

PRECEDENTES VINCULANTES: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS DAS NORMAS – REALIDADE OU UTOPIA?

BINDING PRECEDENT: AN ANALYSIS UNDER THE RULES OF BIAS - REALITY OR UTOPIA?

Dirceu Pereira Siqueira¹

Jaime Domingues Brito²

Resumo

Perspectiva-se apresentar uma melhor compreensão acerca dos precedentes na ordem jurídica brasileira, de modo que seja possível ao final afirmar ou não a existência dos precedentes vinculantes, especialmente sob a atuação do Supremo Tribunal Federal, tudo isso sob o viés das normas jurídicas. A discussão acerca da existência ou do aperfeiçoamento de um sistema precedentalista (talvez existente no Brasil), o qual pudesse estabelecer maior segurança jurídica, igualdade e previsibilidade, devendo ser dito, que a ideia de se apontar e estabelecer critérios para a criação do referido sistema precedentalista se mostra oportuna, principalmente do fato de que muito se tem investigado a respeito do assunto nos dias atuais. Para isso, o trabalho parte da incontestável constatação de que no sistema brasileiro – como ocorre na maioria dos países que adotam a *Civil Law*– existe a enorme apego à lei, o que não ocorreu com o sistema da *Common Law*, que não se rendeu completamente ao mito exclusivo da lei, razão por que este último sistema mereceu atenção especial, já que a utilização de alguns de seus fundamentos pode ensejar a possibilidade de se efetivar o referido sistema precedentalista. Ao final a análise concentra-se na atuação do Supremo Tribunal Federal com o fito de apurar sua legitimidade para editar precedentes vinculantes com características de normas. Portanto, o presente trabalho se mostra atual e é, em síntese, o resultado do estudo, no qual o foco é exatamente a busca de um sistema precedentalista ideal para o caso brasileiro.

¹ Pós-doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Professor nos Cursos de Graduação em Direito no Centro Universitário de Araraquara (UNIARA) e no Centro Universitário de Bebedouro (UNIFAFIBE); Advogado.

² Doutor em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP; Professor Adjunto do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP; Advogado.

Palavras chaves: Sistema precedentalista brasileiro; Precedentes vinculantes; *Civil Law*; *Common Law*; Normas Jurídicas.

Abstract

Perspective to provide a better understanding of the precedents in the Brazilian legal system, so that it is possible to end or not assert the existence of binding precedents, especially under the action of the Supreme Court, all under the bias of legal rules. The discussion about the existence or development of a system precedentalista (perhaps existing in Brazil), which could establish greater legal certainty, predictability and equality, should be said that the idea of pointing and establish criteria for the creation of such a system precedentalista proves timely, especially the fact that much has investigated the subject today. For this, the work part of the undisputed fact that the Brazilian system - as in most countries that have adopted the Civil Law, there is a huge attachment to the law, which did not occur with the system of common law, which did not surrender completely exclusive to the myth of the law, which is why the latter system deserved special attention, since the use of some of its foundations can also give the possibility to carry out such a system precedentalista. At the end of the analysis focuses on the role of the Supreme Court with a view to ascertain their legitimacy to edit previous binding characteristics with standards. Therefore, the present study shows current and is, in short, the result of the study, in which the focus is exactly the search for a system precedentalista ideal for the Brazilian case.

Keywords: System precedentalista Brazil; binding precedents; Civil Law, Common Law, Legal Standards.

Introdução

Em verdade, a tentativa de se adotar, no sistema judiciário brasileiro, o método relativo a precedentes que apresentem força vinculante, vem desde as denominadas “*fazañas y alvedrios*”, transformados pelas Ordenações Manuelinas e pelas Ordenações Filipinas nos *assentos da Casa da Suplicação* (JANSEN, 2005, p. 42-74). O que tem sido buscado, portanto, é uma fórmula que assegure, de fato, uma resposta judiciária de boa qualidade, e

ainda (...) *justa, jurídica, tempestiva e econômica, e preserve a independência funcional e a persuasão racional do julgador.* (MANCUSO, 1999, p. 178)

Dessa maneira, pode-se dizer que o foco que se almeja com os precedentes vinculantes envolve isonomia, previsibilidade jurídica e segurança jurídica. E tanto se persegue a idéia de se ter precedentes vinculantes no Brasil que, no anteprojeto do atual Código de Processo Civil, cuja autoria é de Alfredo Buzaid, pretendia-se consagrar a solução do antigo direito português, vale dizer, a dos assentos vinculativos.

Barbosa Moreira (MOREIRA, 1998, p. 7), entretanto, ressalta que isso não se concretizou, porque a doutrina entendeu, à época, que a referida pretensão legislativa poderia provocar inconstitucionalidade, o que levou a se adotar, no Código de Processo Civil de 1973, a denominada uniformização da jurisprudência.

