

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro vem passando por momentos de grande transformação. Tal mudança se manifesta em alterações na Constituição, em novas leis, novas políticas de administração nos tribunais, novas formas de participar da vida política do país, um novo valor atribuído à jurisprudência, dentre outras. A chamada reforma do Poder Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, teve papel significativo nesse cenário, especialmente por estabelecer institutos como o da súmula vinculante.

Nesse contexto, é relevante analisar a crescente participação do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal (STF), no equilíbrio do cenário institucional e político brasileiro. É significativo avaliar os processos pelos quais o STF decide (ou decide não decidir), pois, para além de questões contextuais de aumento de demanda, há que se considerar o papel da Corte na construção de sua própria agenda, bem como de seu papel na organização do Poder Judiciário e mesmo do Estado Brasileiro.

A fim de fugir do lugar comum, com a mera apresentação de um panorama teórico, o presente trabalho busca apontar questões práticas e analisar os problemas postos sob óticas qualitativas e quantitativas. Nesse sentido, foi relevante a contribuição dos dados disponíveis - e, possivelmente, pouco acessados - no *site* do Supremo.

Em face de tal problemática, o presente estudo lança mão da dogmática jurídica, além dos dados quantitativos, bem como de fontes relevantes de doutrina, a fim de proceder a uma breve análise do posicionamento do STF com relação à súmula vinculante, avaliando as aproximações e desvios no estabelecimento de um sistema de precedentes supostamente inspirado no modelo do *Common Law*.

2 SÚMULA VINCULANTE

2.1 Panorama histórico

Objetivando entender o processo que suscitou o início da força vinculante em relação aos precedentes judiciais, é necessária uma digressão histórica, o que nos remete às heranças jurídicas ibéricas, mais precisamente as lusitanas. Isso porque a pretensão por precedentes judiciais vinculantes no direito brasileiro não surgiu com a súmula vinculante. Sua adoção remonta ao período colonial.

Tomando como ponto de partida o direito lusitano codificado com a promulgação das Ordenações Afonsinas, em 1447, com a qual houve notável unificação do direito de Portugal, decorrente da necessidade de organização que visava evitar as incertezas promovidas pelo caráter disperso da legislação existente, é sabido que o ordenamento jurídico português, nesta época, consubstanciava-se no princípio de que a interpretação incontestável das leis fundamentava-se como direito essencial do Rei. Uma vez proferida a sentença pelo monarca, mediante publicação de leis interpretativas ou ao presidir as sessões da Casa de Suplicação (tribunal da corte em que se convertera a antiga primeira mesa da sua Casa de Justiça), esta se tornava precedente judicial com eficácia vinculante para casos análogos (SOUZA e SOUSA, 2012, p.182).

Dessa forma, ainda que não fossem aplicadas em território nacional as Ordenações, durante sua vigência, marcam o início da prática que pretendia recorrer ao que se chamava de “assentos da Casa de Suplicação” como fonte de interpretação do direito. Esta prática visava à uniformização judicial, assim, na hipótese de dúvidas no que diz respeito ao sentido de alguma lei, deveriam as mesmas ser expostas ao Regedor da Casa de Suplicação, para que juntamente com os desembargadores fosse decidida a interpretação a ser adotada, terminando tais “assentos” por equiparar-se à força de lei. Em 1769, a Lei da Boa Razão dispunha que os assentos aprovados somente teriam força vinculante depois de aprovados pela Casa de Suplicação de Lisboa, sendo certo que somente em 1808 foi estabelecida no Rio de Janeiro a Casa de Suplicação para o Brasil.

Para parte da doutrina, destarte, *“considera-se o instituto dos Assentos da Casa de Suplicação a primeira experiência brasileira com decisões judiciais de efeito vinculante”* (SOUZA, 2006, p. 178).

Mesmo após a independência, continuaram a vigorar os assentos emanados da Casa de Suplicação Portuguesa, sem prejuízo de caber ao Supremo Tribunal de Justiça (STJ) lavrar assentos de observância obrigatória (Decreto Legislativo n. 2.684, de 23/10/1875). Esses assentos, a exemplo dos portugueses, uma vez aprovados, não se submetiam à revisão ou cancelamento pelo Judiciário e somente poderiam ser revogados por lei.

A situação do direito brasileiro era tumultuada, como descreveu Vieira Ferreira em estudo elaborado sobre o Poder Judiciário:

no regime que o Império brasileiro recebeu do Reino português desconhecia-se o princípio constitucional da divisão dos poderes políticos. De certo a função judicial, como já na antiguidade, se tinha especializado em órgãos destinados principalmente à distribuição da Justiça, mas estes acumulavam atribuições heterogêneas, enquanto os órgãos da administração propriamente ditos exerciam as judiciais conexas com a gestão que lhes pertencia. (VIEIRA FERREIRA, 1942, p. 431-457.)

Enquanto as velhas Ordenações do Reino davam à Casa de Suplicação a faculdade de “tomar assentos”, unificando a enorme jurisprudência do Império português, a lei que criou o Supremo Tribunal de Justiça não lhe concedeu a mesma prerrogativa. Não houve, portanto, durante muito tempo um tribunal que unificasse a jurisprudência. Embora a partir do Regulamento n. 737, de 1850, o país passasse a ter leis próprias sobre a organização judiciária e o processo civil, não havia ainda dispositivo legal sobre o valor da jurisprudência.

A matéria somente veio a ser decidida em 23 de outubro de 1875 quando, conforme visto acima, foi editado o Decreto Legislativo n. 2.684 permitindo que o Supremo Tribunal Federal tomasse acentos.

Outros institutos foram previstos com o intuito de uniformização dos julgados, tais como: o recurso de revista, o prejudgado, o recurso extraordinário, etc. A idéia de alguns desses institutos foi encampada pelo Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do então Ministro Victor Nunes Leal, que inseriu as súmulas, com caráter meramente persuasivo, no seu Regimento Interno em 1963.

O Código de Processo Civil de 1973 suprimiu o recurso de revista e o prejudgado para, em contrapartida, adotar a uniformização de jurisprudência. Em face da redação dada ao art.557¹ do referido código pela Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998, seria de se perguntar se, a par da negativa de força obrigatória às súmulas dos tribunais, já não se estaria, na prática, outorgando esse efeito a elas. Isso porque, se a decisão ou sentença impugnada fosse contrária a súmula ou à jurisprudência dominante no tribunal *ad quem*, o relator poderia,

¹ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

através de decisão monocrática, dar provimento imediato ao recurso. Tal cenário sugere o que se explorará com maior aprofundamento adiante, ou seja, a valorização da jurisprudência sendo adotada de maneira sistemática no Brasil a despeito de regulamentação apropriada.

Por fim, há um documento histórico indispensável à compreensão da evolução do papel da jurisprudência no ordenamento brasileiro, notadamente da jurisprudência produzida pelo Supremo. Trata-se do Decreto n.23.055, de 09 de agosto de 1933, que estabeleceu o valor da jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal como fonte formal de direito, ao dispor, em seu art.1º: *“A justiça dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.”*.

2.2 A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a Súmula Vinculante

A Emenda Constitucional nº45 (EC n.45/2004), promulgada em 8 de dezembro de 2004, ficou conhecida como a emenda da reforma do judiciário, isso porque se propôs a solucionar alguns problemas estruturais que impactavam na celeridade, na segurança jurídica e na eficácia da prestação jurisdicional. No que se refere ao STF, conforme dados disponíveis no *site* da Corte, de fato, existia sobrecarregada antes da chamada reforma do judiciário. Apenas no ano de 2006 foram distribuídos mais de 111 mil processos no Supremo, o que representa cerca de trinta e nove processos por dia útil para cada ministro, aproximadamente cinco processos novos por hora².

Dentre as diversas alterações promovidas pela EC n.45/2004 está a introdução da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 103-A da Constituição Federal de 1988 (CF/88)³. Por meio do referido artigo, foi atribuída ao Supremo Tribunal

² Apesar de a EC n. 45 ter sido editada em 2004, somente com a lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, implementou-se regulamentação específica para as súmulas vinculantes.

³ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

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

Federal competência para editar enunciados de súmulas vinculantes para todos os órgãos do Poder Judiciário e administração pública, direta ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O art.103-A estabelece ainda o objeto das súmulas vinculantes, - estando, em tese, o subjetivismo dos ministros limitado pela legislação - qual seja, validade, interpretação e eficácia de normas determinadas. Ademais, para que uma súmula dessa natureza seja editada é necessária (a) a existência de reiteradas decisões sobre a matéria, requisito esse que vem sendo comumente negligenciado como se verá mais adiante; e (b) aprovação por dois terços ou mais dos membros da Corte, que pode agir de ofício ou mediante provocação. Nada mais lógico, uma vez que se o objetivo do Supremo é dar à sociedade segurança jurídica, deve ter posição consolidada sobre o assunto, com a adesão da maioria dos seus integrantes.

Neste ponto, é relevante destacar que não é qualquer parte processual que poderá pedir a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante. O rol de legitimados, nos termos do §2º, é o mesmo das ações diretas de inconstitucionalidade. Nessa linha, as maiores polêmicas residem no possível engessamento da jurisprudência do Supremo.

Conforme visto acima, mesmo antes da EC n.45/2004, o caminho já parecia ser o da vinculação das decisões do STF, quer pelo imenso volume de recursos repetidos que chegam ao Tribunal, quer pela necessidade de um instrumento que possibilitasse a maior realização da segurança jurídica. Nas palavras de Osmar Mendes Paixão Côrtes:

É como se houvesse certo arrependimento de não se ter aproveitado a nascente experiência portuguesa coma vinculação das decisões, à época da Independência (se bem que Portugal também abandonou o modelo). Ou, melhor, é como se houvesse uma intenção em se aproveitar também da bem sucedida experiência da *common law* com os precedentes vinculativos (já que as duas principais famílias do direito têm se aproximado). (CÔRTEES, 2008, p.191)

Para bem ilustrar essa tendência, podemos citar o posicionamento do STF, anterior à EC n.45/2004, no sentido de estender a eficácia de suas decisões relativas ao controle de constitucionalidade, dispensando a aplicação do art.97 da CF/88, segundo a qual um Tribunal, para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, deve levar a questão a Plenário. Assim, principalmente a partir do RE 190.728, de relatoria do Min. Ilmar Galvão, o Supremo tem entendido que, em nome da economia processual e da segurança jurídica, é dispensável o

cassar a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

encaminhamento de tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo já tenha pronunciamento sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada. Vê-se, portanto, clara tendência à majoração do valor atribuído à jurisprudência, aparentemente adotando-se os padrões da *common law*, em detrimento inclusive de preceitos constitucionais.

Desde 2007, quando foi regulamentado o instituto da súmula vinculante, o STF já editou cinquenta e cinco enunciados dessa natureza sobre diversas matérias. No entanto, a despeito das alegações de que o que se verifica na Corte é resultado de influências do sistema da *common law*, na prática, se verifica um distanciamento desse na aplicação, conteúdo e âmbito de vinculação.

3 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO ESTRANGEIRO

3.1 Tradições romano-germânicas (*civil law*)

O direito moderno apresenta duas famílias, quais sejam, as de tradição romano-germânica, denominada *civil law*, e as de tradição anglo-saxônica, ou também, *common law*. Sendo tema principal desta obra a súmula vinculante, e uma vez que o *common law* apresenta instituto análogo a este, faz-se necessária breve incursão no tocante à dicotomia das supracitadas famílias do direito moderno, analisando portanto, as funções da jurisprudência e dos precedentes judiciais.

O direito de origem romano-germânica suscita-se através da empreitada que enfrentaram as universidades do Velho Mundo, quais sejam as dos países latinos ou germânicos, elaborando uma ciência jurídica, embasada nas compilações de Justiniano, adequada a era moderna e de caráter igualitário (SOUZA e SOUSA, 2012, p.183).

Nos diversos territórios, sob os quais o sistema romano-germânico apresentava influência, iniciado o processo de codificação, a partir do século XIX, permitiu-se atribuir função de notável importância à lei, visto que, através desta, foi exposto o direito conveniente à sociedade moderna, ou seja, o direito que, longe das complicações referentes às compilações Justinianas, deveria ser aplicado através dos tribunais.

Analisando-o à concepção de regra de direito, o sistema da *civil law* tratava-a como uma regra referente à conduta, ou seja, não existia pretensão de utilizá-la a fim de garantir a solução de um caso concreto. Destarte, é fácil depreender o porquê do sistema romano-

germânico centrar-se no direito legislado, no qual “o direito origina-se de diplomas legais criados, em geral, pelo Poder Legislativo, constituídos essencialmente por textos de códigos, de leis, decretos”. (COSTA, 2002, p. 09)

Miguel Reale (2002, p. 141) aborda, neste contexto, a *civil law* pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. Deixa claro que a tradição latina ou continental acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação, da vontade geral.

No entanto, a primazia da lei e do Poder Legislativo não exclui a relevância do Judiciário, conferindo-lhe o *civil law* um papel bastante relevante como esclarecem Amanda Rêgo Martins Souza e Marcel Gomes de Sousa:

Ainda que primado do sistema de direito abordado, a lei não afasta a importância de seu processo de interpretação, enaltecendo, por conseguinte, o papel criador do juiz e revelando o poder criador da doutrina, e principalmente da jurisprudência.

Dessa forma, a jurisprudência apresenta uma função criadora que se apresenta, quase sempre, encoberta por uma aparência de interpretação da lei, o que a faz abster-se, portanto, de criar regras de direito, visto que esta tarefa é reservada ao legislador. Outrossim, “move-se dentro de quadros estabelecidos pelo legislador, sendo o alcance daquela limitado, aspecto exatamente inverso do que é permitido pela *common law*” (DAVID, 2002, p. 150). (SOUZA e SOUSA, 2012, p.184)

3.1.1 Alemanha

Na Alemanha, por também ser Estado federado, tem-se por necessária a uniformização da jurisprudência, questão, que, no entanto, em razão da hierarquização dos órgãos julgadores não costuma ser um problema tão relevante quanto no Brasil. Os juízes em instância inferior são subordinados aos juízes em instância superior, o que leva a uma forte vinculação aos precedentes, ou seja, há, na Alemanha, como denomina Thomas Lundmark, um “*stare decisis* institucional”, mesmo sendo, como o Brasil, um país que adota o sistema do *civil law*.(FREITAS, 2014, p.44)

Segundo Thomas Lundmark (2012), os juízes da Alemanha estão organizados dentro da carreira jurídica, de forma que são presididos por outros juízes em situação hierárquica

superior, o que não garante, necessariamente, o *stare decisis*⁴, mas assegura uma vinculação vertical dos precedentes.

Assim, O direito alemão não fez uso da doutrina do *stare decisis*, inexistindo expressa previsão acerca da força vinculante dos precedentes judiciais. Contudo, prevalece a idéia de que a jurisprudência pressupõe uma certa vinculação. Destaca-se, no entanto, que, assim como no sistema americano, “o sistema judiciário alemão não contempla o uso de súmulas ou ementas para citações, de modo que, no estudo do precedente, é esquadrinhado o texto integral do julgamento invocado”.(BENETI, 2007, p.46)

Em 16 de agosto de 2005, com publicação em 19 de agosto de 2005 e vigência em 01 de novembro de 2005, passa a fazer parte do ordenamento alemão a “Lei sobre procedimentos-modelo para contencioso em mercado de capitais”⁵. As chamadas “causas pilotos” ou, ainda, “processos-teste”, se caracterizam pela escolha de uma ou mais causas similares para serem julgadas, por meio de provocação das partes interessadas, sendo que a partir da solução encontrada nestas causas, os demais casos são solucionados de forma uniforme: “uma ou algumas causas que, pela similitude na sua tipicidade, são escolhidas para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais” (CABRAL, 2007, p.129). (FREITAS, 2014, p.46)

3.2 Tradições anglo-saxônicas (*common law*)

O sistema da *common law* é, também, uma família de direito que comporta o direito da Inglaterra e os direitos que se modelaram sobre o direito inglês, o qual se configura fundamentalmente em analisar os precedentes judiciais a fim de extrair uma regra de direito. Como expõe Miguel Reale (2002, p. 142), nessa família, “o direito é coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios”.

Sua origem e desenvolvimento aconteceram na Inglaterra, entre os anos de 1066, quando o direito britânico tornara-se um poder forte e centralizado para toda a Inglaterra

⁴ O *stare decisis* consiste no precedente judicial vinculante formulado a partir do exame de um caso concreto pelo Poder Judiciário nos Estados Unidos e que limita o arbítrio dos demais órgãos judiciais quando do julgamento posterior de questão semelhante, contribuindo para o aumento de previsibilidade das decisões no sistema judiciário norte-americano.

⁵ “Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten”, abreviada como *Kapitalanleger – Musterverfahrensgesetz (KapMug)*.

devido à conquista normanda, e em 1845, ano em que se iniciou a dinastia Tudor. Segundo Tucci (2004, p. 151), este período “*é caracterizado como a época de formação da common law, ou seja, quando se firma um novo sistema jurídico frente aos costumes locais*”.

Nesse sentido, René David (2002, p. 409) postula que:

A regra de direito inglês é uma regra apta a dar, de forma imediata, a sua solução a um litígio, que nada tem a ver com a *legal rule* do direito romano-germânico, que é enunciada pelo legislador e apta a dirigir a conduta dos cidadãos, numa generalidade e casos, sem relação com um litígio particular.

Baseada na doutrina do *stare decisis*, a obrigação de recorrer às regras estabelecidas pelos juízes, objetivando os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema jurisprudencial. A obrigação imposta aos juízes ingleses de recorrer às regras criadas por seus predecessores, no entanto, foi formalmente estabelecida somente em meados do século XIX, através da *rule of precedent*, segundo a qual, “*em cada caso o juiz deve aplicar o princípio legal existente, devendo seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores*” (STRECK, 1998, p. 94).

A sustentação do instituto do precedente encontra vários argumentos, que podem ser agrupados segundo fundamentos ligados à hierarquia judicial; segurança jurídica; isonomia; uniformidade do direito; imparcialidade da decisão; confiança no sistema judiciário e previsibilidade da justiça, que revelam, ainda de forma implícita, uma consequência de ordem prática, qual seja a de demover os litigantes de retornar ao Judiciário na ilusão de obter uma resposta diferente para o seu caso.

Os precedentes, contudo, além de se aplicarem somente às questões de direito, mesmo que estejam relacionados aos fatos, devem ser analisados com muito esmero a fim de se concluir pela existência de similaridades de fato e de direito, e estabelecer a posição atual da Corte no que diz respeito ao caso anterior. Não devem, destarte, ser aplicados de forma automática.

3.2.1 Estados Unidos

O sistema jurídico norte-americano, herdeiro da tradição jurídica do *common Law* inglês, tem com este vários institutos jurídicos em comum, entre eles o respeito ao precedente judicial como elemento fundamental da organização judiciária, cujo fundamento reside na

necessidade de conferir estabilidade e uniformidade à aplicação do direito, orientadores da regra do *stare decisis*.

Embora seja correta a afirmação de que nem todos os precedentes têm caráter vinculante (*binding effects*), sendo necessário perquirir em cada julgado a força do caso paradigma, é fato que a *doctrine of stare decisis* confere certa estabilidade e previsibilidade ao comportamento do Poder Judiciário, evitando mudanças bruscas de entendimento sobre questões de direito, o que contribui para que as decisões consolidadas não sejam facilmente alteradas, segundo a composição dos tribunais ou das preferências políticas de seus membros. (ZAIDAN, 2012, p.5)

Adquirindo o direito estadunidense feição diferenciada do *common law* britânico, muito em função de algumas de suas características próprias como a existência de uma Constituição escrita, o princípio da supremacia da constituição, o fato de ser uma federação, a forte descentralização do poder judicial, a existência de códigos, para citar apenas as mais importantes, também a doutrina norte-americana do *stare decisis* passa a ser informada por uma maior fluidez do que no direito inglês.

O reconhecimento dessa flexibilidade do precedente, que em princípio não se constitui em um comando cristalizado está relacionado à própria forma de surgimento do *stare decisis* nas raízes pragmáticas do *common law*, com sua relativa desvinculação de modelos abstratos representados pela lei em tese, alçada à fonte primária do direito, para privilegiar a experiência judicial ao ponto de elevar os efeitos de um julgado à condição de precedente vinculante a casos futuros de semelhante situação fático-jurídica. Foi a partir dessa concepção prática dos operadores jurídicos no direito norteamericano que o método lógico-indutivo de raciocínio a partir de casos foi desenvolvido, dando origem a alguns mecanismos de revogação ou superação dos precedentes sem necessariamente implicar na afirmação de que a decisão-paradigma de um determinado Tribunal estava equivocada, noção importante para a manutenção da coerência do próprio sistema. (ZAIDAN, 2012, p.6)

Entre esses mecanismos está o *distinguishing*, que consiste na recusa de aplicação do precedente pelo juiz no caso examinado em função de suas particularidades fáticas, materialmente distintas das condições do precedente, justificando a negativa de eficácia do caso predecessor na hipótese concreta examinada. Outra técnica de superação do precedente é a sua revogação total, conhecida entre os norte-americanos como *overruling*. Mesmo havendo

contexto fático idêntico, a Corte ou o juiz do caso oferece razão jurídica distinta para sua solução, justificando a não aplicação da regra do precedente, situação que importa na revogação deste. Sobre tais institutos, Alexandre Zaidan escreve:

Embora ambos os institutos concedam, de forma limitada, certos poderes legislativos ao operador do Direito, a prática do *distinguishing* revela a inadequação do precedente apenas para o caso examinado, configurando-se em revogação parcial, já o *overruling* constitui-se de revogação radical da força obrigatória do caso paradigma, e geralmente só pode ser feito por uma Corte hierarquicamente superior àquela responsável pela decisão a ser revogada. (ZAIDAN, 2012, p.7)

Independente das possibilidades de flexibilização, a importância da jurisprudência no direito norteamericano é destacada. Sobre o tema, Lênio Streck (2013) explica que “*quando não existe precedente, diz-se que there is no law on the point, mesmo que exista uma lei que preveja a situação sob análise*”.

4 O PAPEL DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Passo significativo na tentativa da EC nº 45/2004 de privilegiar a interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal sobre os demais órgãos judiciais e da administração pública foi a introdução da súmula vinculante, que embora não fosse uma idéia original no direito brasileiro, ressurgiu como uma alternativa capaz de dar tratamento uniforme à questões pacificadas pela Corte.

Ocorre que, conforme visto acima, assim como se verificou quando da inclusão do efeito vinculante com a EC nº 03/1993, também o texto da EC nº 45/2004 e o da Lei nº 11.417/2006 omitiram-se em conferir legitimidade à participação da parte no sistema da edição das súmulas²⁰, retirando-se do cidadão a oportunidade de defesa direta de direito fundamental no procedimento de proposição, revisão ou cancelamento dos enunciados, em que pese o fato do texto ser resultado dos julgamentos de recursos cujos efeitos são *inter partes*.

Subjaz à instituição da súmula vinculante a pretensão de racionalização da atividade judicial difusa mediante a solução centralizada de controvérsia envolvendo a validade, a interpretação e a eficácia de normas jurídicas, quando presente o risco de diversificada compreensão judicial da norma, causando insegurança jurídica, e aumento de demanda para o Poder Judiciário, consolidando, a partir do vértice do sistema judicial, representado pelo Supremo Tribunal Federal, a interpretação a ser seguida pelos demais órgãos judiciais. (ZAIDAN, 2012, p.9)

A idéia do STF como vértice do sistema judicial brasileiro, vai muito além da previsão constitucional do referido tribunal como órgão de cúpula do Poder Judiciário, consolidando-se fundamentalmente através das escolhas de atuação dos ministros. Sobre a opção política pela adoção das súmulas vinculantes e o impacto de tal escolha na forma de aplicação das mesmas, Alexandre Zaidan esclarece:

A inserção da súmula vinculante revelou uma opção de política judiciária cuja lógica segue a idéia da repercussão geral: fortalecer o entendimento pacificado pela jurisprudência da Suprema Corte, assegurando-lhe autoridade a que devem observância a Administração Pública e todos os órgãos judiciais, à exceção do próprio Supremo Tribunal Federal.

O discurso legitimador da inovação procurou deixar claro que a partir das súmulas seria possível emprestar coerência ao sistema judiciário nacional, pois ela seria o instrumento hábil a substituir a chamada *jurisprudência lotérica*, consistente nas divergentes interpretações a partir de um mesmo dispositivo normativo, por um parâmetro seguro, definitivo e vinculante, aprovado pela instância judicial mais alta do país. (ZAIDAN, 2012, p.10)

Essa ampliação da vinculação das decisões no Brasil tem se diferenciado pela expansão de seus efeitos para fora do controle abstrato, sob a pretensão de racionalização da atividade judicial difusa, como parece ser o propósito das súmulas, sem atentar, todavia, para o fato de que a criação do enunciado sumular importa em novo texto, cuja aplicação depende de interpretação direcionada ao caso concreto, que por sua vez possibilita a abertura de novas possibilidades, inclusive a de acesso direto à jurisdição do Supremo Tribunal através do ajuizamento da reclamação constitucional²⁹, prevista no art. 102, I, I, da Constituição Federal.

As finalidades objetivas pela súmula vinculante ligam-se estritamente ao valor da segurança jurídica, entendida na face de previsibilidade. Isto implica que o enunciado em que se consubstancie a súmula, ou que seja o seu conteúdo, possa ofertar a realização desse valor segurança (previsibilidade) em alto grau. Nisso esta abrigada a necessidade de que a súmula, interpretando a Constituição e avaliando a lei em função daquela, possa proporcionar a aplicação do direito por meio da subsunção. Deve-se, porém, notar que, contemporaneamente, a tarefa dos juízes não é mais vista, exclusivamente, como a de aplicar a lei dedutivamente. A recomendação doutrinária enfatizada aos juízes é a de que procedam à perquirição do valor de Justiça subjacente às normas. É justamente essa margem de liberdade que resta suprimida com a obrigatoriedade de aplicação das súmula vinculante. (ALVIM, 2008, p.1150)

Para além da supressão da liberdade dos magistrados, característica dos sistemas de *civil law*, há que se considerar ainda, conforme visto acima, a grande dificuldade de revisão

e/ou cancelamento de súmulas vinculantes no sistema brasileiro. Assim, se por um lado – valorização do precedente em detrimento da atividade interpretativa do juiz – ocorre aproximação como *common law*, por outro deixamos de adotar os mecanismos de revisão do conteúdo sumulado e atualização da jurisprudência, restringindo *rol* de legitimados para questionar tais questões.

Sobre o tema, o professor Arruda Alvim escreve:

Já em relação à súmula vinculante o entendimento firmado pelo STF se imporá ao Poder Judiciário e à Administração, nos termos o art. 103-A da CF (art. 2º da Lei 11.417).

Por outras palavras, é juridicamente impossível transpor o enunciado da súmula e invocar a lei ou a Constituição Federal com significado diferente daquele que está sumulado. O entendimento da lei terá de ser o expressado por intermédio do enunciado da súmula vinculante, necessariamente. Vale dizer, por meio da súmula vinculante passa a não existir a possibilidade de outro entendimento de determinado texto da Constituição Federal, a não ser aquele que tenha sido sumulado; deixa de existir contigüidade na hipótese entre o juiz e a lei e entre os destinatários e a lei; essa passa a existir entre o enunciado da súmula vinculante, o juiz e os destinatários. (ARRUDA ALVIM, 2008, p.1154)

A situação seria menos gravosa, caso a formação dos precedentes de fato de aproximasse da lógica adotada no *common law* – com a detida análise dos casos, não apenas das ementas, considerando-se questões de ordem fática e jurídica – e respeitasse a exigência constitucional de reiteradas decisões sobre a matéria no âmbito da Corte. No entanto, os dados fornecidos pelo próprio *site* do STF evidenciam o contrário.

Das cinquenta e cinco súmulas vinculantes em vigor, trinta e duas possuem menos de dez precedentes que lhe fundamentem, merecendo destaque as de nº28⁶ e 53⁷ com apenas um precedente cada.⁸ Resta claro, portanto, que no sistema brasileiro, a prática da utilização da súmula vinculante tem se desenvolvido apenas com a leitura, compreensão e aplicação silogística do texto do enunciado, permanecendo sem observação as particularidades dos fatos que deram origem aos acórdãos, e, conseqüentemente aos enunciados das súmulas, ensejando a possibilidade de reprodução equivocada de norma idêntica a situações substancialmente díspares.

⁶ SÚMULA VINCULANTE 28: É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

⁷ SÚMULA VINCULANTE 53: A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.

⁸ Dados disponíveis em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf. Acesso em: 11 de julho de 2016.

5 CONCLUSÃO

Em face do breve estudo aqui desenvolvido a respeito da súmula vinculante e dos sistemas de precedentes, tanto do ponto de vista legal, como de sua aplicação pelo Supremo, verifica-se a que o sistema de precedentes adotado no Brasil, apesar de pretensamente importado dos Estados Unidos, se afasta do sistema da Suprema Corte norte americana e da lógica do *common law*, não apenas por mesclar-se com o modelo do *civil law*, mas também, e essencialmente, pelas distorções na forma de aplicação dos institutos importados.

Ainda que se considere, como faz Marinoni³⁴, como irreversível o processo de objetivação do controle difuso-concreto de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, a instrumentalização desse processo não pode, ou pelo menos não deveria, ser feita com a singela incorporação do instituto da *ratio decidendi* no *common law* para dar eficácia à aplicação dos precedentes vinculantes, sem antes compreender a complexa dimensão de apreciação fática dos casos, tarefa que o Supremo Tribunal Federal não parece³⁵ disposto a assumir.

Cabe registrar, nesse particular, que, além das dificuldades de identificação de uma autêntica *ratio decidendi* dos julgados do Supremo, a formatação de diferentes técnicas de decisão experimentadas no *common law*, cuja essência esteja na minuciosa apreciação comparativa de precedentes, não parece se ajustar como método de trabalho de uma Corte que, embora tenha diminuído significativamente o seu número de processos⁹, ainda trabalha com um quantitativo muito superior a um patamar razoável.

Deixar de lado essa discussão e acreditar que a experiência jurisprudencial autorreferente do Supremo Tribunal Federal consubstanciada na “canonização” dos fundamentos de suas decisões oferece respostas suficientemente adequadas com base na “força normativa” da Constituição pode representar, por sua vez, um crescimento da dificuldade dos demais poderes e da própria sociedade em debater o conteúdo das decisões da Corte, contribuindo para a consolidação da ideia de que o Tribunal é o verdadeiro “*intérprete autêntico*” do texto constitucional.

⁹ Desde a implementação da repercussão geral é possível notar uma queda no número de processos no STF, porém, o número permanece alarmante, em 2010, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal proferiu 103.869 julgamentos, conforme estatística divulgada no sítio eletrônico do Tribunal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 7 jun. 2011.

É certo que a EC n.45/2004 representou necessários avanços para a operacionalização do Poder Judiciário no Brasil, tendo contribuído, em certa medida, na melhora da prestação jurisdicional. No entanto, não é possível se adotar uma visão simplista com relação a institutos como o da súmula vinculante, especialmente diante dos dados, sob pena de se estar chancelando um ditadura não do Poder Judiciário, como temia Rui Barbosa, mas exclusivamente do Supremo Tribunal Federal, o que revela-se ainda mais gravoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM. **Súmula e súmula vinculante**. In Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudo em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Coodenação: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Serqueira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária**. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. nº 01, jan./jun. 2007, p. 46.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988a. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/index.shtm. Acesso em: 21 de março de 2016.

BRASIL. **Decreto n. 2.684** (1875). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em: 11 de julho de 2016.

BRASIL. **Decreto n.23.055** (1933). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23055-9-agosto-1933-502941-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 de julho de 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. **O Novo Procedimento Modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas**. *Revista de Processo*, nº 147, 2007, p.129.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins, 2002.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

FREITAS, Gabriela Oliveira. **O INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (dissertação), 2014.

LUNDMARK, Thomas. *Charting the Divide Between Common and Civil Law*. Oxford University Press, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, José Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

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

SOUZA, Amanda Rêgo Martins; SOUSA, Marcel Gomes de. **A SÚMULA VINCULANTE SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA E SUA EFICÁCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. Natal: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, v.3, n. 2, 2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 375

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA FERREIRA. **Juízes e tribunais...**, v. 1, Apêndice I. Rio de Janeiro: Revista do Instituto Histórico, Anais do 2º Congresso de História Nacional, 1942, p.431-457.

ZAIDAN, Alexandre. **‘STARE DECISIS’ E SÚMULA VINCULANTE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA SOBRE A VINCULAÇÃO DAS DECISÕES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. *Lex Humana*, v. 4, n. 1, 2012.