

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Fábio Roque Abreu Nogueira

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS E DOS
PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Belo Horizonte
2016

Fábio Roque Abreu Nogueira

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS E DOS
PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N778c Nogueira, Fábio Roque Abreu
Controle de constitucionalidade das súmulas e dos precedentes judiciais obrigatórios no estado democrático de direito / Fábio Roque Abreu Nogueira. Belo Horizonte, 2016.
160 f.

Orientador: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Controle da constitucionalidade. 2. Estado democrático de direito. 3. Direito processual constitucional. 4. Súmulas (Direito). I. Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.4

Fábio Roque Abreu Nogueira

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS E DOS
PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (Orientador)

Professor Doutor Lenio Luiz Streck (UNISINOS)

Professor Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior

Professor Doutor Dhenis Cruz Madeira

Belo Horizonte, 9 de março de 2016.

À minha família

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pelo desprendimento em compartilhar seus conhecimentos na docência e na advocacia, fundamentais para a elaboração desse trabalho.

Agradeço a todos os demais professores, que contribuíram para minha formação ao longo do curso, por meio de sua dedicação e entusiasmo com o direito e com o ensino.

Agradeço à minha querida família, à namorada e aos amigos, pela confiança e incentivo, determinantes nos momentos mais difíceis. Agradeço especialmente aos meus pais e ao irmão, meus primeiros professores e que continuam me ensinando, a cada dia, lições que não têm preço.

Agradeço aos colegas do escritório pelo apoio e pela compreensão nas ocasiões em que não pude estar presente.

“Quem vigia os vigilantes?”

(Décimo Júnio Juvenal, As Sátiras).

RESUMO

O trabalho se desenvolve a partir da tendência, cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro, de valorização das súmulas e dos precedentes judiciais, como técnicas de padronização decisória e de aceleração dos processos. Embora não sejam elaborados pelos representantes do povo, em consonância com o devido processo legislativo, muitas vezes as súmulas e os precedentes judiciais possuem características semelhantes as da lei, pois são expressos em enunciados gerais e abstratos e com efeitos obrigatórios. Diante disso, o objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade do exercício de controle de constitucionalidade sobre esses provimentos estatais, como forma de garantir a concretização do princípio do Estado Democrático de Direito. Para tanto, em primeiro lugar, são apresentadas breves noções sobre a teoria do processo constitucional e sobre o controle de constitucionalidade, destacando sua importância como meio de fiscalização dos atos estatais pelo povo. Em seguida, faz-se uma análise das súmulas e dos precedentes judiciais, da sua valorização no Brasil, inclusive no Código de Processo Civil de 2015, demonstrando que, muitas vezes, são criados, interpretados e aplicados, na prática jurídica brasileira, em sentido contrário ao que dispõe a Constituição. Por fim, passa-se ao exame da necessidade de se permitir o controle de constitucionalidade das súmulas e precedentes judiciais obrigatórios no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Processo constitucional. Controle de constitucionalidade. Súmulas e precedentes judiciais obrigatórios.

ABSTRACT

The work is developed from the increasingly present tendency in the Brazilian legal system to valorize dockets and judicial precedents, as techniques for standardization of decisions and acceleration of the processes. Although the dockets and judicial precedents are not drafted by the representatives of the people, in accordance with due process of law, they have often characteristics similar to those of the law, because they are expressed in general and abstract statements and have binding effects. Thus, the objective of this work is to analyze the possibility of judicial review on those court acts, in order to ensure the implementation of the principle of the Democratic State of Law. To do so, first, we present brief notions about the theory of the constitutional process and the judicial review, noting its importance as means of supervision of state acts by the people. Then, are analyzed the dockets and judicial precedents and its valuation in Brazil, including in the 2015 Civil Procedure Code, demonstrating that they are often created, interpreted and applied in the Brazilian legal practice in the opposite direction to the Constitution. In the end, is examined the need to allow the judicial review on the binding dockets and judicial precedents on the Democratic State of Law.

KEYWORDS: Democratic State of Law. Constitutional process. Judicial review. Dockets and judicial binding precedent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 – O PROCESSO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	23
1.1 Do Estado Democrático de Direito como superação dos Estados Liberal e Social	24
1.2 Democracia, participação e controle	28
1.3 Da teoria do processo como relação jurídica à teoria do processo constitucional	31
CAPÍTULO 2 – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	39
2.1 Da legitimidade do controle de constitucionalidade.....	40
2.2 Modalidades do controle de constitucionalidade	44
2.2.1 <i>Controle difuso e concentrado</i>	47
2.2.2 <i>Controle principal e incidental</i>	58
CAPÍTULO 3 – DAS SÚMULAS E DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS.....	61
3.1 Noções de precedente	61
3.2 Noções de súmula.....	69
3.3 Os precedentes e as súmulas são fontes de direito no Brasil?	81
3.4 A crescente valorização dos precedentes e das súmulas no ordenamento brasileiro.....	93
3.5 Súmulas e precedentes no Código de Processo Civil de 2015	99
3.6 Súmulas e precedentes obrigatórios no Direito brasileiro	107
3.7 Notas sobre criação, interpretação e aplicação das súmulas e precedentes judiciais no Brasil.....	117
3.8 Súmulas e precedentes obrigatórios inconstitucionais	125
4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS E DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS.....	135
CONSIDERAÇÕES FINAIS	145
BIBLIOGRAFIA	151

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, filiado à tradição romano-germânica, vigora o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei¹, nos termos do art. 5º, II, da Constituição de 1988. Por outro lado, na atualidade, existe uma tendência mundial de aproximação entre os sistemas de *common law* e *civil law*, fazendo com que Estados orientados por esta última tradição também passem a reconhecer a importância dos precedentes em sua prática jurídica², inclusive como fundamentação das decisões judiciais.

No Brasil, essa tendência vem sendo justificada, principalmente, sob o pretexto de solucionar o problema do número excessivo de processos em curso, que já ultrapassa os 100 milhões³, bem como de trazer mais celeridade em sua tramitação, isonomia, estabilidade e previsibilidade⁴. A tanto, o legislador optou pela implementação de diversas reformas, para reforçar o protagonismo judicial e fomentar o uso de enunciados de súmulas e padrões decisórios, muitas vezes em detrimento de direitos e garantias constitucionais. Desta forma, ao estender o âmbito de aplicabilidade das decisões, os órgãos judiciais teriam que analisar profundamente questões similares o menor número de vezes, aumentando sua eficiência quantitativa⁵, o que nem sempre encontra correspondência na dimensão qualitativa.

Ocorre que essas mudanças no direito brasileiro trazem muita preocupação quanto às técnicas de utilização dos precedentes judiciais, seja na forma de criar, interpretar e aplicar ou superar os entendimentos dos órgãos jurisdicionais, pois são diferentes daquelas empregadas em relação à lei, com as quais os sujeitos

¹ Nesse ponto, vale destacar a advertência feita por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, no sentido de que a expressão lei “*tem o significado técnico-jurídico de ordenamento jurídico*”, abrangendo normas constitucionais e infraconstitucionais (BRÊTAS. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 122).

² TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Tradução de Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. *Revista de Processo*, v. 199, p.140.

³ Segundo os dados do levantamento anual feito pelo Conselho Nacional de Justiça, divulgado em 15 de setembro de 2015, tramitaram 99,7 milhões de processos, pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, no ano de 2014. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015).

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.120-190.

⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, v. 79, p.118-119.

processuais estão acostumados a lidar. Esta preocupação ganha ainda mais relevância com as recentes reformas legislativas no ordenamento brasileiro, que têm valorizado cada vez mais a força das súmulas e precedentes, especialmente com o Código de Processo Civil de 2015, que aumentou o número de provimentos judiciais com eficácia obrigatória.

Ademais, talvez por falta de teorização adequada, o processo de formação e aplicação das súmulas e dos precedentes judiciais na prática brasileira também é distinto do que ocorre nos Estados filiados ao *common law*. Dentre outras diferenças, aqui eles são pensados como se fossem regras gerais e abstratas, desvinculados dos casos que lhe deram origem, objetivando os fatos da vida em teses, com a finalidade de solucionar casos futuros⁶, e são aplicados, mediante subsunção, sem a devida demonstração de sua similitude com o entendimento firmado nos julgamentos anteriores. Em outras palavras, no Brasil, as súmulas e precedentes judiciais são muitas vezes criados de forma discricionária e solipsista, a partir de entendimentos subjetivos e valores dos órgãos judiciais (esquema sujeito-objeto), que depois são “congelados” em conceitos universais, próprios da metafísica clássica, a fim de resolver todas as possíveis situações futuras, como se fosse possível obter respostas antes das perguntas⁷.

No entanto, embora se possa identificar certo paralelismo entre as características da lei, por um lado, e das súmulas e precedentes judiciais brasileiros, por outro, sobretudo em face de sua abstração, generalidade e inclusive obrigatoriedade, é importante destacar que não há previsão expressa no nosso ordenamento de uma forma específica de controle de constitucionalidade das súmulas e precedentes, por parte do povo. Pelo contrário, o Supremo Tribunal Federal⁸ e a maior parte da doutrina entendem que faltaria interesse processual em realizar o controle de constitucionalidade desses provimentos judiciais, sob o simples fundamento de que não seriam atos normativos puros.