Registre-se ainda, em relação às tentativas de se estruturar os precedentes vinculantes, que a Constituição Federal de 1967, sob a égide do Ato Institucional nº 5/68, com a Emenda nº 7/77, na alínea *l*, do inciso I de seu artigo 119, estabeleceu que competiria ao Supremo Tribunal Federal *processar e julgar originariamente a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.*³

Importante destacar que o Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal, por intermédio de seu artigo 187⁴, ao regular os procedimentos do referido artigo 119 da revogada Constituição, dispôs o seguinte:

Ainda na tentativa de se adotar precedentes obrigatórios no sistema brasileiro, com o advento da Constituição de 1988, ao que se seguiu as edições Emenda Constitucional nº 3/93 e da Lei nº 9.882/99, formaram-se o conjunto de ações de controle concentrado de constitucionalidade, cujas eficácias são *erga omnes* e dotados de efeito vinculante (ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade e de arguição de descumprimento de preceito fundamental; Cf. § 2º do art. 102 da CF e § 3º do art. 10 da Lei 9.882/99).

Ademais, o Código de Processo Civil, a seu turno, vem sofrendo, como se sabe, inúmeras alterações, o que também tem acontecido na legislação trabalhista (Exemplos: Leis

³ Eis a redação do referido dispositivo da Constituição anterior: “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originariamente:(...) 1) “a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual”.

⁴ Art. 187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.

nº 9.139/95, 9.756/98, 9.756/98, 9.756/98 e 12.232/2010). Além disso, o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, ao criar a súmula vinculante, trouxe, por assim dizer, um novo momento da hermenêutica constitucional, que aponta, sem dúvida alguma, para uma direção comum, qual seja e segundo as palavras de Patrícia Perrone Campos Mello (MELLO, 2008, p. 1), a de atribuir *força vinculante e geral aos precedentes judiciais* e representa a aproximação do sistema jurídico brasileiro, de modelo de direito codificado-continental (*civil Law*), ao sistema da *common Law*, sistema este que tem como idéia central a vinculação de seus julgados como força a influenciar os julgamentos posteriores, desde que, como já demonstrado, a *ratio decidendi* do precedente vinculativo guarde semelhança com o novo caso a ser julgado.

Mas, a súmula vinculante, entretanto, sofre muita crítica: algumas coerentes: outras ideológicas e apaixonadas (JANSEN, p. 44). De fato, até mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45, essas críticas ainda persistem, razão por que, em linhas seguintes, o foco do presente trabalho agora se voltará para: as principais características das súmulas vinculantes e as bases de uma jurisprudência vinculante e para a questão relativa à natureza jurídica das atuais súmulas, quando então tentará responder se seriam elas ou não normas jurídicas.

1. Distanciamentos e aproximações – aspectos essenciais para a melhor compreensão dos precedentes.

O que de fato se entende por distinção entre casos, que os ingleses e americanos denominam de *distinguishing*?

Eis o ensinamento de Duxbury (DUXBURY, 2008, p. 113):

‘Distinguishing’ is what judges do when they make a distinction between one case and another. The point may seem obvious, but it deserves to be spelt out because we distinguish within as well as between cases. Distinguishing within a case primarily a matter of differentiating the ratio decidendi from obiter dicta – separating the facts which are materially relevant from those which are irrelevant to a decision. Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case –of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand.

Portanto, a compreensão do instituto relativo à distinção exige a devida separação entre aquilo que se considera a *ratio decidendi*, apartando-a da *obiter dicta*.

Marinoni (2010, p. 326), a respeito, escreve:

Assim, é necessário, antes de mais nada, delimitar a *ratio decidendi*, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. De modo que o *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos.

Assim, o *distinguishing* pode ser entendido como a não aplicação de um precedente, mesmo diante de situação em que seu *holding*, ao menos de início, parece incluir-se na situação concreta que se tem em mãos para decidir. (MELLO, 2008, p. 202)

Isso se dá porque o novo caso apresenta especificidades que ensejam um tratamento diferenciado. Com esteio em Karl Llewellyn, Mello (2008, p. 202) esclarece a distinção é realizada

(...) porque, se ‘a norma se expande até o limite de sua finalidade’, por outro lado, ‘onde a razão de ser da norma não estiver presente, ela não será aplicável’ (*‘where the reason stops, there stops the rule’*).

A regra se calca na razão e, portanto, a técnica da distinção tem como fundamento a interpretação, *a contrario sensu*, da máxima segundo a qual casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento.

De outra banda, é preciso entender que os critérios dos quais se utiliza para se realizar a associação e, via de consequência, a expansão dos precedentes, são os mesmos que permitem chegar à técnica do *distinguishing*.

Não se pode perder de mira que o *distinguishing* não é realizado de modo aleatório no sistema da *Common Law*. Marinoni (2010, p. 327), inclusive, ressalta que o juiz, a realizar a distinção deve agir com prudência e a partir de critérios; o *distinguishing* não significa, por assim dizer, sinal aberto para que o juiz venha a desobedecer precedentes que eventualmente não lhe convém aplicar. Se isso fizer, por certo será desmascarado com facilidade.

Duxbury (2008, p. 114) novamente chama a atenção que os referidos critérios de distinção podem até trazer controvérsias, mas juízes devem ser cuidadosos, sérios, convincentes e apresentar justificativas para a não aplicação do precedente:

Most courts will distinguish cases fairly routinely and without controversy.

