

CAMILA MARIA MAZIERI COSTA

**JURISPRUDÊNCIA COMO FORMA DE VINCULAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS: A SÚMULA VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

*De acordo.
Em 16/11/07*

[Handwritten signature]
*De acordo
[Handwritten signature]*

**CURITIBA
2007**

CAMILA MARIA MAZIERI COSTA

**JURISPRUDÊNCIA COMO FORMA DE VINCULAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS: A SÚMULA VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha.

Coorientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart.

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA MARIA MAZIERI COSTA

JURISPRUDÊNCIA COMO FORMA DE VINCULAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS: A SÚMULA VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____
Professor Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha

Coorientador: _____
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart.

Professor 1º membro da Banca

Curitiba, de de 2007

SUMÁRIO

	RESUMO	v
1	INTRODUÇÃO	1
2	OS SISTEMAS JURÍDICOS E SUAS FONTES DE DIREITO	2
2.1	O MODELO COMMON LAW.....	3
2.2	O MODELO CIVIL LAW.....	5
2.3	APROXIMAÇÃO ENTRE SISTEMAS E PARADIGMAS.....	7
3	A JURISPRUDÊNCIA PARA O DIREITO BRASILEIRO	10
3.1	AS ACEPÇÕES DO VOCÁBULO JURISPRUDÊNCIA.....	11
3.2	FUNÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA.....	12
3.3	A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DE DIREITO	14
4	A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE	16
5	MECANISMOS PARA A UNIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA	18
6	HISTÓRICO DO EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	22
7	A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004 E A SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE	27
7.1	SÚMULA VINCULANTE, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES DO ESTADO. A DITADURA DO JUDICIÁRIO?.....	30
7.2	CONSTRANGIMENTO JURISPRUDENCIAL. AMEAÇA À INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E À LIVRE CONVICÇÃO DOS JUÍZES?.....	34
7.3	OS PROBLEMAS DA MOROSIDADE, DO GRANDE NÚMERO DE DEMANDAS REPETIDAS E DO AFOGAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E, PRINCIPALMENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	39
7.4	A CRISTALIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E O ENGESSAMENTO DO DIREITO.....	42
8	A SÚMULA VINCULANTE E OS ASSENTOS PORTUGUESES	43
9	CONCLUSÃO	46
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

RESUMO

A presente monografia de conclusão de curso trata dos efeitos conferidos à jurisprudência através da implantação do instituto das Súmulas Vinculantes no ordenamento brasileiro. Deste modo, primeiramente se deve analisar os sistemas jurídicos e suas respectivas fontes de direitos; o papel que a jurisprudência exerce em nosso ordenamento jurídico; a necessidade de uniformização da jurisprudência e os mecanismos para sua unificação. Importante se faz discorrer ainda sobre o efeito vinculante concedido às decisões judiciais antes mesmo da Emenda Constitucional n.º 45/2004, sobre as inovações trazidas por referido dispositivo e, ainda, acerca dos aspectos positivos e negativos da famigerada Súmula Vinculante. Por fim, se realiza uma breve exposição relativa às diferenças e semelhanças da Súmula Vinculante com os Assentos Portugueses.

Palavras-chave: súmula, vinculante, jurisprudência, uniformização.

1 Introdução

Desde o seu aparecimento no ordenamento jurídico brasileiro, a Súmula Vinculante tem provocado fervorosos embates entre juristas de renome. Assim, argumentos como os da harmonização jurisprudencial e celeridade e economia processuais, além do desafogamento do Supremo Tribunal Federal, fazem parte da defesa do instituto criado pela EC 45/2004. Por outro lado, discussões acerca da independência dos magistrados, do cerceamento da liberdade de criação dos juízes, da concentração de poderes pelo STF bem como da cristalização da jurisprudência têm se tornado bastante freqüentes entre os doutrinadores contrários à Súmula Vinculante.

Contudo, apesar de toda a discussão que ainda se encontra, o fato é que a Súmula Vinculante está prevista constitucionalmente desde 08/12/2004 e, regulamentada pela Lei n.º 11.417 de 19/12/2006, está apta a surtir os efeitos almejados pelos legisladores que a idealizaram.

Resta saber, deste modo, quais estão sendo e quais ainda serão as conseqüências do instituto para o ordenamento jurídico brasileiro como um todo e, especificamente para o Processo Civil Brasileiro.

Neste sentido, de fundamental importância o estudo dos sistemas jurídicos *common law* e *civil law* para a verificação do papel da jurisprudência nos ordenamentos jurídicos anlo-americano e romano-germânico, estabelecendo assim as diferenças e semelhanças entre estes, bem como a viabilidade da uniformização das decisões judiciais a partir da figura da súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico.

Passada esta primeira análise, essencial se torna o estudo da Jurisprudência, partindo das acepções do vocábulo, discorrendo sobre suas funções e analisando se esta condiz com o papel de fonte de direito para o ordenamento jurídico pátrio.

Em seguida, impende analisarmos a necessidade de Uniformização da Jurisprudência para que seja possível a efetivação do princípio constitucional da igualdade, elencado pelo art. 5º da Constituição da República.

Na seqüência, merecem destaque os mecanismos utilizados para a unificação da jurisprudência, como a súmula de jurisprudência predominante, o incidente de uniformização de jurisprudência, o Recurso Especial e o Recurso de Revista.

Após, faz-se necessário um breve histórico do efeito vinculante das decisões judiciais, analisando-se a realidade processual prática, a súmula impeditiva de recursos e o efeito erga omnes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade e nas Ações Direta de Inconstitucionalidade.

Finalmente, passaremos ao estudo da Emenda Constitucional n.º 45/2004 e da Súmula com efeito vinculante, considerando os argumentos contrários e favoráveis ao instituto e realizado uma breve comparação entre a Súmula Vinculante e os Assentos Portugueses.

2 Os Sistemas Jurídicos e suas Fontes de Direito

O Estudo dos Sistemas Jurídicos é de relevante importância para compreendermos o instituto da Súmula Vinculante em nosso ordenamento jurídico. Assim, considerando as famílias do *civil law* e da *common law*, analisaremos as principais características, fontes primordiais de direito e semelhanças entre os dois sistemas jurídicos.

RENÉ DAVID, no livro intitulado “Os grandes sistemas do direito contemporâneo” dispõe:

Uma função muito diferente é atribuída à lei, ao costume, à jurisprudência, à doutrina, à equidade nos diferentes sistemas. Quando se estuda um direito estrangeiro, é necessário saber que as idéias no nosso país, referentes às relações que existem entre estas diferentes fontes possíveis das regras, não são as mesmas em todos os países e que os métodos de raciocínio, aplicados pelos juristas para a descoberta das regras de direito e o desenvolvimento do corpo de direito, podem ser, por consequência, variados.¹

¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes Editora LTDA, 1986, p.11.

O direito da família romano-germânica, também chamado de *civil law*, tem como fonte primordial do direito a legislação. Já a família do *common law* se manifesta principalmente através da jurisprudência, que consagra, por sua vez, os usos e costumes.

Analisaremos cada um desses sistemas separadamente para, a partir deste exame, realizarmos uma aproximação entre os paradigmas e, assim, detectarmos os possíveis efeitos e contra-indicações da utilização do Instituto da Súmula Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 O modelo *Common Law*

O sistema de tradição anglo-americana se revela pela jurisprudência. No modelo analisado, o juiz parte do caso específico, procurando outros que possam servir de paradigma para sua decisão, razão pela qual o sistema é conhecido também como direito jurisprudencial.

A família da *common law* adota o regime dos precedentes obrigatórios. De acordo com o magistério de José Marcelo de Menezes Vigliar “o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, que servirá como modelo, desde que outro caso posterior guarde exata adequação com o que fora decidido.”².

André Ramos Tavares conceitua o precedente como “o caso já decidido, cuja decisão primeira (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados.”³.

Deste modo, como bem exposto por STRECK, a jurisprudência na *common law* ultrapassa os limites da lide entre as partes, constituindo fonte básica de criação do direito.⁴

² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 146.

³ TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 21.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. ver.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 59.

Assim, tem-se que o modelo de direito jurisprudencial segue um raciocínio concreto, preocupado em resolver o caso particular, e está fortemente centrado na primazia da decisão judicial (*judge made law*). É, pois, um sistema nitidamente judicialista.⁵

De acordo com o entendimento de MUSCARI, a doutrina do precedente repousa na idéia de que casos iguais devem ser decididos da mesma forma.⁶ O mesmo autor diferencia, ainda, em uma decisão judicial, a parte que realmente vincula, chamada de *ratio decidendi*, da parte que é meramente persuasiva, a *obiter dicta*.

Assim, veja-se que só possui natureza vinculante e se considera como precedente a parte nuclear do julgado, ao passo que as questões suscitadas incidentalmente e as considerações periféricas realizadas, embora possam persuadir o entendimento do juiz, não geram obrigatoriedade em sua aplicação.

Resta ao legislador deste sistema, assim, diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta* através da análise dos casos, devendo, ainda, estabelecer identidade de situação fática substancial entre o caso anterior e aquele sob análise.⁷

Conforme assevera MANCUSO:

a distribuição da justiça nessa grande e peculiar família jurídica é presidida por uma concepção do direito enquanto instrumento para a realização do justo, objetivo que só pode ser alcançado quando casos iguais são tratados isonomicamente.⁸

A família em análise considera o direito legislado como algo secundário, “cuja função se reduz a aclarar ou retificar, em casos específicos, os princípios assentados através do trabalho dos juízes.”⁹ Deste modo, citando MARTIN

⁵ TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 20.

⁶ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, pág. 82.

⁷ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, pág. 83.

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.162.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. ver.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 42.

LACLAU, Lênio Streck assevera que, na *common law* a lei é contemplada através da sentença e a regra geral através da regra jurisprudencial.¹⁰

Mônica Sifuentes ensina que esse sistema tem como paradigma da magistratura o juiz profissional, ou seja, aquele que é recrutado por critérios que podem ser políticos. Não é um juiz que faz carreira na magistratura, razão pela qual não há idéia de hierarquia entre os magistrados. Além disso, os julgadores da *common law* têm responsabilidade política e gozam de prestígio e independência¹¹. Assim, veja-se:

é um juiz fortalecido e ativo, com o poder não só de examinar a constitucionalidade das leis, recusando-se a aplicar as que forem desconformes com a Constituição de seu país, como de criar positivamente o direito pela força dos precedentes judiciais.¹²

2.2 O modelo civil law

O sistema é adotado pelas nações latinas e germânicas e, nas palavras de Mônica Sifuentes, “caracteriza-se pela superioridade da lei e do processo legislativo de criação do direito, com atribuição de valor secundário às demais fontes.”¹³

Para este sistema, também chamado de continental, a lei é considerada fonte primordial de inspiração e é nesse sentido que, a partir do século XIX, a maioria dos países filiados à família romana germânica editou seus códigos e

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. ver.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 42.