Diante disso, os jurisdicionados se encontram em xeque, pois irão sofrer os efeitos de enunciados de súmulas e precedentes obrigatórios, decorrentes de processos judiciais dos quais não puderam participar, em contraditório, e ainda não

⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p.69.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. Un ensayo sobre el problema de la discrecionalidad y la mala comprensión de los precedentes judiciales. *Revista Prolegómenos*, v.18, p.68-69

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade n. 594/DF. Relator Ministro Carlos Veloso. Tribunal Pleno, julgado em 19 fev. 1992, Diário de Justiça, Brasília, 15 abr.1994.

terão nem mesmo a oportunidade de discutir a constitucionalidade destes provimentos jurisprudenciais. Seja de forma consciente ou não, a impossibilidade de controle de constitucionalidade das súmulas e precedentes obrigatórios pelo povo, pode dar ensejo a arbitrariedades por parte dos tribunais, em violação de direitos e garantias fundamentais.

Ora, se os próprios textos legislativos, produzidos pelos representantes do povo, em observância ao devido processo legislativo, podem ter sua constitucionalidade questionada, seja em controle concentrado ou difuso, esta garantia deveria ser ainda mais expressiva em relação às súmulas e precedentes obrigatórios elaborados pelos tribunais, que são aplicados de forma autorreferente, ou seja, pelo mesmo órgão que os criou, reforçando as críticas quanto ao seu *deficit* de legitimidade.

Note-se que, não raras vezes, os acórdãos lavrados pelos Tribunais são reformados no Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, em decorrência de violação a normas constitucionais. Ademais, os próprios Tribunais, e inclusive o Supremo Tribunal Federal, constantemente revisam e cancelam os seus enunciados de súmula, até mesmo em razão dos argumentos expostos pelas partes em determinados recursos, que apontam inconstitucionalidades nos entendimentos sumulados. Assim, por que não podemos supor que um enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não possa ser considerado como inconstitucional? Por uma análise atenta dos enunciados das súmulas e precedentes obrigatórios no Brasil, não é difícil identificar diversas inconstitucionalidades, materiais e formais, inclusive nas próprias súmulas vinculantes, cujo objeto é matéria constitucional, de competência do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o entendimento predominante acerca da impossibilidade de controle de constitucionalidade das súmulas e precedentes obrigatórios precisa ser reconstruído à luz do processo constitucional, pois uma das premissas do Estado Democrático de Direito é que sejam concedidas ao povo formas de fiscalização e de controle sobre todos os provimentos estatais⁹, sejam legislativos, administrativos ou

⁹ Sobre a importância do controle: “O que os liberais e republicanos ainda não perceberam é que o povo é um conjunto de indivíduos circunscritos a um recinto espacial no qual a plebiscitarização do direito, ao se fazer pela processualidade, em paradigmas institucionais democráticos já constitucionalizados, não ocorre pela mobilização ou escuta provocada das massas populares, mas pela fiscalização jurídico-processual abstrata e concreto, irrestrita e incessante, da constitucionalidade no espaço procedimental e não físico-nacional.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.181).

jurisdicionais, a fim de garantir sua conformidade com a Constituição, evitando abusos por parte da autoridade estatal.

Dessa forma, o principal objetivo do presente trabalho é analisar a necessidade e a possibilidade de se garantir o exercício do controle sobre a constitucionalidade dos precedentes judiciais obrigatórios, no Estado Democrático de Direito brasileiro. Saliente-se, desde já, que não se pretende um estudo aprofundado da tradição jurídica do *common law*, das súmulas e dos precedentes, nem tampouco dos argumentos favoráveis ou contrários a sua adoção no ordenamento brasileiro, o que somente será realizado de forma indireta, na medida em que interfiram, negativa ou positivamente, para fundamentar o exercício de controle de constitucionalidade sobre os referidos atos judiciais.

No primeiro capítulo, apresentam-se os principais fundamentos do Estado Democrático de Direito e da teoria do processo constitucional, a partir de uma contraposição com outros paradigmas de Estado e outras teorias sobre o processo. Com base neste marco teórico, será possível compreender que os atos estatais somente serão considerados democráticos se o povo puder participar tanto de sua criação, quanto aplicação, exercendo ampla fiscalidade, por meio do processo constitucional, como forma de assegurar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Em outras palavras, a legitimidade do Estado se dá justamente pela institucionalização de processos democráticos para assegurar a soberania popular, de modo que os sujeitos de direito sejam, ao mesmo tempo, destinatários e coautores dos atos estatais¹⁰.

No capítulo segundo, introduzem-se breves considerações sobre o controle de constitucionalidade, reforçando o aspecto da fiscalização por parte do povo, diante do princípio da supremacia da Constituição, a fim de subsidiar a sua aplicação às súmulas e precedentes obrigatórios. Após afastar as críticas quanto à legitimidade do controle de constitucionalidade, serão abordadas algumas modalidades de controle no Brasil, demonstrando a sua influência advinda dos sistemas americano e austríaco.

No capítulo terceiro, busca-se fazer um estudo sobre as súmulas e precedentes, expondo suas noções básicas e retratando como vêm sendo cada vez mais valorizados no Brasil, inclusive pelo Código de Processo Civil de 2015.

¹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*, p.319-325.

Tomando como referência o princípio do Estado Democrático de Direito, tenta-se problematizar o reconhecimento da qualidade das súmulas e precedentes como fonte do direito e o seu caráter normativo. Com base doutrinária e em pesquisa estatística, critica-se a forma como são criados, interpretados e aplicados na prática jurídica brasileira, em sentido diverso do que ocorre nos Estados em que vigora o *common law*, de onde foram inspirados. Ao final, expõe-se a possibilidade das súmulas e precedentes obrigatórios contrariarem a Constituição da República, citando-se diversos exemplos, inclusive em relação às súmulas vinculantes.

No capítulo quarto, a partir do entrelaçamento das premissas dos capítulos anteriores, finalmente é possível analisar o exercício do controle de constitucionalidade das súmulas e precedentes obrigatórios no Brasil, desconstruindo o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, para concluir pela necessidade de se permitir o seu controle de forma difusa, em consonância com o princípio do Estado Democrático de Direito.

Por fim, nas considerações finais, serão retomados resumidamente os principais pontos de reflexão e os resultados da pesquisa.

CAPÍTULO 1 – O PROCESSO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para se compreender os limites de criação, interpretação e aplicação das súmulas e dos precedentes judiciais no atual cenário do Direito brasileiro e justificar a necessidade de controle de sua constitucionalidade por parte do povo, em primeiro lugar, devem ser introduzidas, ainda que de forma objetiva, as bases teóricas que estruturam nosso sistema jurídico, a partir do Estado Democrático de Direito e do processo constitucional.

Isso porque a forma de estruturação do sistema jurídico possui uma relação direta com a organização do Estado em um determinado período histórico, demarcando as perspectivas do intérprete do Direito naquele contexto, como explica Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

“Toda interpretação, assim como toda atividade humana, dá-se num contexto histórico, pressupõe paradigmas e, para usar uma expressão de Habermas, um pano de fundo de mundo da vida compartilhado, que simplesmente não pode ser, em sua totalidade, colocado entre parêntesis, através de uma atividade de distanciamento ou de abstração, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem; ‘paradigmas’, ‘mundo da vida’ compartilhados são condições para interpretação, são condições para a linguagem.”¹¹

Nesse desiderato, talvez a melhor forma de demonstrar a importância do Estado Democrático de Direito e do processo constitucional, que servirão de marco teórico para o presente trabalho, seja por meio de uma comparação crítica com outros paradigmas¹² de Estado e com outras teorias sobre o processo, demonstrando seus reflexos nas transformações dos sistemas processuais ao longo da história recente.

Embora não seja possível separar com precisão as mudanças entre cada um dos paradigmas, pois não se tratam de modelos estanques, é certo que possuem

¹¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*, p.132.

¹² Pela expressão “paradigmas”, devemos compreender os “sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional” (BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.57).

características próprias que os definem, a serem apresentadas no próximo subcapítulo, partindo do Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito, que, ressalte-se, ainda não se encontra acabado, mas em constante reconstrução.

1.1 Do Estado Democrático de Direito como superação dos Estados Liberal e Social

O Estado Liberal foi se consolidando a partir da Revolução Francesa, em oposição ao Estado Absolutista, a fim de combater a centralização do poder¹³ nas mãos de um único soberano, evitando os abusos de autoridade no exercício das funções públicas e a interferência indevida na esfera privada dos indivíduos.

Assim, além da separação das funções executivas, legislativas e judiciais, uma das principais características do Estado Liberal era a ingerência mínima do Estado na sociedade, apenas para garantir que fossem preservados certos direitos fundamentais, como as liberdades individuais e, especialmente, o direito à propriedade, contra arbitrariedades dos governantes e de outras pessoas.