(...)

Nor would be correct to think that a court distinguishes cases merely by drawing attention to the factual differences between them: courts are not only drawing a distinction but also arguing that the distinction is material, that provides a justification for not following the precedent. Not just any old difference provides such a justification: the distinction must be such that it provides a sufficiently convincing reason for declining to follow a previous decision.

Assim sendo, no caso anteriormente citado, em que determinada mulher, já grávida, não desejava ter o filho, porque não reunia condições financeiras para mantê-lo, é possível imaginar a prática do *distinguishing* se o argumento dela viesse calcado, por exemplo, em precedente que tivesse autorizado mulheres a se utilizar de contraceptivos para não se engravidar.

De forma que o remédio jurídico, denominado *distinguishing*, serve exatamente para afastar a incidência do precedente vinculante a novos casos nos quais seja ele invocado.

Por outro lado, a distinção pode apresentar-se de modo inconsistente, o que se caracteriza ou decorre do fato de que, se a associação vier a dar-se de modo extremamente abrangente, isso implicaria em cristalização do direito e em injustiças, segundo o escólio de Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 206):

(...) a abusiva restrição do precedente, mediante invocação de fatos e argumentos que não justificam uma diferenciação, viola valores, afastando o tratamento seguro daqueles que se encontram na mesma situação.”

Alguns exemplos facilitam a compreensão de como se dá a distinção inconsistente. Realmente, se uma mãe, por assistir o acidente em que seu filho estava envolvido, obteve reparação de danos morais que sofreu, nada impediria que, com base na técnica da distinção inconsistente, a Corte viesse a aplicar o precedente relativo à ação proposta por essa mãe a outro novo caso, em que outra pessoa, por exemplo, mesmo não tendo presenciado o acidente, ficasse também abalada emocionalmente, de sorte que teria, também, direito à reparação do dano moral. (MELLO, 2008, p. 206)

Ademais, a par de ter a função de não permitir que eventuais injustiças sejam cometidas em face da não aplicação do precedente, mostra-se importante destacar que a distinção inconsistente pode promover, além disso, não só a possibilidade de a Corte

vinculada não aplicar o precedente da Corte vinculante, seja porque dito precedente se apresenta equivocado, seja porque mostra-se ele injusto.

De fato, isso acontece porque a Corte vinculada não pode, no sistema da *Common Law*, revogar o *holding* da Corte vinculante. O denominado *overruling*, em verdade, somente é praticado por esta última Corte, que pode, também, dar início à prática da distinção inconsistente antes de revogar seu precedente, isto para que o jurisdicionado, os advogados, enfim, toda a classe jurídica possa ter conhecimento, com antecedência, de que a aplicação do precedente, que antes era realizada de maneira pacífica, a partir de reiteradas distinções inconsistentes, não mais será feito da mesma forma. (MELLO, 2008, p. 208)

Importante notar que o precedente inaplicável não significa que ele perdeu sua higidez. O que precisa ficar claro é que, quando a não aplicação se torna rotineira, isso significa que o precedente está perdendo a força. Duxbury escreve a respeito do precedente *very distinguished*, segundo anotações de Marinoni (2010, p. 328):

O precedente perde, naturalmente a sua autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished*. Quer dizer que a distinção, por si só, não revela a fragilidade do precedente, embora o excesso de distinções possa ser sinal de enfraquecimento da sua autoridade.

Marinoni (2010, p. 328) acrescenta que, a não aplicação do precedente, pela distinção, não significa que ele estaria eventualmente criando um direito novo; em verdade – afirma – o juiz pratica o *distinguishing* porque, se continuar a seguir o precedente, possivelmente estaria proferindo decisão inadequada, de sorte que a distinção envolve uma declaração negativa, não significando, portanto, um direito novo.

Marinoni (2010, p. 331) observa ademais:

Embora o precedente possa ter o seu conteúdo restrito ou ampliado, é preciso ver que a aplicação do precedente deve ser compatível com a sua finalidade. Não há como admitir a adoção de um precedente quando esta é incompatível com a sua finalidade ou com as razões que justificaram a sua instituição. Todavia, tal incompatibilidade também pode se dar diante de razões que estão à base de uma situação nova, não tratada no precedente, que impõem a limitação do alcance do precedente e, assim, em termos concretos, a sua não aplicação ao caso sob julgamento.

Essa finalidade vai até seus limites e irá regularizar todos os casos cabíveis. É a verdadeira potencialidade do precedente. De sorte que, quando cessarem esses limites ou as

finalidades já não mais se apresentarem para o novo caso, o precedente, evidentemente, não mais será aplicado. A investigação dessa finalidade é maleável, inclusive, com o que se visa atender novas realidades e situações que, mesmo antigas, não foram anteriormente tratadas. A distinção, dessa forma, milita a favor da estabilidade do direito, assim como a aplicação, que envolve a expansão vinculativa do precedente, acaba por ter a mesma função (MARINONI, 2010, p. 332).

