MONTORO, 1971, apud STRECK, 1995, p. 89; DOBRACHINSKY, 1999, p. 47).

Segundo Streck (1995, p. 92), é a terceira conceituação de jurisprudência que é utilizada como fonte formal do direito atualmente. Na realidade, a posição e a importância da jurisprudência como forma de expressão do direito continua sendo debatida, eis que, materialmente, a jurisprudência é apenas um princípio de integração do direito.

Dobrachinsky (1999, p. 60) alerta para o fato de que existem basicamente três posicionamentos diferentes sobre o papel da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro. Existem aqueles filiados à chamada corrente dos negativistas, para quem a jurisprudência pouco ou nada significa na conjuntura jurídica, já que a lei é a única fonte de direito. O segundo posicionamento é dos jurisprudencialistas, que conferem à jurisprudência grande importância, considerando-a como fonte de direito. A terceira e última é defendida pelos chamados realistas, para os quais a jurisprudência se tornou apenas uma maneira fácil de liquidar os processos, eis que para solucioná-los seria o suficiente realizar uma simples consulta e identificar qual decisão mais se encaixaria com a lide em questão (MAXIMILIANO, 1998, apud DOBRACHINSKY, 1999, p. 61).

Defendendo a jurisprudência como uma verdadeira fonte formal do direito, Streck argumenta:

Viu-se que a jurisprudência resulta no Direito estabelecido pelas decisões uniformes dos órgãos judiciários. Está, desse modo, constituída por normas gerais e obrigatórias criadas pela prática cotidiana dos tribunais, resultando em normas individuais, mas que se constrói no meio de casos concretos. Em decorrência, a jurisprudência constitui-se em norma geral como a lei, mas dela se distingue pela sua maior flexibilidade. Atua, por conseguinte, como norma aplicável a todos os casos análogos. Pode-se dizer, então, que a jurisprudência é fonte por duas razões: uma, porque influencia na produção de normas individuais; outra, porque participa da produção do fenômeno normativo, apesar de sua maleabilidade. (STRECK, 1995, p. 93).

Isso porque a jurisprudência não é um caso isolado que, depois de julgado, deve ser seguido por todos, como o precedente obrigatório do *common law*. A jurisprudência é o estabelecimento pelos juízes de uma mesma posição para casos semelhantes através de consecutivos e uniformes julgados.

Para explicitar melhor a posição de Streck, mister utilizar a obra de Dobrachinsky que, citando os conhecimentos de Nader, explica que se pode distinguir três espécies de jurisprudência:

Secundum legem, a que se limita a interpretar determinadas regras constantes da ordem jurídica; *praeter legem*, a que se desenvolve na falta e regras específicas, quando as leis são omissas; *contra legem* é aquela que se forma ao arripio da lei, contra disposições desta. É prática teoricamente não admitida, mas que, na prática, pode ocorrer especialmente em face de leis anacrônicas ou injustas. (NADER, 1996, apud DOBRACHINSKY, 1999, p. 55)

Destarte, a jurisprudência atua como a norma aplicável aos casos concretos de três maneiras diferentes: de forma meramente interpretativa de uma lei já existente; na falta de uma lei que discipline a questão, criando um entendimento que ao longo do tempo é seguido de forma uniforme e constante; ou de encontro com uma lei em razão de sua flagrante injustiça.

Pode-se resumir a questão dizendo, então, que a jurisprudência atua enquanto não houver uma nova lei ou um novo entendimento, seja doutrinário ou até mesmo jurisprudencial, que discipline a questão (MONTORO, 1971, apud STRECK, 1995, P. 94).

Consoante Barbosa (2002, p. 177), se considerássemos como seria o sistema romano-germânico em seu funcionamento ótimo, veríamos a desnecessidade da atuação dos juízes completando lacunas ou adaptando a lei à realidade, eis que a legislação seria criada ou modificada em tempo pelo poder competente. Entretanto, todos sabemos que não é isso que ocorre. Logo, é necessário que os juízes atuem desta forma, para que o próprio sistema não seja desacreditado, eis que necessário o mínimo de eficiência do conjunto (KELSEN, 1990, apud BARBOSA, 2002, p. 177).

Até porque, segundo art. 126 do Código de Processo Civil, o juiz não pode se eximir de sentenciar alegando a obscuridade da lei, devendo recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Entretanto, a jurisprudência no direito brasileiro não se resume à criar respostas para casos em que não exista solução legislativa. A jurisprudência realmente vai além,

modificando por vezes o entendimento dos mais cristalinos preceitos legais existentes no ordenamento jurídico.

É o caso, por exemplo, da jurisprudência que já aceitava a união estável entre pessoas do mesmo sexo, enquanto que tanto a Constituição Federal como o Código Civil utilizam a expressão “homem e mulher” ao falar das pessoas que podem formar uma instituição familiar.

Ainda segundo o papel da jurisprudência no direito, Dobrachinsky:

Constitui, desta forma, o direito estabelecido pelas decisões do poder judiciário, porque esse complexo de decisões proferidas pelos tribunais adapta a lei às diferentes necessidades sociais, tornando-a mais ampla e atualizada, completando e melhorando as disposições da norma, numa atividade que muitos autores denominam complementar àquela desenvolvida pelo legislador. (DOBRACHINSKY, 1999, p. 51).

Destarte, pode-se concluir que a jurisprudência tem a função de adaptar a lei às novas compreensões e requisições da sociedade, inclusive porque a legislação não consegue evoluir no mesmo passo em que a vida e suas concepções, eis que estas mudam diuturnamente.

Além disso, existem situações em que as leis demoram tanto para serem aprovadas e entrarem em vigor, que, quando começam a possuir eficácia, já estão defasadas em razão da evolução da sociedade.

Segundo Oliveira Filho (2001, p. 84), a função normativa da jurisprudência é endossada pelas próprias modificações que o legislador realiza após o assentamento de um entendimento no judiciário, demonstrando, destarte, o poder e a importância evolutiva que possui. Assim, a jurisprudência acaba de certa forma forçando que a lei criada esteja de acordo com a evolução jurídica realizada pelos tribunais (STRECK, 1995, p. 96).

Portanto, de acordo com os argumentos supracitados e com a realidade jurídica brasileira, não há como negar a grande importância que a jurisprudência tem adquirido em nosso ordenamento, sendo necessário distingui-la dos precedentes e das súmulas.

1.5 A figura do precedente no Brasil

Antes de adentrarmos no profundo estudo do precedente, mister especificar sua diferença para a jurisprudência. Taruffo (1994, apud SOUZA, 2009, p. 20) indica que são duas as maiores disparidades entre eles. A primeira, de cunho quantitativo, reside no precedente ser

uma única decisão judicial, enquanto que a jurisprudência é um conjunto de decisões. A segunda, de cunho qualitativo, se refere ao próprio objetivo que possuem. Enquanto o precedente do *common law* é formulado para ser utilizado posteriormente por outro julgador em casos precisamente similares, ou seja, de acordo com os fatos do caso em que o precedente foi concebido; a jurisprudência se mostra apenas uma regra que tem por fundação a submissão de vários casos concretos que acabam, por interferência do poder judiciário, criando uma regra geral, sendo que esta não delimita os fatos do caso que a gerou.

De acordo com Souza (2009, p. 35), grande parte dos ordenamentos jurídicos faz uso do precedente, modificando algumas de suas características para que ele se encaixe corretamente em seu sistema jurídico.

A estrutura e os efeitos do precedente que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro são diferentes daquele do *common law*. Primeiro porque enquanto na Inglaterra ele necessariamente possui força vinculante, aqui a sua ideia é outra: o precedente pode ser vinculativo, obstativo de revisão de decisões ou apenas persuasivo. Para compreender melhor o precedente e como ele atua no Brasil, mister nos aprofundarmos em sua formação e estrutura.

Souza (2009, p. 36), utilizando como base os conhecimentos e a classificação de precedentes do italiano Taruffo (1994), relata ser necessário o estudo de quatro dimensões para que se possa definir o que é um precedente para cada ordenamento, eis que cada uma dessas dimensões possui suas próprias características e possibilidades; existindo, portanto, diversas possibilidades de combinação e, conseqüentemente, diversos tipos de precedente.

A primeira dimensão apontada por Taruffo (1994, apud SOUZA, 2009, p. 37) é a institucional, a qual diz respeito à organização judiciária e seu poder de autoridade dentro de cada ordenamento. Nesta dimensão é possível classificar um precedente de três diferentes formas: precedente vertical, precedente horizontal e auto-precedente.

O precedente vertical, segundo Taruffo (1994, apud SOUZA, 2009, p. 37) é o fenômeno que ocorre quando no mesmo ordenamento há mais de uma corte suprema colocada no topo de hierarquia judiciária, como é o caso da Alemanha e da Itália. Ante a existência de mais de uma “corte de vértice”, para se utilizar o termo traduzido por Souza (p. 37), “há uma tendência de fragmentação vertical no sistema dos precedentes, pois cada juiz tende a seguir o precedente de sua própria corte de vértice, ao invés de seguir outros precedentes”.

O precedente horizontal se relaciona com a influência que uma decisão realiza em outra do mesmo nível hierárquico, porém de outro órgão jurisdicional. Este tipo de precedente, em razão da inexistência de hierarquia de uma decisão sobre a outra, mostra-se apenas como um precedente meramente persuasivo (TARUFFO, 1994, apud SOUZA, 2009, p. 38).

Já o auto-precedente está ligado à relação existente entre um juiz e uma decisão anterior emanada por si ou pelo órgão jurisdicional no qual está lotado. Conforme a teoria de Taruffo (1994), Souza (2009, p. 38) explica que esta decisão forma um precedente vinculante em razão da necessidade de coerência do sistema, além da aplicabilidade do princípio da igualdade.

Na segunda dimensão, chamada de objetiva, se deve verificar qual parte do precedente que será vinculante quando comparado a um caso análogo. Esta dimensão é precisamente o que já foi tratado no item 1.3, no que diz respeito à *ratio decidendi* e a *obiter dictum* do precedente.

A dimensão estrutural se relaciona com a maneira pela qual um precedente será utilizado posteriormente como forma de referência. Esta dimensão é melhor entendida a partir de suas hipóteses fáticas, então passemos a elas: a primeira hipótese é pouco comum nos países que utilizam o *civil law*, e absolutamente normal nos países do *common law*. Neste caso, quando se for referenciar um entendimento, esta referência será realizada a apenas um precedente. Já a segunda hipótese é o que comumente ocorre no Brasil: a referência não é de um precedente apenas, e sim de um conjunto de precedentes uniformes, ou seja, da jurisprudência (TARUFFO, 1994, apud SOUZA, 2009, p. 42).

A terceira hipótese da dimensão estrutural de Taruffo (1994, apud SOUZA, 2009, p. 42) ocorre quando existe mais de um precedente, sendo eles contrastantes entre si. Nesse caso, o juiz, poderá escolher um deles para embasar sua decisão; sendo possível ainda a solução institucional do problema através do mecanismo de uniformização de jurisprudência do art. 476 e seguintes do Código de Processo Civil. Por fim, a quarta hipótese é chamada de caos jurisprudencial, e ocorre quando existem diversos precedentes que apontam para diversas soluções. Ou seja, diferentemente da terceira hipótese, aqui não existem apenas dois sentidos. Neste caso, a referência pode ocorrer a qualquer um dos precedentes, desde que de forma embasada.

Finalizando as dimensões, a dimensão da eficácia diz respeito a quão vinculante é um precedente em um determinado ordenamento jurídico. Entretanto, a eficácia do precedente deve ser vista nesta dimensão como algo gradual, ou seja, relacionada ao grau de influência que ela exerce sobre uma decisão posterior (TARUFFO, 1994, apud SOUZA, 2009, p. 43).

Utilizando esta classificação de Taruffo, Mello (2008, apud SOUZA, 2009, p. 43) sustenta que são precedentes com eficácia normativa: as decisões do STF em ações diretas de constitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental em razão do controle concentrado de constitucionalidade; as súmulas vinculantes e as decisões dos Tribunais de Justiça quanto à constitucionalidade de normas estaduais e municipais também em sede de controle concentrado. Por sua vez, são precedentes de eficácia impositiva intermediária: a jurisprudência dominante, as súmulas sem efeito vinculante, o entendimento sobre questões constitucionais na ocasião de julgamento de ações coletivas e aquelas “decisões proferidas incidentalmente pelo pleno no STF e dos tribunais, no que respeita à (in)constitucionalidade de uma norma, tendo em conta que ensejam a dispensa de reserva de plenário para a aplicação do entendimento a casos idênticos” (p. 43). Por fim, existem os precedentes de eficácia persuasiva que, como o próprio nome diz, não vinculam os magistrados, sendo a regra dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Didier (2009a, p. 388) afirma ser possível classificar os precedentes quanto aos seus efeitos, dividindo-os em persuasivos, obstativos de revisão de decisão e vinculantes, chamados também de obrigatórios. Os persuasivos, assim como na classificação de Mello, são aqueles precedentes que não vinculam os magistrados, apenas os guiam em uma ou outra direção. Quanto aos obstativos de revisão, Didier leciona:

Há precedentes que têm o condão de obstar a apreciação de recursos ou de obstar a remessa necessária. O efeito obstativo não deixa de ser, em última análise, um desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes. Com efeito, em algumas situações, o legislador autoriza que o magistrado negue seguimento a determinados recursos ou que dispense a remessa necessária quando estiverem eles em confronto com precedentes judiciais, sobretudo com aqueles emanados das cortes superiores. Exemplo disso são os arts. 465, §3º, 518, §1º, 544, §§3º e 4º e 557, todos do CPC. Há, nesses casos, uma espécie de vinculação do órgão competente para apreciar a admissibilidade recursal às diretrizes já lançadas em precedentes anteriores, de modo que este órgão fica autorizado a negar seguimento a tais recursos ou dispensar a remessa necessária. (DIDIER, 2009a, p. 390).

Por fim, segundo o autor (p. 389), existem três hipóteses de precedentes obrigatórios no Brasil: as súmulas vinculantes, “o entendimento consolidado na súmula de cada um dos tribunais tem força vinculante *em relação ao próprio tribunal*” e, finalmente, os

precedentes advindos do pleno do STF, mesmo que ainda não sumulados, vinculam tanto o STF quanto os demais órgãos jurisdicionais em sede de controle difuso de constitucionalidade.

1.6 A súmula no Brasil

As súmulas existem em nosso ordenamento jurídico desde 1963, ano no qual o Supremo Tribunal Federal – STF – instituiu, através de uma emenda de seu Regimento Interno, a “Súmula da Jurisprudência Predominante”, que representava o estabelecimento pelo próprio STF de entendimentos jurisprudenciais (STRECK, 1995, p. 122). Entretanto, a Súmula de Jurisprudência Predominante não tinha como escopo o estancamento dos entendimentos, eis que qualquer dos Ministros poderia propor a revisão dos enunciados (DOBRACHINSKY, 1999, p. 67).

A ideia de tornar as decisões do STF vinculantes, entretanto, não é novidade. Em 1946 o Instituto dos Advogados Brasileiros apresentou um Projeto de Constituição de autoria de Haroldo Valadão, no qual a interpretação dada pelo STF deveria ser observada por todas as jurisdições (VALADÃO, 1977, apud DOBRACHINSKY, 1999, p. 68).

Valadão, entretanto, viu seu projeto ser rechaçado pelo Constituinte de 1946. Ele possuía duas grandes intenções ao querer promulgar a ideia da súmula vinculante. A primeira, unificar a jurisprudência; a segunda, a diminuição do número de processos no STF e seus inúmeros recursos (DOBRACHINSKY, 1999, p. 69).

A primeira lei que previu as súmulas foi a Lei Federal n. 5.010, de 30/05/66, na qual ficou disposto que o antigo Tribunal Federal de Recursos possuía a competência para emitir súmulas:

Art. 63. O Tribunal Federal de Recursos organizará, para orientação da Justiça Federal de primeira instância, e dos interessados, Súmulas de sua jurisprudência, aprovadas pelo Plenário, fazendo-as publicas, regularmente, no Diário da Justiça da União e nos Boletins da Justiça Federal das Seções.

Todavia, foi com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973 que a extensão da aplicabilidade da súmula foi decidida. Consoante Streck (1995, p. 127), as súmulas “não são elaboradas autonomamente. Na verdade, são elas o produto, enfim, o resultado de procedimento de uniformização da jurisprudência”.

O art. 479 do Código de Processo Civil dispõe:

Art. 479 - O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único - Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Streck (1995, p. 128) aponta ainda que a redação do artigo supracitado é a mesma do projeto do Código. Entretanto, este não foi o único projeto para o Código de Processo Civil. Havia, também, o anteprojeto do professor Alfredo Buzaid, no qual constava uma visão diferente da implementada:

Art. 518. A decisão, tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos que integram o tribunal, será obrigatória, enquanto não modificada por outro acórdão proferido nos termos do artigo precedente.

Art. 519. O presidente do tribunal, em obediência ao que ficou decidido, baixará um assento. Quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicado, o assento terá força de lei em todo o território nacional.

O assento era uma ferramenta do direito português que possuía força vinculante, ou seja, Buzaid também queria implementar um efeito vinculante às súmulas. Ele acabou recebendo o mesmo destino que Valadão recebera alguns anos antes, sendo o capítulo rejeitado. Sobre a rejeição dos assentos, Souza, citando os conhecimentos de Carmen Lúcia, relatou:

Porém, tal instituto não foi consagrado pelo Código de Processo Civil brasileiro, sendo rejeitado pela Comissão Revisora da proposta do Anteprojeto com o fundamento de que ao se reintroduzir os assentos vinculantes inspirados no direito lusitano estar-se-ia colidindo com o princípio da separação dos poderes, pois o Poder Judiciário estaria editando normas jurídicas.¹⁰⁴ O Código, no entanto, acabou por deixar naquele capítulo destinado aos assentos vinculativos apenas o mecanismo da uniformização da jurisprudência, mecanismo este pouco utilizado na prática devido ao fato de a decisão prolatada ser vinculante apenas para o caso concreto. (ROCHA, 1997, apud SOUZA, 2009, p. 60).

Destarte, as súmulas causaram inúmeras dúvidas quanto sua aplicação e constitucionalidade desde que adentraram no ordenamento jurídico brasileiro. Para nos aprofundarmos nestas questões, mister traçarmos primeiro sua conceituação e possíveis classificações.

A origem etimológica da palavra súmula vem do latim *summula*, que significa breve resenha (OLIVEIRA FILHO, 2001, p.55). Segundo Carmen Lúcia (1997, apud SOUZA, 2009, p. 60), existem dois significados diferentes para súmula. Para a primeira conceituação, súmula significa um breve resumo de um julgado elaborado por um órgão julgador. Já a

segunda conceituação, a súmula é o entendimento jurisprudencial sobre uma questão específica adotado por um tribunal que o publica por meio de um enunciado, sendo este numerado.

Para Streck (1995, p. 206), as súmulas podem ser classificadas em tautológicas, *intra legem*, *extra legem* e *contra legem*. As tautológicas são as súmulas que retratam exatamente o que a lei dispõe, ou seja, são enunciados de pouca carga interpretativa que servem apenas para reafirmar o texto legal. *Intra legem*, por sua vez, são as súmulas que tem como objetivo aclarar uma lei, afirmando qual o posicionamento adotado pelo órgão que a emitiu. Já as *extra legem* são as súmulas com o escopo de “impor limitações ao juízo de admissibilidade de determinados recursos, como, por exemplo, a que inviabiliza o conhecimento do recurso especial em pretensão de reexame de prova” (OLIVEIRA FILHO, 2001, p. 56). Por fim, são súmulas *contra legem* aquelas que vão de encontro com a lei.

Entretanto, a classificação mais atinente a este trabalho é bem mais simples: existem as súmulas que possuem e as que não possuem efeito vinculante. Necessário, portanto, compreender melhor como o efeito vinculante atua em outros países e como eles influenciaram na aplicação de tal instrumento em nosso ordenamento jurídico.

2. Influências sobre o ordenamento jurídico brasileiro e o duplo grau de jurisdição

2.1 O efeito vinculante nos Estados Unidos e a supremacia legislativa francesa

Para que possamos analisar o efeito vinculante dentro do ordenamento jurídico estadunidense, é necessário que façamos primeiro um estudo sobre as bases de seu sistema constitucional, quais sejam a federação, a superioridade da Constituição, a Constituição escrita e a posição especial do Poder Judiciário.

A federação nos Estados Unidos – EUA – tem como objetivo assegurar a autonomia dos estados, porém sem retirar da União o poder de guiar o país nas questões de maior importância. Destarte, existe uma regra geral que afirma que “o governo central só pode exercer a autoridade que lhe é expressamente delegada na Constituição, sendo todos os outros

poderes remanescentes reservados aos respectivos estados (SCHWARTZ, 1995, apud BARBOSA, 2002, p. 69).

Por sua vez, a Constituição estadunidense é o alicerce de todo o seu sistema jurídico e político, eis que foi ela a criadora da nação. É por esta razão que a Constituição, para o povo estadunidense, vai além da ideia de norma superior, sendo também a organizadora do Estado e garantidora dos direitos humanos fundamentais. Assim, o Poder Legislativo nos EUA nada mais é que a manifestação deste poder anteriormente constituído e autorizado pela Constituição, configurando uma ameaça à vontade do povo estadunidense toda a ação legislativa que vá de encontro às normas constitucionais (BARBOSA, 2002, p. 70). Nesta senda, Leite:

No constitucionalismo americano, desde cedo se teve uma clara percepção de que a Constituição recém-criada estava acima dos poderes estatais, incluindo o próprio Poder Legislativo, sendo ela a única responsável pela outorga de poderes e competências. (LEITE, 2007, p. 22).

Barbosa (2002, p. 72) citando os conhecimentos de Haines (1914), afirma que existem três modelos de Estado: no primeiro, ocorre a supremacia legislativa e a inexistência de uma constituição escrita, como no caso da Inglaterra; no segundo, existe uma constituição escrita e a supremacia é legislativa, como na França e no Brasil; no terceiro, há uma constituição escrita e a supremacia judicial, como no caso dos EUA. A diferença entre os sistemas recai na forma de separação de poderes de cada país e qual a atitude esperada de cada um deles. Na França, são os atos da Assembleia Nacional que devem ser respeitados em detrimento das cortes francesas, enquanto que nos EUA ocorre exatamente o oposto, configurando a posição especial que o Poder Judiciário possui neste país. Esta posição superior do Poder Judiciário, de acordo com o entendimento de Leite (2007, p. 26), decorre da supremacia da Constituição, uma vez que foi esta quem “determinou a relação de inferioridade da lei e o *status* limitado do legislador perante a Constituição”.

Feitas estas considerações, passaremos ao estudo da teoria do *stare decisis* no direito estadunidense. Segundo Oliveira Filho:

Primeiramente, cumpre anotar que somente os tribunais de última instância de cada Estado - membro, a Corte de Apelação do Circuito (quando o caso iniciar-se na Corte Distrital Federal) e a Suprema Corte dos Estados Unidos têm autoridade para produzir precedentes vinculantes, não havendo portanto possibilidade de órgãos judiciais de inferior instância fixarem *decisum* em caráter paradigmático. (OLIVEIRA FILHO, 2001, p. 45).

O autor (2001, p. 45) relata que os precedentes vinculativos emanados pela Suprema Corte de cada estado tem sua autoridade circunscrita aos seus limites territoriais, podendo versar sobre sua Constituição estadual, suas leis estaduais e sobre choques normativos entre estas e as leis federais. Por sua vez, a Corte de Apelação do Circuito – uma divisão judiciária dos EUA – tem o poder de proferir precedentes vinculativos relativos a leis estaduais, desde que a lide tenha sido iniciada em instância federal. Finalmente, a Suprema Corte dos EUA, o órgão máximo do Poder Judiciário estadunidense, pode formar precedentes vinculativos que devem ser seguidos por todas as cortes, “não havendo como estes se distanciarem da interpretação conduzida por aquela, pelo simples fato de que à Suprema Corte incumbe a tarefa de interpretar a Constituição Federal e as leis elaboradas em consonância com esta” (p. 46).

Quanto às diferenças de aplicação da teoria do *stare decisis* na Inglaterra e nos EUA, Barbosa (2002, p. 88) afirma primeiramente que, diferente daquele país, neste a Suprema Corte e as cortes de última instância de cada estado não estão vinculadas às próprias decisões. Além disso, a Suprema Corte só pode fazer precedentes com efeito vinculante no que diz respeito às leis federais, vez que cada estado tem competência para firmar jurisprudência quanto suas próprias leis. Há que se ressaltar que, independentemente desta independência jurídica de cada estado, existe uma grande preocupação quanto às divergências jurisprudenciais, principalmente no tocante às interpretações relativas à Constituição. Nesse sentido:

Há uma preocupação com a uniformidade de decisões, sem a qual estaria bastante comprometida a segurança jurídica que assegura a confiança no sistema como um todo. Se uma questão de direito é controvertida, sua solução vai exigir um prévio exame da solução dada em casos semelhantes em vários estados a fim de buscar a “melhor” solução, que não poderá ser dada sob a simples alegação de que é a “jurisprudência” do estado “a”, e não do estado “b”. (BARBOSA, 2002, p. 89).

Destarte, segundo a autora (2002, p. 89), a Suprema Corte deve responder a duas necessidades jurídicas e políticas: a de atualização da Constituição, alterando-a de acordo com as mudanças da sociedade estadunidense; e a de perpetuar a estabilidade do sistema jurídico.

Quanto ao procedimento da aplicação de precedentes judiciais, Oliveira Filho (2001, p. 49) sustenta que a corte deve primeiramente examinar o precedente em questão, analisando qual o órgão que o emanou e qual o resultado daquele julgamento, para que então se decida se o precedente é vinculante ou apenas persuasivo em relação à lide que se está

prestes a julgar. O precedente será considerado persuasivo se advindo de “decisão minoritária do órgão judicial competente de última instância, ou quando guarda assento em decisão proferida por tribunal de última instância de outro sistema judiciário”, como no caso do precedente ser de outro estado membro da federação.

Caso o precedente seja considerado vinculante, a corte analisa a *ratio decidendi* e a *obiter dictum* daquela decisão para que se estipule qual o fundamento jurídico justificador do julgamento. Feita a análise e descoberta a *ratio decidendi*, a corte deve utilizá-la para decidir a lide em questão, a não ser que aplique o *overrule*, fundamentando a não aplicabilidade do precedente obrigatório ante “a nova realidade social implementada pelas modificações oriundas do decurso do tempo, ou na hipótese de constatar que a decisão anterior foi proferida de maneira equivocada, vale dizer, erroneamente” (p. 52). O autor ressalta, entretanto, que esta atitude é bastante incomum no sistema jurídico estadunidense:

É de bom alvitre destacar que a não aplicação do precedente judicial constitui medida de conteúdo excepcional, sendo regra geral a observância das decisões proferidas em casos anteriores, visto que na doutrina dos precedentes judiciais a pedra angular do sistema reside na obrigatoriedade dos tribunais em decidir de acordo com as interpretações fixadas em casos passados, pelo simples fato de que, neste, as decisões judiciais assumem papel primário na produção e evolução do direito. (OLIVEIRA FILHO, 2001, p. 52).

Como pudemos observar, o efeito vinculante nos EUA difere daquele aplicado na Inglaterra, sendo a forma estadunidense a verdadeira influência do nosso ordenamento jurídico na importação deste instrumento, fato que ficará mais claro adiante em nosso trabalho, com o estudo do efeito vinculante no Brasil.

Por sua vez, o ordenamento francês serviu, durante muitos anos, como verdadeira fonte jurídica do Brasil. Tanto o é que nosso Código Civil de 1916, feito por Beviláqua, utilizou o Código de Napoleão de 1804 como base de sua confecção, juntamente do Código Alemão BGB de 1896 (GONÇALVES, 2008, p. 19).

Além disso, na França, como já analisamos anteriormente, a supremacia é legislativa. Esta característica política francesa decorreu de um processo histórico de diminuição do poder do monarca, remontando à época da Revolução Francesa. Nesse sentido:

De fato, os movimentos revolucionários na França se voltaram contra o poder absoluto do monarca, tendo como objetivo primordial a derrubada do Antigo Regime. As arbitrariedades cometidas pelo governante e a manutenção de privilégios de uma classe minoritária provocaram o surgimento de uma reação coletiva capitaneada por um grupo economicamente forte (a burguesia), apoiada em premissas político-filosóficas que arranharam a legitimidade do poder absoluto. Cuidava-se da contraposição do modelo absolutista de Estado, em que a legitimidade

do poder do governante não encontrava respaldo popular. Assim, o poder era exercido por um monarca que figurava como encarnação ou representante ou representante de um ser superior, algo que remontava ao modelo de estruturação política do medievo. (LEITE, 2007, p. 27).

Com a diminuição do poder absoluto do monarca, foi necessário criar uma entidade que pudesse representar “a vontade política da coletividade composta por indivíduos iguais. E essa instância não poderia ser outra senão o Poder Legislativo escolhido diretamente pelo povo e que passaria a representar a soberania popular” (LEITE, 2007, p. 27). É por esta razão que, para os franceses, a lei é a forma legítima de imposição de obrigações aos indivíduos, uma vez que ela nasce da decisão majoritária dos representantes do povo. Importante ressaltar que a lei, além de possuir o papel de coibir os excessos estatais, também tem o condão de salvaguardar os direitos fundamentais conquistados pelos franceses com sua Revolução.

Consoante Leite (2007, p. 29), uma das razões pelas quais na França ocorre a supremacia legislativa, em vez da judiciária como na Inglaterra e nos EUA, é porque a ideia do *common law* de que são os juízes que criam o direito não poderia ser aplicada à França à época, vez que os magistrados eram associados ao Antigo Regime. Destarte, a garantia dos direitos da coletividade por meio do Poder Legislativo deveria se dar em detrimento do poder dos juízes, culminando na criação francesa do princípio da legalidade, segundo o qual a lei é a principal fonte do direito. (DI PIETRO, 2006, p. 06).

Diferenciando o processo histórico que ocorreu nos EUA e na França, o autor afirma:

É bastante visível o contraste do desenvolvimento da noção de supremacia da Constituição nos Estados Unidos e na Europa continental. Basta observar que enquanto a Suprema Corte americana efetuou o controle judicial de constitucionalidade das leis em 1803, afirmando a superioridade normativa do texto constitucional e o dever de defendê-lo, dever esse que é compartilhado por todos os juízes do país, em 1804 surgiu o Código Civil de Napoleão, expressão contundente do legalismo, pelo qual o juiz não poderia ir além da letra da lei. Então, se do constitucionalismo americano se afirmou a supremacia da Constituição, nos países da Europa continental, assim como naqueles que seguiram a tradição do constitucionalismo francês, afirmou-se, diferentemente, a supremacia do Parlamento. (LEITE, 2007, p. 33).

Podemos perceber, desta forma, que o Brasil adotou a supremacia legislativa do sistema jurídico francês. Segundo Di Pietro:

Quanto ao princípio da legalidade, embora adotando o sistema de jurisdição própria da *common law*, o direito brasileiro não adotou o mesmo princípio do *stare decisis*, que dá força obrigatória aos precedentes judiciais. E, embora adotando o

princípio da legalidade herdado do direito francês, o mesmo foi aceito em sua pureza, tal como apregoado pelos ideais revolucionários: a lei, como ato do parlamento, representante da vontade geral do povo, é a principal fonte do direito. E esse postulado foi inserido, com ressalta para a Constituição de 1937, em todas as Constituições brasileiras, inclusive na do Império (art. 179, I). Vale dizer que todas as Constituições, com a ressalva já apontada, sempre contiveram a norma segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. (DI PIETRO, 2009, p. 06).

Nesta senda, a influência do Direito francês sobre o ordenamento jurídico brasileiro é clara. Nosso sistema também é de supremacia legislativa, uma vez que são os representantes eleitos que possuem o ofício de criar, alterar e atualizar nossas leis, sendo o papel dos juízes sua interpretação consoante a vontade do legislador.

A influência estadunidense, embora menos aparente, tem sido cada vez maior no ordenamento jurídico brasileiro. A súmula vinculante, a qual abordaremos mais profundamente no próximo capítulo, é um dos sinais da aproximação do *common law* estadunidense ao nosso sistema na tentativa de dirimir problemas na prestação jurisdicional. Entretanto, a importação deste instrumento do *common law* traz, por sua vez, outras dificuldades quanto à sua harmonização aos princípios e garantias já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, o duplo grau de jurisdição, sendo este o próximo ponto de nosso trabalho.

2.2 Duplo Grau de Jurisdição

Antes de falarmos sobre o duplo grau de jurisdição, mister conceituarmos de forma breve o que é jurisdição.

Segundo Dinamarco (2009, p. 303), a jurisdição possui tríplice conceituação, eis que é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Poder, porque ela é o próprio poder estatal; função, pois possui como objetivo a pacificação e a solução de conflitos na sociedade; e atividade, pois “constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento”. Destarte, podemos dizer que a jurisdição é uma “função exercida pelo Estado através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supra-individuais e aos demais escopos do sistema processual” (p. 315).

A jurisdição, diferentemente do que possa parecer, não é nem pode ser dividida, exatamente por ser o próprio poder estatal em atuação perante a população. O que acontece é a simples organização das atividades jurisdicionais, de forma que certas matérias só podem ser

apreciadas por certos tribunais, dividindo-os em graus diferentes. Por esta razão que Liebman diz que a competência é, na realidade, “a quantidade de jurisdição entregue ao exercício de cada juiz ou tribunal” (DINAMARCO, 2009, p. 304).

Almeida (2008, p. 29) afirma que a jurisdição possui quatro características, quais sejam a estatalidade, a substitutividade, a inevitabilidade e a definitividade. A estatalidade, além de pregar que a função de regular os conflitos seja estatal, afirma que a solução dada a tais conflitos pelo Estado deve ser cumprida, estando as partes do processo em uma posição jurídica de sujeição. A substitutividade está relacionada ao papel do Estado-juiz que “ao exercer a atividade jurisdicional, o faz de maneira a substituir a atividade da parte que não observou espontaneamente a norma jurídica aplicável ao caso concreto” (p. 30), ou, em outros casos, outorga “ao autor vencedor da demanda o resultado que ele obteria caso o réu tivesse adotado, espontaneamente, o comportamento previsto pelo ordenamento jurídico.” A inevitabilidade, por sua vez, está mais intimamente ligada à ideia de sujeição dos particulares ao Estado, uma vez que a atuação deste não está limitada às vontades das partes no processo, de forma que o desenrolar deste processo se dá consoante as regulações e decisões estatais. Por fim, a definitividade, chamada também de imunidade, está relacionada à regra da perpetuação dos resultados do processo, sendo o seu maior exemplo a coisa julgada material e sua autoridade em nosso ordenamento jurídico (DINAMARCO, 2009, p. 320).

2.2.1 Conceito de duplo grau de jurisdição

Primeiramente, mister ressaltar que a expressão “duplo grau de jurisdição”, conforme Laspro (1995, p. 17), não é tecnicamente correta, eis que “se a jurisdição é uma das projeções do poder soberano, tolerar o duplo grau de jurisdição seria admitir a existência de várias jurisdições, e, conseqüentemente, a pluralidade de soberanias”. Segundo ele, o duplo grau de jurisdição está relacionado, na realidade, à possibilidade de reexame das demandas.

Costa (2006, p. 07) conceitua o duplo grau de jurisdição como o garantidor da “possibilidade de que, no mesmo processo, seja revista a decisão judicial, por outro juízo, quase sempre de jurisdição superior, e por meio de recurso”.

Para Dinamarco (2009, p. 243), o duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de se recorrer de uma decisão, devolvendo o processo e todas as suas questões para que ele seja novamente apreciado por um outro órgão.

Laspro (1995, p. 27) conceitua o duplo grau de jurisdição da seguinte forma: “aquele sistema jurídico em que, para cada demanda, existe a possibilidade de duas decisões válidas e completas no mesmo processo, emanadas por juízes diferentes, prevalecendo sempre a segunda em relação à primeira”.

Percebe-se, portanto, que a conceituação em si do duplo grau de jurisdição não se mostra duvidosa para os doutrinadores. O que se pergunta, na realidade, é qual a sua natureza dentro de nosso ordenamento jurídico. Seria o duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional?

2.2.2 Duplo grau de jurisdição: uma garantia constitucional?

O duplo grau de jurisdição não está expressamente previsto na Constituição Federal, sendo, consoante Dinamarco (2009, p. 242), uma decorrência lógica do estabelecimento de competência de tribunais superiores, da disposição sobre os recursos e seu endereçamento aos tribunais da Justiça da União¹, e da divisão dos órgãos da Justiça Estadual em superiores e inferiores.

Destarte, embora o duplo grau de jurisdição não esteja expressamente previsto na Constituição, há quem defenda seu caráter de princípio constitucional do processo em razão dos argumentos que explicitamos a seguir.

Citando os conhecimentos de Dworkin (2002) e Alexy (2002), Marinoni explica qual a diferença entre os princípios e as regras:

Enquanto as regras se esgotam em si mesmas, na medida em que descrevem o que se deve, não se deve ou se pode fazer em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas. (MARINONI, 2011, p. 49).

Ainda sobre a classificação de Alexy, Silva (2002, p. 25) sustenta que enquanto as regras são deveres definitivos, aplicadas por meio de subsunção, ou seja, de adequação da conduta conforme sua tipicidade normativa; os princípios são deveres *prima facie*, “cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes”, sendo verdadeiros mandados de otimização.

¹ Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunais Regionais Federais.

Logo, os princípios não possuem conceito fechado nem sentido preciso. Eles são mandamentos nucleares de um sistema, seus alicerces, que se irradiam por todo o ordenamento jurídico como aqueles valores que devem ser seguidos (SILVA, 1995, P. 94; MARINONI, 2011, p. 50).

Silva (1995, p. 94) afirma que, para Canotilho (1983), existem duas categorias de princípios constitucionais, sejam eles expressos ou inferidos: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais. Os primeiros são os chamados princípios constitucionais fundamentais, os quais trazem as opções políticas do Estado, constantes nos arts. 1º ao 4º da Constituição. Já os princípios jurídico-constitucionais, chamados de princípios gerais, são “informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais” (p. 95). É o caso do rol de direitos e garantias constantes nos incisos XXXVIII ao LX do art. 5º da Constituição.

Mais uma diferença entre os princípios e regras é o que ocorre quando acontecem as colisões entre os primeiros e os conflitos entre os segundos. É que as regras possuem estrutura biunívoca; ou seja, ou são válidas e devem ser aplicadas ou são inválidas e por isso não são aplicadas. Já os princípios, por serem mandados de otimização, devem ser realizados na maior medida do possível, existindo duas razões para sua aplicação menos ampla: ou o princípio está colidindo com outro princípio, ou existe uma exceção para a sua utilização em um caso específico. (BARCELLOS, 2002, apud COSTA, 2006, p. 49).

Consequentemente, ao nos depararmos com uma colisão de princípios resta ao julgador utilizar a regra da proporcionalidade e analisar a razoabilidade do caso em questão².

Podemos afirmar, portanto, que o duplo grau de jurisdição é um princípio do nosso direito, pois se encaixa perfeitamente na descrição acima: o princípio pode ser inferido do sistema, é um informador do ordenamento jurídico como um todo, sendo sua aplicação sopesada com os demais princípios existentes, uma vez que a própria Constituição define exceções ao duplo grau de jurisdição.

² A regra da proporcionalidade tem por origem o desenvolvimento jurisprudencial alemão. Embora muitas vezes seja utilizada como sinônimo de razoabilidade, segundo Silva (2002, p. 26), os dois conceitos em nada se assemelham. A proporcionalidade, além de ser um instrumento de controle contra o excesso do poder estatal, é também utilizada em sua finalidade oposita, ou seja, proibindo a insuficiência daquele poder. Além disso, possui estrutura definida, na qual são analisadas, em ordem, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida. Já a razoabilidade, ainda segundo Silva, está relacionada à análise de compatibilidade entre meios e fins (p. 45).

Na mesma senda, Oliveira:

Os princípios constitucionais do processo, conforme admitido pela doutrina majoritária, em síntese, consubstanciam-se nos princípios do devido processo legal, da isonomia, da ampla defesa e do contraditório, do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da publicidade, da efetividade, bem como no princípio da motivação das decisões judiciais. (OLIVEIRA, 2005, p. 37).

Dinamarco (2009, p. 247) sustenta que o duplo grau de jurisdição é um alicerce do próprio regime democrático, sendo sua inexistência incompatível com o princípio do devido processo legal. Isso porque, segundo o autor, o devido processo legal “tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo mediante uma fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma” (p. 250), estando previsto no inciso LIV do art. 5º da Constituição.

O mesmo autor (2009, p. 243) afirma ainda que existem outras razões para a legitimação do duplo grau de jurisdição, de ordem político-institucional. Em primeiro lugar, sua utilização ajuda a uniformizar a jurisprudência quanto à interpretação das leis federais e da própria Constituição, feito que seria de difícil execução caso a decisão de primeiro grau fosse definitiva. Em segundo lugar, o duplo grau de jurisdição coloca os juízes inferiores “sob o controle dos superiores, como modo de evitar desmandos e legitimar a própria atuação do Poder Judiciário como um todo”.

Nesse sentido, Oliveira (2005, p. 236) sustenta que a manutenção do princípio tem como maior alicerce o fato de que “nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários *controles*”. Além disso, a legitimação do Poder Judiciário não decorre de sufrágio, razão pela qual deve existir um controle interno da legalidade e da justiça das decisões emanadas.

O debate entre os doutrinadores resta desta forma, na caracterização ou não do duplo grau de jurisdição como uma garantia constitucional. Necessário, portanto, realizar uma breve explanação sobre o que seriam as garantias constitucionais.

Santos (2011, p. 86), citando os conhecimentos do italiano Galeotti (1950), conceitua garantia constitucional como “um mecanismo de atuação preventiva que, por se mostrar apto a reagir contra a eventual ocorrência de lesão a um interesse, torna-se idôneo a afastar um estado de precariedade e de incerteza”.

Isso porque “de nada adiantaria somente inserir os direitos nas Constituições, porque certamente eles seriam violados, revelando-se indispensável também a instituição das garantias, a fim de dar guarida aos direitos” (FARIAS, 2006, p. 31).

Focado no âmbito do processo civil, Dinamarco (2009, p. 199) conceitua as garantias como preceitos que trazem limitações ao Estado, assegurando uma série de possibilidades no andamento do processo que o juiz não pode desprezar. Além disso, afirma serem as garantias dotadas de imperatividade. Desta forma, segundo o autor:

(...) sua inobservância afeta de algum modo a validade ou eficácia do ato transgressor, o qual não pode prevalecer sobre os imperativos constitucionais. Por isso é que geralmente os dispositivos constitucionais reveladores dos grandes princípios são encarados como *garantias*, a ponto de ser usual o uso indiferente dos vocábulos *princípio* e *garantia* para designar a mesma idéia (DINAMARCO, 2009, p. 200).

Farias (2006, p. 32), citando Ticianelli (1999), afirma que os princípios, para possuírem o status de garantia constitucional, “devem possuir postulados genéricos, estar inseridos no texto da Constituição e ter natureza assecuratória”.

Importante ressaltar, aqui, que não podemos considerar as garantias como sinônimos de direitos³. A diferenciação entre os eles é dada “por oposição: os direitos seriam disposições declaratórias, que protegem o bem da vida alçado à proteção jurídica, enquanto as garantias, disposições assecuratórias, que configuram mecanismos criados normativamente para defender o próprio direito” (SANTOS, 2011, p. 85).

Farias, resumindo quais são os argumentos de quem advoga ser o princípio do duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional, colaciona:

Os argumentos utilizados pelos autores que consideram o duplo grau de jurisdição como garantia são os mais variados, a saber: 1) ser o duplo grau uma decorrência da organização constitucional dos tribunais; 2) estar o duplo grau de jurisdição inserido de maneira expressa no Pacto de San José da Costa Rica; 3) ser o duplo grau uma decorrência do princípio do devido processo legal; 4) ser o duplo grau uma decorrência de outras garantias constitucionais como a ampla defesa. (FARIAS, 2006, p. 85).

³ Silva (1995, p. 390) divide as garantias dos direitos humanos fundamentais em garantias gerais e garantias constitucionais. As primeiras são aquelas que procuram asseverar a existência e efetividade dos direitos fundamentais, enquanto que as segundas servem para tutelas estes direitos. As garantias constitucionais, por sua vez, são subdivididas em garantias constitucionais gerais, que objetivam impedir o arbítrio, conferindo eficácia aos direitos fundamentais; e as garantias constitucionais especiais, que criam meios para que esses direitos sejam efetivados.

Costa se posiciona junto daqueles que afirmam que o duplo grau de jurisdição é, além de um princípio processual, uma garantia constitucional decorrente da compreensão do ordenamento jurídico por completo:

Assim, neste momento, fazendo coro com aqueles que concedem ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição a condição de garantia constitucional (ao menos no processo penal), vê-se que existem instrumentos que permitem uma aplicação racional do princípio, com a previsão coerente de limites e exceções, dentro de parâmetros indicados pelos princípios da ponderação e da proporcionalidade, os quais acabam por fornecer um caminho seguro (ainda que avanços e aperfeiçoamentos possam ser feitos) para a sua relativização e aplicação racional. (COSTA, 2006, p. 53).

Nesta senda também se posiciona Santos (2011, p. 130), sustentando que a Constituição brasileira deve servir como verdadeiro ponto de partida, sendo desnecessário que afirme, com todas as letras, que o princípio do duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional, uma vez que também não o rejeita. Dessa forma, “a garantia do duplo grau de jurisdição funciona, a um só tempo, como proteção da eficácia e da permanência da ordem constitucional, e como assecuração direta e imediata de direitos subjetivos fundamentais”.

Além disso, o próprio STF já concedeu o caráter de garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição, como se pode ver a seguir:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. SUPRIMENTO DE OMISSÃO QUANTO À ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E DO JUIZ NATURAL. MATÉRIA DE CUNHO INFRACONSTITUCIONAL, CONSTITUINDO EVENTUAL OFENSA INDIRETA OU REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PERSISTÊNCIA DA INADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. **A garantia constitucional do duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV) insere-se no âmbito de proteção do princípio constitucional da ampla defesa, insculpido no mesmo enunciado normativo da Carta Magna**, razão pela qual o tema foi enfrentado no acórdão embargado sob essa ótica, consignando-se a natureza infraconstitucional da controvérsia. 2. A violação do princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, LIII), implica suprir a omissão do acórdão embargado para assentar que, também nessa hipótese, há eventual ofensa indireta ou reflexa, que não autoriza a interposição do recurso extraordinário.

3. Mantida a inadmissibilidade do recurso extraordinário, é de se rejeitar a atribuição dos pretendidos efeitos infringentes.

4. Embargos declaratórios a que se dá provimento parcial. (STF, 845.223/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 13/03/2012, publicado no DJ de 02/04/2012)⁴. (grifo nosso).

Dinamarco (2009, p. 200), por outro lado, sustenta que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia, sendo, portanto, uma exceção entre os princípios processuais

⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1874164>.

constitucionais, que geralmente também são garantias. Ocorre que, segundo o autor, este princípio não tem caráter de imperatividade, uma vez que a própria Constituição traz hipóteses em que ele não é aplicável, como nos casos de competência originária dos tribunais.

Rebatendo os argumentos daqueles que afirmam ser o duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional, Farias (2006, p. 86) aduz que, diferentemente do recurso ordinário⁵, tanto o recurso extraordinário, previsto no art. 102, inciso III, da Constituição Federal; quanto o recurso especial, disposto no art. 105, inciso III da mesma Carta, não podem ser utilizados como razões que sustentem o referido princípio. Isso porque em ambos os casos não é toda a matéria que será reanalisada, mas somente aquelas relativas às questões de direito federal no caso do Superior Tribunal de Justiça – STJ –; e de direito constitucional no caso do STF. Além disso, existem duas situações específicas nas quais é possível interpor um recurso extraordinário logo após a decisão de primeira instância, comprovando que o duplo grau de jurisdição pode ser suprimido e, portanto, não é uma garantia constitucional:

É o caso das decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais cíveis, em que não há competência para os tribunais locais e nem para o Superior Tribunal de Justiça, sendo endereçado diretamente ao Supremo Tribunal Federal. O mesmo ocorre com as decisões proferidas em embargos à execução fiscal de pequeno valor. (FARIAS, 2006, p. 89).

Nessa esteira encontra-se o entendimento de Ticianelli (2005, apud FARIAS, 2006, p. 90), que também repudia a ideia de que a competência recursal sustentaria o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional uma vez que a própria Constituição o afasta em alguns casos.

Farias (2006, p. 91) também refuta o argumento de que a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada também de Pacto de San José da Costa Rica, implementou a garantia do duplo grau de jurisdição em nosso ordenamento jurídico. Veja-se o artigo do Pacto que se refere ao princípio aqui discutido:

Artigo 8º - Garantias judiciais
(...)

⁵ “O recurso ordinário pode ser tanto dirigido ao Supremo Tribunal Federal quanto ao Superior Tribunal de Justiça. Quando dirigido ao Supremo Tribunal Federal, será decorrente de decisão julgada em única instância pelos Tribunais Superiores, nos casos de *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção, quando denegatória a decisão. Quando endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, será relativo a causas julgadas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelo Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, em *habeas corpus*, julgados em única ou última instância, em mandado de segurança, julgado em única instância quando denegatória a decisão, e as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País” (FARIAS, 2006, p. 86).

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Segundo a autora (2006, p. 91), “extrai-se da leitura do referido artigo acima citado que o Pacto de San José da Costa Rica refere-se exclusivamente ao Direito Penal, não fazendo alusão ao Processo Civil”.

Em oposição à decisão do STF anteriormente citada, que afirmava ser o duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional, existem também aquelas que negam este caráter, como se pode ver a seguir:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária. 2. **A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, hierarquia constitucional.** 3. **Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta.** 4. **A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição.** Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição. 5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função e, por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. O agravante foi julgado por 14 Desembargadores Federais que integram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal e fez uso de rito processual que oferece possibilidade de defesa preliminar ao recebimento da denúncia, o que não ocorre, de regra, no rito comum ordinário a que são submetidas as demais pessoas. 6. Agravo regimental improvido. (STF, 601.832/SP. Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17/03/2009, publicado no DJ de 03/04/2009)⁶. (grifo nosso).

Ainda neste sentido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

⁶ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584974>.

MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279-STF. PREQUESTIONAMENTO. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. I. - O exame da controvérsia, em recurso extraordinário, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório trazido aos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 279-STF. II. - Ausência de prequestionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário. III. - A alegação de ofensa ao inciso LIV do art. 5º, CF, não é pertinente. O inciso LIV do art. 5º, CF, mencionado, diz respeito ao devido processo legal em termos substantivos e não processuais. Pelo exposto nas razões de recurso, quer a recorrente referir-se ao devido processo legal em termos processuais, CF, art. 5º, LV. Todavia, se ofensa tivesse havido, no caso, à Constituição, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E, conforme é sabido, ofensa indireta à Constituição não autoriza a admissão do recurso extraordinário. IV. - **Não há, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.** Prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais. V. - Compete ao Tribunal de Justiça, por força do disposto no art. 96, III, da CF/88, o julgamento de promotores de justiça, inclusive nos crimes dolosos contra a vida. VI. - Agravo não provido. (STF, 513.044/SP. Relator: Min. Carlos Velloso, julgamento em 22/02/2005, publicado no DJ de 08/04/2005)⁷. (grifo nosso)

O próprio STF já caracterizou em ocasiões o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional, negando esta mesma posição em outras decisões. Como a corte ainda não criou uma posição unificada quanto o princípio do duplo grau de jurisdição, devemos nos ater estritamente às características que ele deveria possuir para ter o caráter de garantia.

Analisando os argumentos supracitados, pode-se dizer que, em nosso ordenamento jurídico, o duplo grau de jurisdição, pelo menos no processo civil, não deve ser considerado como uma garantia constitucional. Isso porque a própria Constituição revela casos em que este princípio não pode ser aplicado, coisa que não ocorre com outras garantias constitucionais. Não se fala em exceções ao devido processo legal, por exemplo.

Entretanto, isso não significa que referido princípio não seja importante para nosso ordenamento jurídico, apenas que ele não é aplicável a todas as situações. O duplo grau de jurisdição continua sendo, além de princípio norteador, verdadeira regra do direito brasileiro, eis que são poucos os casos em que se pode afastá-lo. Todavia, são estes mesmos casos que demonstram que o princípio do duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional.

2.2.3 Outros aspectos do princípio do duplo grau de jurisdição

⁷ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363730>.

Laspro (1995, p. 19) afirma que existem dois aspectos do duplo grau de jurisdição, sendo um positivo e um negativo. O primeiro se relaciona a possibilidade de que o sucumbente possa apresentar um recurso devolutivo para que este seja novamente apreciado pelo Poder Judiciário. O endereçamento deste recurso é geralmente ao grau superior, sendo sua nova decisão substitutiva da primeira.

Pode-se considerar, portanto, como uma exceção o que ocorre nos juizados especiais cíveis, vez que seus recursos são julgados por um colegiado, sediado nos próprios juizados, de juízes de primeiro grau, consoante o art. 98, inciso I da Constituição Federal e a Lei nº 9.099, chamada de Lei dos Juizados Especiais (DINAMARCO, 2009, P. 246).

Há certa divergência na doutrina sobre a necessidade ou não do segundo julgamento ser realizado por um órgão jurisdicional hierarquicamente superior. Laspro (1995, p. 21) sustenta que este acontecimento não fere o duplo grau de jurisdição, eis que a característica indispensável para a obediência ao princípio é apenas que o recurso seja apreciado por outro órgão judicante. “Não basta, contudo, a mera existência de duas decisões, sendo inafastável a necessidade de que as mesmas sejam válidas, completas e proferidas no mesmo processo” (p. 25).

Filiando-se a este entendimento, Santos sustenta:

Diante disso, e uma vez que todo conceito deve se circunscrever à parte mínima indispensável de seus elementos, não parece haver justificativa que sustente o acréscimo à noção do duplo grau (feita a crítica ao sentido literal do termo) da exigência de qualquer qualificação extraordinária relativa ao julgador responsável pelo segundo exame. (SANTOS, 2011, p. 79).

Assim, Laspro (1995, p. 22) se indaga se o que ocorre no nosso ordenamento é apenas um duplo exame ou se existem, de fato, dois julgamentos distintos. Sua resposta coaduna com a segunda hipótese, vez que, na falta de impugnação, o primeiro julgamento torna-se coisa julgada. Entretanto, se interposto recurso, a segunda decisão voltará a analisar o processo em sua extensão e profundidade⁸, inexistindo dúvidas de que o que ocorre vai além de um duplo exame.

Importante ressaltar, no entanto, que o conceito de duplo grau de jurisdição não abarca todo e qualquer tipo de decisão de primeiro grau, eis que as decisões interlocutórias não

⁸ Quanto à extensão, Laspro (1995, p. 22) afirma que o “juízo *ad quem* somente poderá examinar o que foi efetivamente pedido pelo recorrente, não podendo o objeto do julgamento do juízo *ad quem* ser mais extenso do que aquele do juízo *ad quo*”. Já quanto à profundidade, ele sustenta que “o juízo *ad quem* deverá examinar sua decisão todas as questões abordadas pelo juízo *a quo* e aquelas que deveriam ter sido mas não o foram”.

estão necessariamente sujeitas a ele. Isso ocorre porque, diferentemente do que ocorre quanto às sentenças, os recursos das decisões interlocutórias procuram, geralmente, apenas reformar ou restringir seu alcance processual (GUEDES, 2002, apud SANTOS, 2011, p. 77).

É exatamente por esta razão que a apelação é o recurso que realmente representa o duplo grau de jurisdição e seu aspecto positivo, uma vez que ambas as partes, quando insatisfeitas com a sentença, podem dela recorrer, reapresentando ao tribunal sua causa.

Segundo Laspro (1995, p. 23), o segundo aspecto da garantia constitucional em tela é negativo, eis que, normalmente, o sistema “acaba se satisfazendo com a segunda decisão, ou seja, enquanto da simples sucumbência nasce o direito de recorrer da decisão de primeiro grau, daquela de segundo o mesmo não ocorre”. Isso porque a admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário é, realmente, especial e extraordinária (DINAMARCO, 2009, p. 244).

Importante ressaltar que o duplo grau de jurisdição está restrito, portanto, a “a um momento específico (após o completo exaurimento do procedimento na primeira instância) e exclusivo (implicando um único reexame da causa)” (SANTOS, 2011, p. 75).

Desta forma, segundo Oliveira (2005, p. 234), o duplo grau, além de atender a demanda dos particulares, realizando a justiça no caso concreto, atende também as necessidades do próprio Estado, “que deve buscar entregar uma tutela capaz de alcançar um ordenamento jurídico justo e que recomponha efetivamente o patrimônio jurídico lesado”.

2.2.4 Vantagens e desvantagens do duplo grau de jurisdição

São diversas as vantagens e desvantagens trazidas pela utilização do duplo grau de jurisdição em nosso ordenamento jurídico.

Primeiramente, no campo das vantagens, Laspro (1995, p. 99) afirma que o julgador recursal teria, supostamente, maior experiência e instrução que o juiz *a quo*, uma vez que, na maioria das vezes, o juiz de segunda instância atua há mais tempo no Poder Judiciário. Entretanto, o mesmo autor aponta que, se isto fosse inteiramente verdade, não haveria porque existir a primeira instância, que possuiria juízes menos preparados para a resolução das lides. Além disso, tal afirmação parece fazer ainda menos sentido se pensarmos que nos Juizados Especiais utiliza-se de um órgão composto pelos próprios juízes de primeira instância para analisar os recursos cabíveis. Por fim, o autor atenta que é natural que pensemos que a decisão

de grau superior seja “melhor”, uma vez que ela é substitutiva da primeira; porém, este fato confirma tão-somente um dos aspectos do nosso ordenamento jurídico, qual seja a substitutividade da primeira decisão pela segunda.

Por fim, Farias (2006, p. 111) alerta que, ao ascender ao tribunal, um desembargador pode trabalhar em uma Câmara com matéria diferente daquela sobre a qual atuava quando estava na primeira instância, de forma que sua experiência na nova matéria seria provavelmente menor que a de um juiz de primeiro grau de uma vara especializada neste mesmo âmbito do direito.

Pode-se citar como outra vantagem do duplo grau de jurisdição o reexame da matéria ante a possibilidade de erro do juiz de primeiro grau. Isso porque, no âmbito do direito, a verdade confunde-se com a sentença, de forma que a atuação do juiz é tão importante quanto perigosa. É por isto que Calamandrei afirma:

De fato, o juiz, como mago da fábula, tem o sobre-humano poder de efetuar no mundo do direito, as mais monstruosas metamorfoses e de dar às sombras aparência eterna de verdade; e, já que em seu mundo sentença e verdade acabam coincidindo, ele pode, se a sentença não se ajusta à verdade, reduzir a verdade à medida de sua sentença. (CALAMANDREI, 1997, apud FARIAS, 2006, p. 110).

Todavia, logicamente que não é só o juiz de primeiro grau que está sujeito a falhas, mas todos. Voltamos, desta forma, à primeira vantagem destacada, qual seja a maior experiência do juiz recursal, que estaria, portanto, menos sujeito a cometer erros.

Outra vantagem citada seria o controle psicológico existente sobre o juízo de primeira instância, uma vez que suas sentenças estão sujeitas ao segundo grau de jurisdição. Laspro (1995, p. 102), todavia, rechaçando tal argumento, afirma que “tendo o magistrado garantias da bitaliciedade e inamovibilidade e que, seja pelo merecimento, seja pela antiguidade, ascenderá na carreira não deve ter esse controle”. Isso porque os juízes que atuam com zelo o fazem independente da existência deste controle, procurando julgar da melhor forma possível. Já aqueles que exercem sua função com menos, digamos, carinho, reconfortam-se na ideia de que, caso as partes não estejam contentes com o resultado, poderão interpor recurso.

Há ainda aqueles que ressaltam que o duplo grau de jurisdição funciona como um verdadeiro controle da atividade estatal de prestação jurisdicional, sendo, desta feita, uma vantagem de sua utilização. Laspro (1995, p. 103), no entanto, discorda, alegando que esta não é a função do duplo grau de jurisdição. Ocorre que, segundo o autor, existem três argumentos

que afastam a suposta função do referido princípio. O primeiro seria a independência dos magistrados, eis que “o julgador não pode estar submetido a pressões do Legislativo e do Executivo, nem tampouco do eleitorado e da opinião pública sob pena de não aplicar a lei com a isenção que se lhe é exigida” (p. 107). Os outros dois seriam os princípios *the king can do no wrong* (o rei não pode errar) e o *res iudicata facit jus*. O primeiro prevê que “a partir do momento que o Estado é soberano o mesmo não pode ser responsabilizado pelos seus atos” (p. 108). Já o segundo afirma que, depois de transitada em julgado, uma decisão tem o mesmo valor de lei, não devendo ser modificada.

Entretanto, é cediço que ambas as teorias já não são mais aplicadas como se fazia na época do livro de Laspro. Primeiramente, ao longo do tempo, foram criadas diversas teorias no campo da responsabilidade civil que afirmam a responsabilidade do Estado, de forma que o princípio do *king can do no wrong* já está ultrapassado em nosso ordenamento jurídico⁹. Além disso, a coisa julgada em nosso ordenamento jurídico já pode ser relativizada em quatro situações diferentes, quais sejam na ação rescisória, na *querela nullitatis*, a impugnação da sentença inconstitucional e a revisão com base na violação à Convenção Americana de Direitos Humanos (DIDIER, 2009b, p. 437).

Laspro, todavia, estava correto em dizer que não é papel do duplo grau de jurisdição o controle da prestação jurisdicional. Tanto o é, que em 2004 foi criado o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que possui como missão “contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da Sociedade”¹⁰. Era exatamente isto que o autor advogava em sua obra, ao dizer o seguinte:

Assim, entendemos que a solução [da fiscalização do poder judiciário] estaria na criação de órgãos de controle da atividade dos magistrados, compostos por magistrados e representantes dos outros poderes, que fiscalizariam não as decisões em concreto, ou seja, a atividade intrinsecamente jurisdicional, mas sim, a atuação dos julgadores. (LASPRO, 1995, p. 111).

Já entrando no âmbito das desvantagens, não há como negar que o duplo grau de jurisdição acaba por alongar o tempo que um processo permanece dentro do Poder Judiciário. Este fato possui inúmeras consequências, como o aumento dos custos para o Estado e para as

⁹ No campo das teorias publicistas, podemos citar a antiga teoria da culpa do serviço, sendo que nesta o Estado deveria ser responsabilizado nos casos em que seu serviço público não funcionou, funcionou atrasado ou funcionou mal. A teoria mais moderna é chamada de teoria da responsabilidade objetiva, que prescinde de culpa ou dolo por parte do Estado, sendo necessária apenas a configuração do nexos de causalidade e do dano, consoante o art. 927 de nosso Código Civil (DI PIETRO, 2011, p. 645).

¹⁰ Disponível em: www.cnj.jus.br.

partes, o atulhamento do Poder Judiciário e o estreitamento da garantia ao acesso à justiça (LASPRO, 1995, p. 115).

Além disso, ocorre um verdadeiro desprestígio da primeira instância, vez que “o julgador de primeira instância atua somente para instruir o processo, presidindo a produção de provas, opinando a respeito da matéria de direito, questões essas que serao definitivamente analisadas e julgadas em segundo grau” (LASPRO, 1995, p. 115).

Laspro traz, ainda, mais duas desvantagens do duplo grau de jurisdição, quais sejam a inutilidade da atividade de segundo grau, caso a decisão do juízo *a quo* seja inteiramente mantida; e a comprovação de divergência dentro do próprio sistema, caso seja reformada. Na primeira situação, o autor aponta que tudo o que ocorreu depois da prolação da sentença teria sido inútil, acarretando a perda econômica das partes e do Estado, além do tempo que foi dispendido durante todo este procedimento, contribuindo para a lentidão da prestação jurisdicional como um todo. Já no segundo caso, a reforma da decisão demonstra que o sistema, além de falho, julga diferentemente casos iguais.

Na mesma senda, Farias afirma:

Por outro lado, se a decisão vier a ser reformada, pode gerar um sentimento de desconfiança e descrença no Poder Judiciário, já que a mesma ação, com os mesmos fatos e documentos, pelo simples fato de ter sido analisada por juízes distintos, apresenta resultados contraditórios. (FARIAS, 2006, p. 114).

Destarte, podemos concluir que caso existissem duas lides exatamente iguais, sendo que na primeira a parte sucumbente intepôs o recurso e na segunda não, cada uma poderia receberia soluções diferentes, coisa que não deveria acontecer.

Por fim, a inutilização da oralidade é outra desvantagem apontada na utilização do duplo grau de jurisdição. Há quem questione, portanto, se não seria a decisão do juiz de primeiro grau a mais adequada, já que foi ele quem teve contato, não só com o processo como um todo, como também com as partes (FARIAS, 2006, p. 115).

É perceptível, portanto, que são várias as vantagens e as desvantagens que o duplo grau de jurisdição traz ao nosso ordenamento jurídico, de forma que tanto as primeiras quanto as últimas possuem seus próprios contrapontos.

3. O embate entre o duplo grau de jurisdição e o efeito vinculante no Brasil

3.1 Efeito Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme o que já foi estudado durante o primeiro capítulo, pode-se dizer que o efeito vinculante é o dever de obrigatoriedade que os tribunais inferiores e, muitas vezes, os próprios tribunais superiores possuem de seguir uma determinada decisão judicial ou um enunciado pré-existente emanados pela Corte Superior de seu ordenamento jurídico.

Ainda de acordo com o capítulo anterior, o efeito vinculante tem sua origem no *common law*, sendo sua aplicação no direito brasileiro considerada anormal, eis que supostamente incompatível com o *civil law*.

O efeito vinculante passou a existir no ordenamento jurídico brasileiro com a edição das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, as quais dispõem, respectivamente, sobre a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade, e sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental (CORRÊA, 1999, p. 102).

Após, o efeito vinculante da ação declaratória de constitucionalidade passou a constar na Constituição através da Emenda Constitucional nº 03 de 1993, inspirado no direito germânico (LEITE, 2007, p. 162)

Entretanto, a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o efeito vinculante foi não só aceito como ampliado no Brasil, devendo ser aplicado no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade pelo STF. Ademais, o efeito vinculante também passa a atuar nas súmulas aprovadas por 2/3 de seus membros, tornando-se a chamada súmula vinculante.

Acredita-se, porém, que este efeito vinculante ultrapassa tais disposições constitucionais. Conforme os entendimentos já supracitados de Didier (2009b, p. 389), a decisão de recurso extraordinário também pode ser considerada vinculante, mesmo que sua matéria ainda não tenha se tornado súmula vinculante. Ou seja, o efeito vinculante parece estar alçando vôo, aumentando ainda mais seu âmbito de aplicabilidade.

Leite (2007, p. 162) ressalta ainda que, embora possam parecer similares, o efeito vinculante é diferente da eficácia *erga omnes*, ainda que um esteja normalmente acompanhado

do outro. A confusão pode se dar em razão do novo texto do art. 102, §2º da Constituição Federal, consoante a Emenda Constitucional nº 45/2004. Veja-se:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão **eficácia contra todos e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (grifo nosso)

A eficácia *erga omnes*, no entanto, está restrita à parte dispositiva da ação que “reconhece a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma. Assim, declarada a invalidade de um preceito legal, a decisão apenas afeta esse preceito, não atingindo outros atos de teor semelhante àquele considerado ilegítimo” (LEITE, 2007, p. 163).

Ocorre ainda outra questão curiosa quanto à eficácia *erga omnes*. Segundo Leite (2007, p. 164), quando uma norma é declarada inconstitucional, ela não poderá ser novamente submetida a julgamento, eis que com a declaração de inconstitucionalidade e sua eficácia *erga omnes* ela é expurgada do ordenamento jurídico. Já quanto à declaração de constitucionalidade, nada impede que o tribunal que antes havia, em seu próprio julgamento, considerado uma norma constitucional, posteriormente reveja seu posicionamento passando a declará-la inconstitucional; desde que tenha havido modificação na realidade concreta, no plano normativo ou na jurisprudência dominante. É por esta razão que apenas a parte dispositiva que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade que possui eficácia *erga omnes*.

Já o efeito vinculante funciona de forma diferente. Conforme nosso estudo no primeiro capítulo deste trabalho, a vinculação não ocorre apenas quanto à parte dispositiva de uma decisão, mas também quanto à sua *ratio decidendi*. Leite, resumindo a abrangência do efeito vinculante, sustenta:

Poder-se-ia dizer que o efeito vinculante exige que seus destinatários tomem todas as providências possíveis para dar cumprimento à orientação fixada pela corte. Assim, as pessoas e órgãos abrangidos pelo efeito vinculante, caso deparem com situações que se enquadram na regra de direito extraída dos motivos determinantes, devem aplicar tal regra a esses casos, conferindo operacionalidade à concretização constitucional desenvolvida pela corte. (LEITE, 2007, p. 165).

A pergunta que deve ser feita é: por que importamos esta ferramenta do *common law*? Quais são os benefícios que a utilização da figura do precedente obrigatório, logo, possuidor de efeito vinculante, poderá trazer para nosso sistema jurídico?

Segundo Oliveira Filho (2001), uma das grandes razões para a importação do precedente obrigatório é a crise brasileira na prestação da tutela jurisdicional. Ocorre que a flagrante ineficiência estatal de proporcionar um andamento processual coerente faz com que o próprio sistema jurídico fique desacreditado pelas milhões de pessoas que batem a sua porta todos os anos, sendo suas pretensões atendidas, por vezes, só uma década depois.

Quanto à causa desta demora na prestação jurisdicional, Oliveira Filho aduz:

De uma forma geral, a comunidade jurídica adverte que o fator que mais contribui para agravar a crise instalada no âmbito jurisdicional reside no excessivo número de processos pendentes nos diversos tribunais do país. Diversas são as causas que impulsionam a pletera de ações, mas é de flagrante simplicidade a conclusão de que a demanda (ingresso nas vias judiciais) é maior do que a oferta humanamente possível (intempestiva prestação da tutela jurisdicional). (OLIVEIRA FILHO, 2001, p. 72).

Este atulhamento de processos, além de ser um problema para as partes, é também uma dificuldade sentida por todos os operadores do direito, os quais são pressionados a fazer do andamento processual uma verdadeira esteira industrial. São eles os vilões da história; tanto para quem vê seu processo parado por anos no gabinete do juiz, quanto para quem tem sua lide decidida de forma insatisfatória.

É por isso que o efeito vinculante e suas aplicações no ordenamento jurídico brasileiro foram aclamados por um lado, e recebidas com cautela pelo outro.

Oliveira Filho (2001, p. 79) ressalta que a partir da Constituição Federal de 1988 houve um grande aumento de processos que ingressaram no Poder Judiciário, escalando ainda mais após os planos econômicos que foram implementados entre os anos de 1990 e 1994. Este fato pode ser bem visualizado através dos dados coletados por Vilhena:

Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos. (VILHENA, 2009, p. 08).

Grande parte destes processos, porém, eram relacionados à demandas idênticas, nas quais figurava como uma das partes a administração pública direta e autarquias. Citando os conhecimentos de Dinamarco (2000), Oliveira Filho (2001, p. 80) relata que, em 1994, 68,32% dos processos julgados pelo STF eram de caráter meramente repetitivo, sendo que a

previsão era que em 1995 essa porcentagem subisse para incríveis 88,88%. Em 1998, dos 41.000 processos recebidos pelo STF no período de janeiro a outubro, 85% eram de matéria repetida.

O efeito vinculante poderia, portanto, ajudar a escoar estes processos repetidos, sendo uma de suas consequências diretas o crescimento da agilidade da prestação da tutela jurisdicional, eis que milhares de processos desentulhariam o Poder Judiciário.

Ainda sobre os benefícios trazidos, Corrêa (2001, p. 111), citando os conhecimentos de Souza (2000), afirma que se deve liquidar a quantidade de processos para que a prestação jurisdicional, além de mais rápida, seja de maior qualidade.

Por fim, outro ponto positivo da adoção do efeito vinculante consiste na aplicação mais homogênea do direito, respeitando o princípio da isonomia e acabando com a “loteria judiciária”. É que, a partir do momento em que as decisões das jurisdições inferiores estão sujeitas ao entendimento com efeito vinculante do tribunal superior, supostamente acabariam as divergências na forma de julgar, oferecendo decisões semelhantes a casos semelhantes.

Todavia, há aqueles que se opõem à utilização do efeito vinculante em nosso ordenamento jurídico, como Corrêa:

Impende asseverar que a decisão com efeito vinculante não poderá ser modificada nem mesmo através de recurso. Assim, em havendo decisão contrária ao direito ou à Constituição, não poderá ser modificada devendo ser observada pelos demais tribunais, gerando o direito injusto e injurídico (...). (CORRÊA, 2001, p. 103).

A professora Misabel de Abreu Machado Derzi também reafirmou o perigo do efeito vinculante, especificamente quanto à edição de súmulas vinculantes. Isso porque o precedente obrigatório do *common law* é feito a partir de um caso específico, sendo assim, sua conjuntura fática deverá ser um fator determinante para se decidir se poderá ser aplicável ou não ao novo processo. Já no Brasil, a súmula vinculante realiza o caminho contrário. O STF edita a súmula após o julgamento de vários casos similares, sendo seu produto um enunciado que não estará relacionado a nenhuma decisão específica (informação verbal)¹¹.

Esta forma de vinculação pode ter como resultado diversas injustiças, eis que estas súmulas poderão ser aplicadas a lides que possuem fatos diferentes daquelas utilizadas como base para sua edição.

¹¹ VII Congresso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Conferência de Direito Tributário. 12 de abril de 2012.

Corrêa afirma ainda que um dos argumentos trazidos pelos opositores é que o efeito vinculante “representaria a estagnação do direito, eis que as decisões seriam meramente reproduzidas, sem a possibilidade de modificação através de recurso ou de teses novas, eis que a posição da Suprema Corte prevaleceria” (2001, p. 110).

Além dos argumentos supracitados, há quem defenda que a implantação do efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro fere o princípio do duplo grau de jurisdição, eis que o processo não receberia de fato uma nova apreciação do Poder Judiciário; sendo este um dos aspectos a serem analisados neste trabalho.

3.2 O caso da súmula vinculante e o novo papel do STF em nosso ordenamento jurídico

É o §1º do art. 103-A da Constituição que dispõe sobre a fixação de súmula vinculante por parte do STF. Veja-se:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

É possível perceber que existem alguns requisitos para que o STF possa criar uma súmula vinculante, quais sejam a existência de controvérsia entre os próprios órgãos jurisdicionais ou entre estes e a Administração Pública, gerando insegurança jurídica e a multiplicação de processos semelhantes (SOUZA, 2009, p. 64). Além disso, a súmula deve estar relacionada à validade, à eficácia ou à interpretação de normas; sendo estas ou do âmbito constitucional ou de normas que, mesmo infraconstitucionais, estejam sendo contrastadas com a Constituição; de forma que a súmula só pode ser editada depois de reiteradas decisões sobre a matéria em questão (LEITE, 2007, p. 79).

Importante ressaltar, no entanto, que “os conceitos de validade, interpretação e eficácia, para fins de criação de súmula vinculante, deverão guardar conexão direta com determinada matéria constitucional” (LEITE, 2007, p. 80). Isso porque, segundo o autor, o

próprio STF já manifestou no sentido de que não conhece recursos nos quais a violação à norma constitucional ocorra apenas de maneira reflexa e indireta, de forma que editar súmulas nestes casos configuraria, no mínimo, incoerência por parte do STF.

Em primeiro lugar, a validade da norma estaria relacionada a sua adequação, tanto formal quanto material, à Constituição, de forma que o STF poderia “fixar o sentido compartilhável de um texto legal diante da Constituição ou rejeitar aqueles dela destoantes” (LEITE, 2007, p. 82). Em segundo lugar, a eficácia jurídica¹² de uma norma diz respeito a sua aplicabilidade, ou seja, sua aptidão de gerar efeitos no mundo jurídico. Esta eficácia, entretanto, vai além de uma simples análise sobre se uma norma propaga ou não efeitos, eis que podemos pensar em graduações de eficácia e a aplicabilidade desta norma no tempo. Por fim, a interpretação, ainda segundo Leite (2007, p. 84), é um trabalho prévio “à conclusão pela validade ou invalidade ou pelo maior ou menor grau de eficácia de uma norma. Em outras palavras, só se pode dizer, por exemplo, que uma norma é constitucional ou inconstitucional após a atividade interpretativa”. É por esta razão que o autor atenta para o fato de que, no campo da edição de súmulas vinculantes, não se pode separar totalmente a análise da validade de uma norma de sua atividade interpretativa, vez que esta é uma ação preliminar da primeira.

A necessidade de controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e a repetição de processos, como pudemos observar, é outro requisito para a edição de súmula. Conforme os entendimentos de Leite (2007, p. 143), aqui se abrange a Administração direta e indireta e todos os níveis de federação. O autor ressalta que a utilização do termo “grave insegurança jurídica” acarreta em uma enorme discricionariedade por parte do STF, uma vez que será ele quem decidirá se tal matéria se enquadra ou não neste requisito. O que se sabe, no entanto, é que esta grave insegurança jurídica deve necessariamente estar acompanhada da repetição de processos, sendo estes no próprio STF ou em qualquer outro nível de jurisdição, eis que, no art. 103-A, utilizou-se o conectivo *e*, e não *ou*. Destarte, não basta a existência de grave insegurança jurídica, sendo necessário também este acúmulo de processos. A situação inversa, entretanto, é impensável. Segundo o autor, não há como existir esta repetição de processos não

¹² A eficácia de uma norma, na realidade, se desdobra em duas: a jurídica e a social. A social está relacionada a realidade, ao “mundo dos fatos”: tal norma, apesar de estar apta a produzir efeitos, realmente os produz na sociedade? Entretanto, segundo Leite (2007, p. 82), é extremamente improvável que se instaure súmula sobre a divergência de eficácia social de uma norma, razão pela qual nos atemos à eficácia jurídica da norma, a qual realmente é base para a edição de súmulas.

acompanhada por uma grave insegurança jurídica. Isso porque enquanto não houver um entendimento geral para a solução de conflitos em uma determinada matéria não há como existir igualdade na forma de julgar, tendo como consequência causas semelhantes com soluções diferentes.

Para se editar uma súmula vinculante é necessário também que dois terços dos membros do STF a aprovem pelo órgão plenário, em deliberação formal. Portanto, as reiteradas decisões de um ministro com um entendimento não valem como um voto para que seja criada uma súmula vinculante naquele sentido (LEITE, 2007, p. 139).

Outro ponto discutido é o termo “reiteradas decisões” utilizado no supracitado dispositivo constitucional. Indaga-se quantas decisões seriam necessárias para que o STF possa, finalmente, editar uma súmula sobre determinada matéria. Segundo Leite (2007, p. 140), o que realmente podemos apreender é que não basta uma única decisão para que se possa editar uma súmula, como também não é suficiente que existam diversas decisões emanadas pelo STF, só que divergentes entre suas câmaras. Destarte, além da necessidade de um entendimento único da corte, igualmente importante é que estas decisões possuam os mesmos fundamentos. Lourensetto Júnior (2010, p. 62) afirma em seu trabalho que, até então, todas as súmulas tinham pelo menos três precedentes oriundos de recursos extraordinários.

Por fim, ainda segundo o art. 103-A, o STF pode editar súmulas de ofício ou por provocação. Destarte, foi aprovada uma lei para regulamentar este dispositivo, qual seja a Lei nº 11.417/2006, a qual dispõe quais as pessoas e órgãos que poderão exercer esta provocação:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII - partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Para garantir a autoridade da súmula vinculante utiliza-se um instrumento legal chamado de reclamação. A reclamação tem como objetivo “fornecer aos interessados um instrumento para denunciar àquelas Cortes Superiores atos ou decisões ofensivas a sua competência ou à autoridade das suas decisões” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 680). Portanto, este instrumento não está adstrito à proteção e efetivação de súmula vinculante, podendo ser interposto também para que o STJ e o STF façam valer suas decisões em recursos especiais e extraordinários.

A reclamação, qualificada por alguns como ação, por outros como recurso, e por outros como incidente processual (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 680), foi regulamentada na Lei n. 8.038/1990. Veja-se:

Art. 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Parágrafo único - A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

Art. 14 - Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias;

II - ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Art. 15 - Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 16 - O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 17 - Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Art. 18 - O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

Destarte, percebe-se que caso a reclamação seja julgada procedente, ela poderá anular outras decisões judiciais e até atos administrativos que ofendam o entendimento do STJ e do STF, desde que ainda não sejam caso de coisa julgada, situação na qual o único instrumento cabível seria a ação rescisória (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 680).

Além disso, a Lei nº 11.417 também dispõe sobre a reclamação da seguinte forma:

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Resumindo a aplicabilidade da reclamação em casos de afronta à súmula vinculante, Souza afirma:

Portanto, excluindo-se a hipótese de quando há ainda outra instância a se recorrer no procedimento administrativo, é cabível a reclamação em todas as hipóteses de afronta à súmula vinculante, desde que haja o que a doutrina chama de prova do direito líquido e certo, em uma comparação com o mandando de segurança. Nesse sentido, deve entender-se a reclamação como sendo um processo eminentemente documental devido à necessidade de haver uma prova pré-constituída para poder ser deferida. (SOUZA, 2009, p. 77).

O que se pode perceber é que o STF vem ganhando importância, não apenas em nosso ordenamento jurídico, mas no país como um todo. Isso porque vemos cada vez mais a exaltação do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Esta conjuntura faz com tenhamos “a impressão de que o STF tem se deparado cada vez mais com ‘casos difíceis’ (...) e conquistou um espaço diário e aparentemente definitivo nos jornais, tornando-se um ator político relevante” (CARDOSO; MACHADO; VOJVODIC, 2009, p. 21).

Segundo Vieira (2008, p. 443), esta mudança de autoridade e consequente expansão do Poder Judiciário advém da evolução das constituições rígidas, nos moldes da Constituição estadunidense, nas quais existe um sistema de controle de constitucionalidade. O que se vê nos dias de hoje é um Poder Executivo e Legislativo que exercem “apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição”.

Este processo ocorreu também nos Estados Unidos e na Europa. No primeiro caso, no início do século passado, na chamada era *Lochner*, a Suprema Corte estadunidense atuou em diversos casos verdadeiramente substituindo a vontade do legislador, utilizando como argumento que a Corte, além de dever verificar a constitucionalidade de um ato normativo, deve também analisar sua razoabilidade sob a luz de seus princípios constitucionais. Coisa parecida ocorreu na Europa, onde os tribunais constitucionais ganharam grande força a partir da Segunda Guerra Mundial (VIEIRA, 2008, p. 443).

O autor (2008, p. 444), no entanto, afirma que no Brasil este fenômeno é ainda maior, uma vez que esta expansão do STF está aliada a uma Constituição extremamente ambiciosa, que traz em seu bojo diversos direitos e garantias fundamentais que devem ser protegidos, em última instância, por tal tribunal. Este fenômeno é chamado pelo autor de *supremocracia*, que possui dois sentidos distintos. O primeiro, relativo à enorme autoridade do

STF em comparação dos demais níveis de jurisdição; o segundo, relativo à expansão da Corte em detrimento dos demais poderes.

Explicando esta situação ímpar de nosso Supremo Tribunal Federal, Vieira sustenta:

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. (VIEIRA, 2008, p. 445).

Esta situação única do STF, segundo o autor (2008, p. 447), decorre de vários aspectos, sendo um deles a concentração de funções. Ocorre que a maior parte dos outros países divide em três instituições o que o STF realiza sozinho no Brasil: um tribunal constitucional, um tribunal de recursos de última instância e um foro judicial especializado. No primeiro caso, porque é ele o tribunal competente para julgar a constitucionalidade de leis federais e estaduais. Importante ressaltar neste íterim que como o STF tem a última palavra em casos de cunho constitucional é extremamente improvável que o Congresso Nacional consiga desviar de seus julgamentos e seu entendimento, claramente demonstrando o poder que possui o STF.

Sua função de foro especializado, por sua vez, advém de sua competência de julgar ações criminais nas quais figuram altas autoridades do país. “Em consequência da excêntrica taxa de criminalidade no escalão superior de nossa República, o Supremo passou a agir como júzo de primeira instância, como vimos no caso da recém aceitação da denúncia contra os *mensaleiros*” (VIEIRA, 2008, p. 448). Destarte, aponta o autor que, até a feitura de seu trabalho, havia mais de 250 denúncias contra parlamentares aguardando manifestação do STF. Ainda nesta senda, também é o STF quem aprecia atos secundários do parlamento ou do executivo, razão pela qual o autor denomina esta atuação do STF como a de um tribunal de *pequenas causas políticas*. Somando-se a isto tudo, é o Supremo quem deve julgar processos de extradição, de homologação de decisões estrangeiras, de inúmeros *habeas corpus*, além dos mandados de segurança e ações cíveis em razão da posição política do réu.

Finalmente, é também competência do STF definir milhares de casos como um verdadeiro tribunal de apelação. Vieira (2008, p. 449) citando os dados colhidos por Veríssimo (2008), aponta que de 1988 até aquele ano foram mais de um milhão de recursos extraordinários e agravos de instrumento julgados por apenas onze juízes. Estes casos representaram 94,13% dos casos julgados pelo STF.

Cardoso, Machado e Vojvodic (2009, p. 22) classificam as decisões do STF em dois tipos: o primeiro está relacionado àqueles casos repetitivos ou recorrentes, nos quais os julgamentos “estariam funcionando como um mecanismo de filtro de decisões”. O segundo tipo de decisão seria relativo a casos emblemáticos, nos quais os Ministros julgam de forma a criar precedentes para casos posteriores; confeccionando, portanto, votos com maior argumentação. São nestes julgamentos que se pode notar a aproximação do STF aos tribunais constitucionais, razão pela qual os autores citam o termo criado por Veríssimo (2008), quem denomina o STF de corte constitucional “à brasileira”.

Como prova desta importância que tem ganhado o STF em nosso país, Vieira cita os mais diversos temas que foram ou estão sendo julgados pelo tribunal, temas estes de extrema pertinência para o Brasil e seu desenvolvimento nas áreas da política, da economia, da cultura, entre outros:

No campo dos direitos fundamentais, já foram decididas, ou encontram-se na agenda do Tribunal, questões como: pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, desarmamento, aborto (anencéfalos), demarcação de terras indígenas, reforma agrária, distribuição de medicamentos, lei de imprensa, lei de crimes hediondos, poder da polícia de algemar, direito de greve, etc.

Na esfera da representação política, temas como sub-representação na Câmara dos Deputados, cláusula de barreira, fidelidade partidária, número de vereadores nas Câmaras Municipais, vêm fazendo do Tribunal um co-autor do constituinte originário na arquitetura da representação política brasileira.

No âmbito da delimitação de atribuições das demais esferas do Estado, vem discutindo questões como: restrição à atuação das CPIs; limitação do poder de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República; restrição aos poderes de investigação do Ministério Público; garantia dos direitos das minorias parlamentares em face

das mesas da Câmara e do Senado; delimitação do campo de autonomia das agências reguladoras; aferição da legitimidade da instituição de controle externo da magistratura; a restrição às sessões secretas do Senado, entre outras questões quentes. Com direto impacto sobre o balanço federativo e também sobre a economia, o Tribunal vê na sua agenda assuntos como guerra fiscal, Cofins e FGTS, além de toda uma linha de decisões relativas aos ajustes econômicos, que marcaram a vida brasileira até o plano real. (VIEIRA, 2008, p. 451).

Vieira (2008, p. 452) passa, então, a falar de decisões específicas nas quais se pode ver o fenômeno da *supremocracia* na prática. Um dos casos levantados é o julgamento sobre as células-tronco embrionárias e a Lei de Biossegurança, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Naquela ocasião, foi levantado que não era da senda do STF discutir a constitucionalidade de uma lei que havia sido aprovada por maioria no Congresso Nacional, aprovação que só ocorreu depois de inúmeros debates e consultas a autoridades da matéria. Destarte, o que ocorreu foi uma verdadeira ponderação legislativa, não sendo papel do STF modificar uma decisão válida do Legislativo por uma sua. No entanto, logo no início do julgamento, tanto a Ministra Carmen Lúcia quanto o Ministro Marco Aurélio afastaram este argumento, sem qualquer tipo de discussão sobre esta clara interferência no Poder Legislativo. Importante ressaltar outro acontecimento interessante deste julgamento, qual seja a convocação da primeira audiência pública, a qual tinha a finalidade de colacionar cientistas que pudessem melhor explicar os aspectos biológicos do tema. Entretanto, como consequência, os Ministros acabaram por discutir questões que não eram do âmbito do direito, de forma que “no voto do Ministro Carlos Alberto Direito, mais páginas foram utilizadas para discutir filosofia, religião e especialmente ciência do que propriamente direito constitucional” (p. 453).

Também nesta senda estão Cardoso, Machado e Vojvodic (2009, p. 23) ao afirmarem que “os ministros não se limitaram a analisar a constitucionalidade da lei, tendo alguns deles apresentado condições à sua constitucionalidade, que envolviam ações externas do Executivo, como o monitoramento do uso das células-tronco”.

Os referidos autores (2009, p. 25) atentam para um fato interessante deste julgamento. Ao longo do julgamento os Ministros foram levantando condições à constitucionalidade da lei, como a criação um órgão central de células-tronco, o que foi chamado de “decisão aditiva”. No entanto, “cada ministro previu uma condição diferente, os votos não se comunicavam. Cada voto de caráter ‘aditivo’ era computado pelo placar binário de votação como sendo pela inconstitucionalidade das pesquisas” (p. 26). Esta situação só não gerou maiores problemas porque a lei foi considerada constitucional no final do julgamento, vez que o Ministro Cezar Peluzo, embora tenha tido seu voto contabilizado como a favor da inconstitucionalidade da lei, afirmou posteriormente que seu voto era pela constitucionalidade,

eis que a *ratio decidendi* de sua decisão era favorável às pesquisas com células-tronco. Nesta conjuntura, os autores se indagam:

No placar, a maioria pendeu pela constitucionalidade da lei, pela permissão incondicionada das pesquisas. Mas e se fosse o contrário? E se os votos que estabelecem condições díspares entre si formassem um placar majoritário? A Lei de Biossegurança seria completamente inconstitucional? Se, ainda assim, essa lei pudesse ser considerada constitucional, qual a condição e de qual ministro teria de ser cumprida? De todos? Os ministros teriam de deliberar novamente sobre os termos das condições apresentadas? E, mais importante, no cenário de análise que propomos: como dotar a uma decisão do STF os amplos efeitos que o próprio Tribunal tem procurado dar às suas decisões se não for possível, em alguns casos, determinar qual é a decisão final? Como influenciar cortes inferiores se não é possível reconhecer qual é a decisão do STF? O STF tem dado uma resposta clara à sociedade quando decide sobre casos difíceis? Essas são questões que parecem não estar no horizonte de preocupações dos ministros do STF, embora representem obstáculos à legitimidade das decisões do Tribunal, especialmente se ele se impõe um papel mais “ativo”. (CARDOSO; MACHADO; VOJVODIC, 2009, p. 26).

É nesta senda que os autores afirmam que o processo decisório do STF, principalmente nestes casos que formam verdadeiros precedentes, merece maior atenção e coerência. Isso porque alguns aspectos relacionados à formação de precedentes não são observados, como o que é a *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum* de uma decisão, ou ainda se a *ratio decidendi* advém do Ministro ou do próprio STF. Além disso, não se pode admitir que as decisões antigas dos Ministros sejam utilizadas de forma aleatória a partir do momento em que começarmos a nos valer do sistema de precedentes. Por vezes as decisões anteriores são citadas nos novos julgamentos sem que ao menos possuam a mesma *ratio decidendi*, ou ainda são minuciosamente selecionadas, deixando de lado todas aquelas que não confirmavam o mesmo posicionamento.

Para a melhor compreensão do próximo tópico a ser discutido, mister tecermos uma breve explicação sobre poder constituinte.

O nascimento da teoria do poder constituinte remonta à época da independência dos Estados Unidos e da revolução francesa, tendo como um de seus precursores Emmanuel Joseph Sièyes. Sièyes, utilizando-se das ideias de soberania criou uma teoria na qual se distinguia o poder constituidor dos poderes constituídos, sendo os segundos devidados do primeiro. Para o filósofo francês, o poder constituidor tinha como objetivo a criação da lei fundamental do Estado, qual seja a Constituição, através de uma assembleia extraordinária. Já os poderes constituídos possuíam a finalidade de criar a legislação ordinária por meio de representantes da nação e de manter a Constituição anteriormente criada (SALES 2006, p. 14).

Sales (2006, p. 15) ressalta que, para Carl Schmitt, a Constituição, como norma fundamental, tem como origem “uma decisão política que a antecede, e não numa decisão jurídica, ou seja, para Carl Schmitt a constituição é uma decisão política fundamental e a sua validade não se apóia na justiça de suas normas, mas na decisão política que lhe dá existência”.

Nesta senda, o autor define Poder Constituinte da seguinte maneira:

De forma que, ao se tentar falar de poder constituinte, deve-se mencionar que este é o poder que a sociedade tem para se constituir política e juridicamente. É o poder que determina os alicerces, as bases de sua estrutura, bem como os fins que visa alcançar; e a servir de exemplos desse objetivo podem ser citados: a paz social e o bem comum. Mas para se alcançar esses fins precisa-se passar por todo um processo de organização que implica na necessidade de um documento elaborado para reger a sociedade de forma organizada, onde a missão do poder constituinte se traduz na feitura de um conjunto de normas que integrarão o mais importante regimento jurídico de uma sociedade, a Constituição. (SALES, 2006, p. 15).

Nesta mesma senda, Melo sustenta:

Assim, o poder constituinte é um poder de direito, e não de fato, justamente por ser instituído pelo poder constituinte originário (derivado), que predetermina o seu conteúdo e os seus contornos (condicionado), determinações essas expressas normativamente e às quais ele necessariamente se deve sujeitar (subordinado e limitado). Pressupõe-se que esse poder seja coexistente como uma constituição escrita e rígida. (MELO, 2008, p. 32).

Segundo Sales (2006, p. 16), também é tarefa do poder constituinte modificar posteriormente a Constituição, uma vez que não podemos pensá-la como algo imutável “como acontece com constituições teístas, fundadas na imutabilidade daquilo que atribuem ser a vontade de Deus”. Destarte, no momento da criação da Constituição o poder constituinte deve prever instrumentos e formas para que possa atualizar a lei, resguardando como imutáveis, no entanto, aqueles valores e princípios fundamentais da ordem política estabelecida.

Podemos classificar, consoante os estudos supracitados, o poder constituinte em duas formas distintas, quais sejam o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado. O poder constituinte originário é aquele que possui a função de criar a Constituição, sendo um poder ilimitado e incondicionado: ilimitado pois não está submetido à qualquer limite da ordem política-jurídica anterior, incondicionado porque não está subordinado à nenhuma forma prefixada para se manifestar (SALES, 2006, p. 18).

Já o poder derivado é aquele que possui como fundamento a Constituição já colocada pelo poder originário, de forma que esta mesma Constituição já traz os limites de sua

função e como ela deve ser exercida. Estes limites, por sua vez, podem estar explícitos ou implícitos na ordem político-jurídica imposta, sendo que a atuação do poder derivado está sujeita ao controle de constitucional. Destarte, quando este poder se manifestar, ele “deve estar em harmonia e conformidade com a ordem constitucional, é poder secundário, limitado, subordinado e condicionado” (SALES, 2006, p. 28). O poder derivado, portanto, só é legítimo enquanto obedecer tais limites, eis que “a preterição total ou parcial desses limites consiste em ‘fraude à constituição’; se expressos os limites, o seu desrespeito enseja o controle de constitucionalidade da lei reformadora” (MELO, 2008, p. 34).

Este poder derivado, por sua vez, pode ser dividido em três formas, quais sejam o poder decorrente, o poder reformador e o poder revisor. O primeiro destes está intimamente relacionado ao que dispõem o art. 1º e o caput do art. 18 de nossa Constituição:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos

(...)

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Destarte, consoante Sales (2006, p. 31), o poder decorrente está relacionado à descentralização das competências legislativas constitucionais para os estados membros de um Estado. É em razão desta descentralização de competência que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal podem confeccionar suas próprias Constituições e Leis, desde que não contrariem o disposto na Constituição Federal. Ainda sobre o poder decorrente, o autor afirma:

É requisito essencial a toda e qualquer federação de fato a inexistência de hierarquia, previsão e garantia da autonomia entre os entes que compõem esta federação, de modo que este poder manifeste-se sempre observando o paralelismo das formas que consiste em elaborar as constituições estaduais e leis orgânicas dos municípios e do Distrito Federal sempre respeitando o balizamento imposto pela Constituição Federal. (SALES 2006, p. 30).

Melo (2008, p. 35) aponta que o poder reformador, por sua vez, é tarefa dos representantes eleitos pelo povo, que podem modificar, suprimir, derogar, abrogar, adicionar dispositivos constitucionais, respeitando-se, obviamente, os limites da ordem político-jurídica da Constituição. Estes limites são divididos em temporais, circunstanciais, processuais e materiais. Os primeiros vêm expressos na Constituição, podendo-se citar como exemplo uma previsão da Constituição imperial brasileira, a qual dispunha que a mesma não poderia ser

modificada durante os quatro anos posteriores a sua entrada em vigor. Os limites circunstanciais definem que em dadas conjunturas a Constituição não poderá ser modificada, como é o caso do §1º do art. 60 de nossa Carta Magna, que proíbe tal acontecimento em casos de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio. Os processuais, por sua vez, “dizem respeito, basicamente, à restrição da iniciativa do projeto e à exigência de um quórum qualificado para sua aprovação; na Constituição brasileira vigente essas limitações estão previstas no art. 60, I a III, e parágrafos 2º, 3º e 5º”. Por fim, são os limites materiais que geram a maior discussão, vez que existem aqueles que são explícitos – chamados comumente de “cláusulas pétreas” – e outros que, no entanto, são implícitos, sendo desnecessário para este trabalho maior profundidade neste aspecto tão específico do tema.

Finalmente, o poder revisor encontra sua fonte no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no qual é disposto que “a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”. Este poder derivado da Constituição de 1988, portanto, se manifesto apenas uma vez, devendo permanecer inerte durante sua vigência (SALES, 2006, p. 33).

Esclarecidas estas questões, mister voltarmos ao papel do STF em nosso ordenamento jurídico. Outra situação interessante e que merece destaque decorreu da decisão do STF do *Habeas Corpus* nº 82.956, que versava sobre a Lei de Crimes Hediondos. Naquele julgamento o Ministro Marco Aurélio “afastou a incidência do artigo que vedava a progressão de regime aos que houvessem sido condenados pela lei de crimes hediondos, por entender que esta regra violava o princípio da dignidade humana e da individualização da pena” (VIEIRA, 2008, p. 455). Como resultado, diversas pessoas solicitaram progressão de regime. Entretanto, o juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco não autorizou estes pedidos, argumentando que o efeito da decisão do STF era apenas *inter partes*. Além disso, sustentou que o inciso X do art. 52 da Constituição afirma que é competência do Senado suspender a execução, total ou parcialmente, de lei considerada inconstitucional pelo STF. Pois bem. Foi ajuizada a Reclamação nº 4335 contra esta decisão do juiz da Vara de Execuções Penais. O Ministro relator foi Gilmar Mendes, o qual aduziu que o sistema brasileiro de constitucionalidade vem sendo modificado ao longo do tempo, razão pela qual referido

dispositivo não mais se aplicaria da mesma maneira, demonstrando que o STF vem se firmando como poder constituinte reformador.

Ora, esta atuação do STF como poder constituinte reformador causa um claro desequilíbrio entre os três poderes. Como pudemos observar, este fenômeno da *supremocracia* ocorre não somente nestes casos emblemáticos, como também nas súmulas vinculantes. Veja-se que o Supremo pode muito facilmente cruzar a linha entre a interpretação de uma norma previamente formulada e a criação de uma nova, sendo que esta nova norma pode possuir efeito vinculante e vigência imediata. Além disso, devemos nos perguntar até que ponto este novo papel do STF é uma decorrência lógica do desenvolvimento de nosso sistema jurídico, e a partir de que momento ele se apresenta como uma infração à democracia, vez que os Ministros estão, na prática, fazendo o ofício daqueles que são eleitos especificamente para fazê-lo. Por fim, se este é o caminho que o STF continuará seguindo, através do estreitamento dos laços entre os institutos do *common law* e do *civil law* e da importação de ferramentas como os precedentes, mister que se faça uma ampla discussão jurídica sobre como estes instrumentos devem ser aplicados em nosso ordenamento jurídico. Como bem apontaram Cardoso, Machado e Vojvodic, mister que se desenvolva uma forma coerente de aplicação dos precedentes, tanto dentro do STF como fora dele.

3.3 A utilização do efeito vinculante no Brasil e do duplo grau de jurisdição.

Esta crescente importância do STF e do STJ – neste em menor escala – pode ser verificada em alguns dispositivos do Código de Processo Civil, nos quais é possível analisarmos a coexistência do efeito vinculante e do duplo grau de jurisdição em nosso ordenamento jurídico.

Um exemplo a ser citado é o §1º do art. 518, modificado pela Lei nº 11.276/2006, o qual dispõe que “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. Estas são as chamadas *súmulas impeditivas de recursos* porque, como o próprio nome relata, impossibilitam o seguimento de recursos em razão de súmulas proferidas pelos tribunais superiores.

O objetivo da criação deste mecanismo era “abreviar processos prolongados por recursos meramente protelatórios” (REIS, 2009, apud LOURENSETTO JÚNIOR, 2010,

p.56). Existem ainda outros dispositivos relativos às súmulas impeditivas de recurso, como os arts. 475 e 557.

Destarte, no juízo de admissibilidade dos recursos cíveis o juiz deve atentar não só aos pressupostos genéricos, como também deve analisar se a sentença exarada pelo juiz *a quo* está em conformidade com alguma súmula do STJ ou do STF, situação na qual o recurso não deve ser admitido (FARIAS, 2006, p. 136). Segundo Silva (2010, p. 57), este é um dos inúmeros problemas que podem ser citados sobre este dispositivo, eis que a análise dos fundamentos da sentença deve fazer parte do mérito da decisão do recurso; mas que, neste caso, é realizada já no juízo de admissibilidade. Além disso, no entendimento do autor, existem súmulas que não devem ser seguidas, uma vez que as mesmas deixaram de ser utilizadas pelos tribunais superiores.

Ainda criticando o referido dispositivo, Silva sustenta:

A par disso, quem discorda de determinada decisão, além de pretender por óbvio a sua reforma, deseja também ouvir o pronunciamento de outro órgão, de modo que, inevitavelmente, na hipótese de o recurso não ser admitido com base no artigo em questão, a parte irá interpor agravo de instrumento e, eventualmente, agravo interno se o Relator negar seguimento ao recurso.

Dessa maneira, para a parte ter o pronunciamento do órgão colegiado possivelmente terá, ao invés de intentar apenas uma apelação, de interpor três recursos, o que atenta ao princípio econômico, onerando esta com mais custos processuais, bem como afronta ao princípio da celeridade processual, porquanto demorará tempo consideravelmente maior para obter o mesmo pronunciamento. (WAMBIER, apud SILVA, 2010, p. 58).

O autor (2010, p. 58) ressalta, no entanto, que o recurso só não poderá ser aceito caso a fundamentação da sentença seja completamente sustentada pela aplicabilidade da súmula.

Há que se fazer algumas indagações quanto a este dispositivo do CPC. Veja-se que a apelação não será recebida, ou seja, não estará sujeita ao duplo grau de jurisdição. Entretanto, conforme o que já foi explicitado neste trabalho, o duplo grau de jurisdição é a regra de nosso ordenamento jurídico, sendo dispensado apenas em casos muito particulares. No caso deste dispositivo, o juízo de segundo grau, em tese, nem precisaria entrar no mérito da lide, desde que a sentença estivesse aparentemente de acordo com súmula enunciada pelos tribunais superiores. É cediço, todavia, que as súmulas muitas vezes são utilizadas para desafogar os gabinetes dos juízes, os quais são pressionados pela sociedade pela demora na prestação jurisdicional e pelo próprio CNJ com suas metas de julgamentos. Destarte, parece-nos que este dispositivo não contempla nem a realidade jurídica brasileira, nem os anseios da

população por julgamentos mais céleres e justos, principalmente se considerarmos que, hoje, já contamos com 1207 súmulas dos tribunais superiores.

Indaga-se, ainda, qual seria a diferença prática neste caso entre uma súmula de efeito vinculante e outra apenas persuasiva. Poder-se-ia dizer que a súmula sem efeito vinculante não necessariamente precisa ser seguida, se constatado que o caso em apreço possui fatos que o distingua de outros nos quais a súmula deveria ser aplicada. Porém, esta também deve ser a atitude a ser tomada pelos magistrados caso a súmula vinculante não guarde total semelhança com a lide em julgamento.

Este é um dos problemas derivados da inclusão em nosso ordenamento jurídico de instrumentos vindos do *common law*. Isso porque, neste sistema, como pudemos observar anteriormente, a utilização dos precedentes é acompanhada de uma teoria e de um procedimento historicamente definido. Já no Brasil a teoria dos precedentes é pouquíssimo difundida, ainda sendo considerada por muitos como alienígena ao nosso sistema. Como consequência, não possuímos um sistema bem definido quanto à aplicação das súmulas e de precedentes judiciais, causando dúvidas aos operadores do direito e insegurança jurídica aos que recorrem ao Poder Judiciário.

Outra questão que deve ser ressaltada quanto à coexistência do duplo grau de jurisdição e do efeito vinculante é a possível afronta à independência dos juízes. Isso porque, segundo alguns autores, a obrigatoriedade dos juízes de primeiro grau de seguir as súmulas vinculantes “lhes tiraria a independência em decidir a lide conforme seu livre convencimento. Para alguns doutrinadores, essa obrigatoriedade em decidir conforme súmula vinculante acabaria por ‘engessar’ o judiciário, vez que as causas seriam julgadas sempre da mesma forma” (LOURENSETTO JÚNIOR, 2010, p. 94).

Destarte, mister conceituarmos brevemente o que é o princípio do livre convencimento do juiz. O art. 131 do CPC dispõe que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Destarte, consoante Peres:

Para que o juiz possa exercer sua função com ousadia e independência a constituição fixa algumas garantias funcionais do judiciário, que são a vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e imparcialidade.

O princípio do livre convencimento do juiz traduz-se na garantia de que o Magistrado decidirá de acordo com suas convicções, de maneira livre, imparcial, mas

com respaldo no direito, a fim de evitar abusos e decisões arbitrárias. (PERES, 2005, p. 32).

Na mesma senda, Dinamarco afirma:

A regra do *livre convencimento* dá ao julgador a prerrogativa de valorar os elementos probatórios do processo segundo sua própria inteligência e sensibilidade, sem estar vinculado a estritos critérios legais que predeterminassem o valor de cada prova ou, menos ainda, o de cada prova em concreto. (DINAMARCO, 2009, p. 248).

Fica claro, portanto, que o princípio do livre convencimento do juiz parece esbarrar na súmula de efeito vinculante e na obrigatoriedade de seguir as decisões dos tribunais superiores. São vários os argumentos levantados sobre este embate, tanto daqueles que defendem esta obrigatoriedade, quanto daqueles a repudiam. Unindo-se a estes últimos, Cezar Britto, Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados de 2007 a 2010, sustenta:

Afinal, como vem criticando a OAB no passar dos anos, não pode a última palavra sobre a vida de um país ser dada por onze pessoas nomeadas por critérios exclusivamente políticos, ainda mais quando recentemente aprovada a centralizadora súmula vinculante. Não obstante o STF ter agasalhado e testemunhado fantásticos e competentes magistrados em suas sessões, a sorte da Justiça não pode ficar subordinada aos dados ou humores políticos do Presidente da República. O acordo ou desacerto do magistrado é de interesse direto da cidadania. (BRITTO, 2006, apud LOURENSETTO JÚNIOR, 2010, p. 96).

Também neste sentido se posicionou Luiz Flávio Borges D'urso:

Súmula retira do juiz a sua capacidade de entendimento e a sua livre convicção, ou seja, a sua independência para julgar. Torna-se o juiz um mero cumpridor de normas baixadas pelo grau superior, comprometendo-se, dessa forma, ao inibir a livre apreciação dos fatos e do direito, a criação e o desenvolvimento da jurisprudência. Tornando-se mero burocrata, exercendo papel de subalterno que reproduz decisões de instâncias superiores, o juiz, contra sua vontade, acaba prestando um desserviço à causa dos direitos fundamentais e da cidadania. (D'URSO, 2004, apud LOURENSETTO JÚNIOR, 2010, p. 96).

No entanto, há quem advogue que o efeito vinculante da súmula não fere o princípio do livre convencimento do juiz. Consoante Leite (2007, p. 109), esta sobreposição do entendimento do STF serve para acabar com divergências judiciais, de forma que o descumprimento de suas decisões caracteriza um desprestígio da Constituição, vez que foi a própria Constituição que deu ao STF a obrigação de salvaguardá-la.

Foi exatamente este o argumento utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 203.498/DF. Veja-se:

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais tribunais, em decorrência do efeito

definitivo outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes.

Contrariamente, a manutenção de decisões divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição. (STF, 203.498/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 09/04/2003, publicado no DJ de 22/08/2003)¹³.

A favor da súmula vinculante, Lourensetto Júnior (2010, p. 101) alega que o juiz de primeira instância “está vinculado à súmula vinculante da mesma forma que se encontra vinculado à lei. Portanto, se considerar que a súmula vinculante tira o poder de livre convencimento do juiz, o mesmo poderia dizer da lei”.

Importante ressaltar ainda que o princípio do duplo grau de jurisdição também está relacionado a esta discussão. Ora, se o juiz de primeira instância está obrigado a decidir consoante a súmula vinculante do STF, não há que se falar em *duplo* grau de jurisdição. Embora a súmula seja criada após o julgamento de diversos casos semelhantes, seu enunciado será apenas uma regra geral que pode, ou não, guardar total semelhança com a lide a ser julgada pelo juiz de primeiro grau. Logo, os casos que forem decididos utilizando uma súmula como o pilar de sua fundamentação não estarão sujeitos ao duplo grau de jurisdição, porque estarão, invariavelmente, previamente decididos pelo STF. Neste sentido:

O corrente emprego da súmula de efeito vinculante amplo, segundo seus opositores, inibirá, o direito de ação (da inafastabilidade) e do acesso à justiça, ou seja, o jurisdicionado, antes mesmo de qualquer pretensão deduzida em juízo, já terá a dissolução sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, devido ao efeito vinculante das súmulas, operando-se como verdadeiros pré-julgados, ficando, desta feita, os juízes singulares impedidos de manifestar sua livre decisão, diante do caso concreto, haja vista a obrigação funcional da aplicação da interpretação pré-estabelecida.

Mais que isso, no entender desta corrente, a controvérsia deixa de ser submetida ao juiz singular, que asseguraria ao cidadão a devida apreciação de lesão ou ameaça a direito, para se obrigar a solucionar o litígio de acordo com outra decisão, sedimentada pelo STF, que não participou no processo, configurando-se uma negação ao cidadão do direito de ver seu litígio julgado pelo juiz originariamente competente. (LANES, 2008, p. 74).

Neste caso, podemos ver mais um dos problemas na importação de instrumentos da teoria dos precedentes do *common law* para o nosso ordenamento jurídico. Conforme os capítulos anteriores deste trabalho, no *common law* o precedente obrigatório deve ser seguido no julgamento de novas lides desde que os casos sejam precisamente similares. Destarte, embora a *ratio decidendi* abranja apenas os fundamentos legais estritamente necessários para o deslinde da causa, eles estão intimamente ligados aos fatos que deram origem àquele

¹³ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=330696>.

precedente. Já no Brasil se faz o caminho contrário: de diversas decisões com resultados similares se faz uma regra geral, de forma que esta não guarda relação com nenhum julgado em específico. Pode-se concluir, portanto, que há a possibilidade de que as súmulas sejam utilizadas em circunstâncias divergentes daquelas pensadas pelos Ministros na ocasião de sua feitura, inclusive porque a ciência do direito não é estanque. Nas ocasiões em que isto acontecer, a pessoa que recorreu ao Poder Judiciário para que seu direito fosse protegido o verá cair por terra, vez que nem mesmo o princípio do duplo grau de jurisdição poderá o socorrer.

Por fim, vale apontar que o engessamento do Poder Judiciário é outro argumento levantado por aqueles que não compactam com a adoção do efeito vinculante em nosso ordenamento jurídico. “Isso porque os juízes das instâncias inferiores como os órgãos da administração pública estariam vinculados à interpretação já consolidada do Supremo Tribunal Federal, não podendo decidir de forma contrária a ela” (LOURENSETTO JÚNIOR, 2010, p. 103).

Este posicionamento, logicamente, não é compartilhado por quem defende a súmula vinculante. Segundo Lanes:

Há ainda o entendimento de que com a implementação das súmulas vinculantes, pelo Supremo Tribunal Federal, existirá, assim como ocorre na Corte Superior Americana e na Câmara dos Lordes inglesa, uma não-vinculação *ad eternum* de seus próprios precedentes, podendo, portanto, a partir de novas provocações, reflexões e diversas decisões futuras, alterar a interpretação dada em matéria constitucional e, conseqüentemente, proceder à revisão ao cancelamento da súmula, o que impedirá qualquer forma de engessamento e paralisa na evolução do Direito, sem, contudo, desprezar os princípios da igualdade, da segurança jurídica e da celeridade processual. (LANES, 2008, p. 65).

Na mesma senda, Leite (2007, p. 130) aponta que as súmulas podem ser revistas e modificadas e que, além disso, elas asseguram a permeabilidade da autoridade do STF.

O que podemos observar com estes estudos é que há que se sopesar os ganhos e as perdas relativas à aplicação do efeito vinculante em nosso ordenamento e adaptá-lo melhor às necessidades e ao sistema jurídico existente, principalmente no que se refere ao duplo grau de jurisdição. Isso porque o efeito vinculante pode, muito facilmente e ao mesmo tempo, ser herói e anti-herói dos problemas existentes em nosso ordenamento jurídico. Herói, por possuir o condão de diminuir consideravelmente os processos que, hoje, sufocam o Poder Judiciário brasileiro, por dar uma maior sensação de segurança jurídica e diminuir a chamada “loteria judiciária”, por conferir ao STF um aumento de poder de salvaguarda de nossa Constituição.

Anti-herói pelos mesmíssimos argumentos, porém vistos por outro ângulo: pela diminuição dos processos sem que, necessariamente, seja observada a qualidade e a justiça dos julgamentos, impossibilitando ainda a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição; pela “segurança jurídica” que, no caso, pode possuir os mesmos defeitos que a lei, como a demora na atualização dos precedentes para que sejam compatibilizados com a realidade, sendo que, nestes casos, nem mesmo o duplo grau de jurisdição poderá assegurar um verdadeiro reexame da causa; pelo poder concedido ao STF sem que saibamos até que ponto estes onze Ministros, indicados politicamente, modificarão nosso ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Através do primeiro capítulo deste trabalho, pudemos concluir que os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law* guardam inúmeras diferenças entre si, desde a sua formação histórica até os dias de hoje. Estas divergências vêm principalmente do fato de que, no *common law*, são os juízes que efetivamente realizam e atualizam o direito através da utilização da teoria do *stare decisis*, enquanto que nos países de supremacia legislativa este é o ofício do Poder Legislativo, formado por pessoas eleitas especificamente para que representem o povo.

Com o estudo da jurisprudência, do precedente e da súmula pudemos notar que nosso ordenamento jurídico está se modificando gradualmente. Isso porque, até não muito tempo atrás, de pouco valia a jurisprudência por diversas razões diferentes: primeiro, porque se prestigiava ainda mais a letra da lei; segundo, porque a própria consulta à jurisprudência não se mostrava fácil como nos dias de hoje. Anteriormente, eram publicados livros com as decisões e entendimentos mais importantes dos tribunais, enquanto que hoje basta abriremos um navegador em nossos notebooks ou *tablets* e temos acesso a jurisprudência do país inteiro.

No entanto, as mudanças não pararam na elevação da valoração da jurisprudência: a própria adoção da súmula em nosso ordenamento jurídico, principalmente aquela com efeito vinculante, denota a aproximação entre os sistemas do *common law* e do *civil law*.

Ocorre que, em tese, a teoria do *stare decisis*, por trabalhar com a vinculação de entendimentos, não é aplicável ao nosso sistema. Primeiramente, porque a imposição de obrigações e de direitos no campo do *civil law* não é tarefa dos tribunais, e sim do Poder Legislativo. Segundo, pois a adoção do efeito vinculante, pelo menos ao primeiro olhar, não é harmônica aos princípios e garantias preexistentes, como é o caso do princípio do duplo grau de jurisdição.

O referido princípio prega que, em regra, todos os julgamentos devem ter a possibilidade de revisão, de reanálise da lide. No entanto, há aqueles que defendem ser o duplo grau de jurisdição um princípio, e outros que advogam seu caráter de garantia constitucional. Esta diferenciação é de extrema importância para o tema em espécie vez que, caso o duplo grau de jurisdição fosse realmente uma garantia constitucional, não poderia existir no ordenamento jurídico brasileiro o efeito vinculante, eis que ele impossibilita o reexame da

causa ante o entendimento de um tribunal superior. No entanto, consoante o estudo realizado, não é este o caso. Não há que se defender o caráter de garantia constitucional do duplo grau de jurisdição uma vez que a própria Constituição o rejeita em algumas situações. O conceito de garantia constitucional não comporta uma possibilidade como esta em questão, na qual às vezes a garantia é aplicada, às vezes não. Isso não significa que o duplo grau de jurisdição não é um importante pilar para o ordenamento jurídico brasileiro. Veja-se que ele é a regra, ou seja, na grande parte dos casos pode e, se incitado, deve ser aplicado.

O efeito vinculante, por sua vez, aterrisou em solo tupiniquim na tentativa de dirimir diversas dificuldades na prestação jurisdicional, sendo algumas de suas promessas a melhora na qualidade dos julgamentos ante a diminuição dos processos repetitivos e a extinção da chamada “loteria judiciária”, já que é comum que lides semelhantes recebam decisões diversas. Estes argumentos, todavia, são rebatidos por boa parte da doutrina, a qual sustenta que a utilização do efeito vinculante não garante uma decisão justa para todos.

Pode-se dizer ainda que a importação do efeito vinculante trouxe como consequência um aumento significativo de poder do STF. Isso porque agora o Supremo pode prejudicar milhares de casos com a “simples” edição de uma súmula, sendo que esta obrigará a todos os magistrados em todas as instâncias do Poder Judiciário. Há que compreender, porém, que este prejudicamento não contempla todas as possibilidades fáticas que podem estar envolvidas em uma lide, pelo simples fato de que é impossível fazê-lo. Embora tenha a súmula o condão de uniformizar o entendimento sobre casos semelhantes, ela também pode concretizar – com a força de coisa julgada material – inúmeras injustiças.

Não se está a dizer que o efeito vinculante não pode ser utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, ou então que ele não pode se harmonizar com os princípios e garantias constitucionais. Defende-se, entretanto, que ele seja aplicado conforme os padrões da teoria do *stare decisis* no *common law*. Ora, o precedente, tanto nos EUA quanto na Inglaterra, deve ser minuciosamente estudado pelo juiz para que ele possa decidir se ele é aplicável ou não ao caso em tela. Mais do que isso, o precedente está vinculado a um caso específico, facilitando a análise do magistrado quanto à adequação do precedente à lide que se está prestes à julgar.

Esta forma de julgar através dos precedentes, no entanto, não é utilizada no Brasil, simplesmente porque a teoria do *stare decisis* é pouquíssimo difundida. Na realidade, o efeito

vinculante foi inserido em nosso ordenamento jurídico sem que soubéssemos exatamente como ele seria aplicado e quais seriam as consequências desta aplicação.

Como pudemos observar, o que ocorre no Brasil atualmente é a existência de um modelo misto, uma vez que embora sejamos uma nação de supremacia legislativa, utilizamos também o modelo de precedentes dentro do Poder Judiciário através do empoderamento do STF. Ora, enquanto não houver uma discussão mais profunda quanto às formas de se julgar através dos precedentes e seu procedimento, princípios como o duplo grau de jurisdição estarão seriamente prejudicados. Isso porque uma apelação, caso recorra de sentença julgada consoante súmula vinculante ou não, não deverá ser recebida pelo tribunal, conforme o §1º do art. 518 do Código de Processo Civil.

Veja-se que, embora exista o princípio do duplo grau de jurisdição, são milhares as lides que recebem apenas um exame, sendo que este exame pode ser simplificado através de uma frase, no caso, a súmula. Além disso, este princípio pilar de nosso ordenamento é censurado mesmo na ocasião de súmulas não vinculantes. Destarte, há que se pensar qual a melhor forma de aplicar o efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, sem que, no entanto, sacrifiquemos nossos próprios valores jurídicos para tal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jean Alves Pereira. **Jurisdição, acesso à justiça e desenvolvimento:** Os desafios da jurisdição em tempos de globalização. 2008. 109 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. Disponível em:

<<https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/aLgK0PhRd0/ALMEIDA%2C%202008%20-%20Jurisdicao%20e%20acesso%20a%20justica.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

BARBOSA, Claudia Maria. **Os novos oráculos da lei:** a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil. [Doutorado] Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; 2002. 219p.

BRASIL. Constituição, 1988.

_____. Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

_____. Lei n. 8.038/1990, de 28 de maio de 1990.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

_____. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

_____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

_____. Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006.

BRAZ, Antônio Cícero De Oliveira. **Súmula vinculante.** 2007. 53 p. Dissertação (Pós-graduação) - Universidade Cândido Mendes, Brasília. Disponível em:

<https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/xPOC11NsaV/S%C3%BAmula_Vinculante_Ant%C3%B4nio%20C%C3%ADcero.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2012.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

_____. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goddhart 1984-1985**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CORRÊA, Luciana Claudete. **Direitos fundamentais, decisões judiciais e efeito vinculante**. [Mestrado] Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; 2001. 151p.

COSTA, Gustavo Carvalho. **O duplo grau da jurisdição no processo penal: Apelação no rito do júri**. 2006. 238 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/2EC8c-UEtn/COSTA%2C%202006%20-%20DUPLO%20GRAU.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

DAVID, René e JAUFFRET-SPINOSI, Camile. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 9ª ed. Paris: Précis Dalloz, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 8, p.31-52, nov./dez. 2006 / jan. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-8-novembro-2006-maria%20sylvia.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER JUNIOR, Freddie. **Curso de direito processual civil vol. 1: Teoria geral e processo de conhecimento**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009. 5 v.

DIDIER JUNIOR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil vol. 2: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009. 5 v.

FARIAS, Doris Ghilardi de. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil brasileiro:** Em busca da harmonia com os princípios da efetividade e da celeridade processual. 2006. 170p. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/2izn0B2oVR/Farias%2C%202006%20-%20Duplo%20grau%20de%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20no%20direito%20processual%20civil.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 6ª ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

LANES, Andreotte Norbim. **A súmula vinculante e sua (in)compatibilidade com o princípio constitucional da legalidade.** 2008. 102p. Dissertação (Pós-graduação) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória. Disponível em: <https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/JSpgt_zL3A/LANES%2C%202008%20-%20A%20SUMULA%20VINCULANTE%20E%20SUA%20INCOMPATIBILIDADE.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2012.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira.** 2007. 222p. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. Disponível em: <https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/LAW_fFDC31/Leite%2C%202007%20-%20S%C3%BAmula%20vinculante%20e%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20constitucional.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias.** 3ª ed. São Paulo : Atlas, 2011.

LOURENSETTO JUNIOR, Rui Luiz. **A súmula vinculante e a eficácia coletiva do julgado**. 2010. 124p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba.

Disponível em:

<https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/LAW_fFDC31/Leite%2C%202007%20-%20S%C3%BAmula%20vinculante%20e%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20constitucional.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do Processo**. 5^a ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, Adriana Zawada. A limitação material do poder constituinte derivado. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, n. 1, p.31-52, 2008. Disponível em:

<<http://132.248.9.1:8991/hevila/Revistamestradoemdireito/2008/vol8/no1/2.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

OLIVEIRA, Carla Dumont. **Limites e apontamentos acerca do poder constituinte originário**. 2006. 132p. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte. Disponível em:

<<https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/il3a7fipZv/OLIVEIRA%2C%202006%20-%20Limites%20e%20apontamentos%20acerca%20do%20poder%20constituente%20originario.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Acesso à justiça, poderes do relator e agravo interno**. 2005. 426p. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica, Curitiba. Disponível em:

<<https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/8TQyRfrp2H/Oliveira%2C%202005%20-%20Acesso%20C3%A0%20justi%C3%A7a%20poderes%20do%20relator%20e%20agravo%20interno.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

OLIVEIRA FILHO, Reinaldo Rodrigues de. **O efeito vinculante e as garantias constitucionais do processo**. 2001. 188p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Franca. Disponível em:

<<https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/BFXzmWqXDM/OLIVEIRA%20FILHO%2C%202001%20-%20Efeito%20Vinculante.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

PERES, Deise de Godoy Marconi. **A (in)constitucionalidade da súmula vinculante sob a ótica do princípio constitucional do livre convencimento do juiz.** 2005. 49p. Dissertação (Pós-graduação) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma. Disponível em: <https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/R_qOpsr5Tr/PERES%2C%202005%20-%20a%20%28in%29constitucionalidade%20da%20s%C3%BAmula%20vinculante.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2012.

SALES, Décio Pimentel Gomes Sampaio. **Poderes constituintes e limitações constitucionais:** O papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição. 2006. 121p. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/5K0QdVX11S/SALES%2C%202006%20-%20Poderes%20Constituintes.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

SANTOS, Marina França. **Fundamentos da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.** 2011. 121p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/kYe_YV8row/Santos%2C%202011%20-%20Fundamentos%20da%20garantia%20constitucional%20do%20duplo%20grau%20de%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

SILVA, José Leonardo Lussani da. **A crescente força da jurisprudência no sistema romano-germânico.** 2010. 85p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/24831>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

SOUZA, Michel Roberto Oliveira De. **A relação entre precedente judicial e súmula vinculante.** 2009. 102p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Estadual de Maringá, Maringá. Disponível em: <https://www.dropbox.com/sh/2b9i82fr4fn0n8p/teX_LXzfMR/SOUZA__Michel_Roberto_de._Relacao_Entre_Precedente_Judicial_e_Sumula_Vinculante.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Eficácia, poder e função das súmulas no direito brasileiro.** [Mestrado] Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; 1995. 328p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23/50, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista DireitoGV**, São Paulo, n. 8, p.441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; MACHADO, Ana Mara França. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: Precentes e processo decisório no STF. **Revista DireitoGV**, São Paulo, n. 9, p.21-44, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/3%20-%20Escrevendo%20um%20romance%20-%20Adriana,%20Ana%20Mara%20e%20Evorah.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2012.