

REINALDO RODRIGUES DE OLIVEIRA FILHO

**O EFEITO VINCULANTE E AS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO**

REINALDO RODRIGUES DE OLIVEIRA FILHO

**O EFEITO VINCULANTE E AS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO**

Dissertação apresentada à Faculdade de História,
Direito e Serviço Social da Universidade Estadual
Paulista – UNESP – Campus de Franca, para obtenção
do Título de Mestre em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza
Laspro**

FRANCA/SP
2001

O48e OLIVEIRA FILHO, Reinaldo Rodrigues de
O efeito vinculante e as garantias constitucionais
do processo / Reinaldo Rodrigues de Oliveira
Filho.

Dissertação – Mestrado – Faculdade de História,
Direito e Serviço Social – UNESP – Franca.

188 p.

1. Direito Processual Civil. 2. Efeito vinculante.
3. Garantias Constitucionais. I. Título. II. Laspro, Oreste
Nestor de Souza. III. Universidade Estadual Paulista.

CDU – 347.9:342.72

REINALDO RODRIGUES DE OLIVEIRA FILHO

**O EFEITO VINCULANTE E AS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO**

**COMISSÃO EXAMINADORA
DISSERTAÇÃO PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE
MESTRE**

ORIENTADOR.....

1º EXAMINADOR.....

2º EXAMINADOR.....

Franca/SP, de de 2001.

À Iara Mari, preciosa filha e razão de minha existência.

À Danniely, esposa e amiga, pelo constante apoio e compreensão
dedicada.

Aos meus pais, Reinaldo e Nadia, sem os quais nada poderia ser
realizado.

AGRADECIMENTOS

È extensa a lista de pessoas que de alguma forma contribuíram para a construção deste trabalho. Desde já, expressamos eternos agradecimentos a todas e particularmente:

a Silvia Machado Tannuri, por ter acompanhado atentamente os primeiros passos de nossa formação jurídica;

ao Ministério Público do Estado de Mato Grosso, na pessoa do Procurador Geral de Justiça, Dr. Guiomar Teodoro Borges, pela devida importância confiada a atividade científica, possibilitando-nos realizar as disciplinas acadêmicas;

ao Professor Dr. José Carlos de Oliveira por acreditar no potencial científico do Estado de Mato Grosso, supervisionando eficientemente o convênio de Mestrado aqui instituído;

ao Professor Oreste Nestor de Souza Laspro, por direcionar os caminhos a serem percorridos e horizontes a serem desvendados durante a orientação dispensada à dissertação;

a todos os professores e colegas que concederam o enorme prazer da convivência e a inestimável oportunidade de trocar idéias;

a Dr.^a Elizabeth Bianch, pela primorosa revisão ortográfica do conteúdo redacional do trabalho.

Não concordo com as idéias que expressas, mas daria de bom grado a vida para defender teu direito de expressá-las.

(Voltaire, escritor e pensador
francês – 1694-1778)

RESUMO

OLIVEIRA FILHO, Reinaldo Rodrigues de. O efeito vinculante e as garantias constitucionais do processo. Franca, 2001. 188p. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP, Campus de Franca.

O presente trabalho retrata o desenvolvimento de investigações a respeito das repercussões provocadas pelo modelo de precedentes judiciais no sistema de garantias constitucionais - processuais existente no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, realiza-se uma abordagem histórica do instituto dos precedentes judiciais, com ênfase especial ao modelo de precedentes do direito norte americano .

As propostas legislativas de inserção do efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro são analisadas sob a perspectiva das garantias constitucionais direcionadas ao sistema processual presente em nossa realidade.

Os efeitos projetados pelo efeito vinculante sobre as garantias destinadas ao exercício da função judicante são objetos de especial atenção no transcurso da presente dissertação.

Da mesma forma, é analisada a questão da responsabilidade civil do magistrado em caso de não observância a uma decisão judicial vinculativa

Ao final, são apresentados pontos favoráveis e desvantagens que podem surgir a partir da implantação do efeito vinculante das decisões judiciais no modelo jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: efeito ou súmula vinculante; precedentes judiciais; garantias constitucionais; responsabilidade civil do magistrado.

RIASSUNTO

OLIVEIRA FILHO, Reinaldo Rodrigues de. L'effetto vincolante e le garanzie costituzionali del processo. Franca, 2001. 188p. Dissertazione (Maestrado in Diritto) Facoltà di Storia, Diritto e Servizio Sociale della Università Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP, Campus de Franca.

Questo lavoro ritratta lo svolgimento delle ricerche rispetto alle ripercussioni provocate dal modello di precedenti giudiziari nel sistema di garanzie costituzionali-processuali esistente nell'ordinamento giuridico brasiliano. Pertanto, si svolge una discussione storica dell'istituto dei precedenti giudiziari, con enfasi speciale sul modello di precedenti del diritto americano del nord.

Le proposte legislative di inserzione dell'effetto vincolante nell'ordinamento giuridico brasiliano vengono analizzate sotto la prospettiva delle garanzie costituzionali direzionate verso il sistema processuale presente nella nostra realtà.

Gli effetti proiettati dall'effetto vincolante sulle garanzie destinate all'esercizio della funzione giudicante sono oggetti di speciale attenzione nel trascorso di questa dissertazione.

Dello stesso modo, viene analizzata la questione della responsabilità civile del magistrato in caso di non osservanza a una decisione giudiziale vincolativa.

Alla fine, vengono presentati punti favorevoli e svantaggi che possono sorgere a partire dall'impianto dell'effetto vincolante delle decisioni giudiziali nel modello giuridico brasiliano.

Parole-chiave: effetto vincolante; precedenti giudiziari; garanzie costituzionali; responsabilità civile del magistrato.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
------------------	----

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 ESCORÇO HISTÓRICO.....	16
1.2 DIREITO ROMANO.....	17
1.3 DIREITO LUSO-BRASILEIRO	24

CAPÍTULO II

OS PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO NORTE-AMERICANO

2.1 A FILIAÇÃO À COMMON LAW	33
2.2 O SISTEMA JUDICIÁRIO NORTE-AMERICANO.....	35
2.3 STARE DECISIS.....	37
2.3.1 OS PRECEDENTES JUDICIAIS	41
2.3.2 A PRÁTICA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO NORTE-AMERICANO	44
2.3.2.1 O MAGISTRADO NORTE-AMERICANO E A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE	48

CAPÍTULO III

A SÚMULA E SUA ADJETIVAÇÃO VINCULATIVA

3.1 SÚMULAS. CONCEITO E USUAIS TERMINOLOGIAS	55
3.2 AS SÚMULAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	58
3.3 A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA	61

CAPÍTULO IV

EFEITO VINCULANTE E REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

4.1 A CRISE NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	69
4.2 A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	71
4.3 O EFEITO VINCULANTE.	76

4.3.1 A VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA: UMA TENDÊNCIA LEGISLATIVA	81
4.3.2 A PROLIFERAÇÃO DE DEMANDAS COLETIVAS E O EFEITO ERGA OMNES DE SUAS DECISÕES	83
4.3.3 O EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES PROFERIDAS NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE E NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	86
4.3.4 AS RECENTES INOVAÇÕES NO SISTEMA RECURSAL, AUMENTANDO OS PODERES DO RELATOR	92

CAPÍTULO V

EM DESTAQUE AS PROPOSTAS LEGISLATIVAS

5.1 AS PROPOSTAS LEGISLATIVAS QUE VERSAM SOBRE A INCLUSÃO DO EFEITO VINCULANTE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	95
5.2 ANÁLISE CRÍTICA DAS PROPOSTAS APRESENTADAS	100
5.2.1 COMPETÊNCIA PARA EMITIR PRECEDENTES COM EFEITO VINCULANTE.....	101
5.2.2 MATÉRIA QUE GERE INSEGURANÇA E INSTABILIDADE NO MEIO SOCIAL	103
5.2.3 REITERADAS DECISÕES NO MESMO SENTIDO	105
5.2.4 A EXTENSÃO DO EFEITO VINCULANTE A TODAS AS MATÉRIAS E RAMOS DO DIREITO.....	107
5.2.5 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À SUMULAÇÃO VINCULATIVA	108
5.2.6 A REVOGAÇÃO OU ALTERAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE.....	111
5.2.7 O EXPEDIENTE DA RECLAMAÇÃO.....	113

CAPÍTULO VI

EFEITO VINCULANTE E GARANTIAS PROCESSUAIS

6.1 FATORES AXIOLÓGICOS QUE INSPIRAM E SUSTENTAM A TESE VINCULANTE	115
6.1.1 SEGURANÇA JURÍDICA	118
6.1.2 CERTEZA E PREVISIBILIDADE DO DIREITO	121
6.2 O EFEITO VINCULANTE E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	125
6.3 OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E O DEVER INAFASTÁVEL DO ESTADO EM PROMOVER ACESSO À JUSTIÇA	130
6.4 O DECISUM COMPULSÓRIO E A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO	133

6.5 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E EFEITO VINCULANTE.....	135
6.6 A TESE VINCULANTE E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO OU MOTIVAÇÃO DOS JULGADOS	137
6.7 A TESE VINCULANTE E O DUES PROCESS OF LAW.....	140

CAPÍTULO VII

O EFEITO VINCULANTE E O PODER DEVER DOS MAGISTRADOS

7.1 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JUDICIAL	142
7.1.1 O PODERES E DEVERES DO JUIZ	144
7.2 A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MAGISTRADOS	147
7.3 O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO OU PERSUAÇÃO RACIONAL DO JULGADOR.....	153
7.4 O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL	156
7.5 A IDENTIDADE FÍSICA DO MAGISTRADO	157
7.6 O DEVER DE OBSERVÂNCIA AO PRECEDENTE	158
7.6.1 AS PROPOSTAS LEGISLATIVAS E A POSTURA DO JULGADOR	163
7.6.2 A NÃO OBSERVÂNCIA AO PRECEDENTE E A RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO	166
7.6.3 O DANO CAUSADO PELA INOBSERVÂNCIA AO PRECEDENTE E O DEVER DE REPARAÇÃO	170
CONCLUSÕES	173
BIBLIOGRAFIA	179

INTRODUÇÃO

A todo instante circulam debates e propostas com vistas a contornar a atividade estatal jurisdicional de instrumentos que possibilitem o alcance de maior qualidade nos serviços prestados pelo Poder Judiciário, para que esteja preparado a enfrentar as profundas e constantes alterações na realidade social, originadas pelo surgimento de novas manifestações intersubjetivas e conseqüentemente de novas modalidades de conflitos de interesses.

Todavia, ao mesmo tempo em que se busca equipar a máquina estatal de instrumentos voltados à otimizar a distribuição da justiça, surge inexoravelmente uma preocupação dos operadores jurídicos em adequar novas experiências e propostas inovadoras ao resguardo de valores indissociáveis ao direito, *v.g*, segurança, certeza, igualdade etc.

Dentre as propostas de melhoria na prestação jurisdicional brasileira que tramitam nas casas legislativas federais, uma, especialmente, vem causando profundo debate nos segmentos preocupados com o tema, qual seja, a atribuição do efeito vinculante às decisões judiciais proferidas nos tribunais superiores.

Sem o propósito de promover exaustivas incursões acerca dos benefícios ou desvantagens trazidas à realidade jurídica brasileira, em caso de adoção da tese vinculativa, busca-se no presente trabalho abordar o tema a partir de uma perspectiva que direciona a investigação para o âmbito do sistema de garantias constitucionais relacionadas ao processo.

È evidente que a denominada tese vinculante, a primeira vista, causa perplexidade em alguns setores da comunidade jurídica nacional, muito embora, já exista previsão legal autorizando a aplicação do instituto em algumas situações, como, por exemplo, nas decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade.

Isto se dá em decorrência da estrutura política - jurídica presente no contexto brasileiro, pautada na sedimentação de experiências traduzidas pelo sistema romano - germânico, o qual deposita na lei (em sentido formal) o condão de estrela maior na produção do direito.

È certo que a implementação do efeito vinculativo, além de promover um repensar na concepção clássica acerca das fontes de produção normativa do direito, autoriza uma reflexão sobre a conduta postada pelo Estado quando se ocupa da preservação das garantias constitucionais destinadas ao direito processual.

No modelo atual o que se percebe é a incapacidade do Estado em assegurar uma efetiva aplicação do sistema de garantias processuais, seja pelos obstáculos postados à frente do pleno acesso à justiça, seja pela insegurança advinda do fenômeno da eternização dos processos, ou, ainda, pela ausência de uma estrutura ágil e dinâmica que esteja à altura dos anseios e expectativas do corpo social.

A partir desta concepção, busca-se no presente trabalho analisar as proposições legislativas que versam sobre a inclusão das súmulas com força vinculante no ordenamento jurídico brasileiro.

Com vistas a possibilitar melhor compreensão do tema e no intuito de se levantar a origem e evolução do instituto dos precedentes vinculantes, são realizadas no trabalho incursões históricas, com especial atenção ao direito romano e ao luso-brasileiro.

Em seguida, passa-se a analisar as consequências que poderão surgir em caso de adoção do efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente em relação as garantias, prerrogativas, poderes e deveres atribuídos aos magistrados.

Destacam-se ainda as repercussões que poderão incidir sob a responsabilidade civil do juiz, tema, que até hoje é tratado timidamente tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

Com efeito, percebe-se a atratividade que a matéria desperta, pois ao mesmo tempo em que encontra-se inserida no movimento voltado à reformular a máquina jurisdicional brasileira, confere oportunidade para se proceder uma abordagem a respeito das garantias constitucionais destinadas ao processo, especialmente as que se vinculam aos magistrados.

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 Escorço histórico

Em todo trabalho de caráter científico, ao menos naqueles que se comprometem a investigar o objeto com a finalidade de prestar contribuições à comunidade científica, exige-se do investigador postura que lhe proporcione maior proximidade e intimidade com as fontes e origens de determinado fenômeno ou instituto. Especialmente no campo das ciências sociais¹ (dentre as quais inclui-se o direito), a importância do trabalho de investigação dos fenômenos, partindo-se de suas remotas origens, assume papel de extrema relevância, na medida em que facilita a compreensão das modificações experimentadas por determinado instituto no curso das influências provocadas pelas contingências espaço-temporais que marcam a evolução da humanidade.

Ainda, pode-se afirmar que o estudo das fontes e origens de um instituto jurídico, bem como sua contextualização na realidade

¹ Referindo-se ao tema, DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.197, ressalta: “Ciências culturais, ciências do espírito, ciências humanas, ciências morais, ciências idiográficas ou *ciências sociais* são as que têm por objeto material o comportamento humano, apesar de cada uma delas ter *objeto formal* próprio, ou seja, a perspectiva mediante a qual contempla o homem e estuda os fatos de sua conduta”. Ver, ainda, a concepção de conhecimento proposta por ADEOTADO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica na verdade e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.2.

existente à época, além de auxiliar a compreensão e entendimento de como nas contingências atuais se comportam, propicia a formação de uma consciência jurídica capaz de desempenhar atividade crítica acerca do modelo jurídico vigente.

No caso específico do direito brasileiro - que guarda forte influência do direito continental europeu do século XII e por consequência deita raízes no direito romano² -, integrante dos países filiados ao sistema jurídico romano-germânico, de suma importância são as incursões direcionadas ao estudo do modelo jurídico existente na civilização romana, desde sua fundação (753 a.C.) até a morte do Imperador Justiniano (565 d.C.), possibilitando assim analisar se havia um mecanismo judicial análogo ou semelhante ao sistema atual de precedentes vinculativos existente nos dias de hoje em alguns países (Inglaterra, Estados Unidos da América).

1.2 Direito Romano

Como já dito, a formação do direito brasileiro sofre grande influência dos institutos e procedimentos construídos pela

² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, vol. I, p.1, para quem o direito romano representa “o conjunto de normas que regeram a sociedade romana desde as origens (segundo a tradição, Roma foi fundada em 754 a.C.) até o ano de 565 d.C, quando ocorreu a morte de Justiniano”.

longínqua civilização romana; sendo assim, uma abordagem acerca do sistema jurídico vigente neste período revela na verdade o exame indireto do ordenamento jurídico brasileiro.

Várias são as classificações que se preocupam em organizar a partir de diferentes critérios (político, histórico, organização), nominalmente e cronologicamente, as fases em que se desenvolveu o direito na civilização romana. Levando-se em conta algumas divergências cronológicas que cercam a matéria, de uma forma geral é aceita a divisão em quatro períodos de constituição do Estado Romano. O primeiro consiste na realeza ou período régio, que se inicia com a fundação de Roma (753 a.C.), até a substituição dos reis (no ano de 510 d.C); o período republicano vem em seguida, estendendo-se até a implementação do regime de principado pelo imperador Otávio Augusto (27 a.C.); a fase imperial ou do principado representa o terceiro ciclo evolutivo, tendo como fato que demarca seu termo a chegada ao trono do imperador Diocleciano (284 d.C.); com a instauração da monarquia absoluta inaugura-se o período baixo império ou dominato, o qual se

prolongou até a morte do imperador bizantino Justiniano, no ano de 565 d.C.³

A evolução do direito no Estado Romano pode ser determinada em três fases, sendo a primeira denominada período pré-clássico ou arcaico (fundação de Roma até meados do séc. II a.C.), com feições essencialmente consuetudinárias, onde se conhecia a escrita, caracterizado por não dissociar direito e religião; ao segundo denominou-se período clássico, com início a partir da *Lex Aebutia* (126 a.C.), estendendo-se até o governo do imperador Diocleciano (284 d.C.), fase de grande desenvolvimento da civilização romana, em que o direito assume caráter laico e individualista, transmutando-se gradativamente da forma primitivamente consuetudinária para a adoção do meio legislativo;⁴ por fim, tem-se o período pós-clássico ou romano-helênico, que se estende até a morte do imperador Justiniano,⁵ época marcada pelas grandes compilações dos preceitos formulados no período clássico.

³ Sobre o tema MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.98. SIDOU, J.M. Othon. *Processo civil comparado: histórico e contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.p.24.CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Romano Moderno*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.p.8-41.

⁴ Argemiro Cardoso Moreira Martins, op. cit., nota 3, p.104.

⁵ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira , 1999, p.6.

Sob o prisma do processo, pode-se afirmar a existência de três momentos (fases) que revelaram sua evolução no direito romano, muito embora estas não tenham sido rigidamente híbridas, mas sim entrelaçadas. Inicia-se pelo período das *legis actiones* (ações da lei),⁶ observado desde a fundação de Roma, perdurando até o ano de 17 a.C.; ao segundo denominou-se período formulário ou *per formulas*, coincidente com a fase republicana da civilização romana (século III a.C.), alcançando inclusive boa parte do regime imperial ou do principado (até 342 a.C.); posteriormente, a partir da instalação do governo imperial surge o sistema procedimental alcunhado *cognitio extraordinaria*, que perdurou até a morte de Justiniano (565 d.C.).

Tanto no período das ações da lei como no formulário, havia a bipartição do procedimento *ordo iudiciorum privatorum*, sendo a controvérsia dirigida primeiramente a um magistrado (fase *in iure*), que, após conceder a ação estabelecendo a *litiscontestatio*, encaminhava a solução do litígio a um árbitro ou *arbiter (in iudicio)*. Cumpre ressaltar

⁶ J. M. Othon Sidou, sobre o tema, destaca: “Dos cinco modos dispostos para a defesa dos direitos e que compreendem as ações da lei, ou seja, a *sacramentum*, a *iudicis postulatio*, a *condictio*, a *manus iniectio* e a *pignoris capio*, as três primeiras eram de natureza declaratória e constitutiva de direitos e as duas últimas, executivas; quatro advêm das Doze Tábuas, e só uma (*legis actio per conductionem*) foi introduzida posteriormente” (op. cit., nota 3, p.250). Sobre este período adverte AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1., p.39): “O procedimento, inspirado nas exigências de um povo primitivo, era nitidamente formalista, obedecendo a solenidades rigorosíssimas, em que as fórmulas verbais, cada uma das

que o traço diferencial entre a fase das leis e o período formulário reside num documento denominado fórmula onde o magistrado (pretor) delimitava o âmbito de julgamento ao árbitro: “concedida a ação, o magistrado entregava ao autor a fórmula”.⁷

As fórmulas originaram-se a partir da expansão das fronteiras romanas e do inexorável intercâmbio com os peregrinos, exigindo uma forte intervenção do Estado Romano no sentido de organizar as relações entre os seus cidadãos e os não romanos, fazendo com que se criasse um direito a ser aplicado na solução de controvérsias que envolvessem estrangeiros ou estrangeiros e cidadãos romanos (as ações legais não podiam ser utilizadas pelos estrangeiros), em que o pretor peregrino concedia aos forasteiros uma fórmula escrita na qual se determinava o objeto da contenda.

O exercício da magistratura judicante nesta fase era confiado a particulares eleitos pelo período de um ano, os quais, ao assumirem a função, deviam promulgar (ato de império) um escrito contendo as orientações e balizamentos que deveriam ser observados por todos, nos procedimentos judiciais sob sua direção, fazendo com que o

palavras e dos gestos deveriam ser escrupulosamente obedecidas”. Nesta fase o procedimento era eminentemente oral.

⁷ Moacyr Amaral Santos, op. cit., nota 6, p.41.

julgamento do árbitro ficasse adstrito aos seus termos. A este documento atribuiu-se a denominação de edito.⁸

A importância dos editos é constatada quando se leva em consideração a forma pelo qual os romanos visualizavam o direito subjetivo, umbilicalmente condicionado à existência da ação, podendo-se afirmar que a existência do direito apenas se verificava quando houvesse uma ação correspondente. Considerando que a ação era concedida pelo *imperium* do pretor, e sendo certo que as situações jurídicas merecedoras de proteção, via *actio*, eram dispostas nos editos, conclui-se que os magistrados romanos eram autênticas fontes de produção do direito, eis que, tendo poderes para denegar ações aos cidadãos, diziam o que era ou não direito.⁹

Com a instalação do sistema imperial, mais precisamente no ano 200 d.C, o processo romano alcança o período da *cognitio extraordinaria*, no qual o exercício da atividade judicante passa a ficar a cargo de um órgão oficial, desaparecendo com isso o procedimento

⁸ “O edito era o programa temporário que o magistrado detentor do *ius edicendi*, em geral pretor, fazia publicar ao assumir suas funções, contendo as diretrizes a serem seguidas na administração da justiça durante seu exercício” (J. M. Othon Sidou, op. cit., nota 3, p.29).

⁹ Marco Antonio Botto Muscari, ocupando-se do assunto, adverte: “Denegando ações que tutelavam direitos decorrentes do *ius civile*, quando lhes parecesse justo, e criando outras tantas não previstas no *ius quiritium*, sempre que as entendessem necessárias à proteção de situações imprevistas, é evidente que os magistrados judiciários participavam ativamente do processo de elaboração de normas jurídicas”(op. cit., nota 5).

bipartido e por consequência os árbitros privados.¹⁰ Enfim, a distribuição da justiça passa a ser atividade nitidamente pública, confiada a funcionários da administração.

Fato marcante neste período, e que guarda estreita correlação com o instituto dos precedentes vinculantes, é a elaboração do *Edictum perpetuum*, obra do imperador Adriano, confiada a sua execução ao jurisconsulto Sálvio Juliano (117 d.C),¹¹ que consistia numa consolidação contendo o produto final e definitivo de todos os editos temporários até então confeccionados pelos magistrados romanos, de observância obrigatória por todos os órgãos da administração da justiça.

Em breve resenha acerca das fases e evolução do direito romano, extrai-se que os editos elaborados pelos magistrados a partir da fase formular do processo romano eram vivas manifestações de produção do direito, consistindo em verdadeiros embriões do atual mecanismo de vinculação compulsória das decisões jurisdicionais, presente nos países filiados à família jurídica do *common law*.

¹⁰Sobre o tema ver THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.1., p.12. SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1., p.2. Moacyr Amaral Santos, op. cit., nota 6 p.43.

¹¹ CRUZ e TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 1996. p.30.

1.3 Direito luso-brasileiro

Como já mencionado, pode-se afirmar que a formação do direito brasileiro, aliás de quase todos os países ocidentais, guarda estreitas raízes nos institutos e instituições presentes na evolução do direito romano, principalmente em sua época clássica; contudo, não é menos certo dizer que os primeiros passos da trajetória jurídica do Brasil foram inspirados -certamente por notórias contingências históricas -, no direito português.¹²

O direito português, por sua vez, concentra fortes origens nas bases traçadas pelo direito romano, com a particularidade de ter alcançado emancipação e perfil próprio no instante em que Portugal se tornou independente das dinastias espanholas (1139), o que deu início ao período nacional do direito português.¹³ Esta fase foi marcada pela existência e aplicação dos forais, que nada mais eram do que uma

¹²“De fato, o direito vigente no Brasil-Colônia foi transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603). Em geral, a legislação privada comum, fundada nessas Ordenações do Reino, era aplicada sem qualquer alteração em todo o território nacional. Concomitantemente, a inadequação, no Brasil, de certas normas e preceitos de direito público que vigoravam em Portugal determinava a elaboração de uma legislação especial que regulasse a organização administrativa da Colônia” (WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.47).

¹³Sobre o tema, CRISTIANI, Claudio Valentim. O direito no Brasil Colonial. In: Antonio Carlos Wolkmer. *Fundamentos de História do Direito*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.215

espécie de código em que se prescreviam regras locais, geralmente traduzindo para a forma escrita os costumes da época.

Em concisa recapitulação histórica, temos a ressaltar que, ao tempo da colonização, especialmente na fase das Capitanias Hereditárias e Governos Gerais, observou-se no Brasil uma aplicação integral dos institutos, organização e procedimentos presentes no direito português, e não poderia ser diferente, eis que num processo de colonização é comum que a metrópole transplante para as colônias sua realidade política, econômica, bem como seus aspectos socioculturais. No campo do direito, constata-se que a organização judiciária lusitana, assim como as decisões judiciais dela provindas, tinham vigência e validade em toda a extensão do território brasileiro, o que facilmente se explica em razão do movimento de centralização do poder advindo da metrópole.¹⁴

Durante a fase primitiva do direito brasileiro, as funções judicantes, e executivas eram confiadas às mãos dos donatários, que as exerciam em suas respectivas capitanias. Com a implantação do sistema

¹⁴. A. L. MACHADO NETO. *Sociologia jurídica*, p. 308.

de Governos-Gerais, houve a eliminação dos poderes dos donatários, passando a ter grande aplicação as Ordenações do Reino, principalmente as Ordenações Manuelinas e Filipinas.¹⁵

Na medida em que se constata a vigência das Ordenações do Reino por mais de três séculos no cenário jurídico brasileiro, e sendo certo que estas previam institutos semelhantes em conotação ao da vinculação das decisões judiciais, será necessário agora discorrer um pouco sobre eles. Nas Ordenações Afonsinas (1446), havia uma previsão legislativa estabelecendo as fontes nacionais que os tribunais portugueses deveriam utilizar, quando da análise e resolução de uma contenda judicial, quais sejam as leis do reino, os estilos da corte e os costumes, determinando inclusive que, na ausência de umas dessas fontes, poder-se-iam aplicar subsidiariamente o direito romano e o direito canônico.¹⁶

¹⁵As Ordenações Afonsinas foram pouco aplicadas no direito da colônia, pois cederam lugar, em 1521, às Ordenações Manuelinas.

¹⁶O prefácio do Título XI, Livro II, das Ordenações Afonsinas assim dispõe: “Estabelecemos, e pomos por lei, que quando algum caso for trazido em prática, que seja determinado por alguma Lei do Reino, ou estilo da nossa corte, ou costume dos nossos Reinos antigamente usado, seja por eles julgado, e desembargado finalmente, não embargante que as Leis Imperiais acerca do dito caso hajam disposto em outra guisa, porque onde a Lei do Reino dispõe, cessam todas as outras Leis, e Direitos; e quando o caso, de que se trata, não for determinado por Lei do Reino, mandamos que seja julgado, e findo pelas Leis Imperiais e pelos Santos Cânones”.

Como se observa, sob a vigência da Compilação Afonsina três eram as fontes de produção normativa, sendo que, ao lado das leis do reino e dos costumes, faziam-se presentes os estilos da corte, estes últimos, na verdade, consistindo na tendência uniforme e homogênea das decisões dos tribunais em temas processuais, devendo ser observados por todos num período de dez anos.

Ratificando a forte tendência do direito português em privilegiar a força das decisões judiciais, consagrando-as como verdadeiras fontes de produção do direito e de interpretação das leis - certamente com o intuito de fortalecer o poder do imperador que à época exercia a função de Regedor na Casa de Suplicação de Lisboa -, vale destacar trecho insculpido no § 1º, do Título LVIII, do Livro V, das Ordenações Manuelinas, que assim prescrevia:

“E assim havemos por bem, que quando os Desembargadores que forem no despacho d’algum feito, todos, ou alguns deles tiver alguma dúvida em alguma Nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dita dúvida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que aí for determinado se porá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao regedor pareça que é bom no-lo fazer saber, para nós logo determinarmos, No-lo fará saber, para nós nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem Nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito ao

Regedor como dito é, serão suspensos até nossa Mercê. E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho para depois não vir em dúvida”.

Para melhor compreensão do procedimento interpretativo acima retratado, de bom grado é a lição de Antonio Carlos Wolkmer quando se ocupa do tema relacionado à organização judiciária deste período: “A organização judiciária, reproduzindo na verdade a estrutura portuguesa, apresentava uma primeira instância, formada por juízes singulares que eram distribuídos nas categorias de ouvidores, juízes ordinários e juízes de fora, juízes de órfãos, juízes de sesmarias etc. A segunda instância, composta de juízes colegiados, agrupava os chamados Tribunais de Relação, que apreciavam os recursos ou embargos. Seus membros designavam-se desembargadores, e suas decisões, acordãos. Já o Tribunal de Justiça Superior, de terceira e última instância, com sede na Metrópole, era representado pela Casa da Suplicação, uma espécie de tribunal de apelação”.¹⁷

O posto de regedor era ocupado pelo Imperador, que de modo centralizador proferia a última palavra acerca do direito a ser aplicado na metrópole e nas colônias.¹⁸

¹⁷ ANTONIO CARLOS WOLKMER, op. cit., nota 12, p.60.

¹⁸Na estrutura judiciária lusitana dos séculos XVI e XVII funcionavam como órgãos de cúpula a Casa de Suplicação e o Desembargo do Paço, ambos presididos pelo regedor. Destaca-se, ainda, que os primeiros tribunais instalados no Brasil foram a Relação da Bahia, em 1609, e a Relação instalada no Rio de Janeiro no ano de 1751.

Ao resultado do processo interpretativo realizado pela Casa de Suplicação foi atribuída a denominação de assento, o qual era dotado de força vinculante, fazendo obrigatório seu cumprimento pelos demais órgãos do Judiciário e da administração. Luiz Flávio Gomes, discorrendo sobre o tema, adverte: “Nas Ordenações Manuelinas e Filipinas existiam os famosos assentos, que consistiam na orientação interpretativa das Casas de Suplicação, de caráter vinculante a todos os juízes inferiores”.¹⁹

O advento das Ordenações Filipinas, no ano de 1603, não provocou modificações na forma pelo qual a Casa de Suplicação de Lisboa efetuava o processo autêntico de interpretação das leis, perdurando a obrigatoriedade de todos em observar os assentos por ela emitidos.²⁰

As relações ultramarinas criadas e instaladas pela metrópole (em nosso caso os tribunais instalados da Bahia e Rio de Janeiro), não obstante a ausência de permissivo legal para tanto, da mesma forma que a Casa de Suplicação de Lisboa, começaram a expedir

¹⁹Súmulas vinculantes e independência funcional. RT 739/11-42. CUNHA, Sérgio Sérulo da. Nota sobre o efeito vinculante. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 61, ano XXV, jul.-dez. 1995. p.107-125, destaca, “Já ocorreu, porém, a experiência de se conceder, às decisões dos tribunais, um outro tipo de efeito vinculante, equivalente ao da força obrigatória da lei. É, por exemplo, o que faziam em Portugal os “assentos” da Casa da Suplicação, conforme disposição das Ordenações Manuelinas e das Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil mesmo após a independência. O Dec. n° 2.684, de 23.10.1875, dava força de lei, no Império, aos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, e competência ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros.

²⁰Vide § 5º, do Título V, Livro I, das Ordenações Filipinas.

assentos em matéria por elas analisada, gerando profunda confusão interpretativa em razão das divergentes decisões proferidas.

Tal fato motivou forte reação da coroa, fazendo com que, em 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão), fosse editada uma lei condicionando a eficácia dos assentos emanados das relações ultramarinas à aprovação da Casa de Suplicação de Lisboa. Posteriormente, com a elevação, no ano de 1808, do tribunal do Rio de Janeiro ao *status* de Casa de Suplicação do Brasil, esta passou a ter a atribuição de expedir assentos de natureza obrigatória e vinculante.

O fato que marca a exclusão da força vinculante e obrigatória dos assentos do ordenamento jurídico brasileiro foi a entrada em vigor da lei de 18 de setembro de 1828, a qual, dentre outras previsões, criou o Supremo Tribunal de Justiça.²¹ O fundamento jurídico que inspirou a extinção dos assentos foi construído nos ideais liberais individualistas de inspiração francesa que, no liminar do século XVIII, hasteavam a bandeira da codificação, onde a lei (sentido formal) reforçava sua aura de fonte primária de produção do direito.

²¹ Marco Antonio Botto Muscari, op. cit., nota 5, p.16.

A partir dessa resenha histórica, forçoso reconhecer que no direito brasileiro pode-se afirmar que o mecanismo de vinculação obrigatória das decisões judiciais encontra seu paradigma mais remoto nos assentos emitidos pelas Casas de Suplicação, ao tempo da vigência das Ordenações Manuelinas e Filipinas (aplicáveis durante o período colonial e imperial).

Vale acrescentar que vozes de nomeada no cenário jurídico nacional, por meio de anteprojetos legislativos, tentaram reintroduzir no ordenamento jurídico brasileiro a figura dos assentos nos moldes do período colonial, como, por exemplo, na elaboração, em 1964, do Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, de autoria de Haroldo Valadão, em que havia a previsão de uma Resolução Unificadora da Jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal tomada com base em três acórdãos, por maioria absoluta, com caráter obrigatório, vinculando os tribunais e juízes enquanto não modificadas.²²

²²VALADÃO, Haroldo. A reforma do Poder Judiciário, *ROAB* 15/17, Rio de Janeiro, jan.-abr. 1975. Vale acrescentar que o Min. Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 594, datado de 19.02.1992, relembra: “Na República, o primeiro texto positivo a emprestar força normativa geral à interpretação judicial da lei foi o do art. 902, § 1º, da CLT, que fazia compulsório para os Tribunais Regionais e as Juntas o respeito aos prejudgados do Tribunal Superior do Trabalho. Significativamente, a norma fora editada sob a Carta do Estado Novo, infensa à ortodoxia do dogma da separação dos Poderes e ao corolário da indelegabilidade da competência de um a outro deles”. *RTJ* 151/20).

Da mesma forma, na redação do anteprojeto do Código de Processo Civil (1973), o Min. Alfredo Buzaid tentou incluir um sistema de vinculação, ao espelho dos assentos portugueses, das decisões proferidas nos tribunais superiores. Este modelo mereceu, desde sua origem, ferrenhas críticas por parte da comunidade jurídica.²³

Nenhuma das propostas logrou êxito, sendo rotuladas de inconstitucionais sob o argumento de que afrontavam o princípio da separação dos poderes. Registre-se que o projeto de Alfredo Buzaid consagrou o mecanismo das súmulas da jurisprudência predominante dos tribunais superiores, com caráter meramente persuasivo, e não vinculativo.

Atualmente, tramitam no Congresso Nacional dois projetos de emenda constitucional com o objetivo de atribuição do efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores, os quais serão objetos de análise detalhada adiante.

²³MOURA ROCHA, José de. A importância da súmula. *Revista Forense*, v. 252/91-98, jan-mar. 1973. |

CAPÍTULO II

OS PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO NORTE-AMERICANO

2.1 A filiação à *common law*

A análise dos aspectos que contornam a matéria relacionada ao efeito vinculante das decisões judiciais, com o firme propósito de buscar a compreensão do instituto a partir de suas origens, faz com que sejam inexoravelmente levantadas algumas questões atinentes ao tratamento conferido ao tema pelo ordenamento jurídico dos Estados Unidos, tendo em vista a realidade jurídica ali instalada.²⁴

Como se sabe, os Estados Unidos integram o rol dos países que guardam raízes na família jurídica da *common law*, diferenciando-se assim dos sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica, filiados à *civil law*.²⁵ Guido Fernando Silva Soares, estudioso do assunto lança preciosa definição acerca da dicotomia apresentada, aduzindo: “No sentido amplo, *Common Law* quer referir-se por um lado ao sistema

²⁴Desde já, vale ressaltar que a escolha dos Estados Unidos não retira a importância de uma investigação acerca do sistema de precedentes vinculantes presente na Inglaterra e demais países do Reino Unido. Decerto, há nítidas diferenciações no tratamento conferido ao tema na Inglaterra e nos Estados Unidos, as quais, no entanto, não são relevantes ao desenvolvimento do presente trabalho.

²⁵Destacam-se, ainda, os sistemas muçulmanos e orientais. DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

da família dos direitos que receberam a influência do direito da Inglaterra (onde vicejam os contrastes apontados entre *Common Law v. Equity Law* e *Common Law v. Statute Law*) e, de outro lado, o sistema da família dos direitos romano-germânicos, que igualmente se denominam *Civil Law*, conforme apelação que os doutrinadores daquele sistema costumam conferir a esta última”.²⁶

Ocorre que a formação do direito nos Estados Unidos, em que pese a forte influência do direito comum provinda dos costumes e tradições da realidade jurídica presente na Inglaterra nos séculos XV a XVII, após a proclamação da independência e emancipação das colônias assumiu características muito próprias, afastando-se do modelo originário transplantado da ilha européia.²⁷

Com isso, passaram os Estados Unidos a construir um novo sistema jurídico, com traços oriundos do sistema da *common law* (cristaliza o mecanismo dos precedentes vinculativos) e nítida proximidade com institutos afetos ao sistema romano-germânico (produção legislativa), adotando assim uma realidade jurídica mista.²⁸

²⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito nos EUA*, 1. ed. São Paulo: RT, 1999, p.47.

²⁷ ASCENÇÃO, J. Oliveira. Fontes do direito no sistema da common law, *Revista de Direito Público*, v. 35-36, p.5-24.

²⁸ “O sistema dos EUA pode ser caracterizado como uma *Common Law* mista (valor vinculante de uma regra definida por um acórdão de um tribunal superior, tida com efeitos universais, além das partes no processo *sub judice*, ao lado da existência de normas escritas, elaboradas por legisladores postados fora da atividade judicante, eventualmente com hierarquia àquelas definidas por aqueles acórdãos), com notas características especiais, pelo fato de ser uma federação em que existe uma enorme autonomia dos Estados Federados, em termos de direito material e processual” (Guido Fernando Silva Soares, op. cit., nota 26, p.82).

2.2 O sistema judiciário norte-americano

Para melhor compreensão de como funciona o sistema de precedentes vinculantes no direito norte-americano, é necessário que se promova uma abordagem acerca da organização judiciária ali existente.

Os Estados Unidos constituem-se num Estado federado, composto por unidades políticas (Estados) dotadas de ampla autonomia, seja na esfera legislativa, executiva ou judiciária. A forma política federada faz com que o Poder Judiciário seja contornado pela dualidade de esferas da justiça - justiça federal e justiça estadual.²⁹

A Constituição Americana cuida do Poder Judiciário em seu Artigo III (composto de três seções e cinco *clauses*), reservando-se a disciplinar de forma geral a organização judiciária, conferindo à legislação ordinária federal a composição e funcionamento dos tribunais estaduais.³⁰ No topo do Poder Judiciário americano situa-se a Suprema Corte dos Estados Unidos, órgão máximo da justiça, composta por nove juízes nomeados pelo chefe do Executivo; da mesma forma, em todos os Estados da federação funciona como órgão de cúpula da justiça a

²⁹ ASCENÇÃO, J Oliveira, op. cit., nota 27, p.7.

³⁰ “A norma que instituiu o País, os EUA, a *US Constitution*, unicamente previu a Supreme Court, tendo deixado a organização do Poder Judiciário Federal à legislação ordinária federal (*US Statutes*), seja na forma dos *Acts* (as leis expedidas com a cooperação entre o Executivo e Legislativo), seja na forma de vários atos unicamente expedidos pelo Executivo, no exercício de seus poderes reservados, e ainda pelas resoluções da cúpula do Poder Judiciário, a Corte Suprema dos EUA” (SOARES, Guido Fernando Silva, op. cit., nota 26, p.82).

Suprema Corte Estadual, com competência para, dentro de seu limite territorial, fixar a adequada interpretação a ser conferida à Constituição Estadual e às leis estaduais, desde que a lei em questão não se choque com a Constituição Federal, com leis promulgadas de acordo com a Constituição, ou com casos que interpretam a Constituição Federal ou leis.³¹

Além da Corte Suprema, cada Estado possui órgãos de primeiro grau compostos de juízes singulares e órgãos de segundo grau de jurisdição denominados *Courts of Appeals*, os quais funcionam sob a forma de colegiado, com competência recursal e originária.

A esfera federal da justiça norte-americana é constituída em primeira instância pelas *US District Courts* (Cortes Distritais), em número de 91 (noventa e uma), dotadas de jurisdições correspondentes aos limites territoriais dos Estados-membros, com competência originária. Ressalte-se, ainda, que a primeira instância é composta por cortes de competência especial, como a *Court of Claims*, *Court of Custom and Patent Appeals*, *Custom Court* e a *Courts of Military*

³¹ COLE, Charles D. Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. *Revista dos Tribunais*, | v.752, p.13.

Appeals.³² Já no segundo grau, temos os Tribunais Federais ou Cortes de Apelação do Circuito, totalizando 13 (treze) em todo o país.

Vale anotar que todas as decisões proferidas pelos órgãos máximos da justiça federal e estadual podem ser passíveis de análise pela Suprema Corte dos Estados Unidos, seja na definição dos *cases laws* julgados pela própria Corte, seja por interposição recursal na modalidade *review jurisdiction*, mediante o *appeal* e o *writ of certiorari*.

2.3 Stare Decisis

Os ordenamentos jurídicos formados a partir de inspirações e tradições advindas do sistema da *common law* apresentam características que os distinguem nitidamente dos países de cultura jurídica construída a partir de fontes romanísticas, como no caso do Brasil.

Ponto fundamental que marca a diferenciação dos sistemas acima referidos consubstancia-se na forma de valorar e visualizar as funções exercidas pelas fontes de produção ou expressão do

³²SOARES, Guido Fernandes Silva, op. cit., nota 26, p.90.

direito,³³ notadamente o papel desempenhado pela lei e pela jurisprudência.³⁴

Enquanto no sistema da *civil law* a lei ocupa papel de destaque no cenário jurídico, sendo considerada fonte primária de produção do direito, a jurisprudência desempenha função de mera coadjuvante na construção do fenômeno jurídico, servindo como mecanismo de flexibilização e aproximação deste à realidade social em que vige e é aplicada. Assim, as decisões reiteradas e uniformes dos tribunais são apenas resultados de uma tendência interpretativa de aplicação do comando legal sob a influência de determinadas contingências espaço-temporais, não assumindo a função criativa do direito, em que pese os argumentos em contrário.

De modo inverso é a visualização do tema no sistema da *common law*, onde a primazia da jurisprudência sobre as demais fontes de expressão do direito é realçada a todo instante pela produção de

³³“O termo ‘fonte do direito’ é empregado metaforicamente, pois em sentido próprio fonte é nascente de onde brota uma corrente de água. Fonte jurídica seria a origem primária do direito, confundindo-se com o problema da gênese do direito. Trata-se da fonte real ou material do direito, ou seja, dos fatores reais que condicionaram o aparecimento de norma jurídica” (DINIZ, Maria Helena, op. cit., nota 1, p.256).

³⁴No texto utiliza-se o termo “jurisprudência” no sentido conferido por Carlos Maximiliano, para quem “a jurisprudência, em geral, retrata o conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de direito; relativamente a um caso particular, denomina-se jurisprudência a decisão constante e uniforme dos tribunais sobre determinado ponto de direito” (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.176). Ressalta-se que o termo “jurisprudência” assume diferentes significados ao longo da evolução do direito, chegando até a ser sinônimo de ciência do direito. Neste particular, CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 1999. p.16.

decisões nos tribunais, reservando-se à legislação papel secundário nas diretrizes construtivas do direito, funcionando como verdadeira forma de complementação do sistema jurídico.

O relevante destaque confiado à jurisprudência nos países filiados à *common law* é assegurado a partir de um mecanismo que privilegia e cerca de caráter cogente as decisões emanadas pelos tribunais superiores, fazendo com que a autoridade dos julgados seja imposta obrigatoriamente a todos os demais órgãos judiciários.

Ressaltando a importância das decisões judiciais no sistema da *common law*, adverte Edward D. Re: “A compreensão de que, no sistema da *common law*, uma decisão judicial desempenha dupla função é fundamental para nossa análise. A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res judicata* as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema da *common law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente”.³⁵

Stare decisis et non quieta movere (mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido) é a denominação conferida ao mecanismo de vinculação aos precedentes judiciais construído pela tradição jurídica da *common law*. Charles D. Cole, professor da

³⁵ “Stare decisis”. Trad. Ellen Gracie Northfleet, *Revista Jurídica Síntese*, n. 198, 1994.

Universidade Samford, ocupando-se do assunto, registra: “A doutrina do *stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos simplesmente significa que uma vez que a corte de última instância no sistema judiciário federal ou estadual decida um princípio de direito para o caso em julgamento, estabelecendo assim um precedente, a Corte continuará a aderir a este precedente, aplicando-o a casos futuros em que os fatos relevantes sejam substancialmente os mesmos, ainda que as partes não sejam as mesmas. Portanto, ‘precedente’ é a regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicado aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão. *Stare decisis* é a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabeleça o precedente sigam aquele precedente e não mudem uma questão decidida”.³⁶

É evidente que o sistema dos precedentes é essencial à evolução e desenvolvimento do direito norte-americano, eis que sua formação origina-se predominantemente das decisões judiciais, sendo portanto fundamental a existência de um mecanismo que lhes confira obrigatoriedade de cumprimento.

³⁶Op. cit., nota 31, p.12. Consultar ainda, CARVALHO, Ivan Lira. Decisões vinculantes. O Neófito, fev. 2000. Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/htm>>. Acesso em: 22 fev. 2000, p.5. BENETI, Sidnei Agostinho, em tradução ao verbete *stare decisis*, no Black’s law dictionary, destaca: “Doutrina pela qual, baixando a Corte o princípio legal aplicável a certo estado de fato, aderir-se-á a esse princípio e aplicar-se-á a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos” (O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos, *Revista dos Tribunais*, v.695).

Ao contrário do que se diz, o sistema *stare decisis* não é caracterizado pela inflexibilidade e automação, pois a fixação de um precedente paradigmático apenas representa um ponto de partida para o magistrado que venha a decidir caso futuro em que aquele seja suscitado como referência por uma das partes, vale dizer, a aplicação do precedente ao caso posterior não é absoluta e automática: pelo contrário, exige do julgador que promova uma análise acerca da semelhança das situações bem como sobre a autoridade do precedente.³⁷

Em busca de maior intimidade acerca do funcionamento da doutrina do *stare decisis* no direito norte americano, mister se faz promover um abordagem acerca dos precedentes judiciais, investigando suas etapas de construção e variadas acepções.

2.3.1 Os precedentes judiciais

A palavra “precedente”, em uma de suas acepções na língua portuguesa, exprime “o procedimento que serve de critério ou

³⁷“É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um ponto de partida. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um *principtum*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra” (Charles D. Cole, op. cit., nota 31, p.8).

pretexto a práticas posteriores semelhantes”.³⁸ Em linguagem jurídica quer significar a anterior decisão de um caso semelhante.

A bem da verdade, pode-se afirmar que os precedentes judiciais ocupam espaço em todos os ordenamentos jurídicos, uma vez que é muito comum a existência de casos similares submetidos à apreciação dos órgãos jurisdicionais, e por via de consequência é bem freqüente a edição de decisões judiciais semelhantes e até mesmo idênticas.

Todavia, deve-se ressaltar que a relevância jurídica conferida aos precedentes judiciais sofre gradações a partir das peculiaridades que informam o ordenamento jurídico de cada país, ou seja, a autoridade de uma decisão judicial deve ser considerada dentro do sistema jurídico que lhe deu vida.

J. Oliveira Ascensão faz referência - levando em conta a autoridade que desfruta a decisão judicial no interior da ordem jurídica -, à existência de três modalidades de precedentes judiciais, quais sejam os precedentes naturais, os persuasivos e os vinculativos. Na lição do professor seriam estes considerados, na ordem acima apresentada: “1. a autoridade pode estar dependente da correção intrínseca da decisão, de modo que a

³⁸HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Minidicionário Aurélio da língua portuguesa*, 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 437.

alegação do precedente não dispensa a demonstração da bondade (sic) da posição assumida; 2. a autoridade pode afirmar-se por si e impor a solução do novo caso, exceto se apresentar uma boa razão em contrário. Quer dizer, há uma forte presunção em favor do precedente de modo que só em casos excepcionais ele poderá ser afastado; 3. a autoridade do precedente é absoluta, de modo que nem a demonstração de erro na solução a poderá infirmar”.³⁹

Com base nesta classificação - não obstante as divergências habituais que cercam qualquer tentativa de se classificar institutos jurídicos -, pode-se afirmar que os precedentes judiciais naturais são característicos de países filiados ao sistema jurídico romanístico, dentre os quais se inclui o Brasil. Já os precedentes persuasivos e vinculativos têm assento nos ordenamentos jurídicos de tradição inspiradas na *common law* (Inglaterra, Estados Unidos, Irlanda do Norte etc.), com a ressalva de que no direito norte-americano não há a inflexibilidade na utilização dos precedentes como vista no sistema inglês, embora deste tenha herdado suas raízes.

No sistema norte-americano, não há que se falar em aplicação mecânica do precedente ao caso similar posto à apreciação; pelo contrário, é aí que se inicia a atividade do magistrado no sentido de verificar quais as decisões e em que circunstâncias elas se apresentam

³⁹Op. cit., nota 27, p.16.

como verdadeiros precedentes vinculativos, bem como delimitar a parte da decisão que desempenha a função vinculativa aos casos semelhantes, e ainda se há alguma circunstância que lhe permite excluir a aplicação do precedente.⁴⁰

Com isso, pode-se reconhecer que o sistema de precedentes judiciais no contexto jurídico norte-americano é essencial à própria formação do direito, não devendo ser considerado, a partir de uma visão simplista, como fenômeno que promove estagnação e obstaculização à evolução da ciência jurídica.

2.3.2 A prática do precedente judicial no direito norte-americano

Como visto, o direito nos Estados Unidos é construído em sua quase totalidade pelas decisões produzidas nas Cortes Judiciais, ou seja, são as decisões judiciais que alimentam a atividade interpretativa das leis, para traçar os parâmetros e limites em que serão aplicadas. Todavia, vale ressaltar que nem toda decisão judicial constitui um precedente com força vinculativa suficiente para erigi-la em paradigma a ser aplicado em caso posterior análogo.

⁴⁰CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de, op. cit., nota 34, p.169.

Primeiramente, cumpre anotar que somente os tribunais de última instância de cada Estado - membro, a Corte de Apelação do Circuito (quando o caso iniciar-se na Corte Distrital Federal) e a Suprema Corte dos Estados Unidos têm autoridade para produzir precedentes vinculantes, não havendo portanto possibilidade de órgãos judiciais de inferior instância fixarem *decisum* em caráter paradigmático.⁴¹

Urge frisar que os precedentes vinculativos proferidos pela Suprema Corte do Estados têm a obrigatoriedade circunscrita aos limites territoriais respectivos, em casos que versem sobre a interpretação e aplicação de cada Constituição Estadual, assim como das leis estaduais daquele Estado, desde que estas não colidam com a Carta Constitucional Federal, com leis federais em relação àquela e, ainda, nos casos em que se discutam questões de interpretação da Constituição Federal.

Na justiça federal ou circuito (divisão judiciária dos Estados Unidos), a competência para expedir precedentes vinculantes é

⁴¹Neste ponto assinala CHARLES D. COLE: “Na cultura jurídica americana, as interpretações e determinações da corte de última instância num Estado, envolvendo lei estadual, ou Corte de última instância dos Estados Unidos, a Suprema Corte, envolvendo lei federal, constituem precedente se tais decisões da Corte forem majoritárias. Assim, em suma, uma decisão da Corte que é precedente é ‘lei’ e vinculante em relação às Cortes subordinadas à Corte de última instância em questão até que tal precedente seja alterado” (op. cit., nota 31, p.13).

da Corte de Apelação do Circuito, mesmo que a questão verse sobre leis estaduais, bastando apenas que o caso tenha início na primeira instância federal, sendo certo que todo e qualquer precedente fixado pela justiça federal é passível de revogação por decisão contrária proferida pela Suprema Corte Nacional.

Por sua vez, a Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo órgão máximo do Judiciário, tem competência para firmar regra de precedentes com observância obrigatória por todas as demais cortes judiciais, não havendo como estes se distanciarem da interpretação conduzida por aquela, pelo simples fato de que à Suprema Corte incumbe a tarefa de interpretar a Constituição Federal e as leis elaboradas em consonância com esta, para o fim de delimitar a sua aplicação em todo o território nacional. Charles D. Cole adverte: “A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos é vinculante para todas as Cortes, tanto federais quanto estaduais, para a interpretação aplicável à Constituição Federal, leis promulgadas de acordo com a Constituição, ou tratados; (...). Quando a Suprema Corte decide uma questão referente à interpretação da Constituição, lei promulgada de acordo com a Constituição ou tratado, esta interpretação torna-se ‘lei’, porque é uma decisão sobre o que a lei federal significa, e tal decisão faz precedente”.⁴²

⁴²Op. cit., nota 31,p.14.

A partir destas breves anotações, pode-se concluir que no sistema norte-americano apenas as cortes de última instância têm competência para estabelecer as *rules of precedents* vinculantes, restando aos órgãos judiciais de instância inferior competência para fixar precedentes meramente persuasivos.⁴³

Vale ainda destacar que a aplicação dos precedentes aos casos futuros, mesmo em se tratando de precedentes vinculantes, não é tarefa simples, realizada de forma mecânica; pelo contrário, exige do julgador percuciente exame dos fatos e razões que motivaram o julgamento do caso paradigmático, para que tenha a certeza de que o princípio jurídico aplicado neste deve pautar a confecção do *decisum* a ser proferido no litígio similar. Nesse sentido, diz-se que o sistema de precedentes ou *stare decisis* não traduz mecanismo de aplicação robotizada do direito.⁴⁴

⁴³Precedentes vinculantes são aqueles que devem ser aplicados ao caso posterior análogo, salvo algumas exceções, enquanto os meramente persuasivos ou não vinculativos funcionam apenas como parâmetros para os casos futuros, não merecendo aplicação compulsória.

⁴⁴A doutrina do *stare decisis*, conseqüentemente, não exige obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo. Antes de mais nada, é necessário que o tribunal determine se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável. Em seguida, deve decidir em que extensão o princípio será aplicado...Por isso, é preciso assinalar que *stare decisis* não é apenas uma doutrina de estabilidade e uniformidade. Suas restrições e limitações inerentes, bem como os fatores que determinam a inaplicabilidade de decisões anteriores, tornam possível a necessária flexibilidade, indispensável para a mudança e o progresso” (RE Edward D., nota 35, op. cit., p.10).

2.3.2.1 O magistrado norte-americano e a aplicação do precedente

Com vistas a facilitar o exame da atividade judicial no direito norte-americano, é mister que se façam algumas considerações acerca do sistema de investidura no cargo de magistrado. No sistema norte-americano, diferentemente do que ocorre no Brasil, o ingresso na magistratura não se faz mediante a realização de concurso público de provas e títulos, mas sim a escolha dos magistrados obedece, via de regra, o sistema de nomeação pelo Executivo e, em alguns Estados, mediante a realização de eleições. Alexandre Moraes, em visita aos Estados Unidos, pôde constatar que “o sistema de escolha dos juízes nos Estados Unidos é diferente nos Estados e na Federação. Vigora, entretanto, como linha geral, a força do chefe do Poder Executivo, tanto federal como estadual. Paralelamente, há Estados que utilizam a eleição dos juízes, o que tem se mostrado a tendência norte-americana atual. A investidura através de concurso público é desconhecida, uma vez que no sistema da *common law* os precedentes judiciais têm natureza normativa e os magistrados, legitimação política e não jurídica”.⁴⁵

⁴⁵Aspectos destacados do Poder Judiciário norte-americano. *Cidadania e Justiça*. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, n. 8, 2000, p.119. Sobre o tema assinala SOARES, Guido Ferando Silva: “Os juízes, de todos os graus e de todas as jurisdições, são nomeados pelos Poderes Executivos (federal ou dos Estados - membros, para cada jurisdição respectiva) e, *a fortiori*, os juízes da Suprema Corte (denominados *Justice*), para cargos vitalícios, com as garantias constitucionais por nós conhecidas, a fim de assegurar-lhes a independência, em relação aos outros Poderes” (op. cit., nota 26, p.64).

Como já mencionado alhures, a aplicação dos precedentes judiciais exige dos magistrados norte-americanos a realização de um procedimento que os autorize a concluir pela adoção de uma decisão judicial ao caso análogo submetido à sua apreciação, sendo isso tarefa extremamente complexa.

Primeiramente, cumpre à corte (nos EUA é sinônimo de tribunal ou qualquer órgão judiciário) proceder a um exame no sentido de verificar o órgão judicial que fixou o precedente e ainda o resultado do julgamento que o originou, isso porque deve-se de plano considerar a autoridade do precedente, se vinculativo ou persuasivo.

O precedente vinculante assume feição persuasiva quando resulta de decisão minoritária do órgão judicial competente de última instância ou quando guarda assento em decisão proferida por tribunal de última instância de outro sistema judiciário, como, por exemplo, na hipótese de um precedente proferido por tribunal de um Estado diverso daquele no qual a vinculação pretende se operar.

No caso de o tribunal atribuir efeito persuasivo ao precedente argüido, está desobrigado de segui-lo, podendo pautar o resultado do julgamento em sentido diverso do delineado no caso anterior. Por outro lado, se vencido este entrave, passará a corte a

analisar os fatos e circunstâncias que motivaram a construção do precedente, bem como as razões jurídicas que inspiraram a decisão prolatada no caso emblemático.

O processo de análise intrínseca do precedente paradigmático tem como função primordial identificar a parte da decisão que será aplicada ao caso análogo em apreciação, eis que a autoridade do precedente recai apenas sobre as questões fáticas e jurídicas consideradas relevantes na elaboração do julgado (*ratio decidendi*), pois as questões secundárias e periféricas (*obiter dicta* ou *dictum*) discutidas no caso anterior não são abrangidas pela força do precedente. Em suma, incumbe à Corte buscar o princípio de direito que norteou o *decisum* na hipótese anterior, afastando a aplicação dos fatos e questões de somenos importância ao conteúdo desta.

J. Oliveira Ascensão, ao enfrentar o tema, assinala: “A *ratio decidendi* é definida pelos juristas anglo-americanos como o princípio geral que justifica aquele caso, pois todo precedente é visto como a concretização de um princípio. Se foi à luz de um princípio que o tribunal chegou àquela decisão, é esse princípio que deve ser determinado antes de mais nada, para se verificar a sua

validade em casos semelhantes. Há pois que abstrair, a partir de cada caso, princípio geral ínsito na decisão”.⁴⁶

Já com relação aos *obiter dicta*, aponta-se o magistério de Rodolfo Mancuso: “No direito anglo-americano, as ponderações paralelas, circunstâncias, constantes da motivação do julgado, que não compõem o núcleo do *thema decidendum* e assim não integram a *ratio decidendi*, formam os chamados *obiter dicta*”.⁴⁷

Após a visualização do princípio jurídico aplicado à questão de direito no caso anterior, deve a corte utilizá-lo para nortear a decisão a ser proferida na hipótese idêntica, salvo se entender que as razões que ensejaram a fixação do precedente estejam em desacordo com a nova realidade social implementada pelas modificações oriundas do decurso de tempo, ou na hipótese de constatar que a decisão anterior foi proferida de maneira equivocada, vale dizer, erroneamente. Esta técnica utilizada pelo julgador denomina-se *overruling*, que, segundo Gilmar Ferreira Mendes, traduz “a superação de determinado entendimento jurisprudencial mediante a fixação de outra orientação”.⁴⁸

⁴⁶Op. cit., nota 27, p.18. DINAMARCO. Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. *Revista Forense on line*, seção atualidades. Disponível em: <<http://www.forense.com.br/atualida/sumulas/htm>>. Acesso em: 22 fev. 2000, p.3.

⁴⁷Op. cit., nota 34, p.171.

⁴⁸MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Jus Navigandi*, seção doutrina. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/efevinc4.html>> Acesso em : 06 mar. 2001.

Neste sentido, afirma-se que, mesmo no sistema norte-americano, a autoridade do precedente é relativa, conferindo uma certa margem de discricionariedade ao magistrado no momento de decidir pela aplicação ou não de um precedente, com a ressalva de que, no segundo caso, deverá fundamentar sua posição explicitando as razões que o levaram a inclinar-se pela não aplicação do precedente vinculativo.⁴⁹

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

Pode ocorrer, ainda, a hipótese de uma de corte de primeira instância se deparar com uma contenda que não guarde

⁴⁹“Não estamos no sistema de *common law*, onde há dois tipos ou efeitos das decisões judiciais sobre os casos futuros: o efeito persuasivo, equivalente ao das atuais súmulas entre nós, e o efeito vinculante (*binding precedents*). Mesmo nesta última hipótese, o efeito obrigatório do precedente é sempre relativo, podendo o juiz desconsiderá-lo por se tratar de fatos diversos e, também, mesmo reconhecendo a identidade dos fatos, caso ele seja ‘desarrazoado e inconveniente’ (*unreasonable e inconvenient*), desde que o juiz decline cumpridamente as razões para esse julgamento” (LINS E SILVA, Evandro. A questão do efeito vinculante, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 13, jan.-mar. 1996. p.112).

identidade alguma com nenhum caso anteriormente decidido (caso de primeira impressão) ou que não haja sido regulado por lei, situação em que poderá o julgador, para fins de construção do *decisum*, apoiar-se em precedente meramente persuasivo ou fixar discricionariamente a regra de direito que deverá disciplinar a hipótese em apreciação.

Em vista do que foi tratado neste capítulo, pode-se chegar à conclusão de que o sistema jurídico norte-americano não representa a tradução pura e rígida da *common law* existente na Inglaterra, mas sim revela-se a partir de uma construção jurídica fincada em origens legais confiadas ao Poder Legislativo e preponderantemente na atividade decisória dos tribunais judiciais.

Da mesma forma, conclui-se que a doutrina dos precedentes judiciais não tem aplicação absoluta, ilimitada, sofrendo sensíveis reduções quando analisada na praxe forense, exigindo do julgador mais do que a pura e simples fidelidade na observância às decisões judiciais anteriores.

Verificou-se, também, que nos Estados Unidos apenas os órgãos de última instância do Poder Judiciário nacional e estadual têm autoridade para fixar as interpretações a serem seguidas mediante precedentes vinculativos, pelas cortes situadas em instância inferior.

Urge, ainda, acrescentar que o sistema jurídico norte-americano apresenta na atualidade uma forte tendência para o crescimento legislativo, o que é facilmente justificado por força das exigências político-econômicas oriundas do modelo de integração atual entre os países.⁵⁰

⁵⁰A integração origina-se da criação de blocos ou instituições de caráter supranacional, voltados a aproximar as relações comerciais e ao fortalecimento dos países filiados. Como exemplo, podemos citar o Mercosul e a União Européia.

CAPÍTULO III

A SÚMULA E SUA ADJETIVAÇÃO VINCULATIVA

3.1 Súmulas. Conceito e usuais terminologias

O presente trabalho, tendo por escopo enfrentar o tema relacionado ao sistema de atribuição de efeito vinculativo às decisões judiciais, especialmente àquelas proferidas pelos órgãos que compõem a cúpula do Poder Judiciário, deve necessariamente examinar o instituto da súmula no contexto jurídico brasileiro, isso porque, se ela é produto da jurisprudência predominante de determinado tribunal, sobre ela recairá a força vinculante a ser seguida por todos os demais órgãos do Poder Judiciário, caso inserida no ordenamento jurídico nacional.⁵¹

Etimologicamente, a palavra súmula deriva do latim *summula*, significando, na linguagem tradicional, breve resenha, pequena suma, enquanto juridicamente exprime a noção de “*algo que de modo abreviadíssimo explica o teor, ou conteúdo integral de uma coisa. Assim,*

⁵¹Efeito vinculante e súmula vinculante não exprimem a mesma idéia, muito embora na praxe forense e nos meios de comunicação haja a utilização indiscriminada dessas expressões para significar a inclusão do sistema de precedentes obrigatórios no cenário jurídico brasileiro, por meio de propostas em tramitação nas casas legislativas federais.

*a súmula de uma sentença, de um acórdão, é o resumo, ou a própria ementa da sentença ou acórdão”.*⁵²

Como já visto anteriormente, toda e qualquer decisão constitui um precedente judicial, restando aferir se este assume o caráter vinculativo ou se funciona apenas como instrumento de persuasão a nortear julgamentos futuros. Neste sentido, admite-se a existência de dois tipos de súmulas, quais sejam as súmulas de efeito persuasivo e as denominadas súmulas de caráter obrigatório.

Vale ainda mencionar a classificação informada por Lenio Luiz Streck, considerando as súmulas em quatro modalidades, a saber, tautológicas, *intra legem*, *extra legem* e *contra legem*. Segundo o autor, as tautológicas são aquelas que retratam fielmente o que a lei dispõe. Já as súmulas *intra legem* seriam aquelas que espelham a interpretação conferida ao comando normativo. Por sua vez, as súmulas *extra legem* direcionam-se a impor limitações ao juízo de admissibilidade de determinados recursos, como, por exemplo, a que inviabiliza o conhecimento do recurso especial em pretensão de reexame

⁵²DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, v. III, p.297.

de prova. Por fim, as súmulas *contra legem* são aquelas contrárias a texto de lei.⁵³

Na realidade jurídica brasileira, via de regra, conhecem-se apenas as súmulas de efeito persuasivo, não havendo previsão legal obrigando a seu cumprimento pelos demais órgãos judiciais, em que pese a notória influência que exercem no dia-a-dia forense, tanto sobre os magistrados como também sobre os advogados, membros do Ministério Público e demais segmentos que lidam com a máquina jurisdicional.⁵⁴

Por esse motivo, advertem alguns que no direito brasileiro já se faz presente uma pseudovinculação dos órgãos judiciais situados em instâncias inferiores a decisões proferidas pelos tribunais.⁵⁵

A bem da verdade, é forçoso reconhecer que as súmulas desempenham importante função no sistema jurídico brasileiro, chegando em certos pontos a sobrepor-se ao texto de lei, eis que

⁵³*Súmulas no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.165-208.

⁵⁴Atribui-se efeito vinculante à decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade, consoante dicção inculpada no § 2º do art. 102 da Constituição da República.

⁵⁵Ellen Gracie Northfleet, citada por Sálvio de Figueiredo Teixeira adverte: “Não se pode deixar de referir que, inobstante todas as objeções fundadamente apresentadas por ilustres doutrinadores, representantes da magistratura e da classe dos advogados, as decisões dos tribunais superiores (e não apenas as do Supremo Tribunal Federal) tradicionalmente têm, em nosso sistema jurídico, força persuasiva prevalecente sobre a formação de convencimento dos magistrados das instâncias inferiores. Isso porque, ao apreciar demanda nova, uma das atitudes mais comuns aos magistrados consiste no saudável estudo da jurisprudência já assentada sobre o tema. Tal exercício, conjugado com a análise detalhada dos fatos da causa, da legislação aplicável e dos subsídios oferecidos pela produção doutrinária, conduz à prolação de sentenças densas de conteúdo, em que a decisão do litígio encontra embasamento seguro e as probabilidades de reforma se reduzem consideravelmente”(As tendências brasileiras à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v.10, n. 2, p.143).

representam a mais latente e crepitante realidade do direito. José de Moura Rocha, em referência ao tópico anota: “Nem podemos deixar de recordar que a Súmula não é uma jurisprudência predominante sob o aspecto meramente formal. Vemos nela sentido dogmático (quase normativo). A Súmula não é, simplesmente, a jurisprudência dominante ou predominante. É a jurisprudência predominante possuidora de caráter, repetindo, ‘quase normativo’”.⁵⁶

3.2 As súmulas no ordenamento jurídico brasileiro

A inclusão das súmulas no ordenamento jurídico brasileiro vem de 13 de dezembro de 1963, por ocasião da publicação oficial da primeira edição da súmula predominante do Supremo Tribunal Federal.⁵⁷

Atribui-se a Victor Nunes Leal, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, a idealização e construção do instituto, fruto de trabalhos desenvolvidos ao tempo em que integrou a comissão de jurisprudência do Pretório Excelso.

⁵⁶ Op. cit., nota 23, p.95.

⁵⁷ A matéria foi disciplinada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 103 e seguintes. Juarez C. Silva, destaca: “As súmulas surgiram em 1963, idealizadas pelo eminente jurista Ministro Victor Nunes Leal, mediante emenda ao Regimento Interno do STF. A denominação completa, nem sempre usada, é de ‘Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal’, o que indica, com perfeita logicidade, a essência do instituto: compilação dos temas em relação aos quais a Corte fixou sua jurisprudência, que não necessita ser unívoca, bastando ser preponderante”(Pela instituição da obrigatoriedade das súmulas de jurisprudência. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, n. 3, ano I, nov.-dez.,1997, p.31).

Vários foram os argumentos utilizados em defesa da criação e instituição das súmulas do contexto jurídico nacional; no entanto, os motivos mais fortes para sua adoção residiram na tentativa de se criar um mecanismo que reduzisse o número elevado de processos que diariamente eram submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal.⁵⁸

Já naquela época, a Corte Maior sofria os efeitos nocivos provocados pelo número excessivo de demandas, na maioria apresentando questões de direito idênticas que requeriam tratamento jurídico semelhante, fazendo com o que causas repetitivas ocupassem a quase totalidade da pauta de processos submetidos a julgamento.

Nessa linha, pode-se afirmar que a adoção das súmulas procurou atingir objetivos como unificar o entendimento jurisprudencial predominante em questões já reiteradas vezes analisadas e pacificadas pelo Tribunal, promover facilidade na localização dos precedentes judiciais mediante um método de referência numérica, tudo no intuito de desafogar a Corte Suprema da pletora de ações.

⁵⁸ Evandro Lins e Silva único ministro integrante da Corte ainda vivo, informa: “Para se ter uma idéia do volume de processos em andamento naquela época, presto a informação de que em cinco anos e quatro meses julguei, como relator, cinco mil processos, e participei, nas turmas e no plenário, de um total de mais de trinta mil julgamentos” (op. cit., nota 49, p.110).

É importante ressaltar que o modelo vislumbrado por seu idealizador em momento algum buscou conferir às súmulas caráter vinculante obrigatório, imobilizando a jurisprudência. Tanto isso é verdade que no próprio Regimento da Corte há previsão de não utilização ou cancelamento do enunciado quando algum ministro requeira sua revisão, dando curso à apreciação pelo plenário da Casa.

Na esteira dessa assertiva, colacionam-se as palavras proferidas pelo Min. Victor Nunes Leal, destacadas em obra de Sálvio de FigueiredoTeixeira: “A súmula buscava o ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência, ficando assim entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa de Suplicação, para a inteligência geral e perpétua da lei, e virtual inoperância dos prejulgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da Justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a Súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada. Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juízes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Com essa precaução, a Súmula substitui a loteria judiciária das majorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do direito”.⁵⁹

⁵⁹Op. cit., nota 55, p.150.

3.3 A uniformização da jurisprudência

O direito, como fenômeno multifacetário por essência,⁶⁰ pode apresentar-se em diversas variações, seja manifestando-se por meio do comando normativo construído pela atividade legislativa do Estado, seja pelas pressões exercidas por movimentos sociais representativos, ou mediante a atividade desenvolvida pelos tribunais quando da prolação de decisões objetivando a resolução de conflitos intersubjetivos.

Do mesmo modo, diz-se que o direito, em sua proposta legalista e teleológica, busca indiretamente promover a convivência pacífica dos indivíduos em coletividade, utilizando para tanto mecanismos e procedimentos voltados a propiciar a solução de conflitos de interesses, dentre os quais assume papel preponderante o trabalho judicial desempenhado por juízes e tribunais.

A atividade interpretativa dos tribunais na resolução das contendas - em que pese a diversidade e diferenciação de situações fáticas - não raro se depara com situações litigiosas contornadas com semelhantes ou até idênticos atributos jurídicos e de fato, e não menos comum é a constatação de que as decisões proferidas nestas hipóteses

⁶⁰LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999. Coleção primeiros passos, p.12.

podem ser, e o são, reveladas como diametralmente contraditórias. Em suma, para idênticas questões jurídicas proferem-se decisões opostas.⁶¹

É certo que a existência de decisões conflitantes no mundo jurídico pode ocorrer em razão das modificações sócio-temporais que atingem os comandos legais principalmente quando se está diante de aplicação de dispositivo legal vigente há longos anos, completamente dissociado da atual realidade. Nesses casos, afirma-se que as divergências de julgados funcionam como motores de propulsão em prol da evolução do fenômeno jurídico.

Por outro lado, quando decisões judiciais se distanciam em casos notadamente semelhantes, sem que haja a constatação de mudanças nas contingências circunstanciais (fatos novos), cria-se no mundo jurídico uma discrepância interpretativa entre os tribunais, e ainda entre órgãos que integram a mesma corte - para alguns, um mal que desprestigia e faz soar a incredulidade do Poder Judiciário.

⁶¹Valiosa a intervenção de Rodolfo de Camargo Mancuso quando destaca: “Desde logo, deve-se ter presente que o dissenso sobre qual seja a melhor inteligência a ser extraída de um texto legal nada tem de excepcional na experiência jurídica, senão que, ao contrário, trata-se de ocorrência normal, imanente à própria natureza dialética do discurso jurídico e, por isso, amiúde incidente tanto na *praxis* forense como no plano doutrinal. É que, enquanto as ciências exatas constatarem, espelham a realidade ontológica (donde o termo ‘especulativas’, de *speculum*, espelho), explicando-a sem indagações valorativas, já o Direito é uma ciência social, que pressupõe análise e avaliação de fatos, condutas e interesses, chegando à formulação de normas de diversa qualidade: permissivas, repressivas, regulamentadoras”(op. cit., nota 34, p.127).

José Ignácio Botelho de Mesquita, referindo-se ao ponto, ressalta: “A divergência na interpretação da lei não é, em si mesma, nenhum mal, basta considerar que a evolução da jurisprudência se processa mercê de interpretações novas que se contrapõem às antigas. O que é um mal é a decisão errônea ou a divergência que não corresponda a nenhuma evolução dos fatos que presidiram a criação da norma interpretada. Disse-o bem a Exposição de Motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil: ‘O princípio da unidade do direito, como observou CALAMANDREI, deve ser entendido em relação ao espaço, não ao tempo; isto é, uma uniformidade contemporânea que não exclui uma diversidade sucessiva’”.⁶²

As divergências jurisprudenciais avolumam-se no cenário jurídico brasileiro, em razão do número excessivo de textos normativos em vigor, bem como do expressivo número de tribunais que compõem o Poder Judiciário nacional. A densa carga de leis em vigência, especialmente a medida provisória prevista no art. 62 da Constituição da República, além de tumultuar as relações intersubjetivas (retirando ou concedendo direitos e garantias), torna por prejudicar a atividade decisória do julgador, seja pela dificuldade em se identificar a norma a

⁶²Uniformização de jurisprudência. *Revista LEX* – jurisprudência do STF, n. 226, ano 19., out 1997, p.6.

ser aplicada à espécie *in concreto*, seja pela árdua tarefa de interpretar dispositivos mal redigidos, dúbios, não raro inconstitucionais.

Com o intuito de conferir unidade na aplicação do direito, surge no ordenamento jurídico a denominada técnica de uniformização da jurisprudência preponderante dos tribunais, atualmente inserida no ordenamento jurídico com espaço reservado nos arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil.

José Carlos Barbosa Moreira, ocupando-se do tema, leciona: "Nesses limites, e somente neles, é que se põe o problema da uniformidade da jurisprudência. Não se trata, nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgãos judicantes uma camisa-de-força, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social. Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão".⁶³

No ordenamento jurídico brasileiro há duas formas de se promover a uniformidade na aplicação da legislação, quais sejam a utilização da técnica preventiva, em que o tribunal fixa uma tese jurídica

⁶³Comentários ao Código de Processo Civil, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998 vol. V, p.5.

que deverá ser aplicada em casos futuros (assentos, enunciados normativos, súmulas), e o procedimento corretivo, que tem por finalidade dissipar uma divergência jurisprudencial presente no momento do julgamento de uma situação jurídica concreta (recursos).⁶⁴

O incidente de uniformização jurisprudencial delineado no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, por não apresentar natureza jurídica de recurso (nem muito menos de ação autônoma de impugnação), e em vista de não produzir súmulas com força de cumprimento obrigatório para os demais órgãos judiciais, configura-se em procedimento *sui generis*, apresentando peculiaridades que aglutinam as duas espécies de procedimentos uniformizantes acima destacados.

A legislação processual civil, ao tratar da matéria, fixa alguns pontos que devem se fazer presentes para que o incidente de uniformização seja instaurado, como bem registra Marco Antonio Botto Muscari: “À luz do Código de Processo Civil, pressupostos para a emissão de súmulas são: *a*) a existência de julgamento em curso perante órgão de tribunal (quer em sede recursal, quer num feito de competência originária da corte); *b*) a divergência (ao menos potencial) de interpretações dadas a uma regra jurídica

⁶⁴CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de, op. cit., nota 34, p.217. O recurso especial previsto no art. 105, inc. III, alínea c, da Constituição é um dos instrumentos utilizados na uniformização corretiva da jurisprudência.

relevante para o deslinde do caso concreto; c) a fixação da interpretação a ser observada pelo órgão fracionário, deliberada pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal” (destaques no original).⁶⁵

Como já visto, a súmula constitui o produto resultante da instauração do incidente de uniformização da jurisprudência, ou melhor, “a tese jurídica sufragada pela maioria absoluta dos membros do tribunal será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.⁶⁶

O precedente fixado, embora não dotado de caráter vinculativo, desfruta de considerável prestígio juntos aos órgãos jurisdicionais, exercendo na maioria das vezes forte influência na resolução dos casos futuros.

No ano de 1993, José Ignácio Botelho de Mesquita apresentou proposta substitutiva ao Projeto de Lei nº 3.804/93, visando dotar as súmulas da jurisprudência preponderante dos tribunais de força obrigatória para o tribunal emissor e para os juízes a ele vinculados.⁶⁷

⁶⁵Op. cit., nota 5, p.38.

⁶⁶José Carlos Barbosa Moreira, op. cit., nota 53, p.26.

⁶⁷A redação original e em vigência do *caput* do art. 479 do Código de Processo Civil reduz-se aos seguintes termos: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. A proposta substitutiva modificava a redação original para: “Art.479. Enquanto não for modificada por outro acórdão proferido nos termos do artigo precedente, a interpretação constante da súmula será obrigatória para o tribunal e para os juízes a ele vinculados”.

Na ocasião, justificou sua posição utilizando o argumento de que “a unidade do sentido da lei é pressuposto da igualdade perante a lei. Por esta razão, constitui imperativo constitucional e dever indeclinável dos tribunais uniformizar a sua própria jurisprudência. A uniformização, por sua vez, implica a atribuição de eficácia vinculante à interpretação que se pretende seja adotada uniformemente. Uniformização sem efeito vinculante é o mesmo que uniformização sem efeito uniformizante. Sob este aspecto, a proposta de atribuição de efeito vinculante às decisões proferidas em uniformização de jurisprudência não constitui propriamente uma inovação; simplesmente corrige uma falha do Código de Processo Civil que, cortando a eficácia vinculante proposta pelo anteprojeto, acabou por desfigurar o instituto”.⁶⁸

A inclusão do efeito vinculante às súmulas predominantes não alcançou êxito, tendo o projeto sido considerado inconstitucional pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

Na verdade, é forçoso reconhecer que o incidente de uniformização de jurisprudência não tem tido ampla utilização na prática dos tribunais, estando bem longe de alcançar os objetivos que lhe deram vida à época da elaboração do Código de Processo Civil, entre os anos de 1970 e 1974. Para muitos, a ausência do caráter obrigatório das súmulas é o fator que mais contribui para a timidez do instituto, inibindo

⁶⁸Op. cit., nota 52, p.8.

uma maior freqüência de instauração do incidente de uniformização da jurisprudência predominante.

É evidente que a uniformidade na aplicação do direito não promove estratificação em seu ciclo evolutivo, não havendo que se falar em possível estagnação do fenômeno jurídico; contudo, deve-se ter em mente que as modificações ocorridas na realidade social inexoravelmente influenciam a aplicação do direito, exigindo do intérprete que realize o trabalho hermenêutico com vistas a adequar a aplicação do comando normativo às novas tendências sociais, aí residindo a linha tênue entre a unidade na aplicação do direito e a necessidade em adequá-lo ao compasso das novas transformações.

CAPÍTULO IV

EFEITO VINCULANTE E REALIDADE JURÍDICA

BRASILEIRA

4.1 A crise na prestação da tutela jurisdicional

De há muito tempo se ressaltam as convergências e contrastes originados a partir da convivência inexorável estabelecida entre o fenômeno “tempo” e a prestação da tutela jurisdicional, chegando-se ao ponto de alinharem-se vantagens e prejuízos oriundos desta relação de feições peculiares que, longe de se constituir harmoniosa, ao menos por enquanto, tendo em vista a ineficiência do aparelho estatal em propiciar mecanismos que atendam a uma rápida e segura distribuição de justiça.⁶⁹

A bem da verdade, os reflexos projetados por uma demora injustificada na prestação da tutela jurisdicional, guardam gênese na própria estrutura institucional do Estado brasileiro, que não se perfaz condizente à realidade social, manifestando, assim, dissonâncias insuperáveis do ponto de vista prático, vista a tamanha solução de

⁶⁹Utiliza-se no texto a concepção de justiça no sentido de dar a cada um o que lhe pertence, em tempo hábil, sem prejuízo das discussões acadêmicas envolvendo o seu verdadeiro significado, até porque resta por complexa qualquer concepção homogênea construída sobre o tema.

continuidade existente entre os anseios do corpo social e a consecução das diretrizes delineadas pelo poder estatal.

Por um lado, se a forma centralizada de realização da função jurisdicional conferiu fortalecimento ao Estado, de outro gerou expectativa nos indivíduos no sentido de exigir agilidade na distribuição da tutela jurisdicional, a fim de materializar, prontamente, o direito deduzido na provocação, restaurando de forma contemporânea o *status quo ante* da lesão, ou ameaça de lesão a direito material.

É de conhecimento público que o Poder Judiciário brasileiro vivencia sérios problemas no que tange à demora na prestação da tutela jurisdicional. De uma forma geral, a comunidade jurídica adverte que o fator que mais contribui para agravar a crise instalada no âmbito jurisdicional reside no excessivo número de processos pendentes nos diversos tribunais do país. Diversas são as causas que impulsionam a plethora de ações, mas é de flagrante simplicidade a conclusão de que a demanda (ingresso nas vias judiciais) é maior do que a oferta humanamente possível (intempestiva prestação da tutela jurisdicional).

Ressalte-se, ainda, que outros fatores contribuem para agravar a situação, começando pela ausência de infra-estrutura do Estado para prestar adequadamente serviços judiciários (falta de pessoal, de

magistrados, de promotores, de defensores públicos; não integralização do processo de informatização dos órgãos que auxiliam a prestação dos serviços forenses);⁷⁰ deficiências na legislação processual, que permite inúmeras possibilidades de revisão das decisões judiciais, e, ainda, a ausência de mecanismos jurídicos que abreviem os procedimentos judiciais, promovendo maior agilidade na tramitação dos processos.

Nesse contexto, ponto que vem despertando maior preocupação na comunidade jurídica é a busca pela efetividade do processo, ou seja, a inserção de instrumentais jurídicos que venham a promover maior dinâmica e celeridade à prestação da tutela jurisdicional.

4.2 A busca pela efetividade do processo

Exigir efetividade na prestação jurisdicional é, sem dúvida, buscar alternativas jurídicas que confirmem celeridade na resolução dos conflitos de interesses postos sob apreciação dos órgãos integrantes do Poder Judiciário.⁷¹ José Rogério Cruz e Tucci,

⁷⁰“A relação juiz-cidadão é, no Brasil, de um por vinte e cinco mil (no Estado de São Paulo, um por mais de vinte e seis mil), enquanto na Alemanha não há quatro mil cidadãos para cada juiz, e no Uruguai existem cerca de cinco mil”(Cândido Rangel Dinamarco, op. cit., nota 46, p.1).

⁷¹“No plano processual, a questão da efetividade ganha corpo a partir da consciência adquirida no início do século XX, quanto ao caráter público do processo, considerado um mal social. No Brasil, o movimento nessa direção também se agiganta – e parece ser esta uma causa nada desprezível - em razão das notórias deficiências da administração da Justiça, agoniada cada vez mais pela intensificação dos litígios, principalmente após o processo de redemocratização iniciado com a promulgação da Constituição de 1988”(OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, n. 96, p.59).

objetivamente, adverte: *“Relegando a um plano secundário as construções de cunho teórico, que tanta relevância ostentaram há bem pouco tempo, os processualistas passaram a preocupar-se com um valor fundamental, ínsito à tutela dos direitos, qual seja a imprescindibilidade da **efetividade** do processo, enquanto instrumento de realização da justiça”*⁷² (grifo no original).

Nesse sentido, o legislador processual civil, acobertado pelo espírito da efetividade do processo, desencadeou procedimento reformador, implementando modificações e introduzindo novos institutos na sistemática processual, com o fito de mitigar as agruras provocadas pelo nocivo ataque do tempo ao processo.

Cumprе ressaltar que as modificações na legislação processual assumiram graduada relevância na implementação de um novo modelo de entrega da prestação jurisdicional; no entanto, isoladamente não tiveram o condão de suprir as deficiências que se apresentam. Assim, urge uma total remodelação do aparelho judiciário, adequando-o às novas tendências de uma sociedade prestes a atingir o terceiro milênio.

⁷²CRUZ e TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: José Rogério Cruz e Tucci (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo: RT, 1999, p.234.

Fátima Nancy Andrichi, atenta ao assunto, destaca:

“Contudo, essas providências de caráter legislativo não se têm mostrado suficientes para afastar a morosidade. Há, ainda, outros fatores que devem ser objeto da nossa meditação, atinentes a questões estruturais do Poder Judiciário, como, por exemplo, a necessidade dos tribunais de atualizarem suas Leis de Organização Judiciária, adequando-as às imposições dos tempos modernos. Uma das principais exigências da modernidade é a informatização das sessões de julgamento nas cortes. Não é crível que, por conta da burocracia, a elaboração de uma acórdão seja procrastinada em até duzentos dias, contados entre a data do julgamento e a de publicação do mesmo”⁷³

É evidente que as modificações devem ser operacionalizadas gradativamente, em que pese a urgência na adoção de medidas, para que não sejam confeccionados expedientes meramente curativos, destituídos de caráter preventivo, que solucionem momentaneamente os problemas, servindo apenas de meio ocasional de resolução das deficiências estatais, adiando a expectativa do jurisdicionado em se deparar com uma ágil movimentação do aparelho jurisdicional, apta a ensejar uma resposta célere à controvérsia apresentada, fazendo jus à garantia constitucional de pleno acesso à justiça.

⁷³ Democratização da justiça. *Revista de Processo*, n. 88, out.-dez., p. 180.

Vale ressaltar que a *ratio* de qualquer reforma consubstancia-se na insatisfação com o modelo existente; no entanto, concretiza-se no senso benéfico das mutações implementadas, e não na mera constatação de que o todo permanece o mesmo.

Não é demais anotar que o processo assume papel preponderante na realização do direito, pois é por meio dele, e através dele, que se chega a um acerto de determinado conflito de interesses, com o conseqüente reconhecimento do direito a um dos titulares da relação controvertida. Desta feita, pode-se afirmar que direito e processo são realidades indissociáveis. Em preciosa introdução, destaca José Marcos Rodrigues Vieira: *“O direito depende do processo (que lhe traz efetivação), como o processo depende do direito (que o informa e lhe dita os trâmites). Outra ordem de considerações, no adiantado da evolução da Ciência do Direito, parece-me conducente a resultados arbitrários, senão metajurídicos”*.⁷⁴

A concepção de mecanismo voltado a atingir os ideais de justiça faz exigir do processo plena potencialidade de resolução célere dos conflitos de interesses. Para tanto, fica evidente a necessidade do

⁷⁴Teoria geral da efetividade do processo. *Rev. Fac. Min. de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 1ºsem.,1998, p.90-107.

Estado de propiciar meios suficientes a ensejar consecução de tal desiderato, como, por exemplo, estruturar o Poder Judiciário, reformular o processo de seleção dos magistrados, informatizar os tribunais e principalmente dar continuidade às reformas legislativas no âmbito do direito processual civil, desencadeadas a partir do último quartel da década passada e presentes até os dias atuais.

Decerto não se pode deixar de elogiar as recentes alterações que se promoveram na legislação processual, com a inclusão de institutos como a tutela antecipada, a ação monitória, a reformulação da disciplina do recurso de agravo, as inovações oriundas da Lei nº 9.756/98 (modificações em tema recursal) e a edição da lei dos juizados especiais cíveis e criminais. No entanto, ainda encontra-se longe de estar sepultado o drama da eternização dos processos - basta somente acompanhar o cotidiano forense para assim concluir.

Já é por demais consabido que a demora na solução dos conflitos gera inúmeros sacrifícios aos indivíduos, sobretudo pela expectativa formada, chegando ao ponto de afetar a integridade física dos mesmos, como pondera Fátima Nancy Andrichi: “Está cientificamente comprovado pela medicina que a pendência de processo judicial ou a falta de condições de acesso à solução de um problema jurídico causa sofrimento que se manifesta sob a forma de aflição, de angústia, evoluindo para males psicossomáticos.

A questão é de tamanha relevância que a Suprema Corte de Justiça do Uruguai firmou Convênio de Cooperação Interinstitucional com o Ministério da Saúde Pública, instalando nas dependências dos hospitais centros de atendimento de problemas jurídicos. Enquanto as pessoas aguardam resolução de seus problemas médicos, podem, dentro do próprio hospital, solucionar o problema jurídico que estão vivenciando. O intuito da iniciativa da Suprema Corte do Uruguai é a busca da saúde do cidadão não só sob o aspecto físico, mas também emocional e espiritual, porque só com essa harmonia a Justiça pode cumprir seu objetivo precípua, que é a paz social”.⁷⁵

Destarte, tem-se que o alcance de maior celeridade na solução das contendas judiciais encontra-se intimamente condicionado à redução do volume de processos que atualmente inundam os tribunais de todo o País, e é neste particular que se propõe a inserção do efeito vinculante nas decisões judiciais no sistema jurídico brasileiro.

4.3 O efeito vinculante

A todo instante circulam debates e propostas acerca da necessidade de se dotar a atividade estatal jurisdicional de mecanismos que possibilitem o alcance de maior qualidade nos serviços prestados pelo Poder Judiciário, a fim de que ele esteja preparado para enfrentar as

⁷⁵Op. cit., nota 73, p.179.

profundas e constantes alterações na realidade social, que geram o surgimento de novas modalidades de conflitos intersubjetivos.

A partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988 - elaborada com vistas a consolidar o regime democrático e para fins de fortalecimento da cidadania -, verificou-se um expressivo aumento no número de demandas que ingressaram no Poder Judiciário, notadamente após a edição dos confusos planos econômicos nos anos de 1990 a 1994 (Plano Collor, Plano Real).⁷⁶

Todavia, vale ressaltar que grande parcela dos processos judiciais que adentraram nos tribunais superiores (principalmente no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) na década passada referem-se a demandas que suscitam questões jurídicas idênticas, por diversas vezes já decididas igualmente pelos tribunais, assim como a quase totalidade dos feitos apresenta em um dos pólos da relação jurídica processual a presença da administração pública direta,

⁷⁶O Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira informa que o Superior Tribunal de Justiça julgou nos anos de 1989 (agosto/dezembro): 3.711 processos; 1990 (fevereiro/dezembro): 11.742; 1991: 19.267; 1992: 31.428; 1993: 35.105; 1994: 43.032; 1995: 62.332; 1996: 77.629; 1997: 102.054 processos (op. cit., nota 55, p.146). Cândido Rangel Dinamarco noticia que “no ano de 1998 o Supremo Tribunal Federal julgou 52.611 casos, o que significa que a cada um de seus 11 Ministros tocaram 4.783 no ano, 478 casos em cada mês de atividades. No Superior Tribunal de Justiça foram julgados no mesmo período 101.464 casos, o que conduz a 307 julgamentos por Ministro, por mês. Só no primeiro trimestre de 1999 entraram no Superior Tribunal de Justiça 25.427 recursos. Nos meses de fevereiro e março, os Ministros desse Tribunal julgaram processos em número até superior ao dos que entraram no mesmo período (20.593 julgados, contra 20.490 entrados), mas o saldo existente é enorme. Informa-se que, entre os dois Tribunais de superposição, existem cerca de 47.000 processos à espera de julgamento (op. cit., nota 46).

em suas esferas federal, estadual e municipal, e na modalidade indireta, especialmente, por meio das entidades autárquicas (o Poder Público, via de regra, na posição de recorrente).⁷⁷

Cândido Rangel Dinamarco, neste particular, adverte:

“Quando se fala nessa eficácia vinculante, pensa-se desde logo nas teses que se repetem tantas vezes nos tribunais, a ponto de serem juízes levados a se repetirem também nos julgamentos, sem nada inovar a partir de um certo momento. Informou o Min. Paulo Brossard que no ano de 1994 tiveram caráter meramente repetitivo nada menos que 68,32% dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, com a previsão de que no ano de 1995 essa proporção alçar-se-ia a 88,88%. Isso significa que 32.190 julgamentos do Supremo seriam meras repetições. Segundo informe prestado pelo Min. Carlos Velloso em entrevista à imprensa, de janeiro a outubro de 1998 o Supremo Tribunal Federal recebeu cerca de 41.000 feitos, dos quais 85% são

⁷⁷“Súmula vinculante – este mecanismo de contenção de recursos processuais é fundamental para evitar a inviabilização dos trabalhos do STJ, Tribunal que já recebe cinco mil processos semanais. Apenas neste ano, os órgãos do Poder Público foram responsáveis por cerca de 85% das causas propostas ao STJ, das quais a metade corresponde a questões repetitivas, sobre as quais o Tribunal já deliberou milhares de vezes, ou seja, possui um entendimento consolidado. A súmula vinculante impediria a chegada destes processos ao STJ uma vez que seriam resolvidos nas instâncias inferiores de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça” (Reforma do Judiciário: pontos defendidos pelo STJ. *Notícias do Superior Tribunal de Justiça de 24.10.2000*, site oficial www.stj.gov.br/stj/noticias/detalhes, acesso em 25.10.2000. No mesmo sentido: “A importância da adoção da súmula com eficácia vinculante para o Superior Tribunal de Justiça pode ser demonstrada numericamente e irá representar um freio principal responsável pelo abarrotamento do Tribunal: os órgãos da administração pública. No período compreendido entre janeiro de 1999 e outubro deste ano foram ajuizados cerca de 200 mil processos no STJ. Destes, 83,52% abrangem entes públicos nos níveis federal, estadual e municipal e suas empresas e autarquias. O excesso de causas em que a administração se envolve se torna mais problemático quando se verifica que mais de 60% dos recursos propostos por ela têm o objetivo de retardar uma solução definitiva do Judiciário” (NOTÍCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ quer súmula vinculante e repercussão geral. *Página oficial do STJ, seção notícias*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/stj/noticias/detalhes>>. Acesso em: 07 nov. 2000).

matéria repetida. O maior beneficiado é o próprio Estado, que no Brasil vem sendo o grande alimentador da litigiosidade e congestionador dos serviços forenses”.⁷⁸

A par dessa realidade, dentre as propostas de melhoria na prestação jurisdicional brasileira que atualmente tramitam nas casas legislativas federais é que se propõe a adoção do efeito vinculante às decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores, tema que desde o nascedouro vem causando profundo debate nos segmentos profissionais preocupados com as atividades prestadas pelo Poder Judiciário.

É evidente que a denominada tese vinculante, à primeira vista, vem causando perplexidade em alguns setores da comunidade jurídica nacional, muito embora já exista previsão legal autorizando a aplicação do instituto em algumas situações jurídicas, como, por exemplo, nas decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade.

Isso ocorre em decorrência da estrutura político-institucional que se faz presente no cenário jurídico brasileiro, pautado na sedimentação de experiências traduzidas pelo sistema romano-germânico, filiado à *civil law*, onde a generalidade e a abstração são as

⁷⁸ Op. cit., nota 46, p.2.

características iminentes da estrela maior na produção do direito, que é a lei.

Decerto que a implementação do efeito vinculativo às decisões judiciais, além de promover um repensar na concepção clássica acerca das fontes de produção normativa do direito, propicia a realização de uma reflexão sobre a conduta postada pelo Estado quando se trata de preservar as garantias constitucionais do processo.

Nessa concepção, os adeptos da corrente afirmam que os precedentes vinculativos, longe de causarem rompimento da estrutura jurídica brasileira ao sistema da *civil law*, não irão suprimir certas garantias processuais, como advogam alguns (contraditório, duplo grau de jurisdição).

Na verdade, as razões que impulsionam a inclusão do sistema de precedentes judiciais obrigatórios residem na visão de que isso auxiliaria o poder estatal a saldar integralmente a obrigação de prestar eficiente e segura distribuição de justiça, servindo como mecanismo de redução da sobrecarga de processos que tramitam nos tribunais superiores que integram o organograma judiciário nacional.

Cumprido destacar que, para muitos, a adoção do efeito vinculante não teria o condão de melhorar a prestação dos serviços

judiciais; pelo contrário, apenas serviria para reduzir garantias constitucionais destinadas aos magistrados, atacando frontalmente sua independência funcional, eis que os julgadores posicionados em instâncias inferiores seriam obrigados a observar os precedentes vinculativos em prejuízo à formação de seu livre convencimento acerca da causa.⁷⁹

4.3.1 A valorização da jurisprudência: uma tendência legislativa

Quando se afirma que no sistema jurídico brasileiro a lei assume primazia na produção e elaboração do direito, não se deve entender que esta ocupa lugar exclusivo ou isolado na complexa construção do fenômeno jurídico.

Assim, outras formas de expressão se fazem presentes no processo evolutivo do direito, sendo certo que, cada vez mais, vem a jurisprudência (ao lado dos movimentos sociais) ocupando espaços importantes na árdua missão de posicionar o fenômeno jurídico em compasso paralelo às novas exigências e expectativas do corpo social.

⁷⁹ “Urge que é da essência da independência da função de julgar (que é expressão da soberania estatal) a possibilidade de interpretar o texto jurídico imaginado para a solução do caso concreto. Retirada esta autonomia do juiz (que decide em nome do Estado e é expressão de uma parcela do seu Poder), subordinando-o ao mesmo tempo a um entendimento pré-configurado único, já não é preciso um ‘juiz’ para julgar a causa: um funcionário qualquer é o *quantum satis* para carimbá-la, dando-lhe a solução estampada na súmula. Melhor talvez: basta o computador” (GOMES, Luiz Flávio. Súmula vinculante e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, v. 739. p.15).

Destarte, percebe-se que as inovações legislativas, a todo instante, inserem-se no ordenamento jurídico brasileiro, reforçando a autoridade das interpretações fixadas pelos tribunais, em temas amplamente debatidos e decididos à exaustão. E não poderia ser diferente, pois, além da importância evolutiva que a jurisprudência representa ao fenômeno jurídico, merece destaque o papel unificador e pragmático que desenvolve no cotidiano forense (neste ponto ainda com acentuada timidez).

O movimento pela emancipação da jurisprudência, afastando-a da forte inibição provocada pelo comando legal, se perfaz inexorável na medida em que a realidade jurídica brasileira atravessa grave crise de legitimidade e credibilidade diante do caos gerado pela incapacidade do aparelho estatal em prestar adequada e eficiente tutela jurisdicional, não havendo outra alternativa senão o fortalecimento e prestígio da autoridade das decisões judiciais proferidas pelos órgãos superiores do Judiciário nacional.

Fala-se, ainda, que o resgate e o fortalecimento dos julgados, na verdade, é apenas um componente indicativo de que o modelo de precedentes vinculantes desfruta, atualmente, de grande prestígio nas casas legislativas federais, estando em vias de ser adotado

pelo ordenamento jurídico brasileiro, não obstante uma forte resistência de parcela significativa da comunidade jurídica.⁸⁰

Como já mencionado no terceiro capítulo, em três oportunidades tentou-se incluir os precedentes obrigatórios no sistema judiciário brasileiro, ressaltando que todas as propostas naufragaram sob a pecha da inconstitucionalidade.

4.3.2 A proliferação de demandas coletivas e o efeito *erga omnes* de suas decisões

Os avanços científicos e tecnológicos submetem a realidade social a um processo dinâmico e constante de transformações e inovações no complexo convívio dos indivíduos em coletividade.

Tais inovações repercutem em todos os campos do conhecimento humano, projetando efeitos nas relações travadas pelos seres humanos, bem como na interação entre indivíduos e bens da vida (interesse).

A par disso, o direito não poderia ficar imune às influências geradas pelas modificações das contingências evolutivas, até

⁸⁰Há uma forte resistência contrária à tese vinculante no seio da magistratura nacional, principalmente por parte dos juízes monocráticos que ocupam instâncias inferiores. No entanto, a cúpula do Poder Judiciário é amplamente favorável à atribuição da tese dos precedentes vinculantes, inclusive com apoio de vários ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

porque trata-se de ciência social, cujo desiderato, dentre outros, é disciplinar as relações intersubjetivas, para que se atinja o convívio harmônico dos indivíduos em sociedade.

Especificamente no campo das relações humanas, verifica-se o surgimento de novas modalidades de interesses que não são mais condizentes com a proteção jurídica idealizada nos séculos XVIII e XX, fundada na defesa de direitos meramente individuais. Daí o surgimento dos denominados direitos metaindividuais, que se caracterizam pelo grande número de titulares, que se ligam por meio de situações de fato ou jurídicas, na defesa de interesses de ampla difusão que repercutem no *modus vivendi* de vários indivíduos.⁸¹

O surgimento dos direitos metaindividuais fez emergir a proliferação de conflitos envolvendo grande números de interessados, exigindo que novos instrumentais jurídicos fossem criados para assegurar a proteção e satisfação daqueles. Nesse contexto surgem a ação popular (Lei nº 4.717/65), a ação civil pública (Lei nº 7.347/85) e a ação coletiva do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

⁸¹Sobre a definição de direitos metaindividuais ou transindividuais, bem como o que seja interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p.1.127-1.130.

No plano processual, tornou-se necessário adequar alguns institutos para que correspondessem à novel realidade substancial, o que se verificou, especialmente, com a nova concepção acerca dos efeitos projetados pela decisão judicial definitiva, ou seja, sobre os limites subjetivos da coisa julgada. De outro lado, alargou-se o campo da legitimação processual (extraordinária).

Como é cediço, a visão tradicional da coisa julgada realça que os efeitos do provimento judicial final atingem apenas as pessoas que integraram a relação jurídica processual (*inter partes*), não alcançando terceiros que não participaram da demanda. Ocorre que, com a proliferação das demandas coletivas ou litígios de massa, houve a necessidade de se estenderem os efeitos da coisa julgada a todos que por algum liame guardassem interesse na resolução da contenda judicial. Inaugurava-se, assim, o efeito *erga omnes* das decisões judiciais, ressaltando que nos litígios de massa o efeito *erga omnes* ocorre apenas em caso de procedência do pedido.⁸²

Do que se observa, o efeito *erga omnes* fortalece a decisão judicial, pois, além de restringir sensivelmente o número de

⁸²Art. 18 da Lei n. 4.717/65, art.16 da Lei n. 7.347/85 e art. 103, incs. I e III, do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90.

demandas individuais nas serventias forenses, em homenagem aos princípios da economia e da celeridade processual, abrevia a satisfação de interesses dos indivíduos que não integraram a relação jurídica processual.

É evidente que as decisões prolatadas nas ações coletivas não vinculam os demais órgãos judiciais e da administração pública; no entanto, reduzem as probabilidades de que subsistam decisões conflitantes em hipóteses jurídicas idênticas (coerência e logicidade dos julgados), sendo na verdade um *minus* em relação ao sistema de precedentes judiciais.

4.3.3 O efeito vinculante das decisões proferidas na ação declaratória de constitucionalidade e na ação direta de inconstitucionalidade

O ordenamento jurídico brasileiro prevê duas formas de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais expedidos pela administração pública: o controle preventivo e o controle repressivo.⁸³

⁸³“Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face do controle da inconstitucionalidade. Pressupõe, necessariamente, supremacia da Constituição; a existência de escalonamento normativo, ocupando a Constituição o ponto mais alto do sistema normativo”(TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: RT, 1990, p.41).

O controle preventivo é exercido por órgãos do Executivo e do Legislativo: aquele pela possibilidade de vetar projetos considerados inconstitucionais ou contrários ao interesse público, consoante texto do art. 66, § 1º, da Constituição Federal; este mediante a atuação das comissões permanentes previstas no art. 58 da Constituição da República.

Na modalidade repressiva tem-se o controle concentrado ou *in abstracto*, efetuado por meio da ação direta de inconstitucionalidade a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, consoante previsão insculpida no art. 103 da Constituição da República, e ainda o controle difuso ou *incidenter tantum*, que pode ser suscitado em toda demanda judicial, com previsão de análise por qualquer órgão judicial.

De outra banda, há ainda no sistema constitucional brasileiro a possibilidade de que a constitucionalidade de determinada espécie normativa seja verificada através da ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), passando a

integrar o ordenamento jurídico nacional a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 3, de 16 de março de 1993.⁸⁴

Como se nota, o texto constitucional dispõe que as decisões definitivas de mérito proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão efeito *erga omnes* e vinculativo aos demais órgãos do Poder Público. Em justificativa apresentada quando da elaboração do projeto acima mencionado, Gilmar Ferreira Mendes esclarece: “Além de conferir **eficácia erga omnes** às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de **efeito vinculante** em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados **fundamentos** ou **motivos determinantes**” (destaques no original).⁸⁵

Dessa forma, uma vez declarada a constitucionalidade de determinada espécie normativa, nenhum dos demais órgãos judiciais poderá se afastar de observar o conteúdo do *decisum*, eis que o

⁸⁴Art. 102, § 2º, CF: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

⁸⁵Op. cit., nota 48, p.1.

entendimento fixado pela Corte Suprema é o que, “em tese”, melhor representa a interpretação da norma constitucional, dando-lhe supremacia.⁸⁶ Quanto à eficácia das decisões definitivas proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, vale destacar que também são dotadas de efeito *erga omnes* e vinculante a todos os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública federal, estadual e municipal, tudo consoante se denota da leitura do parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal.⁸⁷

Nessa ordem, afirma-se que, no controle difuso ou incidental da constitucionalidade, a decisão meritória pela inconstitucionalidade, para produzir efeito vinculante, fica condicionada

⁸⁶“A fórmula adotada pela Emenda nº 3, de 1993, parece excluir também o Supremo Tribunal Federal do âmbito de aplicação do efeito vinculante. A expressa referência ao efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário legitima esse entendimento. De um ponto de vista estritamente material, também é de excluir uma autovinculação do Supremo Tribunal aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isto poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento as Constituição, afazer imanente dos órgãos de jurisdição constitucional. Todavia, parece importante, tal como assinalado por Bryde, que o Tribunal não se limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas que o faça com base em uma crítica fundada do entendimento anterior que explicita e justifique a mudança” (Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., nota 48, p.8).

⁸⁷Art. 28, parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

à suspensão do ato pelo Senado Federal (art. 52, inc. X, da Constituição da República).

O fato de já existir previsão constitucional e infraconstitucional, autorizando a vinculação de todos os demais órgãos judiciais e da administração às decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tema de interpretação da norma constitucional, não contribui decisivamente para que haja aceitação mansa e pacífica da comunidade jurídica, no sentido de estender o efeito vinculante às decisões definitivas de mérito prolatadas nos tribunais superiores em outros ramos de aplicação do direito, *v.g.*, previdenciário, tributário, como advogam os entusiastas da tese vinculante.

Tem-se, na verdade, que os efeitos projetados pelas decisões proferidas nos processos que versam sobre o controle da constitucionalidade de leis ou atos normativos traduzem a função precípua do Excelso Pretório na defesa da supremacia do texto fundamental. Assim, não seria lógico e muito menos coerente que, sendo declarada a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada espécie normativa, ainda persistissem obstáculos na

observância do *decisum*, por parte dos demais órgãos judiciais e administrativos.⁸⁸

Todavia, não se deve perder de vista que o Supremo Tribunal Federal não guarda feições nítidas de um Tribunal genuinamente Constitucional, funcionando muito mais como órgão revisor de decisões proferidas em instâncias inferiores, nos julgamentos dos recursos extraordinários, do que como guardião da Carta Magna. Nesse ponto reside um dos mais fortes argumentos dos opositores da tese vinculante, atribuindo grande parcela de culpa das deficiências do sistema jurisdicional à perniciosa utilização do recurso extraordinário.⁸⁹

Diante do que se expôs, não restam dúvidas de que a atribuição do efeito vinculante nas decisões acima referidas tem como ponto finalístico fortalecer a atividade jurisprudencial do tribunal de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

⁸⁸Tramitam no Congresso Nacional duas propostas de Emenda à Constituição, PEC nº 500/97 e PEC nº 517/97, versando sobre a adoção do efeito vinculante nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no controle da constitucionalidade de leis ou atos normativos.

⁸⁹“É preocupante e merece realmente certa prioridade a questão da crise do recurso extraordinário (quarenta mil processos por ano, que devem ser decididos por onze Ministros). Mas seria uma grande ilusão supor que essa crise, que configura apenas um sintoma, dê a exata dimensão da ‘crise do Poder Judiciário’, que é muito maior e também merece a devida atenção. Paralelamente à ‘crise do recurso extraordinário’ cabe pensar, com a mesma intensidade, na ‘crise do Supremo’, que envolve: sua forma de composição (desequilibrada e claramente ‘cooptativa’), sua competência (ainda sobrecarregada, inclusive de assuntos infraconstitucionais), a força das suas decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade etc.”(Luiz Flávio Gomes, op. cit., nota 79,p.40).

4.3.4 As recentes inovações no sistema recursal, aumentando os poderes do relator

O excessivo número de recursos previstos no Código de Processo Civil brasileiro representa hoje uma das maiores contribuições para a ineficiência da prestação jurisdicional. Constata-se o absurdo de as partes terem à disposição, em um processo judicial de tramitação regular (juízo de primeira instância ao Supremo Tribunal Federal), pelo menos dez modalidades de recursos para serem interpostos a seu favor, e que a maioria dos recursos interpostos nos tribunais têm como objetivo afastar a solução definitiva da controvérsia, ou seja, são resultados de expedientes meramente procrastinatórios.

Com vistas a reduzir as agruras provocadas pela plethora de recursos que a cada dia dão entrada nos tribunais, foram efetuadas reformas no estatuto processual, alterando-se o processamento de recursos no âmbito dos tribunais, através da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998.

Pode-se dizer que as reformas processuais depositaram toda a sorte da proposta no aumento dos poderes dos órgãos judiciais que compõem os tribunais (principalmente do relator), ou seja, procurou-se valorizar a atividade jurisprudencial para o fim de abreviar a tramitação

de recursos que apresentem tese jurídica contrária ao entendimento do tribunal *ad quem*.

As reformas efetuadas deram nova redação a dispositivos do Código de Processo Civil, destacando-se as seguintes: 1. O relator poderá decidir de plano o conflito de competência, havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada (art. 120, parágrafo único); 2. A argüição de inconstitucionalidade não será submetida ao plenário, ou ao órgão especial do tribunal, quando já houver pronunciamento destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (art. 481, parágrafo único); 3. O relator poderá conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (art. 544, § 3º); 4. Poderá o relator negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557); 5. O relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A).

Por outro lado, destaca-se ainda, a inserção da súmula impeditiva previstas na lei n.10.259 de 12 de julho de 2001, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, instituto que, se bem manejado poderá servir como precioso instrumento de abreviação para a resolução de contendas judiciais.

Não há como negar que todas as alterações promovidas caracterizam-se pelo fortalecimento da jurisprudência dominante dos tribunais, que, se ainda não vinculam os demais órgãos judiciais, já guardam forte poder persuasivo, funcionando em forma de uma pseudo vinculação.

Em vista do que foi abordado nesta fase, pôde-se constatar que o efeito vinculante já se faz presente na realidade jurídica brasileira nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tema de fiscalização da constitucionalidade de leis ou atos normativos. Da mesma forma, constata-se que sobram indícios de que os tribunais nacionais inclinam-se sensivelmente para a adoção de mecanismo que contorne a jurisprudência predominante do manto obrigatório a ser observado pelos demais órgãos judiciais e administrativos.⁹⁰

⁹⁰Ressalte-se ainda que, no âmbito da Advocacia-Geral da União, poderá o Advogado-Geral recomendar aos órgãos jurídicos dessas entidades, com caráter vinculante, a alteração da tese jurídica prevalecente nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal (ver art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9.704, de 17 de novembro de 1998).

CAPÍTULO V

EM DESTAQUE AS PROPOSTAS LEGISLATIVAS

5.1 As propostas legislativas que versam sobre a inclusão do efeito vinculante no sistema jurídico brasileiro

Atualmente tramitam no Congresso Nacional duas propostas de emenda constitucional versando sobre a inclusão do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no ordenamento jurídico brasileiro.⁹¹

A primeira, elaborada pelo Senador Ronaldo Cunha Lima - PEC nº 54/95 -, objetiva especificamente promover alterações no sistema brasileiro de controle da constitucionalidade, cujo texto original conferia a seguinte redação ao § 2º do art. 102 da Constituição da República: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, após sumuladas, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

⁹¹“A relatoria do projeto de reforma do Poder Judiciário, do qual a súmula vinculante é parte integrante, já teve dois relatores na Câmara, os então deputados Jairo Carneiro (PFL-BA) e Aloysio Nunes Ferreira (PSDB -SP). Com a saída do Dep. Aloysio Nunes Ferreira para a Secretaria-Geral da Presidência da República, a relatoria ficou a cargo da Dep. Zulaiê Cobra (PSDB-SP). O trabalho desta foi aprovado pela comissão especial que trata da reforma do Judiciário, embora vários deputados tenham apresentado destaques propondo mudanças fundamentais, como, por exemplo, a reinclusão da súmula vinculante, idéia defendida no trabalho de Nunes Ferreira, mas desprezada por Zulaiê Cobra”(NOTÍCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. União ajuizou 85% do total de ações autuadas no STJ este ano. *Página oficial do STJ, seção notícias*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/stj/noticias/detalhes>>. Acesso em: 05 set. 2000.

Posteriormente, o texto atual, sob a rubrica da proposta de emenda constitucional nº 500/97, foi aprovado pelo Senado Federal em 12 de agosto de 1997, na seguinte redação: “Terão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, as decisões proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo, e as definitivas de mérito, se o STF assim o declarar, pelo voto de dois terços de seus membros”.⁹²

Referida proposta vem sendo alvo, desde a origem, de severas críticas por parte de setores da comunidade jurídica, como se observa em trecho de palestra proferida na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em 21.01.1998, pelo então Coordenador do Grupo Multidisciplinar de Estudos Constitucionais da Associação dos Juízes para a Democracia, Aymoré Roque Pottes de Mello, a seguir transcrito: “Sinteticamente, no que diz respeito à **súmula com efeito vinculante** criada na PEC 517/97, impende registrar algumas considerações

⁹² Há ainda em tramitação a proposta de emenda constitucional nº 517/97, propondo a inclusão de um terceiro parágrafo ao art. 102 da Constituição Federal, na seguinte redação: “O Supremo Tribunal Federal poderá, mediante decisão de três quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre questão processual controvertida e excluídas as matérias relativas aos direitos e garantias individuais, aprovar Súmula que 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”. Vale destacar que esta proposta foi apensada à PEC nº 500/97, estando no aguardo de análise na Câmara Baixa.

acerca dos vícios que a contaminam de forma inarredável, a começar pela violação do pacto federativo (art. 60, § 4º, inc. I, CF/88), pois retira dos juízos e tribunais inferiores, regionais ou estaduais, a possibilidade de interpretar a lei frente aos casos concretos, **obrigando-os a aplicar a determinação** emanada do STF. Dessa forma, em matéria dotada de efeito vinculante ou sumulada, ficam bloqueadas todas as vias de acesso jurisdicional que não desemboquem direta ou indiretamente no STF. Mas não é só isso. A instituição das súmulas com efeito vinculante terá o condão de eliminar o processo evolutivo do direito, subtraindo dos juízes das instâncias inferiores e dos tribunais de 2º grau – por excelência, o berço da jurisprudência – toda a criatividade e independência, assim cristalizando um poder supra-legislativo nos tribunais superiores” (destaques no original).⁹³

Paralelamente, tramita no Congresso Nacional proposta elaborada pelo então Deputado Federal Jairo Carneiro (quando relator da comissão especial para analisar a proposta de Emenda Constitucional nº 96/92, de autoria do Deputado Federal Hélio Bicudo), em junho de 1996, oferecendo texto substitutivo que englobou toda a reforma do Poder Judiciário.

O texto substitutivo propõe nova dicção ao art. 98 da Constituição da República, conferindo redação disposta nos seguintes termos:

⁹³A aplicação do efeito vinculante no sistema de controle da constitucionalidade brasileiro: In: Dalmo de Abreu Dallari (apresentador). *A reforma do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 1999, p.63-99.

Art. 98. (...)

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

§ 2º A aprovação, alteração ou cancelamento da súmula poderão ocorrer de ofício ou por proposta de qualquer tribunal competente na matéria; pelo Ministério Público da União ou dos Estados; pela União, Estados ou o Distrito Federal; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo STF.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação para o Tribunal que a houver editado, o qual, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

§ 4º O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções”.

O conteúdo apresentado no substitutivo vem provocando reações mais explosivas do que a outra proposta, isso porque, em sendo aprovado na redação atual, prevê a aplicação de sanções administrativas aos agentes públicos que infundadamente não observarem os precedentes vinculantes, leia-se, poderá um magistrado perder o cargo na hipótese de desobediência ao cumprimento da decisão vinculativa.⁹⁴

Ambas as propostas ainda não foram apreciadas pela Câmara dos Deputados; no entanto, há fortes indicativos de que venham a ser aprovadas. A começar pelo posicionamento de vários Senadores da República, que ressaltou a necessidade premente de ser aprovada a proposta do efeito vinculante, enfatizando que setores corporativistas da magistratura nacional estariam dificultando a inclusão do instituto no cenário jurídico brasileiro.⁹⁵

De qualquer modo, cumpre a todos os segmentos jurídicos acompanhar as discussões e votações das propostas acima

⁹⁴“Por primeiro aponte de inconstitucionalidade, a súmula com efeito vinculante fere o pacto federativo (art. 60, § 4º, inc. I, CF/88), retirando dos Juízos e Tribunais inferiores, regionais ou estaduais, a possibilidade de interpretar a lei frente aos casos concretos, estando obrigados, sob pena de cometimento de **crime de responsabilidade** (art. 98, § 4º), a aplicar a determinação emanada do STF ou de Tribunal Superior, como se fosse uma super-lei”, destaque no original (LIMA, Jarbas. *A reforma do Poder Judiciário na Câmara dos Deputados*. In: Dalmo de Abreu Dallari (apresentador). *A reforma do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 1999, p.136-166).

⁹⁵Marco Antonio B. Muscari, em alusão à notícia veiculada na *Folha de S. Paulo* na data de 18.01.1999, retrata que “a tendência é de que em breve seja promulgada a emenda constitucional, especialmente porque 82% dos senadores e 77% dos deputados que integram o Congresso na legislatura iniciada em fevereiro/99 são favoráveis ao projeto (op. cit., nota 5, p.77).

mencionadas, para que mais à frente não se deparem com prováveis violações e restrições a princípios e garantias individuais vinculadas à prestação da tutela jurisdicional.

5.2 Análise crítica das propostas apresentadas

Primeiramente, vale ressaltar que a inclusão do efeito vinculante na realidade jurídica brasileira, acertadamente, vem manifestar-se por meio de emenda constitucional, pois envolve matéria diretamente vinculada a dispositivos previstos no texto fundamental.⁹⁶

As propostas legislativas que versam sobre adoção do efeito vinculante na ordem jurídica brasileira vêm suscitando calorosos debates na comunidade jurídica, seja pelas sugestões apresentadas por seus ferrenhos defensores ou pelas críticas contundentes dispensadas por seus opositores. O fato de os projetos não terem, ainda, alcançado aprovação legislativa e posterior sanção do Poder Executivo não retira a relevância em se proceder a uma análise de seus respectivos pontos, visto que o tema é extremamente árido, capaz de gerar, em caso de ser aprovado, profundas alterações na realidade jurídica nacional.

⁹⁶CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. Op. cit., nota 34, p.284-285.

Daí a importância de todos (partidários ou não da tese vinculante) se dedicarem a exame das críticas e aplausos dispensados aos projetos.

5.2.1 Competência para emitir precedentes com efeito vinculante

As propostas de emenda constitucional n.500 e 517/97 atribuem exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o poder de conferir efeito vinculativo às decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas declaratórias de constitucionalidade e nas definitivas de mérito proferidas em feitos outros de sua competência, caso assim declare.

Por sua vez, o substitutivo apresentado pelo então Dep. Jairo Carneiro autoriza os tribunais superiores (STJ, TSE, STM e TST) a conceder efeito vinculante às decisões proferidas no âmbito de suas respectivas competências. Nessa perspectiva, caberia ao Superior Tribunal de Justiça proferir decisões vinculantes a serem observadas pelos tribunais e juízes federais, bem como aos órgãos judiciais de primeira e segunda instâncias dos Estados, ao passo que aos demais tribunais superiores restaria obrigar os órgãos judiciais a eles vinculados.

No que se refere ao controle da constitucionalidade, tem-se que o efeito vinculante, caso inserido no contexto nacional, deve ser atribuído somente pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, sendo o guardião maior da carta fundamental, razão não assistiria para que outro órgão judicial fixasse entendimento, que não o adotado por aquele. Da mesma forma, em questões constitucionais, não seria lógico possibilitar a outro tribunal fixar entendimento diverso da interpretação alcançada pelo Excelso Pretório, até porque, nestas hipóteses, cabe a este solucionar definitivamente o conflito.

Com relação ao Superior Tribunal de Justiça, tem-se que a autorização para emitir precedentes obrigatórios deve restringir-se a hipóteses jurídicas específicas; portanto, necessita, de limitações. Já quanto à autorização confiada aos tribunais superiores para prolatar decisões vinculantes, desde logo, atrai inconvenientes, visto que inibiria a atividade interpretativa dos Tribunais Federais e Estaduais,

constituindo mecanismo de duvidoso êxito e provável nocividade à modernização do direito.⁹⁷

5.2.2 Matéria que gere insegurança e instabilidade no meio social

Consta no texto substitutivo de autoria do Dep. Jairo Carneiro uma série de requisitos que precedem a emissão de decisões vinculantes pelo órgão judicial competente.⁹⁸ Uma das principais exigências refere-se à delimitação das matérias que serão passíveis de sofrer cristalização por meio de precedentes judiciais obrigatórios.

O texto do substitutivo faz alusão a matérias que gerem grave insegurança jurídica e instabilidade no meio social, bem como quando estas ensejarem reiteradas proposituras de ações que contenham idênticas questões jurídicas.

É evidente que a finalidade da proposta legislativa centra-se na preocupação de se abreviar a tramitação e o julgamento de processos que versam sobre temas jurídicos idênticos, nos quais o

⁹⁷ CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de., ressalta: “Todavia, cremos que, tratando-se das Cortes Superiores do país, esse receio não se justifica, porque é razoável supor que os órgãos de cúpula da estrutura judiciária brasileira saberão bem ponderar o alcance de um tal efeito vinculante, por modo a somente fazê-lo incidir sobre matérias suficientemente discutidas, que demandam resolução premente, concernentes a um número expressivo de sujeitos, lobrigando temas socialmente relevantes e/ou de grande interesse para a Administração Pública, enfim, numa palavra: quando o efeito vinculante consulte, *imediata e preponderantemente*, à boa gestão do interesse público”(op. cit., nota 34, p.283).

⁹⁸ As PEC’s n.500 e 517/97 limitam-se apenas a estabelecer o *quorum* de votação no julgamento que conferir efeito vinculante à decisão.

tribunal por diversas vezes se tenha pronunciado, num mesmo sentido, havendo entendimento dominante para o assunto.

De certo, há determinados processos que apresentam hipóteses jurídicas cujo interesse em sua resolução extrapola em muito os objetivos das partes, gerando repercussões capazes de provocar efeitos nocivos ao regular andamento das relações sociais, como, por exemplo, as causas em que se busca a correção monetária dos salários de contribuição para efeito de aposentadoria, as que versam sobre as devoluções de empréstimos compulsórios, as que reivindicam a aplicação de índices expurgados ao cálculo de saldos em caderneta de poupança, as que tratam da correção das contas vinculadas ao fundo de garantia por tempo de serviço etc.⁹⁹Nesse particular, as propostas legislativas caminham bem em que pesem as dificuldades que poderão surgir quando for necessário fixar o entendimento a respeito do que venha a ser matéria que gere grave insegurança e repercussão social.

⁹⁹NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. *Revista dos Tribunais*, v.16, n. 16, ano IV, jul. - set. 1996. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. Ainda sobre o efeito vinculante, *Rit*, ano 4, n.16, jul-set/ 96, p.13. Reforçando o estado de insegurança que algumas matérias promovem, anota Edgard Silveira Bueno Filho: “Só a título exemplificativo, destaco que dos recursos julgados na sessão de 14.12.1994, a 4ªT. julgou 13% de processos versando sobre o Finsocial, cuja inconstitucionalidade parcial já foi decidida pelo STF há anos, 18% versando sobre o bloqueio dos cruzados novos na vigência do Plano Collor, 3,9% versando sobre a inconstitucionalidade parcial do PIS, igualmente já resolvida de há muito pelo Supremo, 35,9% versando sobre a devolução do empréstimo compulsório incidente sobre a aquisição de combustíveis ou veículos, num total de 70% dos casos”(Os precedentes no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v.716, p.24).

Desde logo, anota-se que o entendimento de tais expressões somente alcançará resultado satisfatório caso haja uma análise conjunta com os demais aspectos que cercam a matéria, como o elevado número de demandas similares, reiteradas decisões num mesmo sentido e, ainda, a constatação da existência de questão jurídica pacificada na jurisprudência dos tribunais.

5.2.3 Reiteradas decisões no mesmo sentido

Um dos principais fatores que encorpam a corrente favorável à inclusão, entre nós, do efeito vinculante das decisões é a constatação de que 70% dos recursos recebidos pelos tribunais versam sobre questões jurídicas idênticas, resultando em julgamentos repetitivos em que apenas se altera o nome de uma ou de ambas as partes.¹⁰⁰

Com isto, afirma-se que os órgãos judiciais perdem muito tempo analisando e julgando questões jurídicas que em nada contribuirão para a evolução do direito, apenas servindo para entulhar serventias forenses e agravar ainda mais a demora na distribuição da prestação jurisdicional.

¹⁰⁰“ Em 1996, o Supremo Tribunal Federal recebeu 30.706 processos e julgou 29.000. Mais de oitenta por cento desses recursos são repetidos” (VELLOSO, Carlos Mário da. Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico. *Revista da AJUFE*, n. 59, ano 17,p.20).

Em se considerando os projetos de emenda constitucional, tem-se que apenas o texto substitutivo de autoria de Jairo Carneiro prevê a necessidade de que a matéria passível de sumulação seja anteriormente analisada e decidida por diversas vezes no tribunal, evitando-se, dessa forma, que logo no primeiro caso seja fixado precedente judicial com força vinculativa.¹⁰¹

Nesse diapasão, o precedente vinculante apenas teria lugar nas hipóteses em que o tribunal já houvesse decidido reiteradas vezes, e no mesmo sentido, demandas que contivessem matérias jurídicas idênticas.

De todo modo, andou bem o texto substitutivo ao prever tal expediente, pois não seria lógico permitir que logo no primeiro caso possa o tribunal fixar precedentes vinculantes aos demais órgãos judiciais e da administração.

Nunca é demais lembrar que o direito é um fenômeno complexo caracterizado por apresentar conteúdo eminentemente dialético: sendo assim, torna-se por demais inadequado tentar compreendê-lo a partir de uma visão unívoca.

¹⁰¹ Os textos propostos nas PEC's n.500 e 517/97 apenas fazem referência ao *quorum* de votação, omitindo-se quanto à necessidade de decisões reiteradas.

5.2.4 A extensão do efeito vinculante a todas as matérias e ramos do direito

O conteúdo dos projetos encaminhados ao Congresso Nacional não faz referência alguma à delimitação das matérias jurídicas que poderão ser objeto de cristalização jurisprudencial vinculativa.

Tal fato vem fomentar críticas de nossa parte, pois a ausência de previsão legal disciplinando o assunto pode ensejar uma demasiada petrificação na evolução de alguns temas jurídicos essencialmente dinâmicos, relacionado a ramificações do direito que sofrem modificações decorrentes da gradual e constante alteração na realidade social (direito de família, direito das obrigações, direito comercial, direito agrário etc.).

Desta feita, seria temerário conferir autorização aos tribunais superiores para emitirem decisões com efeito vinculante nos ramos jurídicos apontados.

De outro lado, em matérias de natureza essencialmente de direito, nas quais as discussões travadas nas demandas giram em torno apenas de temas jurídicos (interpretação, validade, vigência e eficácia de dispositivos normativos), inexistindo questões puramente de fato a serem analisadas, pode-se perfeitamente tolerar a incidência de decisões

vinculantes. Nesse contexto enquadram-se as questões previdenciárias, tributárias, de direito econômico e algumas que envolvam tema nitidamente processual.

5.2.5 Posicionamentos favoráveis e contrários à sumulação vinculativa

A matéria em questão, sem dúvida alguma, é a que mais vem suscitando discussões no seio da comunidade jurídica, ensejando pontos de vista com os mais variados matizes, seja em defesa ou na oposição da inclusão das súmulas vinculativas no cenário jurídico nacional.

Para se ter idéia da multiplicidade de argumentos que justificam os posicionamentos lançados por renomados expoentes da cultura jurídica brasileira, e no intuito de possibilitar um visão ampliada dos embates jurídicos e controvérsias que permeiam o assunto, alinham-se abaixo algumas manifestações da doutrina.¹⁰²

Maria Helena Mallmann Sulzbach, ocupando a presidência da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do

¹⁰² Os posicionamentos alinhados foram retirados do artigo de PASSOS, Nicanor Sena. Reforma do Judiciário: críticas e propostas para solucionar a crise que assola esse Poder, *Consulex*, seção artigos. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/artigos>>. Acesso em: 20 abril. 2000.

Trabalho (ANAMATRA), ressaltou: “A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho tem posição contra a súmula com efeito vinculante, tema de ampla discussão em congressos nacionais. É preciso assinalar que a edição de súmula orientadora para a solução do litígio em julgamento é forma democrática de uniformização necessária da jurisprudência que, na tradicional concepção do nosso direito, jamais foi entendida como uma ordem aos graus inferiores. Entretanto, conferir-lhe efeito vinculante significa alterar o princípio constitucional de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art.5º, inc. II, da CF/88), cláusula pétrea não passível de alteração pelo poder constituinte derivado. Materializando a interpretação obrigatória que deve ser dada à lei, a súmula com efeito vinculante gera efeito que nem a lei provinda do Parlamento tem capacidade de produzir. Torna-se uma superlei, concentrando no Judiciário poderes jamais concedidos sequer ao poder constituinte originário, o qual não pode impor interposição obrigatória às normas que disciplinam as relações sociais. A possibilidade de edição de súmula com efeito vinculante pelos tribunais de cúpula significa atribuir a esses competência de cassação e afirmação das normas, com evidente fragilização do Poder Legislativo e, acima de tudo, subtração de sua prerrogativa formal de legislar”.

De outro lado é o posicionamento de Ives Gandra: “Sou favorável ao efeito vinculante das decisões do STF, sempre que a tese jurídica for a mesma e os argumentos jurídicos forem idênticos. Não tem sentido alguém entrar com uma ação usando os mesmos argumentos já examinados pelo STF, e o Supremo verificar aquela decisão e reexaminar, confirmar o que já tinha decidido. Agora,

sempre que a tese jurídica for a mesma mas os argumentos forem diferentes, que nunca o Supremo examinou, é evidente que o efeito vinculante não deveria existir”.

Admitindo a tese vinculante com restrições é a posição do jurista Miguel Reale Júnior: “Sou favorável ao efeito vinculante da súmulas do STF e STJ, defendendo, entretanto, sua restrição às matérias de Direito Previdenciário, Tributário, Administrativo e Processual, bem como a existência de um mecanismo de revisão”.

Expressando o assunto manifesta-se Hernando Uchoa: “A Ordem admite, com restrições, a admissão do denominado efeito vinculante; o instituto só deve produzir efeitos nas causas que envolvam a Administração Pública”.

Vale ainda mencionar o posicionamento do Ministro Carlos Mário Velloso: “Sugiro o efeito vinculante das decisões do STF (ADIn e RE) e dos tribunais superiores como medida que tornará mais ágil a Justiça. Ressalvo entretanto, que o efeito vinculante deverá ser dado à súmula aprovada por votação qualificada do Tribunal, de forma a traduzir jurisprudência pacífica em torno de certo tema. A adoção de tal sistema poderia reverter o quadro atual, onde cerca de 88% do acórdãos do STF são repetitivos”.

Poder-se-ia mencionar que as controvérsias acerca da matéria irão se prolongar em todas as fases de discussão dos projetos nas casas legislativas, e certamente se estenderão na hipótese de adoção da tese em nosso convívio, visto que o instituto, por essência, é estranho à cultura jurídica brasileira.

5.2.6 A revogação ou alteração do precedente vinculante

O procedimento de revogação ou alteração das súmulas com poder vinculativo vem disciplinado no § 2º do art. 98 do texto substitutivo elaborado pelo Dep. Jairo Carneiro, na seguinte redação: “A aprovação, alteração ou cancelamento da súmula poderão ocorrer de ofício ou por proposta de qualquer tribunal competente na matéria; pelo Ministério Público da União ou dos Estados; pela União, Estados ou o Distrito Federal; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo STF”.

Como se percebe, a proposta legislativa limita-se apenas a prever a possibilidade de um enunciado vinculante ser alterado ou revogado, levando a concluir que a matéria deverá ser detalhada em sede de legislação infraconstitucional, ou mediante alteração nos regimentos internos dos tribunais superiores.

Na forma apresentada, qualquer das entidades ali mencionadas poderia requerer ao órgão emissor a revisão ou cancelamento do enunciado, não havendo razão para não se incluir a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional no rol dos legitimados.

Ocorre que o texto não faz referência às situações e razões que teriam o condão de conferir subsídios ao requerimento acima retratado. Nesse ponto, a proposta merece receber duras críticas, pois sua omissão eqüivale a uma plausível possibilidade de tornar inflexíveis determinados enunciados, o que certamente reduziria o fluxo evolutivo do direito.

A se considerar que o Supremo Tribunal Federal, ao longo de três décadas, embora tenha editado 621 súmulas, promoveu o cancelamento de apenas seis súmulas, e que somente quatro foram formalmente revogadas, não seria de boa oxigenação para o fenômeno jurídico a ausência de um procedimento bem delineado sobre o assunto.¹⁰³

¹⁰³ Vale ressaltar que “muitas súmulas foram revogadas pela legislação posterior, bem como outras foram alteradas pela atividade jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça” (LIMA, Paulo Henrique dos Reis. Poder vinculante das súmulas. *Revista Doutrina*, n. VIII, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, 1999, p.76).

Como forma de colaboração sugerir-se-ia a alteração ou cancelamento da súmula vinculante na hipótese de se verificar que, após reiteradas decisões noutro sentido, o entendimento fixado não mais guarda correlação com a realidade social existente, necessitando alcançá-la.

Da mesma forma, caberia a alteração quando fosse constatado que o entendimento sumulado partiu de interpretação equivocada ou de aplicação errônea da lei, situação em que deveria haver um procedimento abreviado para se alcançar tal conclusão.

Dito isto, cumpre frisar que as propostas legislativas neste ponto pecam pela inibição, e, se não alteradas, poderão autorizar uma forte concentração de poder nas mãos dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

5.2.7 O expediente da reclamação

No projeto de emenda constitucional para reforma do Poder Judiciário, no particular aspecto das súmulas vinculantes, consta no § 3º, do art. 98 (texto substitutivo –Dep. Jairo Carneiro) a previsão do instituto da reclamação, com a seguinte redação: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação para o Tribunal que a houver editado, o qual, julgando-a

procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso”.

É evidente que, se o modelo de precedentes vinculantes pauta-se na obrigatoriedade de observância pelos demais órgãos judiciais, nada mais lógico do que abreviar o caminho para quem, em caso de descumprimento, esteja sendo prejudicado pelo posicionamento judicial ou administrativo contrário ao entendimento cristalizado.

Neste ponto o projeto anda bem apresentando coerência e logicidade.

CAPÍTULO VI

EFEITO VINCULANTE E GARANTIAS PROCESSUAIS

6.1 Fatores axiológicos que inspiram e sustentam a tese vinculante

A adoção do efeito vinculante no sistema jurídico brasileiro, na visão de seus colaboradores, representa uma das formas pela qual o direito alcançará a concretização de valores fundamentais aos seus propósitos. Isso porque, sendo o fato jurídico contornado pelo conteúdo valorativo que lhe dá realidade, não há como vislumbrar a concretização do direito sem que haja a preocupação na realização de valores indissociáveis a este.¹⁰⁴

Vários são os fatores axiológicos que inspiram a realização do fenômeno jurídico, entre os quais, de importância para o presente trabalho, podem ser destacados a segurança jurídica, certeza, previsibilidade, coerência e justiça das decisões.

Vale ressaltar que a realização dos valores destacados deve ser materializada sem prejuízo de um pelo outro, na medida em que o alcance da segurança jurídica, por exemplo, não proporcione o

¹⁰⁴ “Onde quer que haja um fenômeno jurídico há, sempre e necessariamente, um fato subjacente; um valor que confere determinada significação a este fato; e, finalmente, uma regra ou norma que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor” (MIGUEL REALE, Teoria tridimensional do direito. São Paulo: Saraiva, 1968, p.17).

afastamento dos critérios de justiça que inexoravelmente necessitam contornar o conteúdo das decisões judiciais. Bom seria se todos os valores alcançassem realização concomitante no momento da aplicação do direito.

Não é menos certo afirmar que, ao lado do conteúdo valorativo do direito, encontram-se delineadas categorias jurídicas que inspiram a construção de todos os ordenamentos jurídicos, determinando os balizamentos que deverão ser observados no instante de aplicação dos comandos normativos, funcionando, via de regra, como verdadeiros instrumentos de proteção aos direitos e interesses individuais, como por exemplo, as garantias e princípios gerais de direito.¹⁰⁵

Com especial enfoque às garantias, especificamente as que guardam conexão ao direito processual, diz-se que o legislador constituinte de 1988 cuidou de situá-las no contexto reservado aos

¹⁰⁵ Nicola Abbagnano, citado por José Augusto Galdino da Costa, assevera: “**PRINCÍPIO.** O ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer. Os princípios e regras fundamentais de qualquer ciência” (*Princípios gerais do processo civil*. Rio de Janeiro: Procam, 1997, p.11). Sobre o que venha a ser categoria jurídica, ver MAURICIO ANTONIO RIBEIRO LOPES. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: CRUZ e TUCCI (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p.47.

direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, inaugurando um direito constitucional processual.¹⁰⁶

Realçando a preocupação do legislador constituinte para com as garantias processuais, informa José Roberto dos Santos Bedaque: “As regras existentes na Constituição, destinadas a estabelecer garantias para o processo, não estão limitadas aos vários inciso do art. 5º, que substancialmente apontam para o juiz natural, contraditório, ampla defesa e vedação a provas ilícitas (incs. LIII, LIV, LV e LVI). Encontramos ainda no capítulo reservado ao Poder Judiciário inúmeros dispositivos diretamente relacionados com o bom desenvolvimento do processo. As garantias dos juízes e dos tribunais (arts. 95 e 96), o dever de motivação e a publicidade dos atos processuais (art.93, IX) também constituem importantes instrumentos para assegurar efetividade à função jurisdicional”.¹⁰⁷

Tendo em vista que a proposta de adoção do efeito vinculante apresenta conteúdo finalístico voltado a promover maior agilidade na prestação jurisdicional, e sendo certo que, indiretamente objetiva conferir certeza, previsibilidade e segurança jurídica, resta-nos

¹⁰⁶“Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um Direito Constitucional Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional”(NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: RT, 1996. P.19).

¹⁰⁷ Garantia da amplitude de produção probatória, In: CRUZ e TUCCI (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p.153.

apreciar se, na busca destes fins, não serão reduzidas ou restringidas certas garantias constitucionais relacionadas ao processo.¹⁰⁸

6.1.1 Segurança jurídica

As deficiências estruturais apresentadas pelo Poder Judiciário brasileiro dificultam em muito o desempenho das funções judiciais, comprometendo demasiadamente a prestação da tutela jurisdicional.

Entre os reflexos perniciosos projetados por esta triste realidade, alcançam maior nocividade os que se referem ao descrédito dispensado pela coletividade às instituições judiciais e a instabilidade social provocada pela demora na resolução das controvérsias judiciais.

É evidente que a decisão judicial, quando não prolatada de forma contemporânea ao ingresso da demanda judicial nas vias forenses, além de frustrar as expectativas de ambas as partes, submete a relação jurídica material controvertida a um estágio não protetivo, eis que a ausência de provimento capaz de solvê-la (reconhecendo ou não o

¹⁰⁸“A tutela constitucional do processo representa o conjunto de princípios amparados pela Constituição Federal e diretamente relacionados ao sistema processual. O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmo democrático* do Estado de direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* São Paulo: RT, 1987.p.25).

direito postulado) inviabiliza o alcance da estabilidade para aquela situação conflituosa.

Nesse ponto reside uma das justificativas que alicerçam a proposta de inserção do efeito vinculante entre nós, ou seja, para seus colaboradores, a tese vinculativa, reduzindo sensivelmente o número de processos nos tribunais, propiciará aos órgãos judiciais decidir com maior celeridade os casos que lhes serão submetidos, fazendo com que as relações jurídicas conflituosas não sejam submetidas a um compasso de espera e de instabilidade, promovendo-se assim segurança jurídica. Tal argumento fez inspirar o magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier, quando propõe: “O tema ‘súmulas vinculantes’ se constitui numa das possíveis saídas para o problema do assobramento de trabalho do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, é método que contribui para o prestígio de valores como o da estabilidade e o da previsibilidade. Sempre consideramos ser uma medida legítima, já que se, de um lado, acaba contribuindo para o desafogamento dos órgãos do nosso Poder Judiciário, de outro lado desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade”.¹⁰⁹

O alcance da segurança jurídica para muitos é um dos principais objetivos do direito - leia-se do processo -, pois, em sendo atingida, restará ela pacificado o convívio dos indivíduos em

¹⁰⁹ Súmula vinculante: desastre ou solução?. *Revista de Processo*, n. 98, p.295.

sociedade.¹¹⁰ De outro lado, vale registrar o fato de que alguns juristas negam veementemente a associação entre direito e o valor segurança, inclusive ao afirmarem que esta não passa de um mito idealizado pela classe dominante para justificar as deficiências e desigualdades proporcionadas pelo modelo jurídico opressor e excludente presente na realidade jurídica de muitos países.¹¹¹

Urge ainda acrescentar, que nada há a comprovar que o efeito vinculante, por si só, caso adotado no Brasil, terá o condão de reduzir consideravelmente o número de demandas perante os órgãos judiciais, visto que, vários são os fatores que contribuem para construção

¹¹⁰ J. J. Calmom de Passos destaca: “Minha primeira convicção é a de que o direito, algo produzido pelo homem para atender a uma exigência básica da convivência social, tem sua razão de ser na necessidade de se compor impositivamente os conflitos de interesses que se configurem nas relações sociais. Os homens prescindem do Direito para objetivar sua liberdade, mas dele dependem para viabilizá-la na sua convivência. Consequentemente, indissociável do direito é o valor segurança. Assim, a par do valor *segurança*, de que o Direito não pode ser dissociado, há o imperativo de sua permanente necessidade de *adequação* à realidade social sobre o que opera, isto é, impõe, também sua abertura, seu dinamismo, sua não estratificação. Segurança e abertura interagem, buscando assegurar a conduta eleita como socialmente a mais desejável em determinado momento histórico e em determinado espaço político” (A Súmula vinculante. Revista Doutrina, IV, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, 1998. p.14). No mesmo sentido manifesta-se Cândido R. Dinamarco, ao anotar: “Toda ordem jurídica tem a missão e a responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança das pessoas e grupos quanto aos seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever conseqüências do descumprimento próprio ou alheio. Tal é o valor da segurança, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado” (op. cit., nota 46, p.10).

¹¹¹ Valiosa é a definição ofertada por Paulo Henrique dos Reis Lima: “O princípio da segurança jurídica mantém estreita relação com a ordem jurídica e é considerado como um valor jurídico basilar. Entende-se a segurança jurídica como um conjunto de proteções aos direitos e efetiva possibilidade de restauração de direitos violados e cumprimento dos deveres jurídicos” (op., cit., nota 103, p.79).

de obstáculos prejudiciais ao desempenho da função jurisdicional.¹¹²

6.1.2 Certeza e previsibilidade do direito

A organização judiciária brasileira caracteriza-se pelo grande número de tribunais exercendo a jurisdição, bem como pela existência da dualidade de esferas da justiça: a federal, composta por juízes federais e Tribunais Regionais Federais; e a estadual, integrada por juízes e Tribunais Estaduais.¹¹³

Dessa forma, não raras vezes visualizamos interpretações fixadas por órgãos judiciais em questões jurídicas semelhantes apresentando entendimentos diametralmente opostos, ou seja, diferentes decisões para hipóteses jurídicas idênticas.

Tal fato vem se constituindo numa das bandeiras hasteadas em favor da adoção do efeito vinculante à jurisprudência

¹¹² Ver Capítulo IV. Afirmando que o efeito vinculante não reduzirá o número de processos, conclui José Anchieta da Silva: “A súmula vinculante não evita a inicial, que, sendo a peça primeira do processo, não evitará a contestação, sob pena de não se formar a litiscontestação e sob pena de não se instaurar o contraditório. Eis aí o processo. Diante do ato da sentença, aplicando ou não a súmula vinculante, o cidadão demandante, irresignado, terá o direito ao recurso próprio. O processo continuará então a sua marcha. Julgado em instância revisora (Tribunais de Justiça ou Regionais Federais), de igual forma o processo continuará a desafiar os recursos pertinentes para as cortes federais. Não se terá desta forma o efeito vinculante pretendido, evitado a existência de um único processo sequer” (*A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: DelRey, 1998. p.108).

¹¹³ Existe ainda a denominada justiça especializada, composta por órgãos monocráticos e tribunais de segunda e terceira instâncias (Justiça do Trabalho, Militar e Eleitoral).

dominante dos tribunais superiores, visto que seus partidários consideram inconcebível a possibilidade de que duas pessoas discutindo questões jurídicas idênticas encontrem decisões diferenciadas, uma reconhecendo o direito e a outra negando-o, nas mesmas condições.

Afirma-se, assim, que, em sendo instituída a obrigatoriedade de observância das decisões judiciais sumuladas nos tribunais superiores, estar-se-ia evitando que a sorte do direito postulado pelo litigante fique sujeito à distribuição do processo para um juízo que acolha a tese por este argüida.¹¹⁴

Da mesma forma, argumenta-se que os precedentes obrigatórios abreviariam a tramitação dos processos que não dispõem de recursos econômicos para suportar longas aventuras judiciais, aumentando as possibilidades de os menos afortunados - judiciais - alcançarem o reconhecimento de seus direitos.

¹¹⁴ Marco Botto Muscari, em obra sobre o assunto, traz a lúmena interessante situação que ilustra bem a questão: “Logo após o advento da Constituição de 1988, inúmeros cidadãos ajuizaram ações visando ao reconhecimento da aquisição de terrenos por força do usucapião especial urbano, instituído pelo art. 183 da Carta Magna. Desde o primeiro instante adotamos a orientação de que a cidadã criara direito novo, de sorte que a norma constitucional não poderia retroagir em prejuízo do titular do domínio. No Tribunal de Justiça formaram-se duas correntes a respeito do tema, entendendo alguns que o lapso prescricional aquisitivo só poderia fluir a partir da promulgação da Lei Maior, ao passo que outros sustentavam a possibilidade de se levar em conta a posse anterior ao advento da Constituição. Pois bem. Vários autores sucumbentes apelaram, argumentando que não tinham de esperar até 5 de outubro de 1993 (quando a CF completaria um quinquênio) para o ajuizamento das ações de usucapião. Algumas das sentenças por nós proferidas foram reformadas, enquanto outras subsistiram na Corte. Imagine-se, agora, a situação daqueles perdedores que viram seus vizinhos obterem ganho de causa, com direito ao tão sonhado *registro* na Serventia Predial. Como explicar-lhes que, apesar de haverem ocupado os terrenos na mesma época, em situações fáticas idênticas, a orientação jurisprudencial era dividida?” (Op. cit., nota 5, p. 56).

Em vertente contraposta, apresenta-se a concepção de que o direito, por se caracterizar pela constante necessidade de se modificar e sendo uma ciência que carrega marcantes traços evolutivos, deve essencialmente ser interpretado de diversas formas, não configurando perplexidade alguma o fato de que, num mesmo momento histórico e sob idênticas contingências espaço-temporais, possam conviver duas decisões judiciais que fixem interpretações diferenciadas sobre questões jurídicas análogas.

Neste sentido Djanira Maria Radamés de Sá, em obra sobre a matéria, ressalta : “A dialética, e não a metafísica, é própria do direito, tornando-se utópica a pretensão de soluções uniformes, porque a diversidade da inteligência humana sempre apontará caminhos diversos, resultando as discussões, não raro, em desejável evolução”.¹¹⁵

¹¹⁵ *Súmula vinculante - análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.87 Valiosa é a intervenção de Luiz Flávio Gomes neste particular: “Argumenta-se ainda, dentro do âmbito do aparente, que a súmula vinculante serviria de condutor para o alcance das seguintes vantagens: unificação ou homogeneização da jurisprudência, celeridade, velocidade e eficiência dos recursos, economia, segurança jurídica, previsibilidade do resultado, racionalização etc. Se o direito fosse ‘ciência exata’, se não tivesse como ‘matéria-prima’ problemas humanos, que nunca são idênticos exatamente porque nenhum ser humano possui outro similar, seria razoável nutrir a expectativa de uma unificação total e absoluta na sua aplicação. Considerando que cada litígio tem suas peculiaridades próprias, o máximo que se pode esperar de um julgamento dentro de um Estado Democrático de Direito é a racionalidade na decisão (que é controlada pela sua motivação e publicação, vínculo do juiz ao ordenamento jurídico; e não a conceitos metajurídicos etc.). A pretensão de se contar com absoluta homogeneização ou unificação da jurisprudência (previsibilidade absoluta do resultado) é uma meta muito singular para servir de padronização diante de situações e problemas humanos tão díspares.” (Op. cit., nota 79, p.16).

A partir desse enfoque erguem-se justificativas contrárias ao efeito vinculante, todas assentadas na impossibilidade de se dotar o fenômeno jurídico de característica unidimensional, na medida em que lhe atribuem caráter essencialmente dialético, requerendo compreensão por meio de um processo multi e interdisciplinar de investigação.

Na verdade a própria subsistência do direito condiciona-se ao poder mutante presente em todas as suas manifestações, não havendo como dissociar, do fenômeno jurídico, o conteúdo contraditório que inspira sua evolução. Assim, qualquer tentativa que venha a suprimir a capacidade dialética do fenômeno jurídico representa efetiva restrição a sua forma natural de desenvolvimento.

Isso não eqüivale a concluir que o sistema de precedentes vinculantes navega em direção oposta ao ciclo evolutivo do direito, até porque, como visto no segundo capítulo do presente trabalho, em determinadas culturas jurídicas ele funciona como verdadeira fonte de criação e desenvolvimento do fenômeno jurídico. No entanto, entre nós, o tema deve ser tratado sob outra ótica, pois no Brasil, por tradição cultural, os precedentes compulsórios não se constituem em expressões primárias do direito, em que pese a importância que lhes é atribuída no

trabalho de aproximação do comando normativo à realidade social em que será aplicado.

6.2 O efeito vinculante e o princípio da separação dos poderes

A clássica divisão tripartida dos Poderes que compõem o aparelho estatal, idealizada por Montesquieu na primeira metade do século XVIII, constitui marco na compreensão e idealização das funções desempenhadas pelo Estado nos diversos campos de atuação.¹¹⁶ A repartição das funções estatais era bem delineada, cabendo ao Poder Legislativo apenas legislar, ao Executivo praticar atos de governo ou administrativos, enquanto ao Judiciário restaria a missão de julgar os conflitos de interesses.

Ocorre que, ao longo dos anos, foram observadas várias modificações no contexto sócio econômico das cidades, fazendo aumentar a complexidade das relações intersubjetivas, o que levou o Estado a rever sua forma estrutural, a fim de se adequar à nova realidade.

¹¹⁶ A construção da divisão dos poderes pautou-se nos seguintes fundamentos: 1. “A liberdade política existe, quando ninguém pode ser ‘constrangido a fazer as coisas que a lei não obrigue, ou a não fazer as que a lei permita; 2. Todo homem que tem poder é levado a abusar dele, vai até encontrar os limites; 3. Por isso necessária a divisão dos Poderes. Para que cada Poder freie o outro, impeça o abuso por parte deste” (MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Introd., Trad. e notas Pedro Vieira Mota, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.24). Consultar ainda, CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 21-43.

Nesta perspectiva, diz-se que a tripartição dos Poderes não pode ser mais considerada em sua forma originária, mas, sim, deve ser visualizada a partir de um entrelaçamento de atos ou funções praticadas pelos poderes estatais. Assim, constata-se que o Poder Legislativo, além de praticar atos tipicamente legislativos, desempenha funções de natureza administrativa e judiciária. Do mesmo modo, tem-se o Executivo praticando atos genuinamente administrativos e atos típicos do Legislativo, como, por exemplo, a edição de medidas provisórias com força de lei.

A importância de se aprimorar a nova concepção acerca das funções desempenhadas pelo Estado é especialmente verificada quando se enfrenta o tema dos precedentes judiciais vinculantes, uma vez que, sua prática faz transparecer um alargamento das atribuições destinadas à função judiciária, com prejuízo de uma invasão nas atribuições confiadas à função legislativa.

Um dos principais argumentos que militam em oposição à inclusão do efeito vinculante no sistema judicial brasileiro reside na alegação de que, em sendo ele adotado, estar-se-ia conferindo ao Poder Judiciário a função de legislar, pois o precedente judicial se constituiria numa norma de caráter abstrato e geral, equiparada à lei, ensejando uma

verdadeira invasão nas atribuições do Poder Legislativo, o que atacaria frontalmente o princípio da separação dos Poderes, este elevado ao degrau pétreo pelo legislador constituinte originário (Art. 60, § 4º, inc. III, da Constituição Federal).

Reforçando a crítica, Evandro Lins e Silva ressalta que o precedente vinculante, caso adotado, suprimiria uma garantia institucional posta a assegurar os direitos fundamentais do cidadão, advertindo: “A independência recíproca dos Poderes pressupõe, como é óbvio, que cada um deles exerça uma função exclusiva; caso contrário, haveria superposição funcional. A função precípua e exclusiva do Poder Legislativo, como estabelecido desde os primórdios do regime democrático moderno, é a de ditar as leis, entendidas como expressão da vontade geral do povo. Ora, a súmula com efeito vinculante absoluto para os juízes de primeira instância significa a introdução de um sucedâneo da lei em nosso sistema jurídico, produzindo a superposição ou conflito de atribuições entre os Poderes Legislativo e Judiciário”.¹¹⁷

¹¹⁷ Op., cit., nota 49. Na mesma linha posiciona-se Antonio Carlos de A. Diniz, quando conclui que a súmula vinculante compromete garantias e prerrogativas do texto constitucional porque: “conflita com o princípio de separação dos poderes (art. 2º e 60, § 4º, inc. III), cláusula pétrea constitucional, na medida em que os Tribunais não podem editar regras gerais e abstratas, com validade universal, e poder prescritivo próprio das normas abstratas, uma vez que lhes cabe precipuamente, o papel de decidir a lei aplicável à espécie. Ao interpretar a lei com caráter geral e vinculativo, os tribunais estariam se imiscuindo na área de competência constitucional do Poder Legislativo, convertendo-se em autênticos legisladores anômalos, posto que, na prática, a vontade do intérprete teria eficácia de lei (...) Dessarte, o princípio dos checks and balances (freios e contra-pesos) inerente à estrutura tripartite dos poderes harmônicos e independentes entre si (art. 2º, da CF), adotada em nosso ordenamento jurídico, restaria seriamente comprometido” (A adoção do efeito vinculante e suas consequências para o ordenamento jurídico. *Jus Navigandi*, seção doutrina. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina/efevinc2.html>> Acesso em 19.fev.2000. José Anchieta da Silva, op. cit., nota 112, p.73-78.

A nosso ver, o temor de que o princípio da separação e independência dos poderes seria abalado em caso de adoção do efeito vinculante não merece prosperar, em vista de que sua compreensão não deve ser encarada de forma absoluta, mas, sim, em consonância com a nova concepção e organização do Estado brasileiro.

Muitas são as manifestações estatais que relativizam o *principium*, podendo-se enumerar rapidamente uma gama de situações que demonstram a interpenetração das funções estatais típicas e atípicas praticadas pelos três Poderes da República, como, por exemplo, a prática de atos normativos pelos tribunais; o julgamento exercido pelo Senado Federal nos casos de crime de responsabilidade praticado pelo Presidente e Vice-Presidente da República (art.52, I, da Constituição Federal); a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República (art. 62, parágrafo único, da CF); as funções de natureza judiciais desempenhadas na Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º, da CF).

Não obstante as situações acima alinhadas, não se cogita de que restaria por violado o princípio da separação de poderes; pelo contrário, apenas se reforça o entendimento de que a complexidade que contorna as funções estatais, nos dias de hoje, exige uma remodelação da forma embrionária de Estado idealizada pelo Barão de Bréde.

A lição de Rodolfo de Camargo Mancuso é bem apropriada à hipótese, quando assevera: “ A súmula vinculante não causa moosa à alguma cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, da CF, especialmente no que tange à ‘Separação de Poderes’ ou atos ‘direitos e garantias individuais (incs. III e IV). A tríade – Legislativo, Executivo, Judiciário – não mais remanesce com a rigidez de outrora, ocorrendo evidente complementaridade na atuação daqueles Poderes, todos devendo se irmanar na persecução do bem comum. Nesse sentido, a sentença judicial acaba por se integrar, como um *posterius*, ao processo legiferante, aperfeiçoando a norma, nisso em que a vem atualizar, explicar, humanizar, e, enfim, dar-lhe a necessária concreção, trazendo-a do plano formal para o cotidiano das relações sociais”.¹¹⁸

Cumpre ressaltar que, embora haja previsão constitucional (art. 102, § 2º, da CF) do efeito vinculante sobre as decisões definitivas proferidas em ação declaratória de constituticonalidade, não mais se discute a ocorrência de afronta ao princípio da separação dos poderes, conforme se depreende do resultado de julgamento no Pretório Excelso, onde dez ministros fixaram

¹¹⁸ Op. cit. nota 34 , p.313. Interessante ainda é a intervenção de Teresa Alvim Wambier, ressaltando: “Em nosso sentir, todavia, a separação de poderes pode existir, sem ser absoluta. De fato, suas feições definitivas dependem de como venha a ser prevista pelo sistema jurídico positivo de um país e não deve necessariamente ter as feições que tinha quando concebida pelos filósofos cujas idéias estavam por trás do movimento revolucionário na França, notadamente Montesquieu. Não nos parece, portanto, que a separação dos poderes passaria a deixar de existir com a adoção da súmula vinculante. Assim como não se pode dizer terem deixado de existir os princípios da isonomia e da legalidade em função da circunstância de o sistema atual possibilitar que haja decisões totalmente diferentes para situações fáticas absolutamente idênticas” (Op. cit., nota 109, p.296).

entendimento de que a ação declaratória de constitucionalidade não ofende dispositivos constitucionais.¹¹⁹

Desta feita, conclui-se que o efeito vinculante das súmulas não afronta o princípio da separação dos poderes, e muito menos impede que convivam no ordenamento jurídico, ao mesmo tempo.

6.3 Os precedentes obrigatórios e o dever inafastável do Estado em promover acesso à justiça

O legislador constituinte de 1988 seguindo a tradição das constituições brasileiras erigiu à categoria de garantia fundamental dos indivíduos, a plenitude de acesso à justiça, como bem se observa no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Cumprir destacar que a inserção desta garantia assume feições genéricas, não individualizando e sequer direcionando seu efetivo exercício a determinado indivíduo, grupo ou segmento social. Pelo contrário, a interpretação teleológica, cristalizada na *mens legis*, leva-nos a visualizar critérios de abstração e generalidade na superfície do preceptivo acima referido.

¹¹⁹ Revista Trimestral de Jurisprudência n. 157, p. 371

Mauro Cappelletti, em preciosa obra sobre a matéria, pontifica: “O acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos (...). O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.¹²⁰

A associação que se faz ao tratar do tema relacionado ao acesso à justiça, reside no fato de que, na visão de alguns juristas a adoção do modelo vinculante irá comprometer ou mitigar a garantia plena de acesso às vias judiciais, eis que afastaria o exercício do direito de ação.

Considerando, que a concepção sobre o direito de ação não fica restrita à mera autorização para provocar o aparelho jurisdicional, mas, sim, abrange o conhecimento pelo órgão competente dos fatos e provas submetidos à sua apreciação, e sendo certo que o

¹²⁰ *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p.9-13.. Importante consideração a respeito do assunto é feita por José Renato Nalini, para quem: “todas as constituições brasileiras enunciaram o princípio da garantia da via judiciária. Não como mera gratuidade universal no acesso aos tribunais, tão cara aos ideais românticos do individualismo liberal e que, por toda parte, se tem, em absoluto, por utópica, mas a garantia, essa sim universal, de que a via judiciária estaria franqueada para a defesa de todo e qualquer direito, tanto contra particulares, como contra poderes públicos, independentemente das capacidades econômicas de cada um” (Novas perspectivas no acesso à justiça. *Centro de Estudos Judiciários – Conselho da Justiça Federal*, ano I, set. - dez. 1997).

magistrado de primeira instância não poderá afastar-se do precedente paradigmático, verificar-se-ia uma redução indireta da garantia em análise.¹²¹

Em pesem os argumentos supra mencionados, não há elementos que autorizem o acolhimento da tese de que o efeito vinculante obstaculizaria o ingresso no Poder Judiciário, não obstante tenha o juiz *a quo*, que decidir em linhas estabelecidas pelo precedente do caso anterior. Isso porque, o fato de existir decisões vinculantes não desautoriza ninguém a propor determinada ação, e muito menos de exercer o ônus recursal, bastando apenas, na primeira situação, ajuizar a demanda e na segunda interpor a espécie recursal impugnativa.¹²²

Urge realçar que aos olhos dos simpatizantes da tese vinculativa o que se verificará é uma melhoria na prestação da tutela jurisdicional, na medida em que, o número de processos será consideravelmente reduzido, privilegiando, conseqüentemente, a garantia do acesso à justiça em vista da maior agilidade na resolução das contendas judiciais.

¹²¹ O direito de ação compreende, um direito público, subjetivo, abstrato, autônomo, de provocar a máquina jurisdicional, objetivando a prolação contemporânea de provimento judicial reconhecendo ou não o conteúdo da postulação apresentada. Nelson Nery Júnior, op. cit., nota 106, p. 93-129. Djanira Maria Radamés de Sá é quem levanta esta justificativa (op. cit. nota 115, p.105).

¹²² Luiz Flávio Gomes, op. cit., nota 79, p.27.

6.4 O *decisum* compulsório e a garantia do contraditório

O legislador constituinte posiciona a garantia ao contraditório entre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, tratando especificamente da matéria no inc. LV, do art.5º da Constituição da República.

Tal garantia consiste em dar ciência ao interessado de todos os provimentos judiciais ou administrativos proferidos por órgãos competentes, bem como disponibilizar oportunidade para que aquele se manifeste acerca destes. Na perspectiva de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira tem-se: “o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado”.¹²³

A vinculação que se pretende estabelecer entre o efeito vinculante e a garantia constitucional do contraditório, fixa ponto nodal,

¹²³ Garantia do contraditório. In: CRUZ e TUCCI (coord.). *Garantias constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999. p.132-150.

na possibilidade do precedente projetar efeitos extra autos atingindo terceiros que não participaram da demanda que lhe deu vida. Verificar-se-ia a situação no momento em que determinado indivíduo ajuizasse ação versando sobre questão jurídica que já foi alvo de debates judiciais anteriores e submetida a entendimento jurisprudencial cristalizado em precedente vinculativo.¹²⁴ A crítica que se faz ao sistema de precedentes compulsórios adverte que o terceiro não poderia contra argumentar o resultado da decisão proferida no caso anterior, devendo apenas seguir o entendimento fixado, muito embora não tenha tido oportunidade para manifestar-se acerca da matéria sumulada (na maioria das vezes toma conhecimento da demanda após o trânsito em julgado do *decisum*).

As situações merecem atenção em separado. Na hipótese da questão jurídica do terceiro ser beneficiada com o conteúdo do precedente vinculativo (suponha-se que a controvérsia sobre a reposição da verba vinculada ao fundo de garantia por tempo de serviço fosse decidida em favor dos trabalhadores), e em caso de a decisão paradigmática ser contrária à sua tese jurídica. Na primeira hipótese, o terceiro interessado certamente não iria suscitar a ocorrência de afronta ao princípio do contraditório, até porque seria ilógico pensar de outra

¹²⁴ Faz-se necessário ter em mente a distinção existente entre efeito *erga omnes* e efeito vinculante.

forma, enquanto que, no segundo caso é evidente que o prejudicado alegaria a ocorrência de lesão à garantia.

Vale acrescentar que o terceiro prejudicado pelos reflexos do precedente vinculativo, poderá discutir a questão jurídica sumulada a qualquer tempo, inclusive para demonstrar fatos e argumentos que não foram debatidos no caso emblemático, no intuito de alcançar a modificação do entendimento fixado.

A alegação de que o princípio do contraditório seria lesado em caso de adoção do efeito vinculante, não se perfaz de toda contudente, portanto, é forçoso reconhecer que a princípio a tese vinculante não ofende a garantia acima referida.

6.5 Duplo grau de jurisdição e efeito vinculante

O duplo grau de jurisdição, muito mais do que um princípio informativo do processo, funciona como verdadeira garantia dos cidadãos em defesa da aplicação escorreita dos comandos normativos. É o sistema jurídico que admite, num determinado processo, a possibilidade de prolação de duas ou mais decisões válidas e

completas, emitidas por órgãos jurisdicionais distintos, prevalecendo sempre a última em relação à anterior.¹²⁵

Muito embora, não esteja previsto no texto fundamental, afirma-se que implicitamente encontra amparo na lei maior. Neste sentido: “O duplo grau de jurisdição é, assim, acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive pelo brasileiro. O princípio não é garantido expressamente, entre nós, pela Constituição, desde a República; mas a própria Constituição se incumbe de atribuir a competência recursal a vários órgãos da jurisdição. Ademais, o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho, leis extravagantes e as leis de organização judiciária prevêem e disciplinam o duplo grau de jurisdição”.¹²⁶

Nos debates a respeito das súmulas vinculantes têm sido ventilada a alegação de que ensejaria indiretamente a proibição de se recorrer às instâncias superiores.¹²⁷ Tal argumento, fundamenta-se na possibilidade do órgão *ad quem* não conhecer pretensão recursal, sob a

¹²⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995. p.27.

¹²⁶ ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p.43.

¹²⁷ “Fica evidente o perigo da vinculação obrigatória das decisões judiciais, no caso concreto, a uma súmula. Isto, além de impedir a realização da justiça, ou se não impedi-la, no mínimo, vai retardá-la, por meio de recursos preliminares administrativos, etc. Questionando a incidência da súmula, ainda hipertrofia o(s) Tribunal(ais) Superior(es) em relação aos outros graus de jurisdição. Por outro lado, também retira do cidadão a garantia democrática do duplo grau de jurisdição” (COSTA, Maria Isabel Pereira da. A súmula vinculante e a justiça no caso concreto. *AJURIS*, n. 65, p.204-206).

justificativa de que contraria a interpretação sumulada anteriormente pelo Tribunal.

Ressalte-se que esta situação já é prevista na legislação (art. 557 do Código de Processo Civil), na qual o relator pode negar seguimento a recurso manifestamente contrário a súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, e nem por isso discute-se que tal inovação restringe ou afronta a garantia dupla da jurisdição.

Na verdade cabe ao recorrente demonstrar que a decisão guerreada encontra-se equivocada, e na hipótese da adoção da súmula vinculante, demonstrar que a situação fática não apresenta identidade ao caso anterior ou que as questões jurídicas suscitadas não foram objeto de discussão na situação paradigmática.

Diante do que se expôs, não prospera a assertiva de que o efeito vinculante viria a afrontar a garantia ao duplo grau de jurisdição.

6.6 A tese vinculante e o dever de fundamentação ou motivação dos julgados

O atual texto constitucional brasileiro prevê, expressamente, que toda decisão emanada de órgão judicial deve

apresentar os motivos e fundamentos que lhes deram conteúdo, sob pena de inquirir-se de nulidade (art.93, inc. IX, da CF).

O dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, muito mais do que simples garantia conferida às partes, representa efetivo pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito.

A propósito, Sérgio Nojiri em brilhante trabalho dedicado ao tema ressalta: “O dever de fundamentar as decisões judiciais, ao mesmo tempo em que é um consectário de um Estado Democrático de Direito, é também uma garantia. Quando o jurisdicionado suspeitar que o magistrado decidiu contra a lei, desrespeitando direitos fundamentais ou extrapolando suas funções institucionais, deverá buscar na fundamentação desta decisão subsídios para aferir a qualidade da atividade jurisdicional prestada. E a inserção desta garantia no texto da Constituição é da maior relevância (...). A *garantia* que tem o cidadão de conhecer as razões que convenceram o magistrado a julgar desta ou daquela forma é tão absoluta que, segundo entendemos, nem mesmo uma emenda, reforma ou revisão constitucional pode retirá-la de nosso sistema. O dever de fundamentar as decisões judiciais, por fazer parte integrante de um princípio estruturante da Constituição (do Estado Democrático de Direito), não pode deste ser retirado, ou ter sua significação restringida, sob pena de desvirtuamento da identidade e estrutura do próprio Estado.”¹²⁸

¹²⁸ *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998. p.69.

Daí se infere a importância que o tema desperta no contexto político - jurídico brasileiro, eis que a forma democrática de Estado é prevista logo no preâmbulo de nossa norma fundamental.

Quando se propõe a inclusão do efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, de plano, saltam argumentos registrando a afronta que esta significaria ao dever de motivação dos julgados. Isso porque, tendo o juiz singular o dever de seguir o entendimento fixado no precedente vinculativo bastaria fazer constar na sentença menção ao caso emblemático, sendo desnecessária qualquer outra consideração motivadora.

È evidente que num sistema de precedentes judiciais a obrigatoriedade dos demais órgãos judiciais em seguir a decisão vinculante funciona como viga mestre, não havendo como referir-se a efeito vinculante na ausência de adoção compulsória do princípio jurídico aplicado ao caso emblemático.

No entanto, a vinculação que se estabelece não retira do juízo monocrático a possibilidade de investigar as características fatuais e pontos jurídicos apresentados no caso em apreciação, a fim de perquirir a real identidade para com o caso anterior. Desse modo, constatando a similitude entre as hipóteses deverá fazer incluir na decisão as razões e

justificativas que serviram de alicerce na construção de seu entendimento; em não visualizando a identidade no caso, deverá, da mesma forma, expor os motivos que levaram-no a convencer-se neste sentido.

Destarte, pode-se dizer que a súmula de efeito vinculante, em nada, afronta ou suprime a garantia constitucional de fundamentação ou motivação das decisões prevista em nossa carta fundamental.

6.7 A tese vinculante e o *dues process of law*

O *dues process of law* ou devido processo legal, consubstancia eficaz princípio - garantia em defesa do trinômio vida - liberdade - propriedade, funcionando como instrumento de resguardo aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.¹²⁹ Dele resultam os demais princípios e garantias insculpidas ao longo dos incisos do artigo quinto da Constituição da República promulgada em 1988. Servindo de verdadeiro corolário das demais garantias processuais - garantia da ampla defesa, do contraditório regular, do acesso à justiça, da fundamentação ou motivação do julgados, do juiz natural, da

¹²⁹ Nelson Nery Junior, op. cit., nota 106, p.28-40. Definição precisa e objetiva acerca do princípio é fornecida por José A. Galdino da Costa, para quem: “O devido processo legal consiste na garantia da utilização do instrumento adequado e útil, previamente estabelecido na lei, para o accertamento, realização, conservação e defesa dos direitos do indivíduo” (op. cit., nota 105, p.33).

independência funcional do julgador, da proibição de utilização de provas ilícitas, do duplo grau de jurisdição -, é evidente que em caso de infringência de uma destas restará por violado.

Desta forma, para se verificar possíveis desrespeitos ao devido processo legal quando do cotejo com o modelo de súmulas de efeito vinculante, mister que se faça uma constatação dos reflexos projetados por este sobre as demais categorias jurídicas constitucionais, leia-se, sob as garantias originadas a partir daquele.

A partir das ponderações dispensadas nos itens 6.2, 6.3, 6.4, 6.5 e 6.6, do presente trabalho, pode-se concluir que os precedentes judiciais vinculantes não afrontam as garantias constitucionais do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa e duplo grau de jurisdição.

Sendo assim, excepcionando-se os aspectos da questão relacionados às garantias constitucionais do processo vinculadas ao órgãos do poder jurisdicional, que serão objetos de investigação no capítulo seguinte (juiz natural, independência funcional, livre convencimento ou persuasão racional do magistrado), não há como se afirmar que o efeito vinculante ofende o princípio - garantia do devido processo legal.

CAPÍTULO VII

O EFEITO VINCULANTE E O PODER DEVER DOS MAGISTRADOS

7.1 O exercício da função judicial

Toda e qualquer manifestação advinda do Estado, em tese, deve ser entendida como necessária à satisfação dos interesses público e coletivo, bem como para o alcance do bem comum.

As atividades prestadas pelo Poder Estatal, de uma forma bem genérica, podem ser agrupadas a partir do critério que leve em conta sua natureza e finalidade, neste sentido, diz-se que as funções exercidas pelo Estado podem ser legislativas, executivas e jurisdicionais.¹³⁰

Sem retirar a importância das demais funções estatais e diante do que nos é relevante ao desenvolvimento do presente trabalho, passar-se-á a análise apenas da função jurisdicional.

A função jurisdicional, em linhas gerais, pode ser definida com sendo uma das formas de soberania estatal pelo qual

¹³⁰ Miguel Seabra Fagundes, citado pelo Min. Athos Gusmão Carneiro ressalta: “O Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins através de três funções em que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante” (*Jurisdição e Competência*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.3).

cumpra o dever de, mediante um devido processo legal, administrar justiça aos que a solicitaram.

O exercício da função jurisdicional é confiada a órgãos que, em substituição aos particulares, assumem a tarefa de definir as relações intersubjetivas caracterizadas pelo alto grau de conflituosidade.

Na realidade jurídica - política brasileira atribui-se tal mister aos órgãos judiciais, que mediante processo democrático de investidura, se apresentam na forma de juízos singulares ou colegiados (tribunais).¹³¹ Pode-se afirmar que o exercício da função judicial revela autêntica manifestação do Estado Democrático de Direito, na medida em que, confere a todos os indivíduos a oportunidade de proteger direitos ou interesses contra atos arbitrários ou praticados com abuso de poder (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal).

No intuito de preservar a importância da função e com vistas a resguardar o exercício transparente da atividade judicante, o legislador constituinte conferiu aos órgãos judiciais garantias de natureza institucionais, como, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a vitaliciedade após certo período de efetivo exercício no cargo (art. 95, inc. III, da Constituição Federal).

¹³¹ Art. 93, inc. I da Constituição da República.

Todavia, ao mesmo tempo que o legislador atribui aos órgãos judiciais garantias e prerrogativas, também prevê limitações à atividade por estes desempenhadas, o que leva a concluir, que no exercício da atividade jurisdicional os juizes desfrutam de poderes e deveres.

7.1.1 O poderes e deveres do juiz

No exercício da atividade jurisdicional os juizes praticam atos originados dos poderes e deveres que lhes são confiados, seja quando se comporta na direção do processo ou quando se reveste da missão maior de prestar a tutela jurisdicional.

Quanto aos poderes vale registrar a lição do mestre italiano Giuseppe Chiovenda, para quem: “na verdade, são de duas espécies os poderes que o juiz exerce no processo. Um deles (o mais importante) é aquele com que realiza o escopo nuclear e fundamental da jurisdição; solucionar a lide, dando a cada um o que é seu. O poder de outra espécie é o instrumental, ou poder ordinário, o qual reflete no processo exclusivamente. Neste estão incluídos provimentos decisórios que não digam respeito à solução final da lide, mas que visam tão só dar solução a incidente para que assim o movimento processual se realize plenamente, removendo-se os percalços e obstáculos, ou orientando-se a

marcha e sucessão de atos destinados à preparação das providencias finais do procedimento”.¹³²

Na verdade afirma-se que os poderes atribuídos aos juizes, muito mais do que prerrogativas ou demonstração de força da magistratura, traduzem instrumentos voltados à defesa dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, servindo de pilar de sustentação de vários princípios processuais (devido processo legal, acesso à justiça, imparcialidade do julgador, juiz natural e muitos outros).¹³³

No que se refere aos deveres impostos aos órgãos judiciais, urge destacar que, são frutos de uma limitação disciplinada pelo texto constitucional fundamentada a partir do instante em que o Estado passou a deter o monopólio na distribuição da tutela jurisdicional, substituindo os particulares ao tempo em que afastou a realização da justiça privada.

¹³² *Instituições do direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1998. v.2, p.128. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 5.ed. São Paulo: RT, 1996. v. 2, p.17-19.

¹³³ “Em assim sendo, uma vez que o processo é uma relação jurídica de direitos e deveres entre aqueles que dele participam e o juiz, o sujeito a quem dirigi-lo, constituindo sua atividade fundamental, o decidir, variando a denominação desse ato segundo o seu conteúdo, na realidade os poderes do juiz são dois – já que todos os demais enumerados pela doutrina deles decorrem: o de decisão (*jurisdictio*), pelo qual o magistrado conhece, instrui e julga os caso submetidos à sua apreciação, e o de coerção (*imperium*), que possibilita, à sua vez, o cumprimento do poder de decidir, de forma coercitiva se necessário” (BORGES, Marcos Afonso. Os poderes, os deveres e as faculdade do juiz no processo. *Revista de Processo*, n. 95, ano 24. p.171-187).

Os deveres dos magistrados se coadunam com o modelo democrático de Estado, fazendo com que seja permitido a qualquer cidadão o direito de fiscalizar e acompanhar as atividades judiciais, e em caso de descumprimento, possibilitar a aplicação das sanções previstas à espécie, bem como a responsabilização do órgão judicial pelos danos suportados pelo prejudicado.

Referindo-se aos deveres que recaem na figura do magistrado, Carlos Aurélio Mota de Souza consigna: “Deveres funcionais: são deveres do juiz brasileiro praticar atos do seu ofício, cumprir os prazos legais, atender com urbanidade as partes, os advogados e interessados, residir na sede de sua comarca, comparecendo no horário do expediente, fiscalizar subordinados e recolhimento de taxas e manter conduta irrepreensível (art.35 da Lei Orgânica da Magistratura); sofre vedações para o exercício de atividade econômicas privadas, e de manifestação crítica de opinião (art.36), sujeito a perda de função através do devido processo. Deveres sociais: garantir a efetiva igualdade das partes na demanda e no acesso aos Tribunais (direito dos pobres), e na alteração íntima das sentenças judiciais em vista do maior equilíbrio social. Deveres nas pequenas causas: onde facilitar o acesso do mais humilde cidadão à presença de um juiz ou árbitro, independente de cultura ou posses, para resguardar efetivamente os seus direitos, ainda que os mais íntimos”.¹³⁴

¹³⁴ *Poderes éticos do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.1987, p.52.

Com efeito, pode-se dizer que os atos praticados pelos juizes no exercício da função judicante caracterizam-se pela gama de poderes - deveres que lhes são destinados pela norma constitucional e também pela legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil, Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

Enfim, a função jurisdicional é parte integrante da estrutura democrática idealizada pelo sistema político brasileiro, e, sendo assim, qualquer tentativa de sua extinção afronta diretamente nosso ordenamento jurídico.

7.2 A independência funcional dos magistrados

O art. 2º da Constituição Federal de 1988, prevê a existência de três Poderes na República Brasileira, os quais devem se apresentar com independência e funcionar harmoniosamente. Mais a frente, especificamente no art. 60, § 4º, o texto constitucional erige à categoria de cláusula pétrea a separação, independência e a harmonia entre os Poderes.

A independência idealizada pelo legislador constituinte, tem por escopo coibir qualquer modalidade de ingerência de um Poder nos atos e atribuições destinadas ao outro, fazendo com que os órgãos

integrantes de cada um possam desempenhar suas funções longe de infiltrações ou influências nocivas ao bom andamento das práticas estatais.

No que toca ao Poder Judiciário, deve-se ter em mente que a garantia de independência projeta reflexos tanto na inter-relação com os demais Poderes, assim como no enfoque institucional, leia-se, *interna corporis*. Neste último, diz-se que a garantia quer retratar a inexistência de subordinação entre os diversos órgãos judiciais, mesmo entre aqueles posicionados em instâncias distintas.

È evidente que a ausência de subordinação tem lugar apenas no âmbito da atuação funcional de cada membro da magistratura, isto é, ao magistrado no decorrer do processo de formação do convencimento e prolação da decisão é garantida a livre manifestação de seu posicionamento sendo vedado qualquer ingerência ou repreensão de qualquer outro órgão do Poder Judiciário. Então, diz-se que o juiz em sua trilha judicante deve obediência apenas a lei e a sua consciência.

De extrema proficiência é a intervenção de Luiz Flávio Gomes a este respeito: “A independência do Poder Judiciário, de outro lado, é singular: em razão da sua estrutura interna, o Judiciário é um poder de Estado que se realiza por meio de ‘todos’ e de ‘cada um’ de seus sujeitos titulares, *uti singuli*, individualmente considerados. Contrariamente ao que sucede com os outros poderes,

cada juiz é em si mesmo titular do poder judiciário, mesmo porque em cada instância de jurisdição realiza-se a função de declarar o Direito com vocação de firmeza. Quando nossa CF proclama no art. 2º que o Judiciário é um Poder independente, está, na verdade, tendo em vista a natureza ‘*singuli*’ do exercício da jurisdição, exprimindo que cada juiz, *ut singuli*, é independente na sua atividade de julgar”.¹³⁵

Aí reside a importância das garantias institucionais atribuídas aos integrantes da magistratura (inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade), bem como a função que desempenham em favor dos direitos dos cidadãos a obter o julgamento da demanda por órgão judicante independente e imparcial.¹³⁶

Às voltas com a proposta de adoção do efeito vinculante, pode-se afirmar que na independência funcional dos juízes reside o principal argumento contra a inclusão deste no sistema jurídico brasileiro. É a partir do temor provocado pela possibilidade de se verificar limitações na atuação funcional do julgador, que são erguidas

¹³⁵ Op. cit., nota 79, p.21.

¹³⁶ “Impossível haver Judiciário genuíno que não seja independente. O magistrado, qualquer que seja o seu grau, não é funcionário público, mas agente político, que no exercício da função jurisdicional age subordinado apenas à lei. Inexiste subordinação entre o juiz de primeira instância e o tribunal a que esteja administrativamente vinculado. A expressão ‘tribunal superior’ se explica apenas processualmente, na medida em que lhe cabe apreciar recursos interpostos contra decisão do ‘tribunal inferior’. Mas não pode, aquele, interferir previamente no desempenho jurisdicional deste, a não ser pelo poder persuasivo de sua jurisprudência. Dessa independência, e dos valores que visa defender, decorrem as chamadas garantias da magistratura, prerrogativas postas a serviço do jurisdicionado” (CUNHA, Sérgio Sérulo da. Nota sobre o efeito vinculante. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 61, ano XXV, jul. - dez. 1995. p.111).

elevadas vozes veementemente opostas ao efeito vinculante (pelo menos nos termos em que está proposto nas casas legislativas).

Na concepção de Evandro Lins e Silva: “a segunda garantia institucional afrontada pelas súmulas vinculantes é a liberdade - poder de todos os magistrados de decidir os litígios segundo a lei, conforme o seu convencimento pessoal. Essa independência da magistratura não pode ser suprimida nem mesmo reduzida, não só, como é óbvio, pelos demais Poderes, mas também pelos tribunais superiores ou órgãos dirigentes do Poder Judiciário”.¹³⁷

Alega-se que em sendo adotado o sistema de precedentes vinculantes o juiz inferior estaria obrigado a seguir o entendimento fixado pelo órgão superior, abrindo mão de sua garantia institucional de independência funcional.¹³⁸

Desse modo, diz-se que a supressão da independência dos magistrados atingiria o princípio da autonomia do Poder Judiciário, e indiretamente a garantia do cidadãos em confiar o julgamento das contendas a magistrados isentos, alheios a qualquer sorte de influências ou ingerências.

¹³⁷ A primeira garantia a que se refere o autor, foi tratada no capítulo 6 do presente trabalho (op. cit., nota 49, p.113).

¹³⁸ “Com todas as vênias pertinentes e devidas, não se afigura lícito ao juiz render-se a um entendimento jurisprudencial, seja qual for a fonte, se do mesmo não estiver suficientemente convencido. Quanto mais elevado estiver o julgador, quanto mais respeitada for a Corte de Justiça, maior a sua responsabilidade e de seus integrantes ao proferir os julgamentos” (XAVIER FILHO, Valter Ferreira. Súmula vinculante: um passagem para o arbítrio e a prepotência. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, n. 58, set.-dez. 1998. p.75).

Destacando as críticas dispensadas ao efeito vinculante, Álvaro Melo Filho adverte: “A vinculação da jurisprudência sumulada é uma camisa de força que atingirá, inexorável e impiedosamente, as instâncias inferiores do Judiciário”.¹³⁹

De outro lado, os partidários das súmulas vinculantes ressaltam que o instituto não afronta a independência dos magistrados, e quão menos a autonomia do Judiciário. Neste sentido, incorpora-se o posicionamento de Ellen Gracie Northfleet, para quem: “São ademais infundados os temores de que a adoção do efeito vinculante pudesse coarctar de alguma forma a independência dos juizes, essa garantia constitucional que não se erige em privilégio para uma categoria, mas em garantia para o cidadão. Em países de extensa tradição democrática o sistema é utilizado sem qualquer arranhão ao devido processo legal e à garantia de um julgamento isento”.¹⁴⁰

Cumpre ressaltar o fato de que a afronta a independências dos juizes não é questionada quando o Supremo Tribunal Federal fixa entendimento em ações que versam sobre o controle da constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação

¹³⁹ MELO FILHO, Álvaro. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Revista de Processo*, n. 87, p.103-109.

¹⁴⁰ Op. cit., nota , p.12-13. Entendimento semelhante é apresentado por Juary C. Silva: “Não há confundir a independência jurídica com as garantias de independência dos órgãos judiciários em geral, que são a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. O alcance desse princípio tem por limite ordenamento jurídico objeto de legislação, motivo por que ele não é absoluto, senão relativo, já que implica subordinação à lei. Aliás, de forma genérica Cícero já proclamava, versando a liberdade individual, que ‘todos somos escravos da lei, para que possamos ser livres’ (op. cit., nota 57, p.28).

declaratória de constitucionalidade), não havendo por que cogitar-se a restrição em tema infranconstitucional decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁴¹

Em vista dos argumentos que sustentam as vertentes doutrinárias acima mencionadas não há como deixar de se reconhecer que o efeito vinculante promove uma dose de restrição na atuação funcional dos magistrados posicionados em instâncias inferiores, uma vez que, obrigam-nos a observar a decisão proferida no caso anterior como parâmetro na solução da situação *sub judice*.

No particular, valioso é o registro subscrito por Luiz Flávio Gomes: “Urge compreender que é da essência da independência da função de julgar (que é expressão da soberania estatal) a possibilidade de interpretar o texto jurídico imaginado para a solução do caso concreto. Retirada essa autonomia do juiz (que decide em nome do estado e é expressão de uma parcela do seu Poder), subordinando-o ao mesmo tempo a um entendimento pré - configurado único, já não é preciso um ‘juiz’ para julgar a causa: um funcionário qualquer é o *quantum satis* para ‘carimbá-la’, dando-lhe a solução estampada na súmula. Melhor talvez: basta o computador”.¹⁴²

¹⁴¹ Marco Antonio Botto Muscari, op. cit., nota 5, p.66-68.

¹⁴² Op. cit., nota 79, p.15.

7.3 O princípio do livre convencimento ou persuasão racional do julgador

O art. 131 do Código de Processo Civil brasileiro dispõe que, “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Com efeito, tem-se que no processo de elaboração do *decisum* o magistrado detém ampla liberdade na formação de seu convencimento, estando autorizado a ordenar a prática dos atos necessários ao alcance de sua convicção e valorar livremente a prova.¹⁴³

Fala-se então que o sistema de precedentes vinculantes retira do juiz o poder de apreciar os fatos e valorar as provas produzidas levantadas no transcurso do processo, visto que, ao compelir o julgador a decidir de acordo com o *decisum* proferido no caso paradigmático, desautoriza-lhe a formar livremente o convencimento.

¹⁴³ “Consiste esse princípio na liberdade atribuída ao juiz na valoração das provas produzidas. O princípio fica sujeito ao imperativo constitucional que obriga o juiz a fundamentar sempre as suas decisões, tanto as que deferem ou as que indeferem os meios de prova, bem como as que acolhem e rejeitam as provas que foram produzidas, sob pena de nulidade” (José A. Galdino da Costa, op. cit., nota 105, p.102.104).

Em alerta às restrições que podem surgir com o efeito vinculante, Roberto Freire, citado por José Anchieta da Silva adverte: “Com o efeito vinculante, retira-se muito a capacidade de se discutir os fatos, que não iguais, podem ter semelhanças, analogia, mas são distintos. E o juiz, na primeira instância, discute fatos. No momento que se tem a interpretação, a hermenêutica dos tribunais superiores, através de efeitos vinculantes, determinando como resolver, estamos diminuindo a capacidade de os juizes interpretarem as realidade dos fatos”.¹⁴⁴

Como se observa a crítica reside da supressão da atividade interpretativa dos juizes inferiores, especialmente os magistrados atuantes no primeiro grau de jurisdição, eis que estariam proibidos a decidir livremente sendo-lhes vedado discutir temas sumulados pelos órgãos superiores.

Em contraposição, os partidários do efeito vinculante alegam não haver diminuição na importância da atividade dos juizes, mas, sim, possibilitaria que estes se ativessem a temas relevantes ainda não cristalizados. “A livre convicção do juiz (*rectius*, sua persuasão racional – CPC, art.131) não é prejudicada pela aplicação da súmula vinculativa. À parte os casos em que a própria lei autoriza o juiz a se distanciar do critério de legalidade estrita (CPC, arts. 127 e 1109; Código Civil, art. 1515, § 2º), no mais, e como regra

¹⁴⁴ A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998 p.82.

geral, ele atua como *aplicador* do ordenamento positivo. 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 o Direito Sumular, quando através dele se possa dirimir a controvérsia. Parecendo ao juiz que determina súmula vinculativa *não rege* ou *não abrange* o objeto litigioso do processo, poderá, *fundamentadamente*, deixar de aplicá-la, em *iter* intelectual, pois, semelhante ao que ocorre quando uma norma legal é invocada nos autos, mas em verdade não se aplica ao caso vertente. De resto, mesmo no regime da *common law*, pode o juiz demonstrar que o caso concreto não é *precisely similar* ao precedente judiciário”.¹⁴⁵

Computados os argumentos favoráveis e contrários ao efeito vinculante, chega-se à conclusão de que em sendo adotado não acarretaria uma restrição ao princípio do livre convencimento motivado, uma vez que, o magistrado ao aplicar o precedente emblemático deverá convencer-se de que o caso em apreciação reúne elementos que autorizam a identificá-lo com a hipótese anterior, para então, posteriormente, demonstrar as razões que motivaram-no a tanto. Da mesma forma, poderá livremente convencer-se que a situação em concreto não guarda identidade com o caso anterior, hipótese em que afastará a aplicação do precedente.

¹⁴⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., nota 34, p.315.

7.4 O princípio do juiz natural

A Constituição Federal de 1988, veda a existência de juízo ou tribunal de exceção consoante se verifica na leitura do art. 5º, inc. XXXVII, adotando assim, o princípio do juiz natural.¹⁴⁶

Por juízo natural entende-se ser aquele pré - constituído à ocorrência do fato, ou seja, o julgamento da causa deve ser confiado a órgão judicial determinado anteriormente ao ajuizamento da ação.

Freqüentemente são direcionadas críticas ao efeito vinculante, sob o argumento de que afrontaria o postulado constitucional do juiz natural.

Isso porque, o juízo *a quo* (juiz de primeira instância) na apreciação de um caso concreto idêntico a uma anterior situação, deverá aplicar àquela o princípio jurídico que decidiu esta. Assim, estaria desautorizado a não observar a regra jurídica fixada pelo tribunal superior, o que para muitos significaria suprimir a análise e julgamento do juízo inferior (juízo natural) em favor do entendimento balizado pelos órgãos superiores.

Em que pesem as razões retratadas acima, não há como reconhecer que o efeito vinculante desrespeita o princípio do juiz

natural; a uma, porque o magistrado monocrático não deve obediência cega à regra paradigmática; a duas, porque tem o dever de apreciar os fatos e questões suscitadas no caso *in concreto*, para fim de investigar a identidade com o caso anterior.

Sendo assim, não há razão que justifique tal receio.

7.5 A identidade física do magistrado

Muito comum é a crítica que se faz ao efeito vinculante quando em cotejo ao postulado da identidade física do julgador.

Como é cediço, o sistema processual brasileiro impõe a necessidade de que as decisões judiciais sejam proferidas pelos magistrados que presidiram o processo em todas as suas fases (art.132 do Código de Processo Civil).¹⁴⁷

Neste sentido afirma-se que o efeito vinculante: “compromete o valor fundamental da Justiça que é a proximidade do Juiz que está perto do fato e sente o problema, tolhendo-lhe o movimento em direção a novas

¹⁴⁶ “O que se pretende coibir com a regra do inciso XXXVII, do art. 5º, da CF é a criação de órgãos judicantes para o julgamento de questões (civis e criminais) *ex post facto* ou *ad personam*, salvo as exceções estatuídas na própria constituição” (Nelson Nery Júnior., op. cit., nota 106, p.66).

¹⁴⁷ “Consiste esse princípio na vinculação do juiz ao processo em que presidiu e concluiu a sua instrução, estabelecendo-lhe o dever de proferir a sentença. A finalidade que se busca é uma decisão justa, pois, o juiz, titular ou substituto, que presidir e concluir a audiência de instrução, por ter tido contato direto com as partes e com as provas produzidas, firmará o seu convencimento e estará mais apto a decidir com justiça” (José A. Galdino da Costa, op. cit., nota 105, p.96).

maneiras de entender as regras jurídicas”,¹⁴⁸ afastando-se a ligação do julgador com a causa.

Alega-se que em havendo uma decisão superior vinculante estará o magistrado de primeira instância alheio aos atributos fáticos e jurídicos da causa em apreciação, eis que deverá dar à esta solução idêntica ao caso paradigmático. Desse modo, diz-se que a decisão do caso futuro foi proferida, na verdade, pelo órgão superior e não pelo magistrado que primeiro conheceu o feito.

Não obstante as justificativas que alimentam esta crítica, com apoio nos mesmos argumentos apresentados ao final do item anterior do presente trabalho, constata-se que o efeito vinculante não promove lesão ao princípio da identidade física do magistrado.

7.6 O dever de observância ao precedente

O sistema de precedentes vinculantes caracteriza-se, essencialmente, no dever de todos os órgãos judiciais e administrativos observar o entendimento dominante cristalizado pelos órgãos judiciais superiores em decisões emblemáticas.

¹⁴⁸Álvaro Melo Filho, op. cit., nota 139. p.103.

Neste sistema todos os órgãos, sejam magistrados singulares ou tribunais de segunda instância, estão compelidos a aplicar aos casos em julgamento - desde que guardem identidade à hipótese anterior -, a regra jurídica utilizada pelo órgão superior na resolução deste.

Sendo assim, não há como se falar em sistema de precedentes vinculativos na ausência de um mecanismo de seguimento e aplicação da interpretação construída pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário. Isso porque, *in casu*, revela-se um autêntico dever jurídico do magistrado inferior em dar cumprimento ao precedente vinculante.¹⁴⁹

É certo que o exercício da atividade judicante é contornada por direitos e deveres atribuídos aos magistrados, todavia, o dever jurídico em tela, por guardar origem peculiar, causa grande perplexidade quando contextualizado num ordenamento jurídico (como o nosso) construído com base no princípio da legalidade, previsto constitucionalmente no inc. II, do art. 5º do texto fundamental brasileiro.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Utiliza-se no texto a definição de obrigação apresentada por Álvaro Villaça Azevedo: “A palavra obrigação apresenta-se com um sentido amplo e com um estrito. No sentido amplo, obrigação equívale a qualquer tipo de dever, seja moral, social, religioso, dentre outro, incluindo o dever jurídico” (*Teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: RT, 2001. p.32).

¹⁵⁰ Art.5º

I.....;

II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Para alguns admitir-se o dever de observância dos magistrados às decisões com efeito vinculante equivaleria a concluir-se que uma nova modalidade normativa - que não lei em sentido formal - obrigaria todos os juizes a seguir entendimento uniformizado pelos órgãos judiciais superiores, com o que, estar-se-ia atingindo o princípio da legalidade, pilar base do Estado Democrático de Direito. Neste ponto reside um dos argumentos que os opositores do efeito vinculante lançam contra si.

Em decorrência, afirma-se que aos órgãos superiores falta legitimação democrática para editar normas com caráter geral e abstrato, dotadas de poder para compelir os demais julgadores a observá-las. Nesta ordem adverte Luiz Flávio Gomes: “Em sistemas jurídicos como o nosso, urge o afastamento da idéias da súmula vinculante por falta de legitimação democrática do Poder Judiciário para o estabelecimento de regras com eficácia geral e abstrata. Somente quem detém a legitimação democrática representativa (quem é eleito pelo povo diretamente) é que pode fixar regras de observância geral. O juiz conta com a legitimação democrática legal ou formal ou racional, que consiste na estrita observância da lei e da Constituição. Não lhe cabe impor normas (ou interpretações autênticas) de caráter vinculante para outros juízes, mesmo porque,

caso isso fosse possível, seu poder seria maior que o do legislador, cujo texto é sempre ‘aberto’, nunca de sentido único”.¹⁵¹

Os adversários ao efeito vinculante consideram, neste aspecto, as propostas legislativas eivadas pelo vício da inconstitucionalidade, visto que, além de estarem em dissonância ao princípio da legalidade colocam-se em contraposição ao princípio da representatividade democrática.

Por outro lado, os adeptos da tese vinculante argumentam não faltar legitimidade aos tribunais superiores para lançar decisões dotadas de caráter geral e abstrata; em primeiro, porque na composição dos órgãos superiores (STF, STJ, TST e STM) verifica-se a participação do Poder Legislativo (Senado Federal) na escolha dos ministros que integrarão estes, e sendo os ilustres senadores representantes eleitos pelo povo estar-se-ia resguardando, ainda que indiretamente, a participação deste na escolha dos integrantes dos tribunais superiores.¹⁵²

¹⁵¹ Op. cit., nota 79, p.25. “Ninguém ignora que - e isso já ocorre no sistema em vigor - ao editarem uma Súmula, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (ou o Tribunal Superior do Trabalho) passam a ter o poder maior que o do Poder Legislativo. Consequentemente, com o poder constitucional de vincular o efeito das Súmulas e até mesmo das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário, por suas cúpulas, passará a legislar, o que, à evidência quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República. Daí a urgência de se indagar acerca da legitimidade do Poder Judiciário para tal” (Lenio Luiz Streck, op. cit., nota 53, p.266-267).

¹⁵² Contrário ao argumento de que o judiciário carece de legitimação democrática, encontra-se o posicionamento de Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.1999. p.92-107.

Argumenta-se ainda que a forma de ingresso nas fileiras da magistratura brasileira, aprovação em concurso público de provas e títulos, confere a todos os brasileiros a oportunidade de integrar o Poder Judiciário traduzindo uma das formas mais significativas de manifestação da democracia.¹⁵³

A par dos argumentos acima expendidos pode-se anotar que o Poder Judiciário apresenta componentes nitidamente democráticas, não havendo motivo para sustentar a ilegitimidade para emitir preceitos sumulares com força vinculante.

Ora, se aos tribunais superiores (em especial o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) incumbe a missão de unificar a interpretação da norma constitucional e da lei federal, e sendo certo que o entendimento fixado por estes, em tese, representa a melhor solução para determinada questão jurídica, não assiste razão desautorizá-los a tornar obrigatório a aplicação do princípio jurídico paradigmático em casos futuros idênticos.

Ultrapassada a questão, vale ressaltar que o dever de observância às decisões emitidas pelo tribunais superiores é requisito essencial ao sistema de precedentes vinculantes. As propostas

¹⁵³ Marco Antonio B. Muscari, op. cit., nota 5, p.72-73.

legislativas que versam sobre matéria, entre nós, fazem previsão no sentido de que o agente público (leia-se juizes) em caso de inobservância injustificada ao preceito vinculador, poderá sofrer sanções administrativas, inclusive, perda do cargo.

Tais questões serão objeto de análise no item seguinte.

7.6.1 As propostas legislativas e a postura do julgador

Como verificado no item anterior, a proposta de emenda constitucional que cuida da inserção do efeito vinculante na ordem jurídica brasileira (referimo-nos ao texto substitutivo apresentado por Jairo Carneiro), sujeita o agente público em caso de descumprimento injustificado ou desobediência ao precedente à sofrer sanções de natureza administrativa podendo inclusive até perder a função ou cargo.¹⁵⁴

¹⁵⁴ § 4º. “O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções”.

Infere-se da proposta que os magistrados, ao não aplicarem o precedentes vinculativos às situações idênticas estarão cometendo crime de responsabilidade.¹⁵⁵

È evidente que o conteúdo do texto substitutivo, apresenta excesso de severidade no que tange às sanções direcionadas aos magistrados que imotivadamente desobedecerem ou não observarem os precedentes judiciais.

A possibilidade de perda do cargo, nestas situações, não corresponde às exigências requeridas em uma sociedade que se diz democrática, pelo contrário, submete a atuação dos juizes a um eterno estágio de temor pela perda da função que exercita, revelando, na verdade instrumento arbitrário típico de Estados Ditatoriais.¹⁵⁶ Motivo pelo qual, è de se repudiar qualquer tentativa de inserção de sanções

¹⁵⁵ Entendendo não ser hipótese de crime de responsabilidade Ivan Lira Carvalho adverte: “Não posso olvidar que o juiz, como servidor público *lato sensu* que é, está exposto ao cometimento de crimes contra a administração pública, máxime o de prevaricação. Assim, quando um juiz de inferior instância recebe um julgado do tribunal que lhe é superior e deixa de a ele dar cumprimento ao argumento de que, por exemplo, não concorda com a posição doutrinária desposada pela corte’, estará agindo criminosamente, imbuído por sentimento pessoal (CP, art.319). Acho que isso não há dúvida” (Decisões vinculantes. O Neófito, fev. 2000. Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/htm>>. Acesso em: 22 fev. 2000.

¹⁵⁶ Luiz Flávio Gomes em op. cit., nota 79, p.28, faz importante menção ao caso em que o juiz Alçides de Mendonça Lima foi condenado pela justiça gaúcha por crime de prevaricação (no ano de 1896), por ter declarado a inconstitucionalidade de uma lei estadual que alterava a disciplina do júri. Em recurso junto ao STF e sob o patrocínio defensivo de Rui Barbosa, o pretório excelso absolveu o magistrado, apoiando-se na tese levantada pelo ilustre causídico cujo ponto central era a autonomia intelectual do juiz. Na ocasião Rui Barbosa alcinhou a conduta do magistrado de crime de hermenêutica.

desta natureza no ordenamento jurídico brasileiro, eis que não condizem com a realidade política - jurídica de nosso país.

Não se trata de afastar a responsabilidade do magistrado por atos praticados no exercício de seu mister, ainda mais quando por decorrência da prática de atos judiciais houver a ocorrência de prejuízos a serem suportados aos jurisdicionados.

O exercício da judicatura, assim como qualquer atividade de natureza pública, está sujeita a provocar danos em relação a terceiros (jurisdicionados) não sendo razoável imunizar o julgador da responsabilidade oriunda de seus atos.

Sérgio Nojiri em primorosa abordagem ao tema ressalta:

“Num Estado Democrático de Direito não se concebe a figura de um exercente de função publica sem responsabilidade. Se nas comunidades contemporâneas o estado torna-se cada vez mais presente junto à sociedade civil, indispensável a necessidade de controle de seus atos, que devem se pautar pelo *princípio da responsabilidade estatal*”(destaque no original).¹⁵⁷

Com efeito, verificada a hipótese em que o julgador praticou atos danosos aos jurisdicionados, via de regra, terá o dever de responder pelos prejuízos provocados.

¹⁵⁷ Op. cit., nota 128, p.66.

A responsabilidade judicial na visão de Mauro Cappelletti, levando em consideração a natureza jurídica das consequências que poderão recair sobre o juiz, pode ser alinhada em quatro modalidades: responsabilidade política, responsabilidade social, responsabilidade jurídica do Estado, que pode ser exclusiva ou concorrente com a responsabilidade pessoal do juiz e, ainda, a responsabilidade jurídica (pessoal) do juiz, esta, por sua vez, dividida em penal, disciplinar e civil.¹⁵⁸

De maior interesse aos propósitos do presente trabalho é a análise da responsabilidade jurídica - civil do magistrado, ao se considerar os danos que poderão causar aos jurisdicionados na hipótese de não obediência ao precedente judicial.

7.6.2 A não observância ao precedente e a responsabilidade do magistrado

A partir das considerações esposadas no item 2.3.2.1 da presente dissertação, pode se dizer que o sistema de precedentes judiciais concentra toda sua essência na obrigatória aplicação das decisões

¹⁵⁸ *Juízes irresponsáveis.*, Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 35-78. A respeito do assunto vale consultar a obra de Oreste Nestor de Souza Laspro intitulada, *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000. p.135-170.

emblemáticas aos casos futuros que guardem identidade com o anterior. A observância aos precedentes vinculantes constitui, via de regra, um dever jurídico dos demais órgãos judiciais.

Assim, tem-se que a não obediência ao precedente judicial emblemático somente se verifica em hipóteses excepcionais, nas quais o magistrado se convença de que não há elementos que lhe autorizem a aplicar a regra jurídica vinculativa.¹⁵⁹

A par disso, urge a necessidade de se analisar as consequências jurídicas que poderão surgir na hipótese de não observância pelo julgador da decisão vinculativa.

Sendo certo que a inaplicabilidade injustificada de um precedente poderá promover danos às partes envolvidas na demanda, bem como a terceiros que guardem interesse jurídico em sua resolução, e diante do princípio processual que garante o livre convencimento do julgador, de extrema relevância é a análise do delineamento da responsabilidade civil do magistrado.

Oreste Nestor de Souza Laspro em obra inédita, analisando a matéria - muito embora faça referência apenas às súmulas meramente persuasivas - registra: “Ora, se de um lado existe uma presunção de

¹⁵⁹ As situações excepcionais podem ser encontradas no item 2.3.2.1 deste trabalho.

que, na medida em que a parte ascende na hierarquia judiciária, mais correta será decisão e, do outro, os tribunais superiores têm como função essencial a uniformização da interpretação das normas, as súmulas trazem em seu bojo a conclusão de que o entendimento nelas expresso é o correto. Entretanto, isto não impede, que um juiz decida, motivadamente, em sentido contrário ao entendimento sumulado, vez que, quando assim age, está exercendo o seu poder de julgar de acordo com sua consciência, pois o exercício da atividade jurisdicional pressupõe sua independência. Contudo, e conforme já afirmado, independência não significa irresponsabilidade. Assim, caso a decisão contrária à súmula cause à parte um dano, naturalmente, o juiz, em nome de sua independência, assumiu o risco e, portanto, deverá ser responsabilizado”.¹⁶⁰

Evidentemente não seria plausível imunizar o julgador pela responsabilidade de seus atos, pois se assim fosse estar-se-ia infringindo o preceptivo normativo insculpido no art. 159 do Código Civil brasileiro.¹⁶¹

Poder-se-ia argumentar que na vertente situação o dever em responder pelos prejuízos causados à parte recairia no Estado, e, não, na pessoa do magistrado em decorrência da natureza objetiva que cerca a

¹⁶⁰ Op. cit., nota 158, p.273.

¹⁶¹ Art.159.”Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”

responsabilidade estatal, consoante se denota na leitura do § 6º do art. 37, da Constituição Federal brasileira.¹⁶²

É certo que para a responsabilização recair ao Estado basta a demonstração do nexo de causalidade entre ação ou omissão do funcionário ou servidor público e o dano causado ao particular, postergando-se o exame da culpa ou não do funcionário em possível ação de regresso.

Contudo, o que se suscita na presente dissertação é a possibilidade de a parte prejudicada pela inobservância ao precedente ajuizar ação de responsabilidade civil em face da pessoa do magistrado, independentemente de outras conjecturas que venham a demonstrar a necessidade do Estado em integrar a demanda.

Isso porque, ao descumprir a decisão vinculante o juiz estaria agindo, no mínimo, com a previsibilidade de ocorrência do dano (não se faz necessário a demonstração do dolo na conduta do julgador), assumindo assim o risco de produzi-lo.

¹⁶² Ao distinguir a responsabilidade do Estado e a do juiz Pontes de Miranda registra, “A Responsabilidade do Estado pode existir ainda que não exista a responsabilidade do juiz. O Estado responde pelo fato da lesão ao direito, por parte dos funcionários públicos, ainda que não tenha havido culpa desses; a ação regressiva do Estado é que depende da culpa do funcionário público”(Comentários ao código de processo civil. Atual. Sérgio Bermudes. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. II. p.418).

A par das considerações alinhadas, verifica-se que a adoção, entre nós, da súmula com efeito vinculante irá provocar debates e novas reflexões acerca da responsabilidade civil do magistrado, eis que, à primeira vista constata-se a possibilidade de que venha a responder civilmente pelos danos causados à parte em decorrência da não observância a determinado precedente judicial vinculante.

7.6.3 O dano causado pela inobservância ao precedente e o dever de reparação

A legislação processual civil brasileira estabelece que o magistrado responderá por perdas e danos quando no exercício de seu *munus* proceder com dolo ou fraude, e na hipótese de não praticar ato de ofício ou a requerimento da parte sem justo motivo (art.131, incs. I e II CPC).

Da mesma forma o art. 49 da lei orgânica da magistratura nacional (Lei complementar n.35, de 14.03.1979), também prevê a possibilidade do juiz responder pelos danos causados às partes, nas mesmas situações mencionadas pelo código processual.

À luz da legislação referida, tem-se que a responsabilidade pelos danos provocados somente recairá na pessoa do

julgador nas hipóteses em que agir com dolo ou fraude, pois agindo com culpa não suportará o dever de indenizar.

A propósito, adverte Nelson Nery Júnior: “A responsabilidade pessoal do juiz somente ocorrerá se tiver procedido com dolo ou fraude. A culpa no exercício da atividade jurisdicional não acarreta, para o magistrado, o dever de indenizar. O ato jurisdicional danoso, praticado com culpa, embora não enseje ao juiz o dever de indenizar, pode acarretar, em tese, esse dever para o poder público (CF 37 § 6º)”.¹⁶³

Neste sentido, na hipótese de o magistrado agindo com dolo¹⁶⁴ não seguir obediência ou descumprir um precedente judicial (não inclui-se as situações em que poderá afastar a aplicação do precedente), e com isso causar prejuízos a uma das partes, forçoso reconhecer que deverá responder pelos danos provocados, tudo em consonância à legislação processual e à lei orgânica da magistratura nacional. Nem se diga que a responsabilidade na situação em tela traria riscos à independência funcional do magistrado, pois como já visto (ver nota de rodapé n. 164), independência não quer significar irresponsabilidade.¹⁶⁵

¹⁶³ *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p.443.

¹⁶⁴ Referimo-nos tanto ao dolo direto (consciente potencialidade de provocar o dano), como o dolo eventual o qual o agente assume o risco de produzir o dano.

¹⁶⁵ A responsabilidade civil do juiz é tema complexo, árido, como depõe Pontes de Miranda: “Assunto extremamente delicado, como é o da responsabilidade civil dos juizes, dele evitou tratar o Código Civil de 1916, sem que tal omissão de princípio geral (regras jurídicas especiais, o Código Civil as tem) importasse a irresponsabilidade civil dos juizes. De um lado está a necessidade da independência, da liberdade e da livre convicção do juiz; do outro lado, o ter-se de responder até onde e desde onde tem o juiz de ressarcir o dano”(op. cit., nota 162, p.415).

A não obediência ao precedente paradigmático, em caso de adoção do efeito vinculante na realidade jurídica brasileira, equívale ao descumprimento de um dever jurídico, fazendo surgir a responsabilidade do magistrado pela reparação dos danos suportados pela parte prejudicada, eis que, no mínimo, assumiu o risco de produzi-los.¹⁶⁶

Na verdade, reconhecer a responsabilidade do juiz pela inobservância ao precedente vinculante não significa reduzir a independência de que desfruta, mas sim, revelar a possibilidade de reparação dos prejuízos causados aos litigantes; a independência judicial não é absoluta.

¹⁶⁶ “A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano” (Álvaro Villaça de Azevedo, op. cit., nota 149, p.273).

CONCLUSÕES

A finalização do presente trabalho permitiu-nos alcançar conclusões que de certa forma, salvo melhor juízo, contribuirão para uma melhor compreensão da matéria.

Primeiramente, vale destacar que a divisão dos grandes sistemas jurídicos (*common law* e *civil law*) não mais deve ser considerada a partir de uma visão isolada dos institutos e princípios que cada um apresentam, pois na atualidade verifica-se uma gradual tendência de aproximação entre estes, sendo muito comum encontrarmos institutos da *common law* em franca aplicação no sistema jurídico de países que adotam o *civil law* e vice-versa.

Neste sentido podemos citar os precedentes judiciais vinculantes, que embora sejam institutos típicos do sistema jurídico baseado na *common law*, vêm alcançando, a cada dia, maior espaço nos ordenamentos jurídicos de inspiração romano-germânica, basta atentar para o que vem ocorrendo no Brasil.

Atualmente, o tema referente ao efeito vinculante das decisões judiciais ocupa largo espaço nos debates travados pela comunidade jurídica brasileira, inclusive, algumas propostas legislativas

em tramite no Poder Legislativo Federal propõem a adoção deste sistema no ordenamento entre nós.

Longe de argumentos apaixonados ou de críticas construídas em dogmas que cercam a maioria das manifestações a respeito do tema, alinham-se a seguir as principais conclusões que constatamos ao longo do trabalho:

1. O sistema de precedentes vinculantes presente nos países da *common law* (*stare decisis*), em muito se distancia da forma idealizada pelo legislador brasileiro;
2. No brasil há uma forte tendência legislativa em se valorizar o posicionamento dominante dos tribunais superiores;
3. O efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores, por si só, não resolverá os problemas que afligem a prestação da tutela jurisdicional brasileira;
4. As propostas legislativas que sugerem a inserção do modelo vinculante, entre nós, além de apresentarem graves falhas redacionais devem ser mais amplamente debatidas com a sociedade, aumentado-se em especial a participação da comunidade jurídica;

5. Em caso de aprovação das emendas constitucionais, sugerimos que a competência para fixar decisões vinculantes seja confiada apenas ao Supremo Tribunal Federal;
6. A matéria a ser passível de vinculação deve despertar alto grau de insegurança jurídica e grave potencialidade de gerar instabilidade social;
7. Para que a súmula atinja poder vinculante, necessariamente deve preceder inúmeros julgamentos acerca da questão jurídica;
8. Ainda, que estes julgamentos apontem uma série de decisões no mesmo sentido, ou seja, que haja entendimento dominante no tribunal sobre a tese sumulada;
9. O procedimento de alteração ou revogação da súmula, deve ser tratado de forma mais detalhada pelo legislador, para que não inviabilize a evolução regular do direito;
10. Entre os legitimados a requerer a alteração ou revogação das súmulas vinculativas deve ser incluída as confederações sindicais e as entidades de classe com âmbito nacional;
11. Não há elementos suficientes a autorizar a afirmação de que o efeito vinculante reduziria sensivelmente a sobrecarga de processos nos tribunais superiores;

12. A nosso ver o efeito vinculante não ofende o princípio da separação dos poderes, pois, a nova concepção da divisão das funções estatais não mais guarda a rigidez idealizada por Montesquieu;

13. Da mesma forma, não merece acolhida a alegação de que o efeito vinculante afronta a garantia de acesso à justiça, visto que não restringe o direito de ação;

14. A garantia constitucional do contraditório não é ofendida pelo efeito vinculante;

15. No mesmo sentido, concluímos que o duplo grau de jurisdição não é atacado pelo sistema vinculante, uma vez que, a parte vencida em decorrência da aplicação do precedente poderá insurgir-se à instância superior no intuito de demonstrar o equívoco em que incidiu o julgador *a quo*;

16. O sistema de precedentes vinculantes projeta efeitos na atuação da função judicante ao mitigar a independência funcional dos magistrados;

17. O livre convencimento do juiz ou princípio da persuasão racional não é atingido pelo efeito vinculativo, pois, não afasta do julgador a necessidade de analisar as particularidades de cada caso;

18. O princípio do juiz natural permanece intocável na hipótese de ser adotada a tese vinculante;

19. Do mesmo modo, continuará o juiz singular a investigar os fatos e questões apresentadas em cada demanda, sendo este quem poderá melhor vislumbrar a presença dos elementos que autorizam a aplicação da regra emblemática, motivo pelo qual não há afronta ao princípio da identidade física do julgador;

20. O dever de observar as decisões superiores é elemento essencial do sistema de precedentes vinculativos, sem o qual desnatura sua razão de existência;

21. O descumprimento não fundamentado ao precedente judicial pode sujeitar o magistrado a se responsabilizar civilmente pelos danos que causar à parte prejudicada, eis que trata-se de um dever jurídico de onde se origina a responsabilidade;

22. O magistrado desobedecendo a decisão vinculante estaria agindo, no mínimo, com dolo, assumindo o risco de produzir o dano à uma ou ambas as partes,

23. O legislador processual brasileiro prevendo a responsabilização do magistrado pelos danos causados à parte na hipótese de dolo (art. 133, I, do Código de Processo Civil), autoriza o

ajuizamento da demanda diretamente em face do magistrado, independentemente de qualquer avaliação acerca da responsabilidade do Estado (objetiva).

Com estas considerações encerra-se o presente trabalho na certeza de ter atingido os objetivos delineados, dentre os quais, de maior importância, contribuir à comunidade científica.

BIBLIOGRAFIA

ADEOTADO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica na verdade e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 1996. v. 2.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A democratização da justiça. *Revista de Processo*, ano 22, n. 98.

ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p.43.

ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei nº8038/90 impostas pela Lei 9.756/98. In:.

ASCENÇÃO, J. Oliveira. Fontes do direito no sistema do “common law”. *Revista de Direito Público*, v. 35-36.

ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: José Rogério Cruz e Tucci (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: RT, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio de Araújo e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V.

BENETI, Sidnei Agostinho. O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos, *Revista dos Tribunais*, v. 695.

BORGES, Marcos Afonso. Os poderes, os deveres e as faculdade do juiz no processo. *Revista de Processo*, n. 95, ano 24.

BOULOS, Christianne. A força vinculante da jurisprudência e o papel do juiz no direito brasileiro. *Revista dos Anais do I Congresso de Iniciação científica*, USP/FAPESP, vol. I, dez. 1996.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Os precedentes no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 716.

CALMON DE PASSOS, J. J. A Súmula vinculante. *Revista Doutrina*, IV, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, 1998.

CAPELLETI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

_____. *Juízes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

_____. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARNEIRO, Jairo (Dep.). Texto oferecido em 17.06.1996, Substitutivo à proposta de Emenda Constitucional n. 96, de 1992 - Reforma do Judiciário.

CARVALHO, Ivan Lira. Decisões vinculantes. O Neófito, fev. 2000. Seção Artigos. Disponível em:

<<http://www.neofito.com.br/artigos/htm>>. Acesso em: 22 fev. 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1998. v.2.

CLASING, Maria de Assis. Nem tudo é lentidão na justiça. *Verbis*, n. 9, Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil, ano 02, set. - out. 1997.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

COLE, Charles D. Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. *Revista dos Tribunais*, v. 752.

COSTA, José Augusto Galdino da. *Princípios gerais no processo civil*. Rio de Janeiro: Procam, 1997.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A súmula vinculante e a Justiça no caso concreto. *Ajuris*, n. 65.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Romano Moderno*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRISTIANI, Claudio Valentim. O direito no Brasil Colonial. In: Antonio Carlos Wolkmer. *Fundamentos de História do Direito*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 211-225.

CRUZ e TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 1996.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Nota sobre o efeito vinculante. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 61, ano XXV, jul. - dez. 1995. p.107-125.

_____. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 1987.

DINAMARCO. Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. *Revista Forense on line*, seção atualidades. Disponível em:

<<http://www.forense.com.br/atualida/súmulas/htm>>. Acesso em: 22 fev. 2000.

DINIZ, Antonio Carlos de A. Adoção do efeito vinculante e suas consequências para o ordenamento jurídico. *Jus Navigandi*, seção doutrina. Disponível em:

<<http://www.jus.com.br/doutrina/efevinc2.html>> Acesso em: 19 fev. 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *A ciência jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Estado de direito e devido processo legal. *AJUFÉ - Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, n. 56, ano 16, ago.- set. - out. 1997.

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. Brasília, n. 2, v. 10, jul. - dez. 1998. p.142-161.

GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, v. 734.

GOMES, Luiz Flávio. Súmula vinculante e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, v. 739.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

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

_____. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000.

LIMA, Claudio Vianna de. Uniformização de jurisprudência. *Revista Forense*, v. 254.

LIMA, Jarbas. A reforma do Poder Judiciário na Câmara dos Deputados. In: Dalmo de Abreu Dallari (apresentador). *A reforma do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 1999. p.127-165.

LIMA, Paulo Henrique dos Reis. Poder vinculante das súmulas. *Revista Doutrina*, n. VIII, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, 1999.

LINS E SILVA, Evandro. A questão do efeito vinculante, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 13, jan. - mar. 1996. p.110-114.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In CRUZ E TUCCI (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 47.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999. Coleção primeiros passos.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999. p.207.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos.

Fundamentos de história do direito. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.97-127.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MELLO, Aymoré Roque Pottes de. A aplicação do efeito vinculante no sistema de controle da constitucionalidade brasileiro. In: Dalmo de Abreu Dallari (apresentador). *A reforma do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 63-10.

MELO FILHO, Álvaro. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Revista de Processo*, n. 87.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Jus Navigandi*, seção doutrina. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/efevinc4.html> Acesso em: 06 mar. 2001.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Uniformização de jurisprudência. *Revista LEX – jurisprudência do STF*, n. 226, ano 19, out. 1997.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atual. Sérgio Bermudes. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. II.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Introd., trad. e notas Pedro Viera Mota. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOURA ROCHA, José de. A importância da súmula. *Revista Forense*, v. 252/91-98, jan.- mar., ano 73.

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

NALINI, José Renato. Novas perspectivas no acesso à Justiça. *Centro de Estudos Judiciários - Conselho da Justiça Federal*, ano I, set.- dez. 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. *Revista dos Tribunais*, v.16, n. 16, ano IV, jul. - set. 1996. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*.

NOTÍCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. União ajuizou 85% do total de ações autuadas no STJ este ano. *Página oficial do STJ, seção notícias*. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/stj/noticias/detalhes>>. Acesso em: 05 set. 2000.

_____. Reforma do Judiciário: pontos defendidos pelo STJ. *Página oficial do STJ, seção notícias*. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/stj/noticias/detalhes>>. Acesso em: 25 out. 2000.

_____. STJ quer súmula vinculante e repercussão geral. *Página oficial do STJ, seção notícias*. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/stj/noticias/detalhes>>. Acesso em: 07 nov. 2000.

NUNES FERREIRA, Aloysio (Dep.), Exposição de Motivos (31.05.1999) ao Projeto Substitutivo n. 96-A, de Emenda à Constituição Federal – Reforma do Judiciário.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 132.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, n. 96, p. 59.

PASSOS, Nicanor Sena. Reforma do Judiciário: críticas e propostas para solucionar a crise que assola esse Poder, *Consulex*, seção artigos. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/artigos>>. Acesso em: 20 abril. 2000.

RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria. *Súmula vinculante – análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 13, jan.- mar. 1996.

RE, Edward. “Stare decisis”. Trad. Ellen Gracie Northfleet, *Revista Jurídica Síntese*, n. 198, 1994.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 63.

RODRIGUES VIEIRA, José Marcos. Teoria Geral da Efetividade do Processo. *Revista da Faculdade Mineira de direito*, vol. 01, n. 1, 1º sem. 1998, Pucminas.

ROSA, Alexandre Moraes da. Aspectos destacados do Poder Judiciário norte-americano. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Cidadania e Justiça*, Brasília, n. 8, ano 4, 2000. p. 113-120.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

SANTOS BEDAQUE, José Roberto dos. Garantia da amplitude de produção probatória, In: CRUZ e TUCCI (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p.153.

SIDOU, J.M. Othon. *Processo civil comparado: histórico e contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA, José Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Juary C. Pela instituição da obrigatoriedade das súmulas de jurisprudência. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, n. 3, ano I, nov.- dez. 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 1. ed. São Paulo: RT, 1999.

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

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: RT, 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JUNIOR, Nelson (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução? *Revista de Processo*, n. 98, p. 295-306.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VALADÃO, Haroldo. A reforma do Poder Judiciário, *ROAB* 15/17, Rio de Janeiro, jan.- abr. 1975.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Judiciário e o efeito vinculante, *Jornal Folha de São Paulo*, edição de 04.08.1997.

_____. Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico. *Revista da AJUFE*, n. 59, ano 17.

XAVIER FILHO, Valter Ferreira. Súmula vinculante: um passagem para o arbítrio e a prepotência. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, n. 58, set.-dez. 1998.