A distinção logicamente envolve não só as partes, como também o próprio Poder Judiciário. Sim, as partes, no processo, sustentarão, cada qual, de acordo com seus interesses, que o precedente se aplica ou não. Já o Poder Judiciário, para realizar a distinção leva em conta os valores já aqui mencionados, quais sejam: a segurança do direito, sua unidade, previsibilidade, e igualdade.

De qualquer forma, a distinção plena somente é praticada desde que haja base suficiente para tanto. Caso contrário, o caminho trilhado é o da distinção inconsistente:

A distinção inconsistente, assim, constitui espécie de passo provisório para a revogação total do precedente, o que fez surgir, no direito estadunidense, o denominado princípio da provisoriedade. Como adverte Melvin Eisenberg, um tribunal que aplica o princípio institucional da provisoriedade age com integridade e isonomia apesar de elaborar distinção inconsistente em face do sistema jurídico. (MARINONI, 2010, p. 333)

2. Perspectivas “sumulares”: traços característicos das súmulas.

A súmula vinculante é um enunciado sintético, geral e abstrato; tem formato bastante parecido com as súmulas não vinculantes ou persuasivas e tenta expressar o conteúdo de reiteradas decisões proferidas a respeito da mesma matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que deverão ser seguidos pelos demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública direta e indireta em todos os níveis. (JANSEN, 2005, p. 44-45)

Resta óbvio que, no momento em que a súmula vinculante tenta, ela própria, ser a *ratio decidendi* do julgado ou dos julgados, isso faz com que se afaste das características do sistema da *Common Law*. Realmente, este último, com base na doutrina do *stare decisis*, é capaz de muito bem apartar a *ratio decidendi* da *obiter dicta* e extrair, do próprio precedente, os fundamentos essenciais que irão fazer com que se aplique ou não esta mesma *ratio* ao caso que se tem mãos para julgamento.

Assim, já se vê a grande diferença que a súmula vinculante tem em relação ao sistema da *Common Law*; neste último é o precedente, ou melhor, a *ratio decidendi* dele que

irá ter o efeito de vincular. Já no caso brasileiro isso está regulado no art. 103-A da Constituição Federal, *verbis*:

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

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

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento da súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade.

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

O efeito vinculante é a principal característica da súmula. Já havia referido efeito com a EC 3/93, que veio somar-se à conhecida eficácia *erga omnes*. (Jansen, op.cit., p. 45) Mas, a propósito, há diferenças entre eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante? Jansen, na obra aqui já citada, alerta que não é fácil fazer a distinção entre os dois institutos e com base no escólio de Gilmar Mendes que, por sua vez, se alicerça no direito alemão, diz que há divergências sobre os limites objetivos do efeito vinculante.

O efeito vinculante, que advém dos fundamentos determinantes da decisão (*tragende Gründe*) impedem a nova edição de lei com o mesmo teor. De modo que, a eficácia *erga omnes*, assim como se dá a exemplo na coisa julgada, estaria limitada à parte dispositiva da sentença, enquanto o efeito vinculante abrangeria também os seus motivos determinantes (*ratio decidendi*). (JANSEN, 2005, p. 46.)

Portanto, a distinção entre *eficácia "erga omnes"* (força de lei) do *efeito vinculante*, mesmo sendo institutos afins, não são idênticos e segundo Gilmar Ferreira Mendes, a orientação que tem prevalecido é a de que o primeiro se refere à parte dispositiva da decisão, ao passo que o segundo, cujo objetivo é conferir maior eficácia às decisões do Supremo

Tribunal Federal, assegura força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes*.

No que se refere às *normas paralelas*, o efeito vinculante tem o condão de impedir a aplicação de uma lei do Estado B ou C se uma lei de conteúdo semelhante do Estado A for declarada inconstitucional. O mesmo já não ocorre com a eficácia *erga omnes* (CAMARGO, 2013, p. 77).

Aqui, entretanto, vai uma crítica que se mostra oportuna: no Brasil os precedentes não são respeitados. Até contra os que têm efeito vinculante não são obedecidos, sob os pretextos de que isso feriria o princípio do livre convencimento e engessaria o desenvolvimento do direito.

Nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, contudo, os precedentes, por conta da teoria do *stare decisis* são sim, obedecidos. Esse descumprimento de decisões vinculantes, aqui, equivale ao descumprimento da própria Constituição.

A vinculação da súmula, a seu turno, se desdobra: em direta e indireta. A primeira é que toca e submete o Poder Judiciário e a Administração pública, o que permite, em caso de desobediência, o manejo de reclamação perante o Supremo (CF, 103-A, § 3º). Já indireta envolve o Poder Legislativo, como os particulares e não dá lugar à reclamação, mas gera efeitos de norma geral e abstrata, aspecto que será objeto, inclusive, do tópico que será desenvolvido a seguir.