Para tanto, pautava-se na observância do princípio da igualdade e do princípio da legalidade ou da reserva legal, constituindo-se, portanto, como um Estado de Direito:

“(...) o Estado de direito é um Estado liberal no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas (‘Estado polícia’, ‘Estado gendarme’, ‘Estado guarda nocturno’), remetendo-se os domínios económicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade da concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual”¹⁴

Porém, Dierle José Coelho Nunes explica que a igualdade era apenas formal e, no campo processual, o contraditório se reduzia a uma mera bilateralidade em audiência, sendo imposto ao juiz um comportamento de passividade perante o processo, como forma de alcançar uma pretensa imparcialidade. Em outras

¹³ Com base nos estudos de Loewenstein, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias explica que o poder pode ser compreendido como “*relação sócio-psicológica, fundada no efeito recíproco das ações daqueles que o detêm e o exercem e das ações de seus destinatários, ou seja, daqueles frente aos quais o poder é exercido*”. Assim, o poder político teria surgido na sociedade estatal como forma de exercício de “*controle social*”, que, por sua vez, deve ser entendido como a capacidade do detentor do poder de tomar determinada decisão e de obrigar os seus destinatários a cumpri-la. (BRÊTAS. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.08)

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.97.

palavras, o liberalismo processual se constituía sobre o “*protagonismo das partes*”, no qual o juiz era um mero espectador, gerando um “*sistema degenerado, que facilitava a esperteza da parte mais hábil*”, e inviabilizando a utilização do processo sob o viés democrático e participativo¹⁵.

Dessa forma, por conduzir a interpretação do Direito em um enfoque estritamente privado, o liberalismo trouxe um desequilíbrio na sociedade, pois era insuficiente para impedir os problemas sociais e econômicos da época, decorrentes principalmente do avanço do capitalismo e da Revolução Industrial. Assim, os ideais liberais já chegaram ao seu esgotamento ainda no século XIX, dando início a um pensamento em sentido totalmente contrário, em um paradigma de Estado Social, cujos grandes marcos iniciais foram a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, tendo se consolidado principalmente após a Segunda Guerra Mundial.

Como tentativa de superar os problemas do período anterior, o Estado Social se caracteriza por intervir ativamente na economia e nas relações privadas. Assim, os deveres do Estado, que antes eram “*negativos*”, passam a se tornar “*positivos*”, para assegurar direitos sociais mínimos¹⁶, como saúde, educação e direitos trabalhistas. O Estado Social abandona a posição de mero espectador, passando a agir na consecução do bem-estar do povo, criando meios de compensar o desequilíbrio entre eles, com o propósito de garantir, a partir da autoridade, uma “*igualdade material*” dos sujeitos de direito¹⁷.

Na esfera processual, vigorava a teoria da relação jurídico-processual e, ao contrário do paradigma anterior, prevalecia o “*protagonismo judicial*”, com o conseqüente enfraquecimento do papel das partes, confiando ao Estado-juiz uma “*função assistencial*”, de trazer um bem-estar social¹⁸. Assim, o juiz era visto como o

¹⁵ NUNES. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p.73-77 e 253.

¹⁶ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, p.27-28.

¹⁷ No Estado Social de Direito, “*a igualdade não é mais, apenas, a igualdade na lei, mas devem ser consideradas as diferenças fáticas, decidindo-se a favor do hipossuficiente; a liberdade, já que o Estado é obrigado a realizar prestações positivas para os cidadãos, deve ser vista em seu aspecto material, como a maior incidência de leis sobre o indivíduo; e a propriedade deve atender à sua função social*”. (OMMATI, José Emilio Medauar. *Paradigmas constitucionais e inconstitucionalidade das leis*, p. 24)

¹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p.86-87.

“*guardião do direito*”¹⁹, com a prerrogativa de aplicá-lo de acordo com o seu senso pessoal de justiça, “*para corrigir as agruras dos desequilíbrios sociais, ainda que tal implicasse na inobservância dos textos legais*”²⁰, eis que seria portador de uma sensibilidade capaz de traduzir corretamente os valores da sociedade. Neste ponto, também vale destacar que as novas técnicas legislativas passaram a utilizar cláusulas gerais e conceitos indeterminados, como paz social, bem comum, fins sociais, bom senso, justiça pública e bem-estar, de modo que o processo adquiriu “*perigosa carga ideológica*”²¹, pois competia exclusivamente ao juiz interpretá-los e aplicá-los.

Portanto, o julgamento do processo com base em critérios subjetivos pelos magistrados, muitas vezes em sentido contrário ao que dispunha o ordenamento jurídico, e ainda sem a participação ativa das partes, acabou criando um *deficit* de legitimidade para o Estado Social, que começou a entrar em crise, já no final da década de 1970.

Como tentativa de superação das deficiências dos Estados Liberal e Social, o Estado Democrático de Direito tem como característica não apenas limitar as arbitrariedades dos órgãos estatais, pela estrita observância do Direito, mas também garantir a possibilidade de participação e fiscalização pelo povo, a partir de direitos e garantias fundamentais. De acordo com Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o Estado Democrático de Direito “*resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais*”.²²

Para explicar o princípio do Estado de Direito, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias se vale das lições de Carré de Malberg, resumindo o Estado de Direito como aquele cujo ordenamento jurídico estabelece regras para o exercício do poder pelo Estado e, ao mesmo tempo, assegura aos indivíduos o poder jurídico (direito de ação) de pleitearem, perante um órgão jurisdicional, a anulação ou a revogação dos atos estatais que as tenham infringido. E, em um esforço didático, os elementos do

¹⁹ DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*, p.36.

²⁰ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, p.27-28.

²¹ DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*, p.37. Além da interpretação solipsista das normas jurídicas, a aplicação do direito no Estado Social também pode ser criticada pelo fato de que foram agregados escopos metajurídicos à jurisdição, dentre eles escopos sociais e políticos (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p.365-380).

²² BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.58.

Estado de Direito podem ser assentados nas seguintes premissas básicas: império da lei (vontade geral); a separação das funções do Estado; a atuação do Estado segundo a lei e sob controle jurisdicional, e a enunciação dos direitos e liberdades fundamentais.²³

Quanto ao princípio democrático, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira explica que não pode mais ser “*compreendido como um mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa ‘vontade geral’ republicana*”. Pelo contrário, deve ser entendido “*como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões*”²⁴.

Assim, no Estado Democrático de Direito, além de limitação ao poder do Estado pelo princípio da legalidade, que já se encontrava presente no Estado Liberal, e do reconhecimento de direitos sociais mínimos, semelhantes ao Estado social, foi introduzido o “*elemento democrático*”, em virtude da necessidade de legitimação (e controle) desse poder pelo povo, assegurando o direito de igual participação na formação da vontade popular²⁵, por meio de direitos e garantias fundamentais. Portanto, mais do que uma variante na evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma “*síntese das fases anteriores*” e supera as lacunas dos Estados Liberal e Social²⁶, pois representa um “*plus normativo*” ao agregar a democracia e o respeito aos direitos fundamentais como “*condição de possibilidade*”²⁷.

Apresentada essa noção introdutória sobre o Estado Democrático de Direito, passa-se a analisar mais detidamente seus aspectos relacionados à democracia, que fundamentarão, nos próximos capítulos, a possibilidade de fiscalização e controle das súmulas e dos precedentes jurisdicionais obrigatórios.

²³ BRÊTAS. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.51-52.

²⁴ CATTONI DE OLIVEIRA. *Direito Processual Constitucional*, p.171.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.100.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p.53-54.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição brasileira. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, p.251.

1.2 Democracia, participação e controle

Segundo Simone Goyard-Fabre, a palavra democracia, por sua etimologia, designa “*o poder do povo*”, mas, ao longo do tempo, foi se adensando com uma “*sobrecarga semântica*”, que nem sempre enriqueceu o termo, marcado por imprecisões. De toda forma, é certo que as democracias de hoje são “*regimes nos quais a vontade (ou o consentimento do povo) é a fonte do poder*”. Assim, seja nas democracias diretas ou nas indiretas, o povo é o “*motor principal do modo de governo*”²⁸.

Ressalte-se que essa constatação se aplica inclusive para o Brasil, pois a Constituição de 1988, em seu artigo 1º, parágrafo único, dispõe que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Desta forma, a Constituição brasileira, assim como a de outros Estados democráticos, remete-se ao povo²⁹ para legitimar o exercício do poder pelo Estado.

Assim, de acordo com Friedrich Müller, o povo seria considerado como a “*instância global da atribuição da legitimidade democrática*”, na medida em que os atos estatais devem ser praticados em seu nome, observando-se um “*ciclo de atos de legitimação*”, que se inicia pela eleição dos representantes do povo, e termina na produção e aplicação de atos normativos por parte dos órgãos do Estado, tendo o próprio povo como destinatário:

*“Os poderes executantes [ausübrenden] Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia. O povo ativo elege seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho do Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o ‘povo’ enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [Kreiskauf] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado estrutura de legitimação.”*³⁰

²⁸ GOYARD-FABRE. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*, p.45

²⁹ Sobre as noções de povo, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias explica que é a “*comunidade política do Estado, composta de pessoas livres, dotadas de direitos subjetivos umas em face de outras e perante o próprio Estado, fazendo parte do povo tanto os governados como os governantes, pois estes são provenientes do povo, sejam quais forem suas condições sociais, todos obedientes à mesma norma jurídica, sobretudo a Constituição, que é o estatuto maior do poder político*”. (BRÊTAS. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.59).

³⁰ MÜLLER. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*, p.60.