¹¹ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 55.

¹² SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

¹³ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53.

promulgou suas constituições. Assim, tamanha a relevância da lei para o sistema que, muitas vezes, chegou até ser confundida com o próprio Direito¹⁴.

Nas palavras de MANCUSO:

o direito continental é um dos frutos do racionalismo jurídico, da tendência a submeter a vida à lógica, aos quadros inflexíveis da razão. É fruto do desejo de certeza, do ideal de segurança, resultando, ainda, da aspiração de se planejar para o futuro, de modo a que, como bem disse Spengler, as futuras situações jurídicas estejam pré-reguladas.¹⁵

A jurisprudência nesse modelo pode ser tida como fonte mediata do direito, uma vez que é elemento subordinado à lei. Ainda, embora ainda haja discussão quanto a ser ou não considerada uma fonte formal de direito, incontestável é o fato de que a jurisprudência exerce grande força persuasiva.

CAPPELLETTI aponta diferenças fundamentais entre este sistema e o sistema da *common law*.¹⁶ A primeira grande diferença estaria na inexistência de tribunais superiores com estrutura unitária, autoridade e firmeza. Assim, destaca que os países ligados à família do *civil law* normalmente possuem mais de um tribunal superior, cada um destes com grande número de magistrados e com sessões diversas.

A segunda diferença primordial estaria substanciada em um princípio processual que exclui a possibilidade de os tribunais superiores recusarem-se a decidir todos os recursos, o que causa o afogamento dos tribunais superiores e uma diferença acentuada entre modelos como a Suprema Corte Americana e demais tribunais superiores do *civil law*. Deste modo, os tribunais dos países integrantes da família da *civil law*, constrangidos a uma atividade frenética de julgamentos, acabam por não conseguir cumprir “a missão mais legítima duma corte suprema, que é a de esclarecer, orientar e modernizar o direito.”¹⁷

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. ver.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 68.

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.164.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 – reimpressão, 1999, pp. 111-128.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 – reimpressão, 1999, pp. 120.

Como terceira diferença, CAPPELLETTI faz referência à reduzida autoridade e criatividade dos juízes integrantes da carreira da magistratura, que preferem posturas técnicas às políticas de direito.

A inexistência de vínculo aos precedentes judiciais é apontada como a quarta diferença e, por fim, a quinta e última diferença diz respeito à concepção do direito, a identificação deste com a lei, ao passo que, em razão de encontrar-se vinculado ao direito legislado, o juiz da *civil law* não tem tanta autoridade como o juiz profissional, acima citado e apontado por Mônica Sifuentes.

Ainda conforme os ensinamentos desta autora, o paradigma de magistratura deste sistema é o do magistrado burocrata ou funcionário, que aplica uma regra, geralmente inscrita em lei, para o julgamento de um caso concreto¹⁸. É o juiz de carreira definida, com hierarquia disciplinar e ausência, em geral, de responsabilidade política. Em razão de suas características, referidos magistrados não serviriam, em tese, para enfrentar o desafio da revisão judicial dos atos legislativos e administrativos.

2.3 Aproximação entre Sistemas e Paradigma

Embora profundas diferenças ainda existam entre os dois sistemas, principalmente se considerarmos suas principais fontes de direito, durante vários anos tem-se notado um “movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas grandes famílias jurídicas.”¹⁹

Nesse sentido, veja-se que as mesmas diferenças apontadas por CAPPELLETTI e acima mencionadas neste trabalho, são igualmente indicadas como fatores de aproximação dos sistemas, considerando principalmente a criação, pelos países ligados à família do *Civil Law*, dos tribunais constitucionais, cujas características, diversas das tradicionais, são compatíveis com o modelo adotado pelo *Common Law*.

¹⁸ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 56.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 – reimpressão, 1999, p. 124.

Assim, leve-se em consideração que, nos tribunais constitucionais adotados pelos países da *Civil Law*, existe uma compacta estrutura e organização, a nomeação dos juízes se faz por critérios políticos e sua composição não é tida, em sua maior parte, por juízes de carreira. Além disso, pelo âmbito mais concentrado da sua competência, assemelham-se muito mais às cortes supremas dos países da *Common Law*, especialmente dos que conhecem um sistema de controle judiciário das leis. A semelhança torna-se ainda mais evidente quando se pensa no efeito erga omnes das decisões dessas novas cortes constitucionais.²⁰

Também Mônica Sifuentes sustenta que o crescente movimento de junção entre os sistemas se deu a partir da introdução do controle de constitucionalidade das leis nos países de tradição romanística.²¹ Por outro lado, com a inserção da Inglaterra à Comunidade Econômica, a doutrina do precedente nos países da *common law* também tem-se tornado cada vez mais flexível, e hoje tem-se atribuído uma importância cada vez maior à lei e ao direito escrito nesses países de tradição anglo-americana (como o *statute law* nos Estados Unidos)²²

A mesma autora aduz ainda que a ruptura do positivismo jurídico nas famílias romano-germânicas se deu por meio de acontecimentos reais, que contribuíram para alterar significativamente o quadro de distinção entre os sistemas jurídicos e os paradigmas da magistratura. As causas do processo de aproximação apontadas são: a inflação legislativa, a inércia do legislador em áreas novas como a informática, o envelhecimento das leis em decorrência das mutações sociais, a utilização de conceitos indeterminados, elásticos e flexíveis, a perda do monopólio legislativo do estado com o aparecimento do direito comunitário, principalmente na União Européia e, por fim, o impacto da globalização.²³

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 – reimpressão, 1999, pp. 125-126.

²¹ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.62.

²² SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 59-60.

²³ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 57-59.

Assim, é importante considerar que, enquanto os juizes do *civil law* passam a ter que julgar situações novas, não reguladas pela lei, e conceder mais prestígio às decisões judiciais anteriores, também os juizes do *common law* fazem uso crescente dos conceitos legais, como base da construção jurisprudencial.

Neste sentido, cabe-nos colacionar o brilhante entendimento de CRUZ E TUCCI sobre o tema abordado:

Constata-se que, considerando o valor, *in abstrato*, dos *precedentes judiciais*, a influência destes é deveras similar em ambos os sistemas: de fato, enquanto naqueles países que seguem o modelo da *common law*, a força vinculante dos anteriores julgados tem-se tornado mais flexível, no dos ordenamentos codificados é incontestável a difusa e constante tendência de os juizes aterem-se aos precedentes na fundamentação da *ratio decidendi*.²⁴

Da mesma forma, Rodolfo de Camargo Mancuso, citando as palavras proferidas por Vítor Nunes em artigo chamado “A Súmula do Supremo Tribunal e o restatement of the law dos norte-americanos” dispõe que a aproximação entre os sistemas:

vai assemelhando cada vez mais os problemas judiciários que eles e nós enfrentamos. De uma parte, vai se ampliando, dia a dia, nos Estados Unidos, a área coberta pela legislação (Statute); de outra, entre nós, o lento ritmo das codificações não dá vazão à nossa plethora de leis extravagantes, o que transpõe o seu ordenamento sistemático para o Plano da Jurisprudência. Partimos assim de pontos distanciados, mas estamos percorrendo caminhos convergentes, sendo aconselhável a comparação dos métodos que uns e outros vamos imaginando para espancar o pesadelo da sobrecarga judiciária, que nos é comum.²⁵

Vale destacar, ainda, as palavras do brilhante professor Rodolfo de Camargo Mancuso sobre o tema em análise:

Não parece em demasia conjecturar que essa gradativa aproximação entre os dois grandes regimes jurídicos – o da norma legal e o do precedente judiciário – se acomoda ao contexto contemporâneo de uma sociedade mundial onde os interesses, comportamentos e necessidades cada vez mais se comunicam e interagem, formando uma imensa aldeia

²⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp.165-166.

global, onde se desvanecem antigas e arraigadas diferenças jurídicas entre povos, nações e Estados.²⁶

Assim, para a análise dos sistemas não há que se considerar uma distância assim tão imensa entre essas famílias, distância essa que não possa ser superada pela adoção de medidas vigentes em outros sistemas para o aprimoramento do nosso próprio sistema e de outros tantos, ligados a *civil law*.²⁷

José Marcelo Menezes Vigliar aduz, no entanto, que “quaisquer tentativas de aproximação de institutos praticados em realidades diversas devem passar por um período de estudo e adaptação.”²⁸

Deste modo, parece evidente que o uso de institutos como o da súmula vinculante e outros tantos que procuram vincular as decisões judiciais e atos administrativos, embora albergue grande semelhança com a doutrina dos precedentes ou do *stare decisis*, de característica dos países da *common law*, podem e devem ser usados, com tempero, no nosso ordenamento jurídico e, com base na experiência dos países anglo-saxões, deve ser adaptado para que reflita os efeitos almejados pelo nosso ordenamento jurídico.

3 A jurisprudência para o Direito Brasileiro.

Tendo em vista a aproximação entre os Sistemas acima abordados, torna-se imprescindível fazermos uma análise do papel que a jurisprudência exerce no Direito Brasileiro para, então, podermos afirmar se ela configura ou não fonte de direito para o nosso ordenamento jurídico, assim como configura nos países da família *common law*.

²⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.174.

²⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 162.

²⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 159.

3.1 As acepções do vocábulo jurisprudência.

Preliminarmente, cabe conceituarmos a palavra jurisprudência.

MUSCARI elenca em seu livro três acepções do vocábulo em análise, as quais sejam: a) jurisprudência como ciência do direito; b) jurisprudência como conjunto de sentenças dos Tribunais, abrangendo as decisões uniformes e também as contraditórias e, por fim, c) jurisprudência como o conjunto de sentenças uniformes.²⁹

Os mesmos conceitos apontados também são mencionados nas obras de STRECK³⁰ e VIGLIAR³¹. Este último autor, em seus estudos sobre a obra de Rubens Limongi França, também aponta as acepções da jurisprudência, acrescentando que esta pode ainda ser entendida como o conjunto das manifestações dos jurisconsultos (assemelhando-se então aos pareceres de juristas renomados), e como doutrina jurídica geral, sem preocupação com o caso concreto.

Os autores acima citados convergem no entendimento de que o melhor conceito a ser utilizado é aquele que tem como jurisprudência o conjunto de sentenças uniformes, ressaltando ainda a imprescindibilidade da constância e da reiteração destes julgados em relação a objetos idênticos ou semelhantes.

²⁹ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, pág. 19.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. ver.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 83.

³¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 61.

3.2 Funções da Jurisprudência.

Apresentados os conceitos possíveis e o mais adequado para fins do estudo proposto, devemos apontar então as diversas funções exercidas pela jurisprudência.

Deste modo, primeiramente devemos nos questionar se a jurisprudência é mero resultado da aplicação de normas jurídicas pré-existentes pelo juiz ou, ao contrário, o julgador participa do processo criativo do direito.

Essa atividade criadora ou meramente declaratória que seria exercida pelo juiz nos leva ao estudo das teorias dualista e unitária do ordenamento jurídico, assim como da teoria dogmática ou formalística e da teoria realista.

As teorias dualista e dogmática sustentam não existir função criativa do juiz, considerando que ele apenas aplica a lei, que, por sua vez, encerra toda a verdade.

Já para a teoria realista e unitária, a atividade do juiz é um ato de vontade para a qual concorrem fatores externos, que influem na sua decisão, fazendo com que o juiz participe do processo de criação do direito.

Conquanto ainda sirva como parâmetro para os estudos acerca do tema, a teoria dualista ou dogmática deve ser desde já afastada, eis que, conforme os ensinamentos de MUSCARI:

Por mais que se tente defender a teoria dualista do ordenamento jurídico, a atuação meramente recognitiva do julgador é desmentida pela realidade, pelo que se vê na prática forense.³²

Deste modo, é inconcebível falarmos em mera aplicação do direito pelo julgador e em atividade jurisdicional sem certo grau de criatividade, mesmo porque, parece-nos evidente que para aplicar as leis, o juiz deve interpretá-las, e, conforme bem leciona CAPPELLETTI, “encontra-se implícito, em outras palavras,

³² MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 22.

o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade.”³³.

Além disso, há que se considerar que, no exercício da magistratura, nem sempre encontrará o julgador uma lei certa para todo caso concreto, ou, mesmo que sempre a encontre, poderá ser ela obscura e insuficiente para determinada situação. Contudo, em razão do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, esculpida no art. 126 do Código de Processo Civil, o juiz não se exime de julgar pela omissão ou obscuridade da lei, encontrando-se legitimado a exercer uma verdadeira atividade criativa para a solução da lide, que não pode restar sem uma solução adequada do ponto de vista jurídico.

Outrossim, veja-se que a própria lei confere intensa atividade ao órgão jurisdicionado ao se valer de “*standards jurídicos*”³⁴, como os tipos abertos “bons costumes”, “bem comum”, “interesse público”, “boa-fé” etc.

Sobre o assunto em pauta, SIFUENTES, estudando a teoria de HANS KELSEN assim dispõe:

Para Kelsen, as normas jurídicas podem comportar vários significados, sendo uma ficção ou uma “ilusão” a tentativa de, sob o argumento da busca do ideal da segurança jurídica, afirmar que ela permite sempre, e em todos os casos, uma só interpretação.³⁵

VIGLIAR aponta ainda, em seus estudos sobre a obra de Rubens Limongi França, dentre as funções da jurisprudência, além da interpretação da lei, a) sua vivificação, a partir das novas interpretações a serem tomadas para a harmonização de seu conteúdo; b) a humanização da lei, a ser interpretada de acordo com a vontade do legislador em sua criação; c) suplementação da lei, no preenchimento de lacunas e d) seu rejuvenescimento, re-elaborando o sistema de acordo com o momento histórico da sociedade.³⁶

³³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 – reimpressão, 1999, p. 20.

³⁴ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 22.

³⁵ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 124.

³⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 64.

Por fim, o mesmo autor sustenta ainda que o papel da jurisprudência deve ser sempre considerado num determinado Estado e num determinado momento histórico, porque revelará os princípios e costumes que ali são aceitos.

3.3 A jurisprudência como fonte do direito

Levando-se em consideração a função da jurisprudência no ordenamento jurídico, bem como a atividade criativa exercida pelos juízes, resta-nos então analisar se ela pode ou não ser considerada uma fonte de direito para o ordenamento jurídico pátrio.

Antes de adentrarmos no mérito da questão em si, faz-se importante ressaltar a diferenciação feita por autores como MUSCARI e VIGLIAR, atentos aos trabalhos realizados por RUBENS LIMONGI FRANÇA, em relação a fontes e formas de expressão do direito.

Para referidos autores, as formas de expressão são “os modos pelos quais o direito se exterioriza”³⁷, ou, em outras palavras, “as formas que o Direito assume para se revelar”.³⁸

Por outro lado, as fontes de direito propriamente ditas seriam apenas o direito natural e o arbítrio humano, vez que é só a partir das necessidades sociais e da vontade humana que se criam os preceitos jurídicos exteriorizados na lei, jurisprudência e outras formas de expressão do direito.

A diferença apontada é de fundamental importância, principalmente para VIGLIAR, para quem referido rigor técnico traz a vantagem de não sugerir uma eventual hierarquia entre as diversas formas de expressão do direito.³⁹ Para o autor, os papéis que cumprem à jurisprudência desempenhar a colocam como outra forma de expressão do direito, tão importante quanto as demais.

³⁷ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 20.

³⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 52.

³⁹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 58.

Contudo, neste ponto é que o autor supra diverge dos entendimentos de MUSCARI, para quem a função criadora do juiz não leva à conclusão automática de que a jurisprudência é fonte (ou mesmo forma de expressão do direito), considerando que se limita apenas ao caso concreto. Assim:

Para que se tenha a jurisprudência na conta de autêntica fonte do direito, é preciso afirmar que um conjunto de decisões uniformes e constantes deve influenciar novos pronunciamentos do Poder Judiciário.⁴⁰

Deste modo, tendo em vista a influência que exerce na atividade dos julgadores, MUSCARI reconhece a jurisprudência como fonte de direito, mas em respeito à família jurídica romano-germânica na qual o direito pátrio se encaixa, defende que esta integra o rol das fontes “na qualidade de autêntica norma costumeira”⁴¹, como um suplemento da legislação ou como fonte secundária.

Já para SIFUENTES, a jurisprudência seria fonte formal de direito apenas nos casos em que a orientação assumida pelos tribunais na decisão dos casos concretos vinculasse os outros tribunais no julgamento de casos, como acontece nos países da *common law*.⁴² Contudo, a autora reconhece que no plano da realidade prática, a criação jurisprudencial apresenta-se com valor de fonte de conhecimento jurídico, mas a coloca em segundo plano em vista de ser a legislação fonte primordial do direito brasileiro.

Sobre o tema, STRECK também sustenta a supremacia do processo legislativo no ordenamento jurídico brasileiro, entendendo ainda que os costumes, e neles inserido estaria também a jurisprudência, só passariam a ser fonte formal de direito quando incorporados na lei escrita⁴³.

⁴⁰ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 27.

⁴¹ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, pp. 30-31.

⁴² SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 162-163.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. ver.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 75-77.

Na legislação vigente no Brasil, vale ressaltar que a CLT, em seu artigo 8º, faz expressa menção à jurisprudência como fonte de direito. Assim:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente de direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Deste modo, conclui-se que a súmula é uma forma de expressão do direito e, usando o termo consagrado pela doutrina, pode ser considerada fonte prática de direito em razão da enorme influência que exerce para o julgamento dos casos concretos. Contudo, conforme as exposições supra, apenas a súmula vinculante constaria no rol das fontes formais do direito, eis que sua aplicação deixa de ser mera faculdade do Poder Público, que será obrigado a aplicá-la nos casos em que se guarde semelhança com a súmula vinculante editada. Ademais, cumpre ressaltar que a súmula vinculante só existe por disposição da lei, sendo esta a fonte primordial do direito para nosso ordenamento jurídico, de tradição do *civil law*.

4 A Uniformização da Jurisprudência como forma de efetivação do Princípio Constitucional da Igualdade.

Passada então a análise do papel da jurisprudência na criação do direito, cabe então ao presente trabalho dedicar atenção à necessidade de sua uniformização, para então analisarmos as formas de vinculação da jurisprudência e, por fim, o instituto da súmula vinculante.

O art. 5º da Constituição da República reza que todos são iguais perante a lei. Ora, tomando em conta este dispositivo que sintetiza o princípio da igualdade, é verdadeira a afirmação de que a lei deve ser a mesma para todos.

Contudo, considerando que a lei possui diversas formas de interpretação pelo juiz que a aplica ao caso concreto, algumas soluções jurídicas fixadas pelo

Poder Judiciário podem ser diversas, mesmo que em quadros fáticos iguais. **Nestes casos**, a lei não seria igual para todos.

Deste modo, interpretações isoladas sobre determinada lei e decisões divergentes que contrariem o entendimento predominante de certo tribunal em uma mesma política econômica e social devem ser vistas com um olhar crítico, na medida em que prejudicam a unidade do direito, criando disparidades entre os jurisdicionados e “a consagração de injustiça neste ou naquele feito”⁴⁴.

Neste sentido, faz-se essencial colacionarmos o magistério de ALFREDO BUZUID:

O problema da uniformização da jurisprudência não se confunde (...) com o da evolução do direito interpretado pelos tribunais. Este é um prius; aquele um posteriorius. Que o direito, em consequência de modificações políticas, sociais e econômicas, possa sofrer entendimento diverso, é princípio pacífico na doutrina. O direito pode ser imortal, mas não é imutável. Destarte, enquanto forem as mesmas as condições em que surgiu o direito, a tendência é a sua certeza, assegurada pela estabilidade de sua interpretação constante pelos tribunais.⁴⁵

VIGLIAR, ao discorrer sobre o tema assim dispõe:

Ressalto uma vez mais que a atividade jurisdicional deve proporcionar o máximo de segurança aos jurisdicionados, como sendo um valor inerente a esta atividade que é monopolizada pelo Estado. Deve proporcionar-lhes um clima adequado de máxima confiabilidade possível em suas manifestações, para que se evite a preocupação – adicional, repito – de se contar com interpretações por vezes antagônicas acerca de um mesmo tema jurídico.

(...)

Para finalizar este item pretendo, retomando as considerações acerca dos papéis reservados à jurisprudência, destacar que um único papel deve ser vedado ao labor jurisprudencial: o de tornar incertas as relações jurídicas regidas pelo direito material.⁴⁶

E é nesse sentido, em busca de uma unidade para o direito, além de uma maior segurança jurídica e potencialização dos princípios da igualdade e da

⁴⁴ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 34.

⁴⁵ BUZUID, Alfredo. *Da Uniformização da Jurisprudência*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982, p. 131.

⁴⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, pp. 68-73.

racionalidade da administração da justiça, que se passa a prescindir de mecanismos tendentes à uniformização da jurisprudência.

Sobre o tema abordado, mister se faz a exposição dos argumentos de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:

Em decorrência da preocupação com a uniformidade das decisões, como pressuposto para que sejam homenageados os princípios da legalidade e da isonomia, já chegamos a sustentar que lei mal interpretada é lei violada. Parece-nos pois, que um texto de lei pode comportar uma só interpretação considerada correta, porque a melhor. As outras consubstanciam-se em atendimentos errôneos da lei.⁴⁷

A uniformidade da jurisprudência há muito vem sendo tratada. Deste modo, veja-se que, desde 28 de agosto de 1963, instituída está, no Supremo Tribunal Federal, “a súmula de jurisprudência predominante”, cuja matéria foi posteriormente encampada pelos artigos 476 e seguinte do Código de Processo Civil, que dispõem sobre o incidente de uniformização de jurisprudência. Outrossim, também foram criados outros mecanismos para a solução de divergência jurisprudencial, como o dispositivo do §1º do art. 555, também do Código de Processo Civil.

Ademais, ainda devem ser citados o Recurso Especial, o Recurso de Revista e os Embargos de divergência, que possibilitam, igualmente, a uniformização das decisões judiciais.

Resta-nos, então, fazer uma breve abordagem sobre cada um destes mecanismos criados para a harmonização da jurisprudência.

5 Mecanismos para a unificação da jurisprudência.

Conforme anteriormente explicitado, desde 1963 o Supremo Tribunal Federal vem editando “súmulas de jurisprudência predominante”. Nas palavras de SIFUENTES:

⁴⁷ WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?* Revista de Processo n. 98. São Paulo: IBPD, 2000, p. 298.

súmula de jurisprudência se refere a teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais, das quais se retira um enunciado, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos.⁴⁸

Trata-se, pois, de “um preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada”⁴⁹.

As súmulas de jurisprudência predominante foram concebidas sem a pretensão de serem dotadas de efeito vinculante, mas, considerando a repercussão que tomam frente aos demais órgãos do Poder Judiciário, reconhece-se a elas uma eficácia persuasiva, com natureza “quase normativa”⁵⁰ a que ANDRÉ RAMOS TAVARES chama de “autoridade de fato”⁵¹.

Regulando a matéria, primeiramente prevista pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o Código de Processo Civil, em seus artigos 476 a 479, criou a figura do incidente de uniformização de jurisprudência, ampliando a possibilidade de edição de súmulas a todos os tribunais.

O objetivo do incidente de uniformização de jurisprudência tal como previsto pelo Código de Processo Civil é evitar a desarmonia de interpretação de teses jurídicas, uniformizando, assim, a jurisprudência interna dos tribunais.⁵² Deve ser realizado em prol do interesse público de certeza do direito, diminuindo a margem de insegurança do jurisdicionado e aumentando o prestígio da função do Estado.

Trata-se, pois, de um incidente processual que pode ser suscitado por juiz votante, pelo autor, pelo réu, por terceiro assistente ou interessado, que ainda não

⁴⁸ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 237-238.

⁴⁹ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 237-238.

⁵⁰ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 36.

⁵¹ TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 25.

⁵² WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Coord. Luiz Rogrigues Wambier. 5.ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 676.

faça parte do processo, e pelo Ministério Público, que sempre deve suscitar o incidente quando observar a indesejável convivência de teses divergentes.

Suscitado o incidente e reconhecida a divergência da interpretação do direito entre turmas, câmaras, grupos de câmaras ou câmaras cíveis reunidas, fixar-se-á, preventivamente, o entendimento a ser adotado doravante pelo tribunal, não só no julgamento do recurso que deu causa ao incidente, como também nos demais julgamentos relativos à matéria de direito suscitada.

Importante ressaltar que não se admite a uniformização de jurisprudência a *posteriori*, quando já concluído o julgamento do recurso. Ademais, não é necessário que o incidente verse sobre matéria de mérito do recurso, mas a divergência há de ser sempre sobre questões de direito, não sendo admitida a uniformização de jurisprudência sobre matéria de fato.

Além do incidente de uniformização da jurisprudência, existe ainda outra forma de composição dos dissídios jurisprudenciais, criado pela Lei n.º 10.352, de 26.12.2001 e disposta pelo art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil.

Trata-se também de um incidente processual, a ser provocado pelo relator do recurso, quando estiver frente à relevante questão de direito que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, devendo estar presente, ainda, o interesse público. Assim, haverá proposição para que o recurso seja julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

CRUZ E TUCCI⁵³, assim como VIGLIAR⁵⁴ criticam o instituto primeiramente porque entendem que qualquer divergência de entendimento dentro de um mesmo tribunal passa a ter interesse público, razão pela qual não haveria cabimento se falar em juízo de conveniência e oportunidade para a aplicação do dispositivo legal. Além disso, conforme disposição do art. 555, §1º do CPC, a composição de divergência se daria apenas ao caso isolado, não tendo o legislador se preocupado com a uniformização de jurisprudência, tanto mais porque não prevê a edição de súmulas. Deste modo, ambos os autores prezam

⁵³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 264-265.

⁵⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, pp. 193-195.

pela superioridade do incidente de uniformização de jurisprudência, mas reconhecem que os institutos são complementares.

Além das súmulas editadas em razão do incidente de uniformização de jurisprudência, há ainda a edição de súmulas em matéria de entendimento pacificado pelos tribunais, que são disciplinadas pelos respectivos regimentos internos.

Ainda há que se fazer menção aos dispositivos que regulam os diversos recursos que têm por missão abolir os dissídios jurisprudenciais já configurados. Entretanto, veja-se que, ao passo em que os incidentes acima apresentados prestam-se a prevenir interpretações diversas da lei em relação a teses jurídicas, os recursos que a seguir serão examinados têm como missão a correção de divergência jurisprudencial já instalada.

O art. 105, inciso III, alínea “c” da Constituição da República dispõe sobre o Recurso Especial, cujo processamento e julgamento é de competência do Superior Tribunal de Justiça. Conforme o texto constitucional, a interposição do Recurso Especial é cabível quando a decisão recorrida der a lei federal (matéria infraconstitucional) interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

Seu objetivo precípua é o de garantir a interpretação e a aplicação uniforme do direito em todo o território nacional, resguardado a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação das leis federais.⁵⁵

Além do Recurso Especial, também destacamos o Recurso de Revista, que tem a finalidade “dupla de velar pelo respeito à lei federal e uniformizar a jurisprudência em matéria trabalhista no País.”⁵⁶

Por fim, há que se fazer referência ainda aos Embargos de Divergência, que podem ser interpostos em recurso especial e em recurso extraordinário, e são admitidos contra decisão que conflite com provimento de outro órgão fracionário da mesma corte. Sua eficácia se diz interna haja vista que o recurso destina-se à

⁵⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 266.

⁵⁶ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 246.

uniformização da jurisprudência entre as próprias turmas, componentes do **Superior Tribunal de Justiça** ou do **Supremo Tribunal Federal**.

6 Histórico do efeito vinculante das decisões judiciais no ordenamento brasileiro.

Passada a análise dos mecanismos criados para a uniformização da jurisprudência, examinaremos então como estes mecanismos podem ser dotados de obrigatoriedade e como formas de vinculação das demais decisões no ordenamento jurídico brasileiro. Deste modo, importante nos questionarmos se, antes mesmo da criação do instituto da súmula vinculante, já não havia certo caráter vinculante em súmulas de jurisprudência predominante ou mesmo em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, propõe-se a análise desta “eficácia vinculante” em vista da realidade processual prática, da súmula impeditiva de recursos e do efeito erga omnes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Como acima mencionado, às súmulas de jurisprudência predominante é reconhecida uma eficácia persuasiva, com natureza “quase normativa”. Como exemplo de sua autoridade de fato, observe-se que a prática processual nos mostra ser muito comum a invocação, por advogados, de súmulas relativas às teses defendidas, desde a petição inicial. Da mesma forma, os magistrados também têm utilizado a citação de súmulas como forma de confortar as soluções adotadas.

Ademais, criaram-se certos institutos tendentes à observância das súmulas de jurisprudência predominante que, por certo, podem ser vistas como uma forma de dar vinculatoriedade aos enunciados editados pelos tribunais, e principalmente pelos tribunais superiores.

É o caso do art. 557, do Código de Processo Civil, que prevê o instituto da súmula impeditiva de recurso. O dispositivo autoriza o relator a indeferir o recurso liminarmente quando o fundamento da irresignação colidir com súmula dominante

do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Além disso, o §1º-A do mesmo artigo autoriza ainda o relator a dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Não concordando com o julgamento realizado pelo relator, a parte poderá interpor agravo de instrumento, na forma autorizada pelo §1º do referido artigo 557 do CPC, mas correrá o risco de ser condenada à multa de até 10% (dez por cento) do valor da causa, caso o agravo seja considerado infundado. Havendo a condenação à multa, a interposição de qualquer outro recurso ficará condicionada ao depósito do respectivo valor (§2º, art. 557, do CPC).

Diante desta faculdade concedida ao relator do recurso, cabe fazer menção à crítica feita por STRECK ao artigo 38 da Lei n.º 8.038/90, que também faculta ao relator negar seguimento a recurso, em termos similares aos utilizados pelo caput do art. 557 do CPC, com redação dada pela lei n.º 9.756/1998. O autor assevera que o referido dispositivo, que confere vinculatoriedade às Súmulas, é inconstitucional, considerando a premissa do art. 5º, inciso II, da Constituição da República, que é o corolário do tipo de sistema jurídico adotado no Brasil, ou seja, o do primado da lei. Assim:

ao editar uma Súmula, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passam a ter poder maior que o do legislador, pois, primeiro, "legislam", ao conceberem a interpretação "correta" de determinada norma; depois, quando existe discordância de tal interpretação, no bojo de qualquer processo em qualquer unidade da federação, tal discordância é impelida de prosperar, pela exata razão de que o relator negará seguimento ao recurso "que contrariar, nas questões predominantes de direito", Súmulas do respectivo Tribunal.⁵⁷

Contudo, atendo-se apenas à interpretação e aplicação das leis, não haveria que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo, eis que de maneira alguma o STF e os demais Tribunais Superiores exerceriam os poderes inerentes ao legislador. Da mesma forma, a lei continuaria a ter primazia em nosso ordenamento jurídico, eis que as súmulas que, em tese, impedem o julgamento

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. ver.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp.148-149.

dos recursos por órgãos colegiados, estariam em consonância com o conteúdo das normas editadas pelo Poder Legislativo, assim como com o entendimento adotado por aquele tribunal ao qual o relator pertença.

Conforme o entendimento de SIFUENTES, o mecanismo de “filtragem” introduzido pelo art. 557 do CPC visa o desafogamento das pautas dos tribunais e não significa novidade absoluta, eis que é adotada não só em países que adotam o sistema da *common law*, como também nos países de tradição romano-germânica, como a Alemanha e a Itália.⁵⁸

Outrossim, considerando que, em sessão de julgamento, a existência de súmula ou de jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior está a influenciar de forma direta o sentido da decisão a ser tomada pelo órgão colegiado, o próprio relator, em homenagem aos princípios da economia e da celeridade processual deve ter a possibilidade de julgar o recurso da forma como o órgão julgador o julgaria.

Poderíamos questionar também se o art. 557 do CPC violaria o princípio constitucional de acesso às vias excepcionais. A resposta nos parece negativa apenas nos casos em que se utilizem as súmulas editadas por Tribunal Superior. A razão da afirmativa é simples: uma vez que a súmula foi editada por Tribunal Superior, também nas vias excepcionais elas seriam aplicadas, razão pela qual a interposição de recursos se tornaria apenas uma medida procrastinatória, responsável pela postergação da prestação jurisdicional.

Além disso, perguntamo-nos ainda se o condicionamento da interposição de recursos ao pagamento de multa não afrontaria o princípio do livre acesso à justiça. Ora, o §3º do art. 102 da Constituição da República também condiciona a admissibilidade do recurso extraordinário à demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, o que não se tem como inconstitucional. Deste modo, também o condicionamento ao pagamento de multas, por analogia, nos parece que não o seria.

A justificativa para a adoção de “filtros” como os do art. 557 do CPC e do art. 102, da CR, é o acúmulo de processos para julgamento, principalmente nos Tribunais Superiores. Não se tendo condição de julgar todos os recursos, os ditos

⁵⁸ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 254-256.

“filtros” dão preferência às matérias novas, ainda não objeto de súmula, assim como às matérias de repercussão geral.

Passada a análise da súmula impeditiva de recurso, cabe ainda o exame do efeito *erga omnes* e vinculante das decisões de mérito proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A figura foi introduzida em nosso ordenamento pela Emenda Constitucional n.º 03 de 17/03/1993 e, desde então tem sido objeto de fervorosos embates eis que inseriu, por assim dizer, o efeito vinculante das decisões do STF no tocante ao controle direto da constitucionalidade das leis.

Posteriormente, a Lei n.º 9.868 de 10/11/1999 estendeu o efeito vinculante também para as decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade.

O efeito *erga omnes* e vinculante foi criado com o intuito de proporcionar maior eficácia às decisões do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, firmando a sua interpretação das questões constitucionais, com o objetivo de pacificar eventuais conflitos de entendimento entre os diversos órgãos judiciais acerca de matérias idênticas ou análogas.⁵⁹

Ao aventar suas considerações sobre a ação declaratória de inconstitucionalidade, STRECK colaciona os motivos pelos quais esta ação seria inconstitucional. Baseando-se em estudo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, o autor aponta as seguintes razões de seu entendimento: a) trata-se de ação sem réu; b) haveria violação do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), dos princípios da ampla defesa, abrangendo o contraditório (art. 5º, LV) e do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), sendo, pois, violadas as cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, §4º, inciso IV); c) não estaria sendo respeitado o princípio da separação dos poderes (art. 60, §4º, inc. III); d) estaria sendo eliminado o princípio do duplo grau de jurisdição e da recorribilidade das decisões judiciais.

A respeito do tema, SCARTEZZINI assim dispõe:

Ao decidir ação direta de inconstitucionalidade ou ação direta de constitucionalidade o STF apenas examina a conformidade da lei posta *sub judice* com a Lei Suprema, declarando sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, de sorte que não se lhe pode imputar a tarja de

⁵⁹ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 267.

“legislador” positivo. Destarte, não haveria a usurpação pelo Judiciário de atividade que é “típica e essencial” do Legislativo.⁶⁰

Outrossim, entendendo por constitucional ou inconstitucional um texto legal, deve ser ele oponível à totalidade dos jurisdicionados, em vista de que a lei deve ser a mesma para todos. A propósito, MANCUSO adverte:

Vindo essa querela (saber se a lei ou o ato do Poder Público foram ou não editados em conformidade com o texto constitucional) dirimida pelo STF, encarregado da “guarda da constituição” (CF, art. 102, caput), parece inegável que a declaração – pro ou contra – acabará se projetando extra-autos ao longo do território nacional, até porque a igualdade de todos perante a lei (CF, art. 5º, caput) deve, dialeticamente, comportar o seu contrário, ou seja, aquela fulminada pela declaração de inconstitucionalidade.⁶¹

Ademais, nos processos em que se discute a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou atos normativos é assegurado o direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, havendo a citação do Advogado Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado, nos termos do §3º, do art. 103 da CR, bem assim como a possibilidade de qualquer um dos legitimados para a proposição da Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Ação Direta de Inconstitucionalidade intervir no processo, como forma de representação dos interesses coletivos.

Conforme a exposição acima, tem-se que as decisões judiciais já tinham um caráter vinculante antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que instituiu entre nós a famigerada Súmula Vinculante. Contudo, a figura não deixa de ser uma novidade entre nós eis que promete acabar com vários dos problemas do Poder Judiciário. Contudo, o instituto da súmula vinculante não só traz a promessa de resolver os problemas já existentes como também pode vir a criar outros novos, considerando, entre outros, sua natureza normativa, a independência dos juízes, a objetividade do direito e seu engessamento.

São aspectos que serão objeto das análises a seguir.

⁶⁰ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. *Súmula Vinculante: O contraditório e a ampla defesa*. Revista de Processo n. 120. São Paulo: IBPD, 2005, p. 84.

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p 403.

7 A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a Súmula com efeito vinculante.

Conforme acima demonstrado, embora a figura da Súmula Persuasiva tenha entre nós um grande âmbito de atuação, ela não obriga, não vincula e, portanto, sua aplicação pode ser vista apenas como uma mera faculdade do julgador. Em sendo uma faculdade, e optando o julgador pela não aplicação da súmula, mesmo quando editada pelo Supremo Tribunal Federal, estaríamos, nas palavras de MANCUSO, “ante a um afronto à soberania do STF, reconhecendo a imperfeição do Poder Judiciário e, finalmente, impedindo a certeza jurídica.”⁶²

Nesse diapasão, colaciona-se o posicionamento do professor LUIZ GUILHERME MARINONI:

Se o juiz de primeiro grau diverge de entendimento contido em súmula do Tribunal, a parte que sustenta a tese consagrada na súmula é obrigada a recorrer. No caso de demandas múltiplas, isto pode significar milhares de recursos. O que significa, entretanto, milhares de recursos? Significa, antes de mais nada, retardo na prestação jurisdicional e, portanto, prejuízo à parte que tem razão. Significa, ainda, mais custos e, também, um acúmulo intolerável de processos em segundo grau de jurisdição. Ora, é óbvio que a interposição exagerada de recursos resulta na lentidão do serviço jurisdicional e, portanto, aprofunda a crise do Poder Judiciário, que tem o grave compromisso de atender ao Direito constitucional de todo o cidadão a uma resposta jurisdicional tempestiva.⁶³

No mesmo sentido, CARREIRA ALVIM:

em que pese o pensamento dos contrários, a vinculação dos juízes – e, mormente da Administração Pública – às súmulas predominantes nos tribunais é, sem dúvida, a melhor proposta para acelerar a prestação jurisdicional, evitando que juízes recalcitrantes continuem, por absoluta falta de bom senso, a dar ensejo, com as suas sentenças, a recursos, cujo desfecho é, desde o início, identificável.⁶⁴

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p 332

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença*. São Paulo: RT, 1997, p. 181.

⁶⁴ ALVIM, J. E. Carreira. *Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional*. Revista de Processo n.º 84. São Paulo: IBPD, 1996, p. 185.

Deste modo, visto que a eficácia persuasiva não é suficiente para fazer com que todos os juízes adotem o posicionamento sumulado dos Tribunais Superiores e, principalmente do Supremo Tribunal Federal, há muito tempo se estuda a possibilidade de dotar essas súmulas de efeito vinculante, como medida de política judiciária, almejando resultados como o da celeridade processual, diminuição de demandas e de recursos aos Tribunais Superiores, previsibilidade das decisões, segurança jurídica e tratamento isonômico aos jurisdicionados.

O instituto foi amplamente discutido e, após várias mudanças do projeto inicial, a súmula vinculante foi inserida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A à Constituição da República.

O dispositivo prevê a possibilidade de o STF, 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 que posteriormente foi estabelecida pela Lei n.º 11.417, de 19.12.2006.

O objeto dessas súmulas, nos termos do §1º do referido artigo, será 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.

Da mesma forma, o §3º do art. 103-A, da CR, prevê ainda o cabimento de reclamação direta ao STF, do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar.

De acordo com o entendimento de TAVARES, a essência da súmula vinculante está representada como uma forma de transposição do concreto para o abstrato geral. Assim, a partir de decisões reiteradas sobre matéria constitucional, realizar-se-ia uma abstração de suas particularidades para a criação de um enunciado que poderia atender a todos, de maneira geral.⁶⁵

MUSCARI bem assevera sobre o assunto ao dizer que:

⁶⁵ TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 03.

A súmula vinculante é mais do que a jurisprudência e menos do que a lei; situa-se a meio-caminho entre uma e outra. Com a jurisprudência guarda similitude pelo fato de provir do Judiciário e de estar sempre relacionada a casos concretos que lhe dão origem. Assemelha-se à lei pelos traços da obrigatoriedade e da destinação geral, a tantos quantos subordinados ao ordenamento jurídico pátrio.⁶⁶

Em consonância com o entendimento acima exposto, SIFUENTES defende a súmula vinculante como um ato jurisdicional normativo. Assim:

Trata-se de ato típico e exclusivo da função jurisdicional, que se situa em uma zona cinzenta da distribuição funcional entre os poderes do Estado, dado o seu caráter de obrigatoriedade e generalidade, que o aproxima do conteúdo material da lei.⁶⁷

Conforme se vê, a inclusão da súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico não se trata apenas de mudança em matéria processual, e sim uma inovação que imbrica com o nosso próprio modelo jurídico político, no qual foi pactuado o primado da norma legal como fonte reguladora das relações entre os cidadãos e destes em face do Estado. Deste modo, acertada a inclusão deste instituto por meio de emenda constitucional, posto que apenas a Constituição poderia determinar a vinculação dos juízes e tribunais. Nesse sentido, veja-se:

dado que o pacto fundamental estabeleceu a norma legislativa como o padrão de conduta obrigatório, geral, abstrato e impessoal, é razoável inferir que, por uma razão de paridade de forma, o poder constituinte derivado é que pode alterar esse registro político.⁶⁸

Contudo, a validade formal da Súmula Vinculante não significa que ela seria materialmente constitucional. Discorrendo sobre o assunto, SÍLVIO NAZARENO COSTA defende a inconstitucionalidade material da súmula vinculante, posto que se confere a ela efeitos gerais próprios da lei, além de

⁶⁶ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, pág. 53.

⁶⁷ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 275.

⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p 329.

restringir a independência jurisdicional das instâncias inferiores, “manietando o desenvolvimento da jurisprudência e estimulando o seguidismo judiciário”.⁶⁹

Para o referido autor, trata-se de um mecanismo que, simultaneamente, “funciona como compartilhamento da função legislativa pelo órgão judiciário e como constrangedor jurisprudencial. Por conseguinte, fere os princípios da separação das funções do Estado e da Independência judicial.”⁷⁰

Como brevemente demonstrado, a súmula passa longe de ser uma figura consensual em nosso ordenamento jurídico. Assim, analisaremos individualmente cada um dos argumentos contra e a favor do instituto.

7.1 Súmula Vinculante, Estado Democrático de Direito e Princípio da Tripartição dos Poderes do Estado. A Ditadura do Judiciário?

Consoante a Constituição da República Federativa do Brasil, art. 2º, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da União *independentes e harmônicos entre si*.

Assim, cabe analisarmos a crítica feita em relação à invasão de competências do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, considerando a edição de súmulas com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Questiona-se, deste modo, se a súmula vinculante e a interpretação do direito como um todo, feita pelos juízes em suas decisões e sentenças, poderia estar equiparada à atividade criativa do direito pelo legislador e, ainda, se equiparadas pudessem estar, feririam o Estado Democrático de Direito e o Princípio da Tripartição dos Poderes, uma vez que os magistrados, em tese, não possuem legitimidade para estabelecer normas detentoras de força legal, já que, ao contrário dos membros do Congresso Nacional e das Assembléias

⁶⁹ COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 244.

⁷⁰ COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 244.

Legislativas, não foram eleitos para tanto. Ademais, se criando súmulas com eficácia vinculativa, estaria o Poder Judiciário invadindo a esfera do Poder Legislativo.

Mauro Cappelletti, na obra “Juizes Legisladores?” leciona que a legislação, tal qual realizada pelo Poder Legislativo, é um modo de criar o direito, essencialmente diverso do modo de criar o direito operado pelo poder judiciário.⁷¹

Assim, o autor elenca regras fundamentais da “justiça natural” que diferenciam o processo jurisdicional dos de natureza “política” quais sejam: 1) exige-se que o juiz seja super partes, livre da pressão destas e imparcial em relação a elas; 2) que haja o caráter contraditório do processo, com efetiva possibilidade de defesa e de oitiva das partes, 3) que tenha uma atitude passiva, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode um juiz exercer em concreto o poder jurisdicional.⁷²

Observe-se, assim, que, ao contrário do processo jurisdicional, o processo legislativo possibilita que os legisladores estejam envolvidos e interessados como partes nas matérias por ele reguladas, por representarem pessoas ou grupos, deles se fazendo defensores.

Apesar das diferenças existentes entre a criação do direito pelos poderes, entende o autor que os tribunais superiores, tendo poderes de regulação processual e emitindo “diretivas” gerais em tema de interpretação, vinculantes para os demais órgãos do poder público, e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto, agem como legisladores, não como juizes que obedecem às regras naturais, mas operando numa competência muito mais administrativa do que judiciária.⁷³

Assim, resta saber então se a edição das Súmulas Vinculantes pelo Poder Judiciário, como exercício de competência legislativa e administrativa, fere o Estado Democrático de Direito, assim como o Princípio da Separação dos Poderes.

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 – reimpressão, 1999, p. 74.

⁷² CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 – reimpressão, 1999, p. 75.

⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 – reimpressão, 1999, pp. 80-81.

Lenio Streck assevera que, à medida que as Súmulas criam o Direito, há que se indagar acerca da legitimação do Poder Judiciário para tal e, ainda, acerca de que, elevando-se o Judiciário, que não é eleito, sobre o Poder Legislativo, estar-se-ia criando uma figura antidemocrática.⁷⁴

Contrapõe-se CAPPELLETTI à idéia de ilegitimidade do Poder Judiciário, sustentando que este não é inteiramente privado de representatividade, considerando que os juízes que compõem a maioria dos tribunais superiores no mundo são nomeados de forma política ou eletiva, o que possibilita certo controle da “filosofia política da Corte.”⁷⁵ Além do mais, continua o autor, os tribunais são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões de suas decisões, o que se pode considerar como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões.

No livro “O Espírito das leis”, MONTESQUIEU dispõe que a união do Poder Judiciário com o Legislativo é condenável, porque os juízes, em vez de declarar o que é o direito, com independência, acabariam por criá-lo, ao seu próprio arbítrio, transformando-se, desse modo, em legisladores:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter força de um opressor.⁷⁶

A Separação dos Poderes lançada por MONTESQUIEU tinha uma concepção rígida, conduzindo a cada Poder apenas uma função e preservando assim um equilíbrio das forças internas do Estado, através de um mútuo controle, também conhecido como sistema de “freios e contrapesos”. Contudo, na atualidade, a rigidez do princípio perdeu autoridade e prestígio, considerando que

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. ver.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 243-245.

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 – reimpressão, 1999, pp. 96-99.

⁷⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982, p. 187, Capítulo VI, §5º.

não mais se pode falar em separação absoluta e intransponível dos poderes, mas sim de uma distribuição de funções entre órgãos separados, com íntima cooperação, harmonia e equilíbrio entre eles.⁷⁷

Deste modo, não havendo uma correspondência rígida entre os Poderes do Estado e as funções que exercem, vê-se que a lei não é mais monopólio do Poder Legislativo, e o maior exemplo que se tem quanto a isso é a Medida Provisória, presente em nosso ordenamento jurídico desde a promulgação da Constituição da República de 1988.⁷⁸ Além disso, pode-se apontar ainda como exemplos de funções atípicas dos Poderes que compõem a União as Comissões Parlamentares de Inquérito, com poderes de investigação “próprios das autoridades judiciais”; o Senado Federal, que tem competência para processar e julgar o Presidente da República etc.

Assim sendo, pode-se ter como correto que também o Poder Judiciário possa desempenhar funções administrativas e proferir atos de natureza equiparada aos materialmente legislativos, sem que isso implique em desvirtuamento de sua função típica ou ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, MUSCARI dispõe:

Quando o Judiciário emite súmulas (ainda que vinculantes), não está legislando, mas apenas exercendo um papel que lhe é inerente: manter a paz social e resguardar a segurança jurídica. Longe de invadir a esfera de atuação do Legislativo, coopera com ele.⁷⁹

Com o mesmo entendimento, ALFREDO BUZAID assevera:

Para alcançar a unidade na aplicação da lei, é indispensável armar o Poder Judiciário de um instrumento apto a manifestar um entendimento uniforme simultâneo, que não exclui uma interpretação variada sucessiva. O Poder Judiciário, ao estabelecer súmulas, associa-se à função do Poder Legislativo, mas não concorre com ele na atribuição de

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 160-163.

⁷⁸ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 82.

⁷⁹ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, pág. 64.

criar o direito. Completa a missão de estabilizá-lo segundo um único entendimento.⁸⁰

Assim, acredita-se que a edição das súmulas vinculantes, como ato de natureza equiparada aos materialmente legislativos, não faz parte da função típica do Poder Judiciário, conquanto também isso não implique em desvirtuamento de sua função típica ou ofensa ao Estado Democrático de Direito e ao Princípio da Tripartição dos Poderes.

7,2 Constrangimento Jurisprudencial. Ameaça à independência judicial e à livre convicção dos juízes?

De acordo com boa parte da doutrina, a súmula vinculante implica infração ao princípio da independência jurisdicional. Com certo exagero, STRECK chega a afirmar que vinculação sumular-jurisprudencial é uma camisa-de-força que atingirá, inexorável e impiedosamente, as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro.⁸¹ Ademais, o autor defende ainda não ser possível a prática da democracia sem uma organização judiciária independente e capaz de atuar com eficiência na salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.⁸²

SÍLVIO COSTA NAZARENO assevera que:

a independência é a garantia constitucional que o Magistrado não sofrerá ingerências, de qualquer origem e natureza, sobre sua atividade judicante. Vale dizer: é a garantia de que decidirá sozinho.⁸³

⁸⁰ BUZAID, Alfredo. *Da Uniformização da Jurisprudência*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982, pp. 158-159.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. ver.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 264.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. ver.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 276.

⁸³ COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226.

Para o autor, qualquer interferência sobre o livre convencimento judicial não encontra amparo na Constituição, posto que não há imparcialidade sem independência e não se pode conceber um Judiciário hierarquizado como um exército.⁸⁴

Contra a idéia de vinculação, o autor supra argumenta ser inadmissível a concentração de poder na cúpula do Judiciário, em detrimento da independência da jurisdição.

Já para SIFUENTES:

o princípio da independência da magistratura significa, tanto no direito português como no brasileiro, que os juízes julgam apenas de acordo com as leis e sua consciência, não estando sujeitos a quaisquer ordens ou instruções, salvo de acatar as decisões dos tribunais superiores, em caso de recurso judicial.⁸⁵

Contudo, a autora defende a necessidade de um critério de racionalidade, que é também uma exigência do Estado de Direito e do próprio princípio da legalidade. Em razão disso, aduz que a independência e liberdade do juiz não é e não pode ser absoluta; que o juiz “não é um rei no domínio do caso concreto.”⁸⁶. Deste modo:

O juiz, portanto, não está vinculado somente à lei, mas a um sistema bem mais complexo, que é o direito, com suas múltiplas fontes de conhecimento, das quais fazem parte, sem dúvida alguma, os atos normativos da função jurisdicional.⁸⁷

Além disso, há que se questionar ainda a independência dos juízes e sua liberdade de convicção frente ao compromisso do Judiciário com a segurança e a Justiça. À propósito, o Ministro Humberto Gomes de Barros, em julgamento do

⁸⁴ COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226.

⁸⁵ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 285.

⁸⁶ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 289.

⁸⁷ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 290-291.

Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 228.432-RS:

Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a Justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições.⁸⁸

Sobre o tema analisado, EDUARDO DE AVELAR LAMY defende que, dada a unidade do Poder Judiciário, não faz sentido que os seus mais órgãos desrespeitem o entendimento dos tribunais superiores se estes entendimentos que prevalecerão ao final, após anos de tramitação.⁸⁹ Deste modo:

o magistrado antes de tudo há que se conformar à sua condição de instrumento da vontade pública e nesta qualidade deve ser o primeiro a pugnar pela observância, tanto quanto possível, daquela vontade. Portanto, parece-nos que ao vestir a toga, o juiz renuncia às paixões mundanas, abrindo mão da sua auto-afirmação como indivíduo por um objeto maior, qual seja: fazer valer os direitos de seus jurisdicionados.⁹⁰

Ademais, devemos atentar ao fato de que nem todas as matérias podem ser objeto de súmulas vinculantes. Nesse sentido, veja-se que as súmulas só podem dizer respeito a situações capazes de se repetirem ao longo do tempo de modo absolutamente idêntico.⁹¹ Outrossim, como bem assevera TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:

em princípio não se poderia, por exemplo, sumular tese jurídica relativa a direito de família, porque situações de família nunca são idênticas. Diferentemente ocorre no plano do direito tributário, em que um leasing é sempre um leasing, e se deve saber, com certeza, se se trata ou não, de atividade tributável.⁹²

⁸⁸ Corte Especial, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, D.J.U. De 18-03-2002.

⁸⁹ LAMY, Eduardo de Avelar. *Súmula Vinculante: um desafio*. Revista de Processò n. 120. São Paulo: IBPD, 2005, pp. 124-125.

⁹⁰ LAMY, Eduardo de Avelar. *Súmula Vinculante: um desafio*. Revista de Processo n. 120. São Paulo: IBPD, 2005, p. 126.

⁹¹ WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?* Revista de Processo n. 98. São Paulo: IBPD, 2000, p. 300.

⁹² WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?* Revista de Processo n. 98. São Paulo: IBPD, 2000, p. 300.

A esse respeito, observe-se, por exemplo, uma das primeiras matérias sumuladas com efeito vinculante: as regras de exploração de Loterias e Bingos. De acordo com o entendimento da súmula vinculante emitida, as loterias e os bingos fazem parte dos sistemas de consórcios e sorteios, matérias de competência legislativa exclusiva da União.

Deste modo, veja-se que essa matéria é capaz de se repetir ao longo do tempo, de modo absolutamente idêntico. Assim, a todos os casos em que se discuta sobre o assunto, teremos uma resposta também idêntica, fazendo com que não haja mais discussão sobre a falta de competência dos estados e municípios sobre a matéria, considerando a interpretação dada e sua fixação de acordo com o inciso XX do art. 22, da Constituição da República, que trata de competência privativa da União.

Também objeto das primeiras súmulas vinculantes editadas pelo STF está a competência da justiça do trabalho para o julgamento das ações de indenização por dano morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho e a determinação da observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa nos processos no âmbito do Tribunal de Contas da União. Deve-se mencionar, ainda, as súmulas vinculantes editadas em matéria tributária: a primeira nos confere um conceito de receita bruta para fins de determinação da base de cálculo do COFINS, e a segunda dispõe sobre a majoração da alíquota do COFINS.

Por fim, fazemos menção também à súmula vinculante que entende pela inadmissibilidade de desconsideração do acordo firmado pelo trabalhador na correção das contas vinculadas de FGTS.

Observe-se, assim, que as súmulas vinculantes editadas até agora não tratam de matérias que incidem sobre a questão fática dos demais casos a serem analisados sobre o prisma vinculante das súmulas. Fixam competências legislativas ou o juiz competente para julgar determinada ação, determinam a observância ao devido processo legal, precisam o conceito do que seria receita bruta etc. Como consequência, com a edição deste tipo de súmula, não se retira do juiz a possibilidade de apreciação e avaliação das provas produzidas no caso concreto, nem a resolução do quadro fático apresentado na demanda. O enunciado vinculante objetiva a resolver apenas a questão de qualificação deste

quadro fático já resolvido pelo juiz ou do entendimento da norma que se aplica ao caso.

Assim, pode-se concluir que não existe privação em relação à livre convicção do juiz quando houver súmula vinculante que se atenha às questões de direito. Nesse sentido:

Para serem consideradas 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 e que possam ser resumidos em uma ou duas frases, porque não envolvam peculiaridades relevantes para sua qualificação ou para a indicação do respectivo regime jurídico.⁹³

MANCUSO também defende que a livre convicção do juiz não é prejudicada pela adoção da súmula vinculante. Assim:

No iter intelectual percorrido pelo juiz para a formação de seu convencimento, cabe-lhe ter presente todas as formas de expressão do Direito que lhe pareçam cabíveis na espécie, inclusive pois o Direito Sumular, quando através dele se possa dirimir a controvérsia. Parecendo ao juiz que determinada súmula vinculativa não rege ou não abrange o objeto litigioso do processo, poderá, fundamentadamente, deixar de aplicá-la, em processo exegético, portanto, semelhante ao que ocorre quando uma norma legal é invocada nos autos, mas em verdade não é aplicada ao caso vertente.⁹⁴

Em entendimento consonante, MUSCARI afirma que “a independência da magistratura é garantia instrumental, destinada a assegurar a imparcialidade das decisões que os jurisdicionados recebem; não se trata de privilégio de uma categoria.”⁹⁵ Mais adiante continua: “sob o fundamento de que os juízes podem decidir da maneira que lhe aprouver, por força da garantia da independência da magistratura, jamais poderá justificar-se conduta que imponha ao “consumidor” a

⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?* Revista de Processo n. 98. São Paulo: IBPD, 2000, p. 303.

⁹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p 368.

⁹⁵ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, pág. 66.

morosidade e a insegurança jurídica, que chegam a comprometer a própria justiça”.⁹⁶

Ao mesmo passo, TAVARES defende que o magistrado continuará tendo liberdade de convicção, considerando que a ele sempre restará avaliar se aplica ou não uma dada súmula a um determinado caso concreto (operação de verificação) e que a própria súmula é passível de interpretação, porque vertida em linguagem escrita tal como as leis em geral.⁹⁷

Conforme as exposições feitas, podemos concluir que a súmula vinculante não é obstativa da independência judicial e da livre convicção do juiz, seja porque o Poder Judiciário deve sempre prezar por sua unidade, seja porque as questões tratadas por súmula vinculante não adentram a matérias fáticas e também não impedem o exercício da interpretação ao magistrado no julgamento do caso concreto, colocando-o, nas palavras de STRECK, em uma “camisa de força”⁹⁸. Contudo, em relação às questões de direito, fixando-se o entendimento de determinada norma, como o conceito de receita bruta acima apontado, estar-se-ia limitando o âmbito de atuação do juiz, mas para um bem maior, que seria o da segurança jurídica, posto que questões idênticas devem ter tratamento idêntico, sob pena de se ferir o princípio da isonomia.

7.3 Os problemas da morosidade, do grande número de demandas repetidas e do afogamento dos Tribunais Superiores e, principalmente, do Supremo Tribunal Federal.

Com base em levantamentos empreendidos, os processos e recursos fundados em controvérsia idêntica foram alçados à condição de principais

⁹⁶ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, pág. 66.

⁹⁷ TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 108.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. ver.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 264.

responsáveis pelo congestionamento do sistema, e, conseqüentemente, da sua morosidade.⁹⁹

Assim, um dos motivos para a adoção da súmula vinculante seria o de impedir essa repetição de demandas individuais semelhantes ou idênticas e, principalmente, o do desafogamento dos Tribunais Superiores em seus julgamentos.

Nas palavras de SÍLVIO NAZARENO COSTA, na parte de sua obra em que disserta sobre os argumentos a favor do instituto da súmula vinculante:

sustenta-se que a vinculação conferiria mais agilidade ao *modus operandi* jurisdicional, possibilitando aos tribunais superiores desvencilhar-se com maior rapidez da demanda processual que lhes fosse destinada. Assim, conclui-se que a Súmula Vinculante funcionaria como instrumento de otimização dos procedimentos jurisdicionais nas cortes superiores.¹⁰⁰

De acordo com o mencionado autor, a súmula vinculante também serviria para diminuir o número de processos levados àqueles tribunais. Além disso, racionalizaria o sistema, pois não seria de admitir-se que decisões definitivas e firmes das mais altas cortes jurisdicionais brasileiras pudessem ser ignoradas pelos Juízos inferiores.

MANCUSO defende ainda que a súmula vinculante gerará um efeito preventivo geral na sociedade:

De se observar que essa eficácia extra-autos da jurisprudência sumulada não opera apenas no plano dos conflitos levados ao Judiciário, mas impende reconhecer que as súmulas projetam um efeito preventivo geral ao interior da própria sociedade, já que, por intermédio dos operadores do Direito, os entendimentos assentados acabam chegando ao conhecimento dos jurisdicionados, assim influenciando ou, até mesmo condicionando os comportamentos.¹⁰¹

⁹⁹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *O processo e os novos rumos do Judiciário: desafios e tendências*. Revista de Processo n.º 142. São Paulo: IBPD, 2006, p. 274.

¹⁰⁰ COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 218-219.

¹⁰¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p 368.

Ademais, conforme o mesmo autor, tem-se que a aplicação da súmula vinculante na praxis judiciária brasileira se apresentaria como uma contribuição para o controle da excessiva proliferação de feitos repetitivos. Contudo, o autor reconhece que o instituto não resolverá todas as mazelas do Poder Judiciário, defendendo assim a imposição de outras medidas tais como: a ampliação do número de juízes; melhoria das técnicas para seu recrutamento; reestruturação das carreiras jurídicas no serviço público; incentivo ao aprimoramento profissional de seus integrantes; fomento dos Juizados Especiais; Tribunais Arbitrais e demais formas alternativas de composição dos litígios; incremento à assistência judiciária, gratuita e integral; criação de varas especializadas em conflitos metaindividuais, como os atinentes aos consumidores e ao meio ambiente; informatização da máquina judiciária e readequação do regime de férias forenses.¹⁰²

Sobre a redução da morosidade dos processos judiciais DANIEL FAVARETTO BARBOSA aduz que a Súmula Vinculante será ineficaz para impedir a repetição de demandas individuais semelhantes ou idênticas. De acordo com suas exposições, as questões de mérito a serem analisadas pelo Supremo Tribunal Federal chegarão, em regra, pelo recurso extraordinário para que, após reiteradas decisões, seja possível a edição das súmulas com efeito vinculante. Neste íterim, não haveria como se obstar a pulverização de demandas individuais perante o primeiro grau, tratando do mesmo tema. Deste modo, assevera que os juízos e tribunais ordinários permanecerão assoberbados de trabalho e continuarão recebendo inúmeras ações individuais sobre temas repetitivos. Outrossim, afirma que as pessoas lesadas em seus direitos não aguardarão a edição de súmula precisamente porque ela é eventual, ou seja, pode ocorrer que a súmula nem seja editada.¹⁰³

Além disso, há que se questionar ainda se as reclamações diretas ao STF não irão aumentar consideravelmente o volume das demandas deste tribunal, impossibilitando assim o seu desafogamento.

Em que pesem os argumentos contra o instituto em relação ao combate da morosidade, há que se reconhecer que, após a edição das súmulas vinculantes,

¹⁰² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p 370.

¹⁰³ BARBOSA, Daniel Favaretto. "Reforma do Judiciário", *Celeridade do Processo e as "Súmulas Vinculantes"*. Revista de Processo n.º 138. São Paulo: IBPD, 2006, pp. 104-105.

haverá certa diminuição do tempo despendido no processo, mesmo que em pequena escala, considerando a racionalidade que imprimirá aos julgamentos, assim como a diminuição do número de recursos interpostos. Ademais, no caso das demandas recorrentes sobre o mesmo tema, embora não tenha capacidade de impedir o ajuizamento em massa, a edição de súmula vinculante de certo que agilizará seu julgamento, assim como evitará a proposição de novas demandas que a contrariem. Contudo, conforme bem asseverou MANCUSO, com o entendimento acima exposto, não se trata de medida, que por si só, terá o condão de resolver todos os problemas da morosidade processual, mas sim, de um tipo de contribuição para que seja possível a efetivação da justiça em um tempo razoável, de acordo com a disposição do art. 5º, inciso LCCVIII, da Constituição da República que determina: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

7.4 A Cristalização da Jurisprudência e o Engessamento do Direito

Um dos argumentos contrários à utilização das Súmulas Vinculantes seria o da cristalização da jurisprudência e o do engessamento do direito.

Sobre o tema, MANCUSO colaciona entendimento de HERMENEGILDO FERNANDO GONÇALVES, para quem a súmula vinculante “é incompatível com o ordenamento jurídico, porque petrifica, cristaliza decisões, eliminando exatamente a válvula respiratória de nosso sistema, que é a liberdade de questionamento da lei e da possibilidade de revisão da jurisprudência com vistas aos novos valores vigentes na sociedade”¹⁰⁴.

Outrossim, MANCUSO ainda faz referência à conferência proferida por Miguel Reale, no STJ:

Se as súmulas, em suma, forem permanentemente revistas, à vista do progresso da doutrina e do trabalho dos operadores do Direito, não

¹⁰⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p 357.

haverá com elas estancamento da experiência jurídica, mas sim a sua dinâmica e prudente concreção.¹⁰⁵

Ainda, devemos nos atentar ao fato de que a emenda n.º 45/2004 prevê a possibilidade de revisão ou de cancelamento de súmula vinculante, que, assim como sua emissão, poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

De acordo com as disposições da lei que regulamenta o instituto da súmula vinculante, qual seja, a lei n.º 11.417/2006, também a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 dos membros do STF, em sessão plenária. Ainda, de acordo com o art. 5º do referido dispositivo legal, quando estiver revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o STF, de ofício ou por provocação, procederá a sua revisão ou cancelamento.

Deste modo, pode-se concluir que não haverá o engessamento do direito em vista da possibilidade de revisão e cancelamento das súmulas com eficácia vinculante.

8 Súmula Vinculante e os Assentos Portugueses

De acordo com MÔNICA SIFUENTES o assento português consistia:

na solução de um conflito jurisprudencial, caracterizado pela contradição de dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça ou da Relação, relativamente à mesma questão fundamental de direito, da qual não fosse admissível recurso de revista ou agravo.¹⁰⁶

Definidos como enunciados de uniformização de jurisprudência emitida pelo Pleno dos Tribunais Superiores, os assentos portugueses eram previstos pelo art. 768, n.º 3, do Código de Processo Civil, assim:

¹⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p 347.

¹⁰⁶ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 200.

Desde que haja conflito de jurisprudência, deve o Tribunal resolvê-lo e lavrar assento, ainda que a resolução do conflito não tenha utilidade alguma para o caso concreto em litígio, por ter de subsistir a decisão do acórdão recorrido, qualquer que seja a doutrina do assento.

Já o Código Civil Português, em seu art. 2º, assim dispunha:

Nos casos declarados em lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.

Os artigos do Código de Processo Civil Português que se referiam aos assentos foram suprimidos em razão da Reforma do processo civil pátrio. Ademais, o artigo 2º do Código Civil Português foi tido como inconstitucional na parte em que atribuía aos Tribunais competência para ficar doutrina com força obrigatória geral.

Embora exista certa semelhança entre os institutos dos assentos portugueses e da súmula vinculante brasileira, no que diz respeito ao seu caráter geral e obrigatório, devemos nos atentar para suas distinções. Sobre o assunto, ANDRÉ RAMOS TAVARES assim dispõe:

Enquanto os assentos resultam de recursos interpostos pelas partes interessadas, no curso de determinado processo, a súmula pode ser editada de ofício ou por provocação de autoridades e entidades que receberam legitimação para as ações diretas do processo objetivo (...) aos quais a LSV acrescentou os tribunais e municípios. Ademais, as súmulas devem resultar de processo próprio, que não se confunde com o processo que deu origem às decisões (concretas) reiteradas.¹⁰⁷

Quanto ao assunto em apreço, CASTANHEIRA NEVES criticava duramente o instituto em razão de que os assentos partiam de dimensões singulares do caso concreto para ter seus efeitos expandidos a situações futuras. Assim:

trata-se da prescrição de um critério-norma que se propõe uma intenção normativa geral (geral e abstrata) e que, todavia, é emitida a partir apenas da decisão de um caso concreto. Tenha sido embora correcta a decisão para esse caso, nas circunstâncias dele, já não pode assegurar-se que a generalização formal dessa decisão – que mais não pode fazer a emissão de assento, ofereça uma solução correcta para todos os

¹⁰⁷ TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 22.

casos porventura do mesmo tipo, mas em circunstâncias relevantes diferentes. O decidir em função de um caso e para ele não pode ser base suficiente, nem adequada para prescrever um critério abstracto de uma generalidade futura de casos: uma normatividade correcta prescrição geral e abstracta não se obtém apenas pela conversão em variáveis formais das dimensões singulares dum caso concreto.¹⁰⁸

ANDRÉ RAMOS TAVARES discorre que os assentos dependiam de decisões prévias divergentes, ao passo que as súmulas dependem de decisões prévias convergentes.¹⁰⁹ Ainda, os assentos eram proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, enquanto que as súmulas brasileiras com efeito vinculante foram instituídas apenas para o âmbito do STF, que as profere na condição de Tribunal Constitucional.

Além disso, deve-se ressaltar também que os assentos portugueses eram imodificáveis e irrevogáveis, só podendo ser alterados por alteração legislativa, uma vez que não havia previsão legal de um mecanismo que possibilitasse sua revisibilidade.

¹⁰⁸ NEVES, António Castanheira. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 631-632.

¹⁰⁹ TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 22-23.

9 Conclusão

Como considerações finais deste trabalho monográfico, podemos concluir que, embora nosso ordenamento jurídico se ajuste ao modelo que determina o primado da lei, o instituto da Súmula Vinculante é plenamente compatível com o direito brasileiro, que participa do movimento de aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law* em busca de uma melhor forma de atender ao jurisdicionado de forma justa e eficiente.

Deste modo, devemos compreender a jurisprudência como uma forma de expressão do direito, que, a partir do instituto da Súmula Vinculante, pode ser considerada fonte formal de direito, em razão da obrigatoriedade de sua aplicação. Apesar disso, devemos nos atentar ao fato de que ainda existe primazia da lei em relação à jurisprudência, considerando que a edição das Súmulas Vinculantes só se tornou possível através de autorização legislativa.

Quanto à uniformização de jurisprudência, conclui-se que é medida necessária à efetivação do Princípio Constitucional da Igualdade, uma vez que deixar que casos iguais sejam julgados de forma diferente é deixar que se perpetue a injustiça e a desigualdade. Não se pode conceber que pessoas pleiteando o mesmo direito em situações fáticas idênticas possam ter respostas diferenciadas. O jurisdicionado tem direito à segurança jurídica e não pode ficar à mercê de uma loteria jurisdicional determinada pela distribuição de processos.

Deste modo, em busca da unificação da jurisprudência, criaram-se mecanismos como o incidente de uniformização de jurisprudência, as súmulas de jurisprudência predominante e os recursos especial e de revista. Ademais, em vista de figuras como as da súmula impeditiva de recursos e do efeito *erga omnes* das decisões proferidas pelo STF em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Constitucionalidade, já podíamos falar, antes mesmo da Emenda Constitucional n.º 45/2004, em efeito vinculante da jurisprudência.

De acordo com as apresentações feitas no presente trabalho, a Súmula Vinculante pode ser vista como o exercício de uma função atípica do Poder Judiciário que, por sua obrigatoriedade e generalidade, pode ser equiparada a um ato normativo. Contudo, entende-se que, no uso dessa função atípica, o Poder

Judiciário não invade a esfera de competência do Poder Legislativo, em razão de que no exercício dos demais poderes também se vislumbra o exercício de outras funções atípicas. Ademais, é a própria lei que permite a edição, modificação e cancelamento de Súmulas Vinculantes.

No que diz respeito ao livre convencimento do juiz, conclui-se que a Súmula Vinculante não interfere nas questões fáticas do caso concreto nem causa afetação da independência dos magistrados. Não obstante, deve-se ter em conta a primazia da segurança jurídica e o tratamento isonômico dos jurisdicionados no julgamento de questões que podem ser resolvidas com base em Súmulas Vinculantes.

Ainda, não podemos nos iludir com a idéia de que as Súmulas Vinculantes irão acabar com os problemas da morosidade processual e do afogamento do Poder Judiciário. Nesse sentido, considera-se que o instituto é medida que deve ser tomada como forma de auxiliar na evolução do direito, mas não tem o condão de extinguir todas as suas mazelas.

Por fim, entende-se que o instituto criado pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 não ocasionará o engessamento do direito em razão de que referido dispositivo legal permite a revisão e cancelamento das Súmulas Vinculantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *O processo e os novos rumos do Judiciário: desafios e tendências*. Revista de Processo n.º 142. São Paulo: IBPD, 2006.

ALVIM, J. E. Carreira. *Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional*. Revista de Processo n.º 84. São Paulo: IBPD, 1996.

BARBOSA, Daniel Favaretto. *“Reforma do Judiciário”, Celeridade do Processo e as “Súmulas Vinculantes”*. Revista de Processo n.º 138. São Paulo: IBPD, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BUZAID, Alfredo. *Da Uniformização da Jurisprudência*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 – reimpressão, 1999.

COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes Editora LTDA, 1986.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Súmula Vinculante: um desafio*. Revista de Processo n. 120. São Paulo: IBPD, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença*. São Paulo: RT, 1997.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

NEVES, António Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. *Súmula Vinculante: O contraditório e a ampla defesa*. Revista de Processo n. 120. São Paulo: IBPD, 2005.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Editora Método, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Coord. Luiz Rogrigues Wambier. 5.ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?* Revista de Processo n. 98. São Paulo: IBPD, 2000.