Obviamente que se mostra patente que a súmula vinculante teve inspiração no direito norte-americano e por que não no direito inglês. Nossas fontes do direito sabidamente são as diretas (lei e costumes) e indiretas (doutrina e jurisprudência). Nos países que adotam a *Common Law* as fontes envolvem a lei, os precedentes e os costumes. Contudo, existe afirmação segundo a qual a lei, nos países que adotam a *Common Law*, somente será assimilada quando tiverem sido interpretadas pelos tribunais. É a opinião de René David (DAVID, 1998, p. 367), que assim se expressa:

O direito, quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial: as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal da regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais ou quando se tornar possível, em lugar de referirem a elas, referirem-se às decisões judiciárias que as aplicaram. Quando não existe o precedente, o jurista americano dirá naturalmente: “There is no Law on the point (Não há

direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja.

Nos Estados Unidos, portanto, seguem-se os precedentes, que Charles D. Cole (COLE, 2008, p. 14) assim define:

The legal rule used by an appellate court in the forum in which the case has been decided, applied to the relevant facts which create the issue before the court for decision. *Stare decisis* is the policy which requires that the courts subordinate to the appellate court establishing the precedent follow that precedent and not 'disturb a settled point'.⁵

Aliás, o próprio Charles D. Cole (COLE, 1998, p. 11-21), em trabalho editado na *Revistas dos Tribunais*, assim se manifestou:

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, 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, aplicados 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 estabelece o precedente sigam aquele precedente e 'não mudem uma questão decidida.

Não se pode perder de vista, ademais, as palavras de Cross e Harris (CROSS, 2004, p. 166), que se assim se expressam sobre a chave do próprio processo, o que também destaca o valor do precedente:

If the law consists of the decisions of the judges and those decisions are based on the judge's hunches, then the way in which the judges gets his hunches is the key to the judicial process. Whatever produces the judge's hunches makes the law.⁶

⁵ A regra legal usado por um tribunal de apelação no fórum em que o caso foi decidido, aplicado aos fatos relevantes que criam a questão perante o tribunal para decisão. *Stare decisis* é a política que exige que os tribunais subordinados ao tribunal de apelação, que estabelece o precedente sigam esse precedente e não "perturbar um ponto adquirido (decidido)".(Tradução livre dos autores deste trabalho).

⁶ "Se a lei consiste nas decisões dos juízes e essas decisões são baseadas em intuições (pressentimentos) do juiz, então a maneira pela qual os juízes apresentam suas intuições é a chave para o processo judicial. O que quer que produz intuição do juiz faz a lei.(Tradução livre dos autores deste trabalho).

Portanto, as decisões de cortes superiores vinculam às de jurisdição inferiores; os precedentes das primeiras se constituem em *binding authority*, estes sim, com efeito vinculante; mas podem também ter efeito tão apenas persuasivo (*persuasives authority*)).

Já as súmulas vinculantes, contudo, têm aspecto diverso, ao menos em parte, do sistema da *Common Law*, posto que sua *ratio decidendi* é o enunciado que é elaborado, enquanto lá no sistema inglês e americano, o próprio precedente, ou melhor, a sua *ratio decidendi* é que ensejará o efeito vinculante.

Veja-se o claro posicionamento de Jansen (JANSEN, 2005, p. 51) a respeito:

A súmula vinculante, como intuitivamente se percebe, encontra parte de sua inspiração na doutrina do *stare decisis*. Há, todavia, algumas diferenças fundamentais. A primeira, mais evidente, é a de que no *stare decisis* as decisões é que são vinculantes, não existindo a figura da súmula (que é, na verdade, um extrato da decisão), o que já revela diferenças práticas na aplicação. Uma segunda diferença é a origem do efeito vinculante. Na *common-law o stare decisis* faz parte da lógica do sistema, sendo um imperativo de segurança jurídica e de respeito aos órgãos jurisdicionais superiores. Aqui, o efeito vinculante nasce de uma imposição normativa operada por emenda constitucional. Lá, portanto, é produto da maneira como tradicionalmente se compreendia o sistema. Entre nós, a norma deseja impor essa consciência nos operadores do sistema.

Passemos ao tópico seguinte.

3. Jurisprudência vinculante: alicerces para as súmulas vinculantes – uma matriz para a compreensão das súmulas como normas jurídicas – realidade ou utopia?

A base que sustenta a jurisprudência vinculante seria o fato de que ela traria estabilidade, previsibilidade, segurança jurídica e igualdade. São referidos elementos ou princípios compatíveis com o avanço do direito? Traduzir-se-ia a jurisprudência vinculante em otimização do acesso à justiça?

Os autores deste trabalho posicionam-se no sentido de que é, sim, possível ter a jurisprudência vinculante. A própria doutrina ou teoria do *stare decisis* não contém, em sua essência, a impossibilidade de se manter, de maneira irrevogável, o precedente vinculante. Isso fica bastante claro quando são investigados os instrumentos dos quais se servem as Cortes inglesas e americanas, que ora deixam de aplicar o precedente (*distinguishing*) ou então até mesmo revogam-no (*overruling*).