Na mesma esteira, André Del Negri denuncia que é retórica a expressão de que “*democracia é o governo do povo para o povo*”, sendo certo que um dos motivos pelos quais o Brasil vem sofrendo com a falta de implementação das regras do Estado Democrático de Direito, mesmo após a Constituição de 1988, é justamente porque ainda se trabalha com este tipo de marco teórico. O autor também afasta a ideia de que o eixo da democracia seja meramente o direito de voto, que deve ser visto apenas como uma parcela mínima da democracia. Além dos direitos políticos, o povo também participa e se inclui no sistema pelo “*cumprimento de outros direitos fundamentais, que passam, obviamente, pelo exercício do Devido Processo Constitucional (reivindicação e fiscalização)*”. Isto é, ao contrário do Estado Social, os cidadãos (destinatários do direito) do Estado Democrático de Direito não são apenas “*consumidores*”, mas exercem o papel de “*gestores-fiscalizadores*” do Direito e devem estar comprometidos com a execução da Constituição (projeto democrático)³¹.

Assim, o fundamento de legitimidade da democracia é a “*cidadania*”, entendida como um “*deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade a que se filiou*”³². E, para que a cidadania possa ser democraticamente exercida, é preciso que sejam institucionalizadas, aos integrantes da comunidade jurídica, formas de participação, controle e fiscalização da criação e aplicação do direito, conforme observa Rosemiro Pereira Leal:

“(...) quando escrevemos, em direito democrático, sobre cidadania como conteúdo de processualização ensejadora de legitimidade decisória, o que se sobrepõe é o nivelamento de todos os componentes da comunidade jurídica para, individual ou grupalmente, instaurarem procedimentos processualizados à correção (fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como modo de auto-inclusão do legislador-político-originário (o cidadão legitimado ao devido processo legal) na dinâmica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico caracterizador e concretizador do tipo teórico da estabilidade constitucionalizada.”³³

Portanto, devem ser afastadas as ideias de que os fatores de legitimação do Estado estejam presentes na vontade do legislador ou na interpretação do juiz

³¹ DEL NEGRI. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*, p.76-78.

³² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.151.

³³ LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.150.

solipsista, que decide com base apenas na sua própria consciência. Pelo contrário, para que o Estado de Direito possa ser efetivamente considerado democrático, os destinatários das normas e das decisões jurídicas devem se identificar como seus coautores, mediante participação ativa na formação dos atos estatais e na sua consequente fiscalização, o que ocorre pela via do processo.

Como pontua Rosemiro Pereira Leal, a legitimidade do direito se realiza mediante a “*estruturação de procedimental criadora de situações jurídicas pelo devido processo legislativo*”, que se “*submetem a correições também processualizadas pelo devido processo legal*”:

“A processualidade jurídica institucionalizadora e recreativa do acervo normativo do Estado democrático é o que provocaria o salto para a pós-modernidade jurídica que requer não somente características de positividade (legalidade formal da modernidade), mas agregaria conteúdos jurídicos de testificação discursiva propiciadores de processual e incessante fiscalidade irrestrita, abstrata e concreta das bases de produção, legiferação e cumprimento (aplicação) do direito, que só assim se mostraria realizador do princípio da democracia.”³⁴

Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito, para que os atos estatais possam ser considerados legitimados, inclusive a decisão jurisdicional, mais do que uma simples regularidade formal, é imprescindível a observância aos direitos e garantias fundamentais de caráter processual, previstos na Constituição:

“Há muito a questão acerca da legitimidade das decisões judiciais deixou de ser um problema que se reduza tão-somente à pessoa do juiz, à sua virtude ou à sua forma de seleção, ou a um momento quase mítico de tomada de decisão. O que garante a legitimidade das decisões são antes direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídas às partes e que são, principalmente, os do contraditório e da ampla defesa (Constituição da República, art. 5º, LV), além da necessidade racional de fundamentação das decisões (Constituição da República, art. 93, IX)”³⁵.

Portanto, o processo constitucional democrático apresenta fundamental importância, pois é o espaço discursivo democrático que permite que as partes possam participar de um procedimento realizado em contraditório, asseguradas

³⁴ Em síntese, ainda segundo o autor, “o que não é provido pelo devido processo legislativo fiscalizável processualmente por todos (devido processo legal) não é juridicamente existente” (LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.28-29 e 39).

³⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*, p. 220.

todas as demais garantias do devido processo legal, no qual irão exercer a fiscalidade sobre os atos estatais. Ora, de nada adiantaria um extenso rol de direitos fundamentais, se a Constituição também não instituísse formas de assegurar sua concretização e controle por parte do povo.

Diante disso, cumpre trazer algumas considerações sobre o processo constitucional democrático. E, para tanto, embora existam diversas teorias a respeito do processo, vale fazer uma comparação crítica entre a teoria do processo constitucional e as teorias do “*processo como relação jurídica*” e do “*processo como procedimento em contraditório*”, em razão de sua relevância prática e científica.

1.3 Da teoria do processo como relação jurídica à teoria do processo constitucional

Como ensina Rosemiro Pereira Leal, a teoria do processo como relação jurídica foi desenvolvida por Oskar von Bülow, em 1868, cuja principal contribuição foi demarcar a autonomia do processo em relação ao direito material, por meio de pressupostos de existência e desenvolvimento do processo, e de requisitos previstos na lei processual, situados em um plano anterior ao do direito material. Para tanto, Bülow partiu da premissa de que o processo também deveria ser entendido como uma relação jurídica, semelhante ao direito material, valendo-se da expressão de Búlgaro: “*o processo é ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu*”.³⁶

Assim, André Del Negri esclarece que a teoria de Bülow “*tem acentuada carga privatística, mas, agora com o acréscimo de mais um elemento, o Estado-juiz*”. Para facilitar o entendimento da teoria, alguns dos alunos de Bülow a representaram por meio de gráficos, dentre eles Wach, com uma representação triangular, em que o Estado-juiz figuraria no topo, enquanto que cada uma das partes ficaria em um vértice da base, em uma posição de sujeição³⁷.

Ocorre que essa teoria não se coaduna com o Estado Democrático de Direito³⁸, pois, conforme asseverado por Aroldo Plínio Gonçalves, a relação jurídica

³⁶ LEAL. Teoria geral do processo: primeiros estudos, p.83.

³⁷ DEL NEGRI. *Processo constitucional e decisão interna corporis*, p.35.

³⁸ Pelo contrário, em análise crítica a outras obras de Bülow, André Cordeiro Leal explica que sua real intenção era apresentar “*fundamentos histórico-sociológicos pretensamente autorizativos da migração do controle social para as mãos da magistratura alemã*”, próprios do Estado Social, justificando a “*adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens*

processual implicaria o reconhecimento da existência de vínculo de sujeição de uma parte para com a outra e de ambas em face do juiz, em que seria possível exigir o cumprimento de um dever jurídico. No entanto, esta relação de sujeição entre sujeitos não é mais concebível no atual paradigma constitucional democrático, no qual a relação se dá entre o sujeito e as normas, “*podendo, qualquer das partes, resolver suas faculdades, poderes e deveres em ônus, ao suportar as consequências desfavoráveis que possam advir de sua omissão.*”³⁹ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ainda apresenta outra crítica à teoria do processo como relação jurídica, no sentido de que ela desconhece a “*marcante, crescente e irreversível tendência da constitucionalização do processo*”, eis que as Constituições nos Estados Democráticos de Direito asseguram diversas garantias processuais que compõem o devido processo constitucional⁴⁰.

Nesse ponto, vale alertar que, apesar dos problemas apontados acima, a teoria do processo como relação jurídica ainda é acolhida por grande parte da doutrina nacional e inclusive pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973, elaborado por Alfredo Buzaid⁴¹, sendo sempre necessário realizar uma interpretação de seus dispositivos em consonância com a Constituição de 1988, para adequá-los ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Como tentativa de superar as deficiências da teoria do processo como relação jurídica, Elio Fazzalari desenvolveu a teoria de processo como procedimento em contraditório, reconstruindo os conceitos de processo e de procedimento, sob um viés mais democrático, assegurando-se a participação das partes de forma igualitária.

De acordo com Aroldo Plínio Gonçalves, que difundiu a teoria de Fazzalari no Brasil, o procedimento seria uma atividade preparatória na produção de um ato estatal, cuja estrutura seria construída de uma “*sequência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do*

formalistas ou legalistas na aplicação do direito” (LEAL. *A instrumentalidade do processo em crise*, p.62).

³⁹ GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.82-99.

⁴⁰ BRÊTAS. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.89-90.

⁴¹ Como ensina Alexandre Freitas Câmara, dentre outros processualistas de renome, a teoria do processo como relação jurídica foi aprimorada por Chiovenda e, por seu aluno, Liebman, que, por sua vez, morou no Brasil e foi professor de Alfredo Buzaid, responsável pela elaboração do Código de Processo Civil de 1973, acolhendo seus ensinamentos. (CÂMARA. *Lições de Direito Processual Civil*, v.I, p.4)

ato nela previsto". Sobre a expressão "*posição subjetiva*", Aroldo Plínio Gonçalves explica que "*é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas, ou devidas*", e não perante outro sujeito⁴². Assim, o titular de um direito subjetivo estaria em uma posição subjetiva de vantagem assegurada pela norma, mas não com um poder sobre a conduta alheia, como sustentava a teoria da relação jurídica processual.

