

Súmula Vinculante: A influência da *common law* no sistema jurídico brasileiro¹

Claudinei J. Göttems² e Rodrigo Lanzi de M. Borges³

RESUMO: O ordenamento jurídico brasileiro atravessa profundas modificações visando a efetividade do processo. A súmula vinculante, neste cenário, representa a intersecção dos grandes sistemas jurídicos. As decisões judiciais passam, então, a constituírem fonte do ordenamento jurídico. Embora a alteração restrinja-se ao âmbito constitucional o aprimoramento do mecanismo vinculativo e a expansão aos demais tribunais superiores poderá culminar com a almejada efetividade do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula vinculante. Efetividade do Processo.

ABSTRACT: The Brazilian legal system has been facing deep modifications recently aiming at the effectiveness of the process. The binding abridgement, in this context, represents the influence of the great legal systems. The sentences, as a consequence, become a source of the legal system. Although these modifications are mostly applied to the constitutional area, the improvement of the obligatory mechanism and the expansion to the other superior courts will be able to bring the aimed effectiveness of the process.

KEY WORDS: Binding abridgement. Effectiveness of the Process.

1. Introdução

A crise notória da (má) administração da justiça, decorrente não só do aumento dos conflitos sociais, mas, em grande medida, do mau aparelhamento do Poder Judiciário – físico, tecnológico e pessoal – causou o descrédito do Estado-Juiz.

A morosidade, vista como um dos maiores problemas na prestação jurisdicional, provoca na sociedade a sensação de impunidade, de injustiça.

¹ Este artigo integra a produção científica do grupo de pesquisa “Garantias Constitucionais do Processo” referente à Linha de Pesquisa “Garantias de Acesso de Justiça e Concretização de Direitos”, do Curso de Pós-Graduação “*Stricto Sensu*” da Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru/SP, tendo contado com o auxílio da graduanda Jaqueline Machuca, integrante do Núcleo de Pesquisa e Integração – NPI.

² Advogado e Professor universitário; mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – SP.

³ Advogado e mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE - SP

Na tentativa de minimizar os impactos negativos da ineficiência judiciária, o legislador tem procurado adotar mecanismos tendentes a garantir a celeridade do processo, alterando a legislação processual civil em vigor em pontos que podem causar a perpetuação indevida da demanda.

Assim é que diversas alterações foram promovidas com a adoção de técnicas que impedem a procrastinação dos feitos injustificadamente⁴. Observa-se, contudo, que o pano de fundo dessas alterações, em regra, constitui a adoção do precedente judicial como forma de conter os recursos intermináveis nos Tribunais, valorizando, de certa forma, as decisões de primeira instância.

No âmbito constitucional, com a aprovação da Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, denominada pela doutrina de “Reforma do Judiciário”, inseriu-se no ordenamento jurídico, agora expressamente⁵, a garantia da “razoável duração do processo”.

Como mecanismo para garantir esse “novo” direito fundamental, o Constituinte Derivado adotou o mecanismo da vinculação dos precedentes judiciais⁶, inserindo nova disposição constitucional que assegura ao Supremo Tribunal Federal a adoção de súmulas com efeito vinculativo em relação aos demais órgãos judiciais e administrativos.

A adoção do precedente como fonte do direito é técnica afeta ao sistema da *common law* que tem nas decisões judiciais sua fonte primária do ordenamento jurídico. O Brasil, filiado ao sistema romano-germânico, que tem como fonte exclusiva a lei, tem se deparado com as alterações que procuram dar vinculação aos precedentes – em primeiro momento no aspecto horizontal, e, agora, com a verticalização vinculativa.

Tais alterações revelam uma forte influência do sistema anglo-saxônico na *civil law*, como se ocorresse uma intersecção dos sistemas, ora adotando-se a lei, ora o precedente judicial como fonte do direito.

⁴ Visando dar maior efetividade e celeridade à tutela jurisdicional Estatal, no incessável combate ao “fator tempo” no direito processual civil, ou melhor, ao dano marginal do processo, os nossos legisladores, buscam, a todo momento, a criação e implementação de novas técnicas processuais, introduzindo, por exemplo, com as reformas instauradas pelas Leis 8.950 e 8.952/1994, 9.079 e 9.245/1995, 10.352 e 10.358/2001, e 10.444/2002, dentre outros mecanismos, a ação monitória (art. 1.102a – 1.102c); a antecipação dos efeitos da tutela (art. 273); a ação de cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (art. 461) e de dar coisa certa (art. 461-A); expressivas modificações na área recursal, e agora com a implantação de uma nova sistemática para a execução de títulos judiciais com a Lei 11.232/2005, acarretando a fusão dos processos de execução e conhecimento em uma “única relação jurídica processual”, fenômeno este que tem se denominado pela doutrina de Sincretismo Processual.

⁵ A celeridade é ínsita ao princípio de inafastabilidade da jurisdição, consagrada pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. A doutrina é uníssona no sentido de que o mencionado dispositivo garante não só o acesso, mas, como corolário do Estado Democrático de Direito, a garantia se refere a efetividade do processo, e, desta forma, a celeridade é implicitamente abstraída desse contexto, posto que não se pode admitir um processo efetivo que perdure por longos anos.

⁶ O que denominaremos, de ora em diante, como Súmula Vinculante, muito embora cientes de que a terminologia não é a mais adequada, como adiante verificar-se-á, contudo, acreditamos que as discussões sobre esse aspecto (terminológico) é de menor importância diante da complexidade maior que a alteração legislativa implica no ordenamento jurídico.

Analisaremos, ao longo deste estudo, as principais características inerentes ao sistema dos precedentes vinculativos da *common law*, suas influências no ordenamento jurídico pátrio e o reflexo na efetividade do processo.

2. A *common law* e a influência da teoria do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro

O sistema jurídico da *common law* tem como fundamento principal a teoria do *stare decisis* (da expressão latina: *stare decisis et non quieta movere* = mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido)⁷, consistente na vinculação para futuros casos da decisão tomada em caso anterior que guarde similitude.

As escolas que se seguiram na evolução do estudo do direito sempre tiveram a preocupação em analisar a função das decisões judiciais. Desta forma é que os jusnaturalistas viam na atividade jurisdicional a função de declarar o que já existe, posto que o direito é preexistente (Direito Natural) e a atividade do juiz consistia na simples tarefa de adequar a decisão judicial ao conteúdo normativo.⁸

O positivismo jurídico, por sua vez, preocupando-se tão somente com as questões de validade da regra jurídica posta, percebia na atividade jurisdicional a declaração do direito ao fato concreto, ou seja, a subsunção ao fato controvertido da norma jurídica existente. Não se tratava de uma conformação ao direito que já existia, como no jusnaturalismo, mas, ao contrário de se aplicar ao caso concreto a norma posta no ordenamento jurídico, analisando-se, para tanto, os critérios lógico-formais de sua validade.

Kelsen, contudo, mesmo sendo um dos precursores da escola positivista, via na decisão judicial não somente a declaração, mas a constituição do direito, de uma norma jurídica individual, aplicável ao caso julgado, aduzindo que

uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um Direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples 'descoberta' do Direito ou 'jurisdição' ('declaração' do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo.⁹

A escola histórica, por sua vez, abandonando a idéia de um direito preexistente, e, ainda, contrapondo-se, em certa medida, a existência de um ordenamento infalível, próprio do positivismo, afirma que as instituições jurídicas decorrem da história e dos costumes do povo, e, em decorrência, "na visão da escola

⁷ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p.160

⁸ Cf. SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à Súmula vinculante*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p.24

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p.255-256

*histórica, cabe ao juiz, ao interpretar a norma jurídica, adaptá-la, conformá-la às necessidades da época e do lugar”.*¹⁰

Embora as decisões judiciais, no sistema da *common law*, tenham seu valor criativo-normativo, o mesmo não ocorreu no sistema romano-germânico, por influência da teoria da separação dos poderes, de Montesquieu¹¹, pela qual o Juiz nada mais era do que “a boca da lei”, limitando-se a dizer o que já estava posto pelo ordenamento jurídico, o que contribuiu para a negação das decisões judiciais como fonte do direito.

Com as alterações que vêm sendo implementadas no ordenamento jurídico pátrio, onde as decisões judiciais pretéritas passam a ter um inegável papel diante das futuras decisões, e, mais ainda, com a adoção do mecanismo vinculativo das decisões do Supremo Tribunal Federal, cumpre aos operadores do direito o conhecimento acerca das técnicas necessárias para a melhor compreensão da teoria aplicável à *common law*.

Não temos a pretensão de esgotar o assunto, porém, é imprescindível para a conclusão deste estudo algumas considerações sobre a aplicação do precedente judicial como fonte normativa.

Por primeiro, há de se fazer distinção acerca do que constitui o precedente, ou seja, o que vincula as decisões posteriores.

Os estudiosos da *common law* nos seus países de origem destacam que a vinculação futura está adstrita a *ratio decidendi* de um caso, ou seja, as razões que levaram o juiz a uma determinada conclusão. Sinteticamente – se é que tal é possível – a *ratio decidendi* de um caso revela os motivos fundamentais que foram levados em conta para a tomada daquela e não de outra decisão.

Marcelo Alves Dias de Souza¹² reproduz o pensamento de Goodhart, nos seguintes termos:

Num certo caso, a corte considera que os fatos A, B e C existem. Então, excluem o fato A como irrelevante, e a partir dos fatos B e C chega à conclusão X. Qual é a **ratio decidendi** deste caso? Há dois princípios: (1) Em qualquer caso futuro em que os fatos sejam A, B e C, o tribunal deve chegar à conclusão X, e (2) em qualquer caso em que os fatos sejam B e C, o tribunal deve chegar à conclusão X. No segundo caso, a falta do fato A não afeta o resultado, pois o fato A foi considerado irrelevante. O tribunal, portanto, cria um princípio quando determina quais são os fatos fundamentais e quais são os fatos irrelevantes nos quais baseia sua conclusão. (grifo no original)

Observa-se, assim, que a *ratio decidendi* é a tese jurídica utilizada pelo julgador que o levou a uma determinada conclusão, passando a constituir um precedente para as decisões futuras.¹³

¹⁰ SOUZA. *Op.cit.* p.28-29

¹¹ Disse Montesquieu: “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”. (*Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.157)

¹² *Op.cit.* p.132

Há, porém, os fatos ou fundamentos que, muito embora existentes no caso julgado, não são relevantes a ponto de comporem a *ratio decidendi*, denominados *dictum* ou *obiter dictum*. Diz-se tratar de *dictum* as proposições de direito que não são relevantes a ponto de fazer parte da *ratio decidendi*, mas que guardam relação com a matéria do caso julgado. *Obiter dictum*, por seu turno, são os fundamentos de direito que têm uma ligação tênue com a matéria decidida.¹⁴

Observa-se, assim, que a vinculação do precedente se dá em razão do conteúdo persuasivo dos fundamentos jurídicos inerentes ao caso julgado. Trata-se de uma hierarquização dos argumentos jurídicos utilizados pelo julgador para a tomada de decisão. Os fundamentais constituem o núcleo da decisão, a razão de decidir, que se tornam vinculativos para futuras decisões de casos análogos, os demais, embora possam ter conteúdo persuasivo, não são suficientes para integrarem a *ratio decidendi* da causa.

Embora a doutrina do *stare decisis* preconize como regra a vinculação ao que já foi decidido anteriormente, o sistema possui técnicas voltadas para a não aplicação do precedente.

A primeira técnica referenciada pelo sistema da *common law* para a inaplicabilidade do precedente com força vinculativa está na distinção dos casos: *distinguishing*. Parece óbvio, mas nem sempre tão simples.

Inerente ao sistema do *stare decisis* é a condição de que a causa a ser julgada encontre similitude com a causa que originou o precedente vinculativo, ou seja, os fatos fundamentais do caso que serve como paradigma, dentro de um apropriado nível de generalidade, deve ser coincidente com os fatos fundamentais do caso a que se pretende aplicar o precedente. De se notar que a identidade não há de ser plena, mas nos aspectos fundamentais dos casos analisados. Não há, igualmente, fórmula pronta para se decidir pela aplicação ou não do precedente. A análise acurada do caso concreto é que a determinará. Essa análise, porém, deve ser feita com a devida cautela pelo julgador a fim de não anular os princípios do sistema, nem de aplicar o precedente a casos diferentes.

Poderá, igualmente, deixar de aplicar o precedente ao caso em julgamento, quando as circunstâncias sociais em que o caso paradigma foi julgado tiverem mudado. Neste caso, havendo modificação no seio social das circunstâncias que justificaram o julgamento que conduziu ao precedente, poderá o juiz deixar de aplicá-lo.

Outro importante mecanismo de controle da aplicabilidade dos precedentes está na técnica do *overruling*, que se traduz na possibilidade de revogar um precedente quando se entender que houve uma interpretação errônea do direito. Essa revogação, porém, deve ser sopesada, pois se traduz em assentir que as decisões

¹³ José Rogério Cruz e Tucci acrescenta, ainda, que a *ratio decidendi* é composta de três elementos: a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*). Esclarece, também, o autor que “a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como *precedente*, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta.”. in: *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004 p.175

¹⁴ SOUZA, Op. cit. p.140

pretéritas tomadas com base no precedente revogado, foram baseadas em interpretação distinta do que se revela na verdade do Direito.¹⁵

Distingui-se, porém, o *overruling* do *reversal*. Enquanto o *overruling* é uma revogação do precedente por se entender que houve uma interpretação equivocada do direito, o *reversal* constitui a possibilidade de revisão, por uma Corte superior, de um precedente adotado por uma corte inferior a um determinado caso. Embora similares, os resultados advindos são distintos. No *overruling* a revogação implica na não aplicação do precedente aos casos futuros, mas vincula o que até então fora decidido. Já no *reversal* há uma revisão que significa a reforma por uma corte superior da decisão tomada por uma corte inferior, implicando na renovação da decisão no caso concreto.

Há, ainda, que se obterem que os precedentes podem ser persuasivos ou obrigatórios, de vinculação vertical ou horizontal.

Diz-se que um precedente é persuasivo quando serve de justificativa para o julgamento de um caso, sem, contudo, estar o juiz obrigado a seguir seus fundamentos, o fazendo por sua livre convicção de que seja o melhor a decidir. Obrigatório, por sua vez, é o precedente que vincula a decisão do juiz, não lhe permitindo decidir em contrariedade com a *ratio decidendi* do precedente, exceto nas hipóteses já mencionadas.

Horizontal é o precedente que vincula internamente o Tribunal que o criou, não se transmitindo aos demais órgãos judiciais. O efeito vertical do precedente é a obrigatoriedade de se seguir o precedente a todos os órgãos judiciais.

Postas essas considerações, que, como dito, apenas têm o condão de dar suporte ao que será tratado a seguir, cumpre-nos analisar a vinculação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1. A vinculação dos precedentes no Código de Processo Civil

Há tempos que caminhamos no sentido de buscar a aplicação do precedente judicial vinculante. Já em 1990, através da Lei 8.038, de 28 de maio daquele ano, o legislador outorgou competência ao relator para negar seguimento a recurso ou pedido que contrariasse, “nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal”.

Destarte, tratava-se, inicialmente, de vinculação horizontal do precedente judicial, garantindo-se ao relator decisão de negativa de seguimento ao recurso.

Posteriormente, alterou-se o artigo 557 do Código Processual Civil, através da Lei 9.139, de 30.11.1995, estendendo aos tribunais em geral competência ao relator para negar seguimento a recurso contrário a súmula do Tribunal ou de Tribunal Superior.

Por fim, sobreveio a Lei 9.756, de 17.12.1998 para tornar competente o relator não só para denegar o seguimento ao recurso, mas também para apreciá-lo e proferir decisão monocrática sempre que a decisão recorrida “estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal

¹⁵ Cf. SOTELO *apud* SOUZA, op. cit.p.150

Superior”¹⁶ (artigos 544, par.3º, 557, *caput* e par.1º-A, do CPC).

Embora tratassem de precedentes não obrigatórios, visto que se traduzia na faculdade do relator em dar provimento ao recurso, evidenciava-se uma forte tendência de se admitir às decisões o caráter vinculativo.

É de se observar que não se tratava somente de súmula, mas, também, de decisões dominantes do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Vale dizer: ainda que não se houvesse sumulado entendimento sobre determinado assunto, mas que se constituísse em jurisprudência dominante, estaria o relator autorizado a negar ou julgar o recurso interposto.¹⁷

Mais recentemente, visando a celeridade dos feitos, a Lei 11.277/06 inseriu ao Código de Processo Civil o artigo 285-A com a seguinte redação:

Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Sem adentrarmos ao *meritum* da alteração legislativa¹⁸ trata-se de forma anômala de precedente, onde as razões que conduziram o juiz a decisão de improcedência poderá guiá-lo na extinção dos feitos em que forem idênticos os casos, ou seja, não se trata de vinculação nos moldes da *common law*, da *ratio decidendi*, mas sim da observância de requisitos – casos idênticos e sentença de total improcedência –, para facultar ao juiz a prolação imediata da sentença, mesmo sem a participação do réu no processo.

Por fim, desde a redação original do Código, os artigos 476 a 479 têm a finalidade de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais, numa clara conduta que conduz ao acertamento judicial acerca da interpretação jurídica que se deve seguir, garantindo-se a segurança jurídica em que se devem pautar as decisões judiciais.

2.2 – Os precedentes judiciais no Supremo Tribunal Federal

Responsável pela guarda da Constituição, atribuição que lhe foi conferida pelo artigo 102 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal (STF) atua como uma Corte Constitucional, nos moldes das Cortes européias, permanecendo, contudo, a forma

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma Escalada e seus Riscos*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, RS, ano 6, n. 35, p. 5-16, Mai-Jun 2005

¹⁷ Sobre a constitucionalidade da competência do relator, o Tribunal Pleno do STF, em julgamento de Agravo Regimental no Mandado de Injunção (MI 375), por unanimidade considerou legítimo o poder conferido ao relator, no seguinte trecho do acórdão de relatoria do Min. Carlos Velloso: “É legítima, sob o ponto de vista constitucional, a atribuição conferida ao Relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência (RI/STF, art.21 § 1º; Lei 8.038/90, art.38), desde que, mediante recurso – agravo regimental – possam as decisões ser submetidas ao controle do colegiado”.

¹⁸ Além de constituir uma mudança estrutural na formação do processo – autor, juiz e réu - admitindo o processo entre autor e juiz, a alteração, se visava a celeridade, pode causar efeito inverso, pois, havendo apelação, o réu será citado para responder ao recurso, o que conduzirá ao processamento e julgamento no Tribunal *ad quem*, certamente com maior lentidão que em primeira instância.

primitiva de sua composição.

O controle concentrado de constitucionalidade foi conhecido no ordenamento jurídico nacional através da Emenda 16/65 que instituiu o controle, via ação direta, da inconstitucionalidade das leis, instituto mantido na Carta atual.

Através da Emenda Constitucional 3/93, ampliou-se os poderes do Pretório Excelso para, além de processar e julgar as ações de inconstitucionalidade, também as ações que tenham a finalidade de declarar a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais.¹⁹

Debateu-se, naquele momento, acerca das conseqüências advindas da novel legislação constitucional, ora defendendo que se tratava do mesmo objeto da ação direta de inconstitucionalidade, porém, com sinal inverso, ora assegurando tratar-se de um novo mecanismo de controle para garantir a unicidade do ordenamento jurídico.

A fim de regulamentar o processo e julgamento das ações direta e declaratória, promulgou-se a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que passamos a analisar quanto aos efeitos decorrentes da decisão do STF.

Muito embora a Constituição Federal (art.102, § 2º), com redação dada pela Emenda n.º 3, tenha assegurado efeito *erga omnes* e vinculante às decisões de mérito nas ações declaratórias de constitucionalidade, o legislador infraconstitucional ampliou esses efeitos à ação direta.

É inerente ao controle abstrato de constitucionalidade que os efeitos da decisão tomada pela Corte Constitucional alcance a todos, tendo em vista que não há interesse subjetivo posto em julgamento, buscando-se, assim, a unicidade do ordenamento jurídico e a segurança jurídica. Declarada a inconstitucionalidade do ato impugnado não se há de perquirir novamente, na via difusa, sua validade frente a Constituição. Poder-se-á, porém, discutir os efeitos subjetivos que possam advir da invalidade do ato impugnado.

No que concerne ao efeito vinculante das decisões em matéria de controle concentrado, estabeleceu o parágrafo único, do artigo 28, da Lei 9.868/99, que as decisões *“têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”*.

Observa-se, assim, que a vinculação não alcança o Legislativo, que poderá editar norma com conteúdo idêntico ao já declarado inconstitucional. Também, a própria Corte não está vinculada a sua decisão.

A vinculação das decisões tomadas pelo STF reflete a necessidade de se garantir a coesão do ordenamento jurídico. Não seria crível que a decisão tomada pelo órgão responsável pela guarda da Constituição não produzisse tais efeitos, sob pena de abalar-se a segurança jurídica.

A recente alteração introduzida pela Emenda 45 garantiu ao Pretório Excelso a possibilidade de edição de súmula com efeito vinculante, tendo como objeto a validade, eficácia e a interpretação de normas determinadas sobre matérias

¹⁹ É o que basta, em termos históricos, ao presente trabalho. Para uma análise mais verticalizada, vide, dentre outros: SORMANI, Alexandre. *Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004; BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade. Elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004;

constitucionais.

Os requisitos para a adoção das súmulas serão analisados mais adiante.

Cumpre, neste aspecto, perquirir sobre a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal.

Pelo breve esboço histórico retratado, observa-se que ao longo dos anos os poderes do órgão maior do Poder Judiciário foram se ampliando sem que houvesse, porém, uma contrapartida para tanto.

A forma de composição do Supremo ainda não foi contemplada com a democracia que se espera de um Tribunal Constitucional. Não se trata, e é bom que se advirta, de questionar sobre o saber jurídico de seus membros. A indagação tem outro sentido.

Ao longo dos anos o Brasil vem crescendo em cultura democrática. Exemplo disso foi o *impeachment* do Presidente Collor, as manifestações contra a MP 232 que aumentava tributos, e a crescente participação da população no cenário político.

Tudo isso faz crer que caminhamos para uma consolidação democrática. Claro que há, ainda, uma longa jornada à frente. Mas o que importa, de fato, é que as sementes da democracia estão germinando na população.

Neste cenário de democratização e de conscientização democrática, não se mostra plausível manter a composição do STF nos padrões de outrora. Especialmente com a crescente dose de poder que lhe está sendo conferido com o passar dos anos.

A composição através da nomeação pelo Poder Executivo com a aquiescência do Legislativo já não mais pode perdurar diante do quadro fático atual em que o STF atua verdadeiramente como Corte Constitucional²⁰.

É necessário abriremos os olhos para as composições de outros países²¹ a fim de que possamos desvincular o STF dos demais poderes para que atue, de forma independente e imparcial, como uma Corte Constitucional pautada pelos moldes da democracia. Para que isso ocorra, nada melhor do que começar pela escolha dos membros que o compõem.

2.3. A criação normativa pelos Tribunais e a Teoria da Separação dos Poderes

Embora a discussão sobre a criação normativa através das decisões judiciais

²⁰ Willis Santiago Guerra Filho afirma que os membros que compõem o Tribunal Constitucional devem ter mandato obtido por meio de eleições, em vista de ser um órgão que exerce um poder político, um legislador negativo, sendo, o juiz constitucional, uma “espécie de emenda constitucional viva”. *Notas sobre algumas recentes inovações no perfil constitucional do Poder Judiciário*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do judiciário. Analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005. p.25

²¹ A Constituição Espanhola, em seu artigo 159.1. estabelece que “El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey: de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría: dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.”. O artigo 222.1 da Constituição Portuguesa tem a seguinte redação: “O Tribunal Constitucional é composto por treze juizes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes”. Em ambas Cartas o mandato dos membros do Tribunal são de nove anos.

mereça amplitude e reflexão aprofundada, por não se tratar o escopo deste estudo, apenas a abordaremos com o intento de apoiar-nos para as considerações finais.

Não há dúvida de que ao decidirem uma questão, os Juízes acabam por criar uma regra jurídica aplicável ao caso concreto. Acabam por assim fazê-lo em decorrência da interpretação dada ao ordenamento jurídico e as normas aplicáveis à lide.

Cappeletti já assentia que não se há de discutir sobre o poder normativo dos juízes, visto que um fenômeno inegável, porém, o que se deve perquirir é sobre os limites dessa normatividade.

No sistema onde a decisão judicial passa a constituir fonte normativa sobreleva-se a questão sobre a invasão de competência legislativa pelo Poder Judiciário.

É o caso de se questionar se as decisões do STF constituem ou não fonte do direito.

Arruda Alvim não reconhece poder criador à decisão judicial, mas faz importantes considerações:

Afigura-se-nos assim, pelo que dissemos e principalmente tendo em vista que o juiz, decidindo mercê de autênticos juízos analíticos, mesmo no caso de lacunas da lei, será sempre um explicitador do sistema. Dessa forma, mesmo 'criando' o juiz uma norma, estará, em certa medida – parece-nos – limitado, pelo seguinte: 1º) em primeiro lugar, pela própria estrutura constitucional; 2º) em segundo, pelo sistema jurídico infraconstitucional, em geral, no sentido de que a norma que venha a se 'criar' não pode desconhecer ou ser incompatível com os princípios albergados pelo mesmo sistema. Constata-se, assim, que é grande a limitação existente para o juiz, mesmo em casos tais, em que, aparentemente, ter-se-ia conferido a ele autêntico poder de legislador. Este, crucialmente, entre nós, seria manifestamente impossível, diante da separação de poderes, e impossibilidade de delegação legislativa ao Poder Judiciário.²²

Observa-se, assim, que a posição do eminente doutrinador fundamenta-se na separação dos poderes. Contudo, discordamos de tal entendimento.

Em que pese a assertiva quanto aos limites impostos ao julgador, não há como negar que a decisão judicial, em especial tomada pelo órgão máximo do Poder Judiciário e de forma vinculativa, tem característica de fonte criadora do direito.

Não se trata, contudo, de atuar como legislador, nem de interferência ou invasão de competência do Poder Legislativo. No Estado Democrático contemporâneo as funções do Poder Judiciário já não mais comportam os limites que lhe foram estabelecidos pelo Estado Liberal. No quadro atual de democracia a manifestação do Poder Judiciário revela-se necessária até mesmo para a consecução da própria democracia, sendo essencial para o sistema dos freios e contrapesos

²² ALVIM, Arruda. *Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau*. In: _____. *Processo civil 2*. São Paulo: RT, 1995. p.289-290

(*checks and balances*) próprio da teoria da separação dos poderes²³.

Desta forma, pensamos que a teoria da separação dos poderes ao revés de impedir a função normativa das decisões judiciais, ao contrário, a convalida. Há, porém, que se fazer uma leitura flexibilizada da teoria, em conformidade com os padrões sociais e democráticos atuais e não mais com a hígidez que foi concebida.²⁴

Obtempere-se, por fim, que as decisões judiciais têm o condão de flexibilizar o entendimento legislativo, mas, nem por isso, constituem atividade do legislador. Na evolução do Estado Democrático, em especial na de nosso País, o papel desempenhado pelos magistrados na interpretação do ordenamento jurídico constitui essencial para a consolidação da democracia.

3. Requisitos para adoção da súmula vinculante

Muito embora a parte final do artigo 103-A, inserido ao Texto Constitucional pela Emenda 45, reporte-se à lei para regulamentar os requisitos para a sumularização vinculativa, o próprio texto constitucional já expôs, detalhadamente, tais requisitos.

Ainda assim, sobreveio, em 19 de dezembro de 2006, a Lei 11.417 para regulamentar a edição das súmulas pelo Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, trazer grandes conseqüências práticas, visto que a norma constitucional já havia tratado de forma exauriente sobre o assunto, vinculando, por conseguinte, o legislador ordinário.

A competência para edição de súmulas vinculantes é exclusiva do STF e em matéria de cunho constitucional. Desta forma, quando a Corte houver decidido, reiteradamente, sobre matéria constitucional, poderá, de ofício ou a requerimento, editar “enunciado de súmula que, [omissis], terá efeito vinculante”.

Observa-se, de imediato, que a lei utilizou-se de melhor técnica, visto que o artigo 103-A, da CF, falava somente em súmula, o que, terminologicamente, tem conteúdo diverso.

Entende-se por súmula o conjunto de decisões tomadas por um órgão judiciário sobre determinado assunto. Já o enunciado é a síntese, o ponto nodal da questão discutida sobre determinada matéria que deve refletir o posicionamento

²³ Neste sentido afirma Cappelletti: “Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno”. in: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993 p. 19

²⁴ Nas palavras de Mancuso: “Num tal contexto, de duas uma: ou bem se admite que a crescente *flexibilização* da separação de Poderes hoje comporta *mais esse* temperamento, advindo com os precedentes judiciais obrigatórios e com a projeção *ultra partes/erga omnes* do julgado coletivo, ou bem se persiste na tese de que a separação dos Poderes é um dogma constitucional, caso em que então o problema se subdivide, conforme se entenda, (i) que essa tripartição configura *cláusula pétrea* em nosso modelo republicano-federativo (CF, art. 60, § 4.º, III), e então não poderia ser objeto de votação uma emenda voltada a introduzir as Súmulas vinculantes, ou (ii) que a matéria, por extrapolar a órbita puramente processual, se inclui dentre as que podem ser deliberadas pelo poder constituinte derivado.” In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 92

adotado pelo Tribunal em poucas palavras. Aqui, ainda, cabe uma distinção sobre o precedente. Como vimos, no sistema da *common law* o precedente judicial é fonte do direito. O precedente não deve ser confundido com a súmula ou o enunciado. Por precedente entende-se a decisão da corte que sirva como paradigma para o julgamento futuro de casos similar ou idêntico.

Observa-se, assim, que a terminologia adotada pelo legislador, na verdade, refere-se a “precedente vinculativo” que estará consubstanciado no enunciado da súmula. Destarte, o que vincula não é o enunciado ou a súmula, mas o precedente, a decisão em si da Corte, a *ratio decidendi*. Porém, por razões práticas, trataremos o precedente genericamente como súmula vinculante.

A vinculação da súmula dirige-se aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, trata-se, portanto, de súmula vertical obrigatória, sendo que de sua inobservância caberá reclamação ao STF, sem prejuízo de outros recursos ou impugnações. Vislumbra-se, aqui, uma forma anômala de reclamação, pois se permitirá, mesmo sem a existência de processo judicial, a provocação direta do Supremo.

Os demais órgãos do Judiciário, assim como já ocorre atualmente, continuarão a editar súmulas, sendo, porém, de caráter persuasivo.

O termo “reiteradamente” garante ao STF um nível de subjetividade para decidir se a matéria já foi suficientemente discutida a lhe permitir a sumularização.

A aprovação de súmula vinculante dependerá da aprovação, em votação plenária, de 2/3 dos membros do STF. Assim, também, para a revisão e o cancelamento.

Os enunciados das súmulas até então veiculadas pelo STF não possuem a característica da vinculatividade, visto que não existia, até então, essa modalidade no ordenamento jurídico-constitucional. Desta forma, o STF conterà súmulas persuasivas e vinculantes, estas obedecidas as formas especiais contidas na Lei 11.417/06.

Para a edição de súmula vinculante deverá existir, entre órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a administração pública “*controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão*”.

Não se trata, assim, de sumular qualquer assunto, mas, tão somente, aqueles que possam gerar insegurança jurídica ou multiplicidade de processos. Obtemperese, ainda, que as súmulas devem se referir a assuntos que não dependam, primaziariamente, de análises fáticas, ou seja, devem contemplar questões de direito.²⁵

A adoção da súmula vinculante no âmbito constitucional tem como supedâneo a almejada segurança jurídica, a fim de se evitar que questões idênticas sejam decididas de forma diferente. Este, aliás, é um dos pontos em que os favoráveis a adoção da vinculação fundamentam seus argumentos, que serão pormenorizados adiante.

²⁵ Cf. Wambier: “Para se considerarem questões de direito – teses jurídicas puras -, as regras que podem ser objeto de súmula devem se aplicar a fatos *cujos aspectos que têm conseqüências jurídicas* possam ser resumidos em uma ou duas frases, porque não envolvem peculiaridades relevantes para sua qualificação ou para a indicação do respectivo regime jurídico”. (*Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.258)

Como visto, a súmula terá por objeto a validade, interpretação e a eficácia de normas determinadas, assunto que merece atenção especial em virtude da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão vinculativa.

A teor do que dispõe o artigo 103-A, bem como o artigo 2º da Lei 11.417/06, o efeito vinculante ocorre a partir da publicação da súmula na imprensa oficial. Contudo, assim como já havia ocorrido com as ações de controle de constitucionalidade, o legislador infraconstitucional excepcionou os efeitos da vinculação. É o que se denota do artigo 4º:

Art.4º. A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Observa-se, assim, grande similitude com o artigo 27 da Lei 9.868/99. Por óbvio, o termo “outro momento” refere-se ao futuro, não podendo se falar em modulação dos efeitos da súmula para o passado.

Mas não é só. O artigo em comento possibilita também a restrição dos efeitos do conteúdo da súmula. Sendo assim, com base no mencionado dispositivo, poderá o STF, por exemplo, estabelecer que os efeitos vinculantes de uma determinada decisão seja implantado gradativamente pela administração pública, ou, ainda, que a decisão vincule somente a União, ou o Estado, ou o Município.

Reportamo-nos, novamente, aos poderes que vêm sendo conferido ao STF. A modulação temporal tem sua razão de ser. Contudo, a possibilidade ampla de restringir os efeitos vinculantes das decisões deverão ser sopesadas nos casos concretos que surgirem para se apurar se a decisão encontra respaldo no princípio da igualdade.

Por ter objeto que também pode ser argüível mediante ação direta ou declaratória, ou seja, validade de norma, poderá ocorrer que a súmula ventile matéria que seria cognoscível através das ações de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos.

Nestes casos, entendemos que o STF deverá agir zelosamente ao decidir por sumular um determinado conteúdo, tendo em vista que o mesmo assunto pode já ter sido argüido através do controle de constitucionalidade.

Discordamos, neste ponto, do quanto afirmado por Wambier no sentido de que a inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*, diferente do que ocorre com a súmula.²⁶ Muito embora a inconstitucionalidade, como regra, vicia a norma no seu nascedouro, é expressa no artigo 27, da Lei 9.868/99, a possibilidade de modulação dos efeitos não só da ação direta de inconstitucionalidade, mas, também, da declaratória de constitucionalidade.

Destarte, não se justifica atribuir à súmula vinculante possibilidade de discutir sobre validade de norma sujeita ao controle de constitucionalidade. Ao assim prevalecer, estar-se-ia admitindo uma nova modalidade de controle concentrado, o

²⁶ Op.cit. p.273 e ss.

que poderia acarretar mais transtornos jurídicos.

Por fim, tendo sido revogada ou modificada a lei que fora objeto de súmula vinculante, o STF deverá, de ofício ou a requerimento, proceder sua revisão ou cancelamento (artigo 5º, Lei 11.417/06).

Observa-se que a forma como foi estabelecida a criação das súmulas vinculantes não encontra muitas similitudes com a teoria do *stare decisis*.

Muito embora possa se revelar, em alguma medida, de razoável valia, pois poderá impedir a proliferação de feitos que tenham o mesmo fundamento, a concepção da súmula não prevê hipóteses que permitam aos órgãos do Poder Judiciário decidir de forma diferente, ainda que alguma peculiaridade do caso concreto assim o exija.

Como já mencionamos anteriormente, a função judicial deve ser exercida com vistas a implementação e consolidação dos ideais democráticos. Desta forma, não se pode negar que a jurisdição de primeira instância está muito mais apta a verificar as mutações sociais e os novos parâmetros para a tomada de decisões.

A vedação à proposta de revisão de enunciado de súmula vinculante, tendo em vista que o rol de legitimados é taxativo, acaba por criar um engessamento do sistema jurídico, quando, na verdade, o que se espera de um sistema que passa a admitir o precedente como fonte normativa – alopóiese – é justamente o oposto, ou seja, a possibilidade de flexibilização da lei para adequação às novas realidades sociais.

O que se busca com a adoção dos precedentes vinculativos não é a imposição aos juízes de primeiro grau o julgamento cego e a mera subsunção do enunciado sumulado. Espera-se que os magistrados sejam capazes de, diante do caso concreto, analisá-lo em conformidade com o precedente e verificar se se trata de caso que deva ser julgado em conformidade com o precedente, ou se, ao contrário, alguma circunstância fática ou a mudança de paradigma social lhe permita afastar o precedente vinculante com base no *distinguish*.

É de se anotar que o Supremo já editou, sob a nova égide constitucional, três súmulas vinculantes:

Súmula Vinculante n.º1: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar 110/2001”.

Súmula Vinculante n.º2: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.”

Súmula Vinculante n.º3: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

Como se pode observar, o conteúdo dos precedentes exprime a orientação interpretativa do Tribunal Constitucional e consubstanciam teses jurídicas puras,

servindo de paradigma para os julgamentos futuros de casos idênticos.

Já com base na nova sistemática vinculativa o Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública de Teresina-PI, Sebastião Ribeiro Martins, invocando o enunciado da Súmula Vinculante n.º 2, determinou em sua decisão “a suspensão imediata do funcionamento do Bingo Tenta Ganha, mantido pela Lotepi, com base na legislação estadual declarada inconstitucional, cuja autorização fica automaticamente cancelada, em nome da autoridade do Supremo Tribunal Federal”.²⁷

Devemos, portanto, aguardar quais serão os efeitos práticos das primeiras súmulas vinculantes e como ocorrerá a evolução do sistema jurídico misto, assim como a evolução da interpretação constitucional com a mudança de paradigmas que conduziram os julgamentos pretéritos.

4. Argumentos contrários e favoráveis à adoção do precedente vinculativo

A doutrina, de um modo geral, ainda não contemplou a possibilidade de uma intersecção dos grandes sistemas jurídicos, e se divide naqueles que são fervorosamente contra, ou, no grupo dos que são calorosamente favoráveis a adoção do precedente judicial vinculativo.

Os que se manifestam contrariamente fundamentam seus argumentos na teoria da separação dos Poderes, que impossibilitaria ao Poder Judiciário “criar” uma norma jurídica; na supressão do livre convencimento do magistrado, na rigidez e na conseqüente morosidade no aperfeiçoamento do ordenamento jurídico.

Quanto aos óbices relativos a separação dos Poderes já deixamos claro que há de se interpretar de forma mais flexível esta teoria.

A persuasão racional do juiz (ou seu livre convencimento) também não restará abalado com a adoção do precedente vinculante. Não lhe será tolhido conhecer o caso que lhe é dado a julgamento, nem, tampouco, estará o magistrado obrigado a decidir se as circunstâncias do caso concreto lhe permitirem, com justificativa, a adoção de entendimento diverso do sumulado, especialmente se houver fatos que não foram considerados na *ratio decidendi* do paradigma vinculante.

Talvez o argumento que possa conduzir a negar os benefícios que podem advir com as súmulas vinculantes seja o fato de que haveria uma rigidez interpretativa do ordenamento jurídico o que conduziria a uma morosidade no seu aperfeiçoamento.

Embora com razão parcial, devemos ponderar que onde a lei impera como fonte única do ordenamento jurídico a rigidez e morosidade também estão presentes, talvez até em maior medida.

Necessário seria dotar o sistema de mecanismos que viabilizassem a provocação do STF não só pelos poucos legitimados, mas, também, pelos componentes dos Tribunais, se não dos juízes de primeira instância. Assim, se permitiria uma reformulação, ou ao menos, uma análise do conteúdo sumular diante

²⁷ Conforme notícia publicada no Consultor Jurídico no dia 08/06/07. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/56396,1>. Acesso em 03/08/07.

das mudanças sociais que, como sabido, ocorrem ininterruptamente. A forma como foi contemplada a súmula vinculante, permitindo a revisão ou cancelamento por provocação de legitimados específicos, poderá, de fato, traduzir-se em rigidez do ordenamento jurídico. Contudo, cremos que o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle sobre as súmulas e o comprometimento dos magistrados em admitir novas teses diante de novos paradigmas sociais serão capazes de flexibilizar a rigidez dos precedentes emitidos pelo STF.

Em oposição, os defensores da vinculação dos precedentes judiciais têm na previsibilidade, segurança jurídica e igualdade seus principais argumentos.

A adoção do precedente judicial vinculante tem como consequência a previsão do que seja o Direito, ou, melhor dizendo, a previsão do que, num determinado local e momento, se entenda o que seja o Direito. Dota-se, destarte, o sistema jurídico de um certo grau de previsibilidade do resultado final da composição da lide. É possível, desta forma, previamente saber-se, com uma grande probabilidade de acerto, qual será a decisão final para o litígio evitando-se, por conseguinte, o intento de ações que se fundam em teses antagônicas ao entendimento manifestado pelo Poder Judiciário.

A previsibilidade, porém, não deve se tornar um dogma judicial, posto que a própria evolução do Direito exige a reformulação do que se entende por Direito. Há, desta forma, necessidade de se verificar se o entendimento de outrora deve prevalecer, ou se é o caso de um enfrentamento contemporâneo das velhas questões sociais.

Decorre da própria previsibilidade ou certeza do Direito a segurança jurídica. Não se pode tolerar viver num Estado onde as interpretações judiciais sejam ambíguas. Onde uma causa decidida por um determinado Juiz ou Tribunal tenha desfecho diferente de outra, idêntica, apenas por ter sido outro o julgador. Esta situação gera desconfiança e instabilidade social.

O precedente vinculativo, neste aspecto, permite que causas idênticas não sejam decididas diferentemente; que o mesmo dispositivo legal contemple dúbias interpretações ou aplicações, como no caso relatado pelo Ministro Moreira Alves:

Houve uma época – membros mais antigos deste Tribunal o recordam – em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada ‘liberdade de convencimento’, própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso... Só nessa circunstância a infeliz rebeldia contra a jurisprudência do

Supremo dava certo. Com todo respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar.²⁸

Eis, destarte, a relevância do precedente vinculativo: a coesão do ordenamento jurídico.

A súmula vinculante, assim, é a convalidação do entendimento do Supremo sobre determinada matéria de cunho constitucional, garantindo aos jurisdicionados a almejada segurança jurídica num Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, e talvez de maior importância, o direito à igualdade, consubstanciado no rol dos direitos e garantias individuais da Carta de 1988 (art.5º, *caput*), assim como nos demais países democráticos, assegura o tratamento igualitário perante a lei. Não adentraremos na distinção entre igualdade formal e material, pois inócuo para esta finalidade.

O que importa abstrair-se do princípio da igualdade é o direito assegurado aos jurisdicionados que se encontrem em situações iguais a terem tratamento isonômico. Para este mister, a súmula vinculante assume importante papel, pois que resultará na aplicação igualitária do ordenamento jurídico.

5. Considerações finais

Creemos que não repousam dúvidas sobre o poder criativo-normativo dos Juízes. Não se trata, como afirmado, de invasão de competência ou de violação da separação dos poderes, mas, sim, em assegurar a própria evolução do Estado Democrático de Direito e a consolidação da democracia.

Neste cenário, o Poder Judiciário exerce papel de fundamental importância, havendo de garantir, igualitariamente, a aplicação do direito aos jurisdicionados em geral.

A súmula vinculante, na forma como fora contemplada pela Emenda Constitucional, representa um primeiro passo a ser dado a caminho da efetividade da prestação jurisdicional. Servirá como experiência. Em que pese as críticas acerca da necessária democratização do STF, certo é que, bem utilizada, a teoria do precedente constitucional vinculante poderá se traduzir na efetividade do processo daqueles que se vêm, muitas vezes, obrigados a percorrer a dolorosa *via crucis* para chegar a apreciação de seus argumentos em sede constitucional para, somente então, ter assegurado seu direito que já era entendimento pacífico na Corte.

Necessário será, porém, que comecemos a pensar na formação democrática do Tribunal Excelso, ou a criação de uma Corte Constitucional pura, para que se evitem possíveis distorções na interpretação jurídica das leis e normas sob a influência de decisões políticas.

Poderá o precedente judicial contribuir para a celeridade e efetividade do

²⁸ Trecho de seu voto na Ação Declaratória de Constitucionalidade 1-1/DF – STF – Pleno. Rel. Min. Moreira Alves – j. em 27.10.1993 – DJ 16.06.1995 – LEX/JSTF n.214, p.52-53 *apud* SOUZA, op. cit. p. 291

processo, reduzindo tempo e dinheiro para que seja assegurado ao jurisdicionado a prestação jurisdicional.

Trata-se, como dito, de um primeiro passo. Para que os benefícios da vinculação se fizessem sentir concretamente, melhor seria, após um período de experiência, ampliar, com as mesmas condições, a vinculação aos demais Tribunais Superiores, pois, como afirma Calmon de Passos “*falar-se em decisão de Tribunal Superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta. Seriam eles meros tribunais de apelação, uma cansativa via crucis imposta aos litigantes para nada.*”²⁹

É cedo, e não somos céticos quanto a isso, que, empiricamente, os juizes, em regra, acabam adotando, em primeiro grau de decisão, o entendimento consubstanciado em súmula ou entendimento do respectivo Tribunal. Contudo, há ainda os que insistem em contrariar as teses majoritárias e já devidamente discutidas pelos Tribunais Superiores. Nestes casos, os litigantes ficam a mercê de seus advogados que, por uma razão ou outra, não apelando da decisão contrária ao entendimento majoritário terão negado o direito a igualdade ao seu constituidor.

Mostra-se, assim, plausível que após algum período e de melhorias no sistema passemos a admitir a vinculação das decisões aos demais Tribunais Superiores.

Para que possamos passar a essa nova etapa, contudo, devemos, ainda compreender e aprender as inovações trazidas pela influência da *common law* ao ordenamento jurídico brasileiro.

Os operadores do direito de um modo geral, por razões culturais e da própria conjectura do sistema da *civil law*, não estão habituados a buscar no precedente judicial a sua razão de ser, sua *ratio decidendi*, limitando-se, no mais das vezes, a colacionar verbetes em petições ou decisões judiciais sem a preocupação de verificar o conteúdo integral da decisão, os argumentos que conduziram aquela e não a outra decisão.

É necessário, assim, uma mudança no modo de pensar sobre as decisões judiciais, em especial das súmulas dos Tribunais, buscando-se o aprimoramento do sistema judicial misto, onde a lei e a jurisprudência passam a co-habitarem, lado a lado, no ordenamento jurídico. Aqui se revela importante o papel das instituições de ensino e daqueles que atuam no magistério da ciência jurídica. Os grandes sistemas jurídicos passam por uma intersecção cuja trajetória é, sob nossa ótica, de mão única, e, neste cenário, é imprescindível aos estudantes e aos operadores do direito de um modo geral essa percepção para que bem possam desempenhar o importante papel que lhes é reservado na sociedade contemporânea.

A par da necessária mudança cultural no trato com “as leis”, também nosso ordenamento jurídico merecerá evoluir para contemplar os mecanismos que dotam o sistema da *common law* de possibilidade de não se seguir, cegamente, o conteúdo sumular, evitando-se, assim, o engessamento do sistema jurídico, quando, na verdade, o que se busca com as decisões judiciais é justamente o oposto, visto que se trata de fonte normativa alopoiética.

Por fim, indubitável que o caminho para as decisões judiciais vinculantes já começara a ser construído muito antes da alteração constitucional e, para

²⁹ apud OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A (in)efetividade da súmula vinculante: a necessidade de medidas paralelas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al.(coord.) Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 p. 597

continuarmos a caminhar no sentido de garantir efetividade às decisões judiciais, as melhorias e adaptações à nova sistemática devem ser frutos de reflexões daqueles que militam na área jurídica, sejam advogados, juízes, promotores, professores ou doutrinadores, todos temos um papel fundamental na evolução do Direito e na consecução dos ideais de consolidação democrática, a fim de garantir o bem-estar social e a evolução do Estado Democrático de Direito.

6. Referências

- ALEXYS, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002
- ALVIM, Arruda. *Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau*. In: _____. *Processo civil 2*. São Paulo: RT, 1995
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Acesso em: 14 de julho de 2006
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001
- _____. *Efetividade do Processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006
- _____. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006
- BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade. Elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justice*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1998
- CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1994
- _____. *Juizes Legisladores?* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989
- _____. *Juizes Irresponsáveis?* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ed., São Paulo: Malheiros, 2002

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12ed., São Paulo: Malheiros, 2005

FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004

GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Código Brasileiro de defesa do consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2004

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Notas sobre algumas recentes inovações no perfil constitucional do Poder Judiciário*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do judiciário. Analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. [trad.] MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

_____. *Tutela Específica (arts.461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

_____. (coord.) *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. Garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. *Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma Escalada e seus Riscos*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, RS, ano 6, n. 35, p. 5-16, Mai-Jun 2005

- _____. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 3ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 3.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *A (in)efetividade da súmula vinculante: a necessidade de medidas paralelas*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES Jr., Luiz Mantel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos.(coord.) *Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 p. 591-605
- PASETTI, Babyton. *A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002
- SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Súmula Vinculante: Análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996
- SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005
- SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2 ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SORMANI, Alexandre. *Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004
- SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à Súmula vinculante*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. *As Súmulas Vinculantes em Face da Hermenêutica Filosófica e da Jurisdição Constitucional*. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (coord.). *Acesso à justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005
- TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999
- _____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.