Ademais, segundo Charles D. Cole, os precedentes não estão gravados em pedra. Além disso, se uma Corte inferior ou juiz de jurisdição inferior tiver de não seguir o

precedente, poderá ele deixar isso claro em sua decisão, desde que exista fundamentação para tanto; poderá, por exemplo, seguir o precedente e fazer constar do *obiter dicta* que não concorda com o precedente vinculante. Por que não?

O que não pode ocorrer é a situação de o juiz não seguir o precedente por entender que pode assim decidir com base no princípio do livre convencimento, expressão que carece ser analisada com todo cuidado, porque não se pode confundir, de modo algum, decisão com escolha, posto que aquela, segundo Lenio Luiz Streck (2012, p. 105-106), “(...) se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*” que, no caso de decisões jurídicas, seria aquele que a “(...) *comunidade política constrói como direito*” que pode ser evidentemente, a nosso ver, o próprio precedente.

Como já afirmado, a súmula vinculante é um enunciado, elaborado pelo Supremo Tribunal Federal. Seu teor exatamente advém de reiteradas decisões proferidas pelo Supremo a respeito de matéria constitucional e que geram as conseqüências previstas na Lei Maior, vale dizer, passa a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, federal, estadual ou municipal. Trata-se, no dizer de Jansen (JANSEN, 2005, p. 53), da vinculação direta, que também escreve que *a obediência à sumula vinculante é bastante semelhante à obediência devida às normas emanadas do Poder Legislativo*, de modo que seu cumprimento poderá ser exigido por intermédio de reclamação.

Assim, o objeto deste trabalho, formulado em forma de questionamento, envolve assunto delicado e complexo, que é exatamente o de se saber se a súmula vinculante é ou não norma jurídica. Em trabalho de lavra de Eduardo Cambi e Jaime Brito (CAMBI; BRITO, 2009, p. 143-160), a referida questão não foi convenientemente enfrentada, mas antes foi dito que sob nenhum ângulo se pode concluir que a súmula vinculante seja capaz de criar uma espécie de “monismo de poder”, concentrando os poderes legislativos nas mãos dos juízes. Entretanto, no que tange à natureza da súmula vinculante, no mesmo artigo, foi escrito o seguinte:

Não se pode negar, todavia, que a súmula vinculante, embora não seja lei, tenha força de lei, na medida em que se reveste de suas características essenciais, quais sejam é geral, abstrata, impessoal e obrigatória.

Veja-se, dessa maneira, que o posicionamento acima, segundo o qual a súmula teria força de lei, faz com que o assunto seja mais bem analisado, o que exige –para que possa bem

responder à indagação deste tópico– que se façam as devidas revisitações em torno do conceito de norma jurídica.

E, para dar cumprimento a essa empreitada, o passo inicial será o de conceituar o próprio direito. Isso envolve, logicamente, a busca daquilo que constitui no real essencial do próprio direito, nunca se esquecendo que o conceito do direito está atrelado ao problema supracientífico ou, em outras palavras, constitui campo da ontologia jurídica que, a seu turno, enfrenta dificuldades, posto que se mostra impossível se ter uma definição única, concisa e universal. (DINIZ, 2008, p. 3).

Essa falta de consenso entre os autores é sentida o tempo todo. Por exemplo, ao se rever algumas dentre as várias definições de direito, segundo Silvio de Macedo (MACEDO, 1977, p. 59) se constata que Santo Agostinho oferece uma perfeição de síntese ao afirmar: *Jus este tranquillitas ordinis*, mostrando, assim, que o direito é um fenômeno de ordem coexistencial; já Hobbes assim define o direito: *A socialidade é um princípio natural, princípio do direito, ditado pela razão natural*, enquanto Kant, centra sua atenção em relação à liberdade, dá a seguinte definição: “*O direito é o conjunto das condições sob as quais a liberdade de um se harmoniza com a liberdade de outrem mediante uma lei geral chamada Liberdade (Metaphysik der Sitten, 34)*”.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, 1977, p. 62 e ss.) faz um escalonamento das definições, levando em conta a natureza do próprio direito e escreve, em síntese:

- i) que na orientação positivista, representado por uma codificação altamente formal, tem-se a definição de Kelsen, para quem o direito é uma ordem coativa da conduta humana que se manifesta como um conjunto de normas escalonadas;
- ii) para uma orientação historicista, válido se mostra a definição de Savigny, que o direito é um conceito orgânico de institutos que expressam relações vitais e concretas, elementos vivos em constante movimento, cuja historicidade se mostra na conexão espiritual de conexão;
- iii) como orientação naturalista, citada é a teoria de Von Jhering, para quem o direito é o conjunto das condições existenciais da sociedade, coativamente asseguradas;

iv) para a orientação teológica, por sua vez, é invocada a posição de Cathrein, para quem o direito tem sua raiz na vontade racional divina, sendo o seu escopo o adimplemento dos desejos de Deus, que lhe dão também os seus limites;

v) para a orientação culturalista, Miguel Reale é citado, por afirmar que o direito é uma vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores da convivência, tratando-se, pois, de um bem cultural, uma vez que nele há sempre uma exigência axiológica, atualizando-se na condicionalidade histórica, portanto uma projeção do espírito humano com inter - subjetividade objetiva;

vi) por último, para a orientação formalista, a posição citada é de Stammler, para quem o direito é uma forma do querer, com conceito teleológico que opta por fins e a eles subordina meios (forma de querer entrelaçante, autárquico e inviolável).

Bem se vê, portanto, que se mostra impossível ter-se acordo em torno da definição por intermédio de uma fórmula única. E isso se dá porque *o direito não é unívoco, e nem tampouco equívoco* (TELLES JUNIOR, 2008, p. 4), mas análogo, pois designa realidades conexas ou relacionadas entre si, razão pela qual ora tem o significado ou a designação de norma, ora a autorização ou permissão dada pela norma, de modo a fazer o que ela não proíbe, ora à qualidade de justo, expandindo-se os referidos conceitos (DINIZ, 1995, p. 5).

Mas é de se voltar ao que se pretendia, no sentido de se questionar se a súmula vinculante⁷ é ou não norma. Para isso, convém conceituar, também, o que seja norma, ciente, contudo, segundo o escólio de Maria Helena Diniz (DINIZ, 1995, p. 5), de que

(...) quem quiser orientar-se acerca do problema do *etos* da norma jurídica encontrar-se-á (...) diante de uma imensidão caótica de orientações e pontos de vista diferentes, que lhe não será fácil dominar.

Assim, para fugir desse verdadeiro caos, necessário se mostra buscar a essência da norma jurídica. Como? Indo para seu conceito, no qual deverá, por sua vez, conter as notas essenciais que não podem faltar, fugindo, entretanto, das notas acidentais, contingentes ou

⁷ Deu-se aqui, evidentemente, maior destaque à súmula vinculante, que pode ser considerada, segundo entende o autor deste trabalho, a espécie do gênero precedente vinculante.

variáveis, sempre observando, ademais, que a norma jurídica é algo dado, é um objeto que existe, é existencial e, portanto, é suscetível de *experiência*.

De sorte que a determinação do conceito de norma jurídica exige que se vá para sua gênese, para a sua essência, que não se confunde com a própria norma jurídica. Referida essência tem existência anterior à norma e é dela que se mostra possível extrair as suas notas básicas ou essenciais, analisando, também e ao mesmo tempo, os elementos que são apenas acidentais:

- i) como a norma jurídica é um comando voltado para o comportamento humano, ela é prescritiva, de sorte que impõe um dever;
- ii) a sanção, por sua vez, não é a característica de toda norma jurídica; não é a sanção que distingue a norma jurídica da norma moral e dos convencionalismos sociais; o desrespeito a esta última –a norma moral– também provoca sanção: interna, ou seja de consciência; ou externa, qual seja a reprovação da opinião pública;
- iii) a coação, que nada mais do que a aplicação da sanção, também não é elemento essencial da norma jurídica. Em verdade, como poderia por si mesma pegar uma pessoa pelo braço e forçá-la a fazer isto ou aquilo? A norma não age, logo, não coage, segundo ensina Goffredo Telles Júnior (*Apud* DINIZ, 2008, p. 420);
- iv) outra efetiva essência da norma jurídica, a seu turno, é o autorizamento, porque compete à norma autorizar ou não o uso da faculdade de reação do lesado, como, por exemplo, a norma jurídica que autoriza o credor a exigir o pagamento do que lhe é devido.

Portanto, com base em Maria Helena Diniz (2008, p. 424-425), que se apoia em Goffredo da Silva Telles Júnior, serão jurídicas todas as normas que forem imperativas e autorizantes, posto que essas notas são suas notas universais.

Assim, conceituado a norma jurídica como aquela que se reveste de imperativo autorizante, é possível se afirmar que a súmula vinculante possui referidas características?

Quer parecer que sim. A súmula vinculante é imperativa e autorizante, já que uma vez editada irá ela provocar tanto a vinculação direta como indireta. De fato, na primeira hipótese, a imperatividade da súmula vinculante irá impor e submeter o Poder Judiciário e a Administração Pública que sigam o seu conteúdo, sob pena de reclamação perante a Corte Alta; já a vinculação indireta subordina tanto o Poder Legislativo, como também os particulares que ficam ambos, submetidos à força imperativa e autorizante da súmula.

Desse posicionamento – a de que a súmula vinculante seria ou é norma jurídica– também partilha Jansen (JANSEN, 2005, p. 54) que, mesmo buscando o conceito de norma

jurídica de Kelsen (*Apud* JANSEN, 2005, p. 51) para alicerçar seu pensamento, assim escreve:

O dever de obediência à súmula vinculante não destoa dos esquemas antes expostos. Ela contém um comando prescrevendo, proibindo ou facultando uma determinada conduta humana, tornada efetiva enquanto exigível perante o Poder Judiciário. Assim, a súmula vinculante é também norma jurídica. Será, todavia, à semelhança das leis, uma norma jurídica geral, eis que aplicável a todos indistintamente, e abstrata, enquanto endereçada a quaisquer hipóteses presentes e futuras.

Logicamente que soaria estranho caracterizar a súmula vinculante como norma jurídica, porque isso equivaleria a dar permissão para que o Poder Judiciário viesse a legislar. É de se tentar aparar mais essa aresta. Para isso, alicerça-se este trabalho nos escritos de Kelsen (KELSEN, 1998, p. 277-278), para quem o precedente vinculante pode, sim, ser verdadeira norma jurídica. Veja o posicionamento de Kelsen:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos.

O próprio Kelsen (2008, p. 278), em quem ora se baseia a presente justificativa de que o Poder Judiciário pode criar normas vinculantes, dotadas, portanto, de efeitos gerais, acrescenta que a decisão terá referidas características quando: i) a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por intermédio do Poder Legislativo ou consuetudinária, ou ii) quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação.

As duas hipóteses acima, a primeira, logicamente, se refere à situação envolvendo as lacunas da lei; já a segunda se mostra ampla e tem evidente conexão com a primeira, em face do próprio conceito de direito. Realmente, sabidamente *o direito não é unívoco, e nem tampouco equívoco* (DINIZ, 2008, p. 4), mas análogo, posto que designa realidades conexas ou relacionadas entre si, razão pela qual ora tem o significado ou a designação de norma, ora à autorização ou permissão dada pela norma, de modo a fazer o que ela não proíbe, ora à qualidade de justo, expandindo-se os referidos conceitos (DINIZ, 2008, p. 5), de modo que a segunda hipótese enseja a conclusão de que o Tribunal pode sempre criar a norma, mesmo tendo o legislativo já editado lei abstrata para tentar regular as situações jurídicas concretas.

Mostra-se necessário ser mais claro, contudo, a fim de se dizer que a norma sempre irá permitir várias interpretações, de sorte que a segunda hipótese prevista por Kelsen acaba por abocanhar a primeira, de modo que a possibilidade da situação em que se tem o *judge making law*, até mesmo no sistema brasileiro, se mostra sempre possível.

CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea sofre mudanças cotidianas de modo que a vida das pessoas, os costumes, as tradições, a cultura de modo geral vão se modificando e ganhando novos contornos em face da dinâmica social que a permeia. O direito também sofre a interferência desta dinâmica, pois, por representar um fenômeno dinâmico, histórico e cultural, vai se amoldando e sofrendo a interferência dos costumes da sociedade para a qual está legitimado, e, é neste contexto que as reflexões acerca dos precedentes vinculantes ganham fôlego, afinal muito se têm discutido no cenário jurídico contemporâneo (especialmente brasileiro) acerca da prevalência ou mesmo existência dos precedentes vinculantes, ora tal análise situa-se no prisma existencial, ora sob o viés das normas.

As ideias aqui exploradas visam contemplar tal análise de modo a justificar que com a edição da Emenda Constitucional nº 45, inexistente dúvida de que o Supremo Tribunal Federal encontra-se legitimado a editar precedentes vinculantes, e que estes, terão, então, verdadeira característica de norma jurídica, vale dizer, autênticos imperativos autorizantes, conforme posicionamentos aqui arrolados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARGO, Marcelo Novelino. *O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Consulta em www.jusnavegandi.com.br

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. *Súmulas vinculantes*. Revista do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, (168): 143-160, fev. 2009.

CROSS, Sir Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. New York: Claredon Press, 2004.

COLE, Charles D. *Stare Decisis na Cultura Jurídica dos Estados Unidos*. O sistema de precedente vinculante do *Common Law*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT (752): 11-12, junho de 1998.

_____. *Comparative Constitutional Law: Brazil and The United State*. Lake Mary: Vandeplas Publishing, 2008.

COLLIN, P. H. *Dictionary of law*. 3. ed. Londres: Peter Collin Publishing, 2000.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Norma jurídica*. In FRANÇA, Rubens Limongi (coord.) *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 54. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *A ciência jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito II*. In FRANÇA, Rubens Limongi (coord.) *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 25. São Paulo: Saraiva, 1977.

JANSEN, Rodrigo. *A súmula vinculante como norma jurídica*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: RT (838): 42-74, ago. 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de MACHADO, João Baptista. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962.

MACEDO, Silvio de. *Direito I*. In FRANÇA, Rubens Limongi (coord.) *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 25. São Paulo: Saraiva, 1977.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba: (49), 2009.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar. *Ação declaratória de constitucionalidade: inovação da Emenda Constitucional 3/93*. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 44. In JANSEN, Rodrigo. *A súmula vinculante como norma jurídica*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: RT (838): 42-74, ago. 2005.

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

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Orgs.). *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal, 2013.

_____; OLIVEIRA, Flávio Luis (Orgs.). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012.

_____; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Orgs.). *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*. Birigui: Boreal, 2012.

_____. *Tutela coletiva do direito à saúde*. Franca: Lemos e Cruz, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 94.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Tratado das conseqüências*. In DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Vol. I: Teoria geral do direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *O direito quântico*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1971. In DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito de direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947. In DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

_____. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.