Por sua vez, o processo deve ser entendido como uma espécie de procedimento, que se diferencia dos demais, tendo em vista a presença do contraditório, permitindo às partes a possibilidade de participarem do procedimento, em posição de simétrica paridade, bem como de influírem na decisão em relação à qual irão sofrer seus efeitos⁴³. Deste modo, somente haverá processo quando o procedimento se desenvolver em contraditório, o que não significa dizer que os demais procedimentos realizados sem a presença do contraditório sejam, de plano, ilegais, pois vários desses procedimentos (legislativos, executivos, administrativos, judiciais ou jurisdicionais) "*não se fazem sob regime de contenciosidade ou de deliberação*"⁴⁴.

Diante dessas considerações, vale destacar os avanços da teoria de Fazzalari, pois, além de superar a ideia da existência de uma relação jurídica processual, também reconhece a importância de que as partes possam participar do procedimento, em contraditório, de forma paritária, e influir para que o pronunciamento seja favorável aos seus interesses, evitando decisões contaminadas pelo subjetivismo do juiz.

Embora seja relevante o papel do juiz, o contraditório deve instaurar-se diretamente entre as partes, que sofrerão os efeitos da decisão. O juiz não participa com as partes em contraditório, pois ele não tem interesse em disputa, ou seja, não é interessado no resultado do provimento. Porém, tendo em vista a natureza de princípio jurídico do contraditório, torna-se "*necessário que o juiz a ele se atenha,*

⁴² GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.109-112.

⁴³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*, p.118-121. De acordo com o Aroldo Plínio Gonçalves: "*A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.*" (GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.68)

⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p.96.

*adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazer observar, para observá-lo, ele mesmo*⁴⁵.

Note-se que a distinção de processo e procedimento realizada por Fazzalari se aplica a todas funções dos órgãos estatais, independente da natureza. E, como ressalta André Cordeiro Leal, “*é exatamente o enfoque do processo descolado da jurisdição legitimada a priori que permitirá a Fazzalari afastar o critério teleológico*”, substituindo-o pelo critério lógico para distinguir processo e procedimento⁴⁶. Esta observação merece destaque, pois, na distinção de processo e procedimento segundo critério teleológico, o processo seria mero “*instrumento da jurisdição*”, que, por sua vez, teria “*escopos metajurídicos*”, conferindo poderes ao juiz para valorar os fatos postos em juízo e para julgar de acordo com o sentimento de justiça corrente na sociedade⁴⁷, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Contudo, embora o critério lógico proposto por Fazzalari apresente ganhos democráticos, mediante a concepção de um provimento preparado em um procedimento em contraditório, André Cordeiro Leal explica que “*a questão da jurisdição como atividade estatal centrada no julgador não é completamente afastada*”, pois ainda coloca o Estado acima das partes, inclusive quando admite a possibilidade de jurisdição na ausência de contraditório⁴⁸. No mesmo sentido, Rosemiro Pereira Leal destaca que a teoria de Fazzalari, embora se utilize do contraditório como elemento diferenciador entre procedimento e processo, não aborda originariamente a sua condição de garantia constitucional⁴⁹.

Assim, conclui-se que a teoria de Fazzalari já representa um avanço para a concretização da democracia e vem ganhando grande força na doutrina moderna, na medida em que garante a participação, em contraditório, dos destinatários da decisão. Contudo, deve ser complementada pelos elementos da teoria constitucionalista do processo, nos termos a seguir.

⁴⁵ SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*, p.154-155.

⁴⁶ LEAL. *A instrumentalidade do processo em crise*, p.112.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p.365-380.

⁴⁸ Segundo André Cordeiro Leal: “*Isso retira de Fazzalari a possibilidade de concluir o giro teórico que havia iniciado, porque, embora a jurisdição se realize no (ou pelo) provimento, nada assegura que esse provimento seja discursivamente legítimo, tendo em vista que o critério que Fazzalari oferece à verificação da ‘idoneidade’ da decisão é o de sua validade, ou seja, de sua construção segundo um modelo procedimental que pode ou não contemplar o contraditório*” (LEAL. *A instrumentalidade do processo em crise*, p.115-125).

⁴⁹ LEAL. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p.87.

Conforme explica André Del Negri, “a ligação necessária entre Processo e Constituição resultou em um dos movimentos mais significativos, com repercussão de teses constitucionalistas”⁵⁰, dentre as quais se destacou a obra de José Alfredo de Oliveira Baracho, em 1984, que foi influenciado pelos estudos de Fix Zamudio, no México. Anos mais tarde, por volta de 1990, os estudos continuaram na Itália, por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, sob a denominação de “*modelo constitucional de processo*”, expressão que se consagrou na doutrina⁵¹. Segundo Ítalo Andolina, focalizando a área da tutela jurisdicional a partir das normas constitucionais, foi traçado um “*verdadeiro e próprio ‘modelo’ (constitucional, evidentemente) de processo jurisdicional e colocando no processo o centro de gravidade de toda a estrutura de atuação dos valores constitucionais*”⁵².

Analisando as perspectivas do processo constitucional, José Alfredo de Oliveira Baracho explica que ele “*surge como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da conformidade da norma ordinária com a Carta Constitucional*”⁵³. Desta forma, “*o processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia de direitos fundamentais*”⁵⁴, com o objetivo de controlar a regularidade dos atos estatais de acordo com a Constituição, conferindo-lhes legitimidade:

*“Os direitos fundamentais que tiveram maior significado no início da idade moderna convertem-se em um dos indicadores do progresso histórico e núcleo de legitimidade dos sistemas democráticos. Surgem direitos e exigências que os colocam desde a sua formação inicial como instrumento para limitar o poder absoluto, de conformidade com o processo que permanece aberto para o aperfeiçoamento de seu conteúdo normativo e das instituições e técnicas que realizam sua efetivação, conhecida como o vocábulo garantias.”*⁵⁵

Com base na doutrina de José Alfredo de Oliveira Baracho, Ronaldo Brêtas

⁵⁰ DEL NEGRI. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*, p.101.

⁵¹ Neste ponto, importante lembrar que os estudos sobre o Processual Constitucional no sistema romano-germânico tiveram origem no continente americano, sobretudo na América Latina, já na década de 1940, e se fortaleceram após a Segunda Guerra Mundial. Dentre seus precursores estão Eduardo Couture, que apresentou as primeiras bases teóricas, e Alcalá-Zamora, que primeiro utilizou o termo Direito Processual Constitucional, além das contribuições de Hans Kelsen sobre jurisdição constitucional e muitos outros. (MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação jurídica: (in)compatibilidade entre a tópica e o processo*, p.305-335).

⁵² ANDOLINA. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transacional*, p.64.

⁵³ BARACHO. *Processo Constitucional*, p.347.

⁵⁴ BARACHO. *Teoria geral do processo constitucional*, p.119.

⁵⁵ BARACHO. *Processo Constitucional: aspectos contemporâneos*, p.310.

de Carvalho Dias destaca que a teoria estruturalista de Fazzalari deve ser complementada pelos elementos da teoria constitucionalista, que *“toma por base a ideia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais”*, ressaltando a importância do processo como garantia constitucional para as pessoas obterem a prestação da função jurisdicional⁵⁶.

Acerca do princípio da supremacia da Constituição, Luís Roberto Barroso esclarece que toda a interpretação do ordenamento jurídico deve ter como pressuposto a superioridade jurídica das normas da Constituição sobre os demais atos normativos e, por consequência, *“nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”*. Desta forma, com a entrada em vigor de uma nova Constituição, ficam revogadas todas as demais normas anteriores que lhe sejam contrastantes, e todas as normas posteriores que contrariarem seus termos devem ser declaradas nulas⁵⁷.

Portanto, o processo constitucional toma como ponto de partida a própria Constituição, que estabelece direitos e garantias fundamentais, sendo certo que os demais atos normativos, como o Código de Processo Civil, devem se amoldar às diretrizes constitucionais. Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a mais importante das garantias constitucionais, e a *“viga-mestra”* do processo constitucional, é o devido processo legal, entendido como um *“bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis”*, quais sejam:

*“a) direito de amplo acesso à jurisdição, prestada pelo Estado dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório; d) garantia de plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído, também, o direito da parte à produção da prova e à presença do advogado ou do defensor público; e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) garantia de um processo sem dilações indevidas.”*⁵⁸

Vale destacar que o devido processo legal é uma das vertentes que compõem o devido processo constitucional, que, como explica André Del Negri, é visto como *“instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento, a fim de tutelar a produção de provimentos, seja administrativo, legislativo ou judicial”*. Assim, o devido processo constitucional possibilita a fiscalização de todos os atos do Estado, aberta

⁵⁶ BRÊTAS. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.94.

⁵⁷ BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p.165.

⁵⁸ BRÊTAS. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.73-94.

a todos os destinatários normativos, em uma “*rearticulação dos elementos cidadão-democracia-direito-Estado*”⁵⁹.

Nesse sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias destaca que:

*“(...) o processo constitucional concorre para o fortalecimento dessa legitimação democrática do estado, seja o processo constitucional legislativo, seja o processo constitucional jurisdicional. Por meio do primeiro, o povo pode fiscalizar e participar do controle democrático de constitucionalidade da elaboração da norma jurídica. Por meio do segundo, como destinatário da norma jurídica produzida, qualquer do povo (sujeito constitucional) poderá provocar a jurisdição estatal, visando a controlar em concreto a sua constitucionalidade, quando posta em vigor, notadamente se a norma jurídica estiver em colisão com os direitos e garantias fundamentais positivados no texto constitucional”.*⁶⁰

Especificamente no âmbito judicial, para que se possa falar em um processo democrático, como ressalta Dierle José Coelho Nunes, devem ser superadas as características do modelo liberal, de esvaziamento do poder do juiz, bem como as do modelo social, “*de exercício solitário de aplicação compensadora do direito pelo juiz, que reduz os espaços de discussão endoprocessual e a função técnica desenvolvida pelas partes e seus advogados*”, para dar lugar ao “*policentrismo*” e participação efetiva das partes por meio do contraditório:

*“O processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional. Todos esses princípios serão aplicados em perspectiva democrática se garantirem uma adequada fruição de direitos fundamentais em visão normativa, além de uma ampla participação e problematização, na ótica policêntrica do sistema, de todos os argumentos relevantes para os interessados.”*⁶¹

Diante do exposto, o processo constitucional é indispensável para a construção do Estado Democrático de Direito, pois é por meio das garantias do devido processo constitucional que o povo poderá participar da formação dos atos estatais, como normas jurídicas postas em vigor e decisões judiciais, bem como exercer sua devida fiscalidade.

⁵⁹ DEL NEGRI. *Processo constitucional e decisão interna corporis*, p.90-94.

⁶⁰ BRÊTAS. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 25.

⁶¹ NUNES. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p.212 e 250.

CAPÍTULO 2 – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Como demonstrado no capítulo anterior, o Estado Democrático de Direito demanda a institucionalização de procedimentos jurídicos de participação e fiscalização popular permanentes, na criação e aplicação do direito. E, asseguradas as garantias do processo constitucional, o controle de constitucionalidade representa justamente a possibilidade de o povo se insurgir contra a incompatibilidade dos atos estatais⁶² em relação à Constituição, inclusive como forma de proteção dos direitos fundamentais⁶³. Segundo Lenio Luiz Streck, tendo em vista que a Constituição é “o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal”, a jurisdição constitucional passa a ser a “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”⁶⁴.

A legitimidade do exercício do controle de constitucionalidade pelo povo, na esfera judicial, e as principais características e modalidades de controle serão abordadas no presente trabalho, especialmente para subsidiar a análise da necessidade de fiscalização da constitucionalidade das súmulas e precedentes judiciais obrigatórios, os quais muitas vezes se apresentam formal e materialmente inconstitucionais, como será tratado nos próximos capítulos.

⁶² Embora a Constituição se aplique a atos jurídicos públicos e privados, a sua violação por particulares não enseja controle de constitucionalidade, que se aplica apenas para os atos estatais: “Não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida quotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a eles também vinculadas, e nem sequer ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-políticas. Estas violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é, no entanto, naturalmente diverso dos regimes específicos, a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo VI, 2001, p.10. *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.33).

⁶³ Em defesa do controle de constitucionalidade como forma de permitir a exigência dos direitos fundamentais, para concretização da democracia, André Del Negri explica que: “(...) há Democracia quando a Constituição é observada por todos (Cidadãos, Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público...), e mesmo quando não houver aplicação do Texto Constitucional, é necessário que haja possibilidade de exigir os Direitos Fundamentais por via das chamadas ações (garantias) constitucionais (mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, habeas data, mandado de injunção e ações de inconstitucionalidade), as quais estão à disposição do cidadão na Constituição como meio de inclusão de todos no sistema jurídico.” (DEL NEGRI. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*, p. 78).

⁶⁴ STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p.27

2.1 Da legitimidade do controle de constitucionalidade

De plano, vale destacar que a legitimidade do controle de constitucionalidade já foi objeto de muita discussão, sobretudo pelo fato de que os órgãos judiciais não são compostos por representantes eleitos pelo povo e, por isto, não deveriam ter competência para declarar inválida uma norma produzida pelos órgãos legislativos. Além disto, as decisões judiciais que controlam a constitucionalidade também são questionadas, pois não estariam sujeitas a nenhum tipo de controle democrático⁶⁵, a não ser pelos recursos processuais dentro do âmbito do próprio judiciário.

Contudo, essas críticas foram afastadas pela doutrina e superadas pela jurisprudência, por diversos argumentos⁶⁶, com destaque aos próprios fundamentos da teoria do processo constitucional, já anteriormente apresentados, que garantem a participação e fiscalização do povo nos pronunciamentos judiciais, bem como ao princípio da supremacia da Constituição.

Desde a teoria de Hans Kelsen, a Constituição de um Estado é vista como a norma de maior hierarquia em uma estrutura escalonada da ordem jurídica (pirâmide normativa), constituindo o fundamento de validade das normas inferiores⁶⁷. Em outras palavras, em razão da posição hierarquicamente superior da Constituição, todos os demais atos normativos do ordenamento jurídico somente serão considerados válidos se não forem contrários às normas constitucionais. A sentença judicial, entendida como norma no caso em concreto, deve ter fundamento de validade na lei (norma geral), que, por sua vez, encontra seu fundamento de validade na Constituição.

⁶⁵ Luís Roberto Barroso ressalva a possibilidade, complexa e pouco comum, de controle das decisões jurisdicionais por meio de emendas à Constituição, como, por exemplo, a Emenda Constitucional n. 19, de 1998, que modificou a redação do inciso IX do art.37, para explicitar que as vantagens pessoais já estavam incluídas no limite máximo de remuneração dos servidores públicos, ao contrário do entendimento do Supremo Tribunal Federal (BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.76).

⁶⁶ Sobre os discursos de legitimidade do controle de constitucionalidade, José Adércio Leite Sampaio apresenta onze argumentos, recolhidos entre tantos formulados pelos defensores da jurisdição constitucional: “a necessidade de reequilibrar os poderes constitucionais do welfare state (1) e de compensar o déficit de legitimidade da prática política (2), por meio inclusive do reexame das razões do legislador (3); o entrelaçamento entre maioria parlamentar e a competência dos tribunais, para além de seu controle pelo Legislativo (4); o respeito das regras do jogo democrático (5); a promoção dos direitos fundamentais (6); a posição privilegiada do juiz constitucional (7); a argumentação como legitimidade (8); a legitimidade extraída do status quo e dos efeitos produzidos pelas decisões (9); as justificativas deontológicas (10) e dogmáticas (11)”. (SAMPAIO. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, p.61-101). Apresentando outros argumentos, ver: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.79-80).

⁶⁷ KELSEN. *Teoria pura do direito*, p.246-249.

Como ensina José Joaquim Gomes Canotilho, à Constituição é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (“*superlegalidade material*”) que faz dela um parâmetro obrigatório a todos os atos estatais. Ademais, a Constituição é a norma primária da produção normativa (“*superlegalidade formal*”), pois possui maior rigidez para o seu processo de revisão, em relação às leis infraconstitucionais. E da conjugação dessas duas dimensões deriva o “*princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos*”, segundo o qual referidos atos somente estarão em conformidade com a Constituição “*quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais*”.⁶⁸

Portanto, a Constituição vincula a atividade do próprio legislador, assim como dos órgãos executivos e judiciais, que têm o dever de garantir que não sejam aplicadas normas inconstitucionais. Desta forma, não existe *deficit* de legitimidade, pois o exercício do controle de constitucionalidade das normas não é um ato de discricionariedade dos órgãos judiciais, mas o poder-dever de aplicarem o direito em vigor de acordo com as normas estabelecidas, democraticamente, na Constituição.

Após os avanços da hermenêutica jurídica constitucional, é certo que a legitimidade do controle de constitucionalidade, por parte dos órgãos jurisdicionais, não se fundamenta no pressuposto liberal-positivista de que o ato jurisdicional seria meramente cognitivo, sem margem para interpretações, como se o juiz fosse apenas a “*boca da lei*”, a partir de um posicionamento extremado do princípio da separação das funções do Estado.

Note-se que o próprio Hans Kelsen já afastava essa ideia. Para ele, o direito seria como uma moldura, dentro da qual haveria várias possibilidades de aplicação, de modo que a interpretação de uma lei não deveria conduzir necessariamente a uma única solução correta⁶⁹.

Ocorre que, no Estado Democrático de Direito, é preciso superar o entendimento de Kelsen de que a interpretação judicial seria meramente um ato de vontade, pois dá margens para arbitrariedades por parte dos magistrados. De fato, a

⁶⁸ CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.882.

⁶⁹ “Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”. (KELSEN. *Teoria pura do direito*, p.390-391).

interpretação é necessária na atividade jurisdicional, pois o texto da lei não possui apenas um único sentido e a legislação não é capaz de cobrir todas as hipóteses de aplicação. Porém, não se pode “*delegar ao juiz o preenchimento desse vácuo de sentido*”, como se decorresse de um poder discricionário, sem exigência de fundamentação adequada ou de fiscalização, sob pena de fragilizar a autonomia do direito e a democracia⁷⁰.

Pelo contrário, é importante lembrar que o controle de constitucionalidade será sempre realizado em um processo constitucional, em que estarão asseguradas todas as garantias do devido processo legal, como o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação racional das decisões, ou seja, permitirá a participação e fiscalização por parte do povo. Assim, o ato jurisdicional não é discricionário por parte do magistrado, mas decorre de um processo em que o povo é, ao mesmo tempo, destinatário e autor do seu provimento final, podendo participar inclusive na interpretação das normas constitucionais. A partir da exigência de fundamentação e justificação das decisões judiciais, permitindo a ampla possibilidade de controle, Lenio Luiz Streck sustenta, ao oposto de Kelsen, que existe sim uma única resposta correta, que configura inclusive um direito fundamental, qual seja, o direito a uma decisão adequada à Constituição⁷¹.

Como explica Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, no Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional tem a tarefa de “*garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos co-associados jurídicos*”, tanto na perspectiva do devido processo legislativo (referindo-se aos pressupostos comunicativos e às condições processuais para uma gênese democrática do Direito), quanto na perspectiva do devido processo jurisdicional, nos seguintes termos:

“Nessa perspectiva, a jurisdição constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação ou representação, nos processos ordinários cíveis, penais e nos processos especiais de garantia de direitos constitucionais e de controle jurisdicional de constitucionalidade, dos possíveis afetados por cada decisão, por meio de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio processo jurisdicional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais,

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p.429-432.

⁷¹ STRECK. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p.430.

*nos próprios processos de controle jurisdicional de constitucionalidade, em via incidental ou principal, a jurisdição em matéria constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela aplicação a si mesma do princípio do devido processo legal, compreendido, aqui, como 'modelo constitucional de processo'.*⁷²

Diante disso, reitera-se que não há discricionariedade no controle de constitucionalidade, pois o princípio democrático e os direitos e garantias fundamentais estabelecem os limites de atuação da jurisdição constitucional, para torná-la compatível com o Estado Democrático de Direito, em respeito às normas da Constituição, notadamente ao princípio da separação das funções do Estado.

Partindo do estudo das teorias de Dworkin e de Habermas, Gustavo Binenbojm explica que, embora apresentem fundamentos diferentes⁷³, ambas as teorias consideram os direitos fundamentais e a democracia numa relação de implicação recíproca, não havendo nenhuma inconsistência lógica em sustentar que o controle de constitucionalidade protege tanto os direitos fundamentais (proposta de Dworkin), quanto o procedimento democrático (proposta de Habermas):

*“A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula lei ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional.”*⁷⁴

⁷² CATTONI DE OLIVEIRA. Devido Processo Legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: José Adércio Leite Sampaio. (org.). *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*, p.189-190.

⁷³ Em síntese: “Dworkin propõe um modelo de democracia constitucional, em oposição à democracia majoritária, baseando-se, justamente, em determinados direitos que, por uma questão de princípio, devem ser assegurados às pessoas, com prevalência sobre as políticas públicas decididas pelas maiorias eleitorais. Uma teoria da democracia pressupõe, assim, uma teoria dos direitos fundamentais do homem, que funcionem como trunfos contra maiorias irresponsáveis, mas, ao mesmo tempo, como princípios deontológicos inerentes à própria noção de regime democrático”. Por outro lado: “na perspectiva habermasiana, os direitos fundamentais do homem não são produto de uma revelação transcendente (como na doutrina jusnaturalista), nem princípios morais racionalmente endossados pelos cidadãos (como propõe, kantianamente, Dworkin), mas consequência da decisão recíproca dos cidadãos livres e iguais de legitimamente regular as suas vidas por intermédio do direito positivo”. (BINENBOJM. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p.105-108).

⁷⁴ BINENBOJM. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p.278

Portanto, o fato de as decisões jurisdicionais dependerem de interpretação da legislação não retira a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, uma vez que, conforme esclarece Cláudio Pereira de Souza Neto, o “*ato jurisdicional não é um ato de mera vontade, mas sim um ato racionalizado dialogicamente*”. Além disso, a legitimidade do controle de constitucionalidade também se sustenta, pois, dada a supremacia das normas constitucionais no Estado Democrático de Direito, referido controle se faz necessário para limitar o princípio majoritário, por meio do procedimento democrático⁷⁵, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição e a proteção das minorias.

2.2 Modalidades do controle de constitucionalidade

Superada a questão de sua legitimidade, vale destacar que o controle de constitucionalidade não é atividade exclusiva dos órgãos jurisdicionais. Nos limites de suas competências, todos os órgãos estatais, inclusive das funções executivas e legislativas, têm o dever de observar as normas constitucionais e de fazer com que não sejam praticados atos que violem a Constituição⁷⁶. A título de exemplo, vale lembrar que o chefe do executivo, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, tem o poder-dever de vetar⁷⁷ projeto de lei inconstitucional, proveniente dos órgãos legislativos.

Dessa forma, como decorrência do princípio da supremacia da constituição, o controle de constitucionalidade, ainda que implicitamente, deve ser uma operação mental contida na prática de qualquer ato estatal envolvendo direito infraconstitucional, pois, se houver incompatibilidade, a norma constitucional deverá

⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, p.338

⁷⁶ Parte da doutrina defende ainda a existência do poder-dever do chefe do executivo de negar a aplicação, no âmbito de suas atribuições, de atos normativos que lhe pareçam inconstitucionais, independentemente de prévia autorização por parte do judiciário, ressalvada a possibilidade de reexame judicial por qualquer interessado. Mesmo após a Constituição de 1988, que prevê a legitimação do Presidente da República e dos Governadores de Estados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, essa parcela da doutrina ainda defende sua tese, baseando-se em uma interpretação a *contrario sensu* do art.102, §2º, da Constituição, que também vincula o executivo às decisões proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade. (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p.266-276).

⁷⁷ Veja a redação do art. 66, §1º, da Constituição de 1988: “*se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto*”.

sempre prevalecer, enquanto que o ato inconstitucional não poderá ser aplicado. Assim, asseguradas as garantias do devido processo legal, o controle de constitucionalidade é essencial para que o povo possa fiscalizar e requerer a declaração de nulidade dos atos jurídicos praticados em desconformidade com a Constituição, oriundos de qualquer um dos órgãos estatais.

Antes ainda de adentrar nas modalidades de controle, é importante mencionar que parte da doutrina classifica a inconstitucionalidade dos atos estatais com base em diversos critérios⁷⁸, dependendo do tipo de afronta à Constituição. Dentre as que interessam ao trabalho, vale destacar que, de acordo com a forma de elaboração e com o conteúdo da norma, a inconstitucionalidade pode ser classificada como formal ou material.

Em resumo, a inconstitucionalidade formal ocorre quando um ato legislativo tenha sido produzido em inobservância das normas constitucionais que estabeleçam a competência para edição do ato, que definam a espécie normativa específica para regulamentar certas matérias, ou que disponham sobre o processo legislativo. Por exemplo, se algum Estado da Federação editar uma lei de matéria processual, sem delegação expressa, a norma poderá ser declarada inconstitucional por violar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Outros exemplos de inconstitucionalidade formal ocorrem quando se utiliza de lei ordinária para regulamentar matéria reservada à lei complementar, ou nas hipóteses de vícios na iniciativa ou no *quorum* de votação.

Por sua vez, a inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em desconformidade com alguma norma prevista na Constituição⁷⁹, seja uma regra ou princípio. O controle material de

⁷⁸ Dentre outras classificações doutrinárias, os tipos de inconstitucionalidade podem ser: formal e material, por ação e por omissão, total e parcial, direta e indireta, antecedente e consequente, causal, presente e pretérita, originária e superveniente, e progressiva. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, p.138-157).

⁷⁹ Por meio da ação direta de inconstitucionalidade n. 2 e da questão de ordem oposta na ação direta de inconstitucionalidade n. 438, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o controle de constitucionalidade somente pode ser realizado para atos normativos editados após a Constituição de 1988, não admitindo a chamada “*inconstitucionalidade superveniente*”. Sendo assim, não cabe declaração de inconstitucionalidade para atos normativos editados antes da Constituição de 1988, na medida em que já não possuem mais validade, pois não foram recepcionados (revogação). Dessa forma, os atos jurídicos praticados até a entrada em vigor da Constituição de 1988, com base na lei não recepcionada, tiveram sua validade preservada. Como ressalta Lenio Luiz Streck, ainda há uma forma de controle concentrado em que seria possível o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma não recepcionada pela Constituição, qual seja, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme redação do art.1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.882/1999. (STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p.27)

constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais, denominado “*bloco de constitucionalidade*”, abrangendo regras e princípios, explícitos ou implícitos.

Quanto às modalidades de controle de constitucionalidade no direito comparado, é possível identificar três grandes sistemas diferentes. O sistema francês tem como principal característica o seu caráter político, não jurisdicional, em que o controle é exercido pelo Conselho Constitucional, mediante iniciativa de apenas alguns membros do executivo ou legislativo⁸⁰. Esse sistema é objeto de muitas críticas, pois não permite que o povo também exerça o controle e fiscalização sobre a constitucionalidade dos atos estatais, tornando-o incompatível com o Estado Democrático de Direito. Por outro lado, no sistema americano (*judicial review*), o controle de constitucionalidade é jurisdicional e pode ser exercido, de maneira difusa, por qualquer juiz ou tribunal. Embora não possua previsão expressa na Constituição dos Estados Unidos, a possibilidade de o judiciário exercer o controle de constitucionalidade ficou assentada no julgamento do caso *Marbury vs Madison*⁸¹, pelo *justice* Marshall, da Suprema Corte, em 1803, e que se mantém aplicável até nos dias de hoje, em face do *stare decisis*. Por fim, no sistema austríaco, o controle de constitucionalidade é realizado de forma concentrada, apenas por um órgão especialmente criado com essa competência, qual seja, o Tribunal Constitucional⁸².

⁸⁰ Os legitimados ativos para suscitar o controle são o Presidente da República, Presidente da Assembleia Nacional e o Presidente do Senado. Após esgotadas as fases do processo legislativo, os legitimados podem suscitar ou não o controle do projeto de lei. Se o Conselho Constitucional entender pela inconstitucionalidade, a norma não é promulgada (a menos que haja uma revisão na Constituição), mas se entender pela constitucionalidade, não poderá mais ser questionada. (DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, p.223-224).

⁸¹ Apesar de existirem outros precedentes históricos anteriores, inclusive na Inglaterra (*The College of Physicians vs Dr. Thomas Bonham*), foi o caso *Marbury vs Madison* que concretizou a possibilidade de controle de constitucionalidade por parte do judiciário. Em artigo específico sobre as origens do controle difuso de constitucionalidade, Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira destacam a importância desse *leading case*: “Em seu aresto, Marshall cravou o argumento que viria a transformar o direito constitucional e a própria teoria do direito: afirmou que a garantia de que a Constituição era revestida de supremacia, se apresentando como uma espécie de ‘lei das leis’, como a *paramount law*, implicava na conclusão lógica de que o Poder Judiciário teria o poder de fiscalizar os atos do Congresso que fossem editados em contrariedade aos seus ditames.” (ABBOUD. OLIVEIRA. A gênese do controle difuso de constitucionalidade. *Revista de Processo*, v.229, p.444).

⁸² O sistema austríaco foi introduzido em 1920, pela Constituição desse Estado, e disseminado na Europa após a 2ª Guerra Mundial. Conforme Luís Roberto Barroso: “Nesse sistema, como regra geral, juízes e tribunais suspenderão o processo no qual tenha sido feita a arguição plausível de inconstitucionalidade de determinada norma, remetendo a questão para ser decidida pelo Tribunal Constitucional. Após o pronunciamento acerca da questão constitucional, retoma-se a tramitação do processo perante o juízo ou tribunal competente.” (BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.63)

A partir desses sistemas, é possível classificar o controle de constitucionalidade nas seguintes modalidades: político ou judicial; preventivo ou repressivo; difuso ou concentrado; principal ou incidental. O controle político não será objeto de pesquisa, pois, embora existam instâncias de controle de constitucionalidade político no Brasil, como, por exemplo, o veto por parte do chefe do executivo, são os órgãos judiciais que detêm a competência para apreciar a inconstitucionalidade dos atos estatais, em definitivo. Vale destacar apenas que, no sistema judicial, ao contrário do político, o controle de constitucionalidade somente pode ser realizado em processo instaurado mediante provocação, ainda que, no curso desse processo, o juiz também tenha o poder-dever de reconhecer a inconstitucionalidade de ofício. Também não interessa diretamente para a pesquisa o estudo do controle de constitucionalidade preventivo, pois o que se pretende é verificar a possibilidade de controle de constitucionalidade das súmulas e dos precedentes judiciais obrigatórios, e não dos projetos de lei. Assim, a seguir, passe-se a examinar as duas últimas classificações, com enfoque para a sua aplicação no Direito brasileiro.

2.2.1 Controle difuso e concentrado

Em síntese, o controle de constitucionalidade será difuso quando puder ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, que terão a competência de reconhecer a incompatibilidade de determinado ato estatal em relação à Constituição e, conseqüentemente, de não aplicá-lo no caso em concreto, com efeitos *inter partes* e *ex tunc*. Em contrapartida, no controle concentrado, apenas um único órgão ou um número limitado de órgãos tem competência para o exercício dessa mesma função, cuja decisão terá efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

Como visto acima, o controle difuso foi consagrado no julgamento do caso *Marbury vs Madison*, em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, reconhecendo a possibilidade de qualquer órgão jurisdicional rever e deixar de aplicar um ato estatal em desconformidade com a Constituição. Para tanto, os fundamentos encontrados pelo *justice Marshall*, e que ainda permanecem válidos, são a primazia da superioridade das decisões judiciais sobre os atos de natureza política; a indispensabilidade da interpretação e aplicação das normas constitucionais e legais pelos órgãos jurisdicionais; e principalmente a aplicação do

princípio da supremacia da Constituição em relação às atividades praticadas pelos órgãos estatais⁸³.

Desse modo, tendo em vista que compete ao órgão jurisdicional aplicar o direito de acordo com a Constituição, caso lhe seja apresentada no caso em concreto uma lei ou outro ato estatal que contrarie as normas constitucionais, caberá juiz ou tribunal o poder-dever de não aplicá-lo, até mesmo como forma de manter o equilíbrio e a interdependência entre os órgãos do Estado.

No ordenamento brasileiro, o controle difuso de constitucionalidade foi inserido pela Constituição de 1891, aproximando-se das características do sistema americano, mas mantendo-se filiado à tradição romano-germânica. Isto é, ao contrário do que acontece no *stare decisis*, as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade não são dotadas de efeitos vinculantes *erga omnes*. Conforme a doutrina clássica, ainda hoje, na vigência da Constituição de 1988, as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade pelos órgãos jurisdicionais, até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, seja no exercício de sua competência originária, seja na apreciação de recurso extraordinário, somente possuem efeitos *inter partes* e *ex tunc*⁸⁴. A extensão de efeitos *erga omnes* somente seria possível nas hipóteses em que o Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição de 1988.

Contudo, vale destacar que essa orientação foi relativizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação n. 4335-5/AC⁸⁵, que reconheceu efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, diante da existência de uma alegada “mutação constitucional”, conferindo ao Senado

⁸³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, p.188

⁸⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática: atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009*, p.355-356.

⁸⁵ A Reclamação n. 4335-5/AC visava impugnar uma decisão do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC, que negou o pedido de progressão de regime a um condenado que havia cumprido apenas um sexto da pena, em consonância com o que dispõe o art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990. Inicialmente, essa norma exigia que a pena do condenado por crime hediondo fosse cumprida integralmente em regime fechado, mas teve sua redação alterada pela Lei n. 11.464/2007, passando a exigir o cumprimento de dois quintos da pena para progressão em crimes hediondos. A Reclamação tinha como fundamento a preservação da garantia da autoridade do julgamento do *Habeas Corpus* 82959/SP, publicado em 01/09/2006, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do antigo art.2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, por violar a garantia da individualização da pena, prevista no art.5º, inciso XLVI, da Constituição de 1988. Embora não haja dúvidas que o juiz coator do *Habeas Corpus* 82959/SP esteja sujeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a questão que se coloca é se a decisão do Supremo Tribunal Federal nesse processo também teria efeitos *erga omnes*.

Federal a atribuição de apenas dar publicidade à decisão. Antes mesmo do julgamento definitivo, o entendimento do voto do ministro relator já estava sendo objeto de críticas pela doutrina, por equiparar os efeitos do controle difuso ao controle concentrado, em sentido contrário ao que determina a Constituição de 1988, afrontando os princípios da democracia e do devido processo constitucional:

“Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas o caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intralegislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo desse referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição de República de 1988. Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos advocatórios. Afinal, não é a toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos ex nunc e não ex tunc. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.”⁸⁶

Note-se que, além de ser uma prerrogativa democrática, garantindo a participação popular por meio de seus representantes, o ato do Senado Federal que suspende a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal também cumpre o papel de definir a extensão dos efeitos dessa decisão⁸⁷. A princípio, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso terá efeitos apenas *inter partes* e *ex tunc*, sendo necessária a manifestação do Senado Federal, que é facultativa, para que a declaração de inconstitucionalidade passe a ter efeitos *erga omnes* e *ex nunc*⁸⁸. Em outras

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *In: Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v.10, p.42-43.

⁸⁷ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, p.85.

⁸⁸ A suspensão da execução da lei pelo Senado Federal somente terá efeitos *ex nunc*, pois equivale a revogação da norma, sem prejudicar a validade dos atos jurídicos praticados em sua vigência, ao passo que a declaração de inconstitucionalidade é o reconhecimento de nulidade da norma, retirando sua eficácia desde a sua origem.

palavras, a função do Senado é relevante justamente para viabilizar a possibilidade de diferenciação, que é benéfica para o sistema, na medida em que nem toda a decisão precisa ser vinculante contra todos.

Ora, caso o Supremo Tribunal Federal pretenda que determinada decisão produza efeitos *erga omnes*, sem encaminhar uma Resolução para comunicação ao Senado Federal, poderia inclusive editar uma súmula vinculante sobre a matéria, observando o procedimento do art.103-A da Constituição de 1988. Porém, não poderia equiparar os efeitos do controle concentrado ao controle difuso, sob pena de violar os princípios da democracia e do devido processo constitucional, bem como de retirar a efetividade da própria súmula vinculante, que perderia a razão de ser⁸⁹. De toda forma, tal entendimento do Supremo Tribunal Federal é mais um sinal de que o sistema brasileiro está sendo influenciado pelo *stare decisis* do sistema do *common law*, ao lidar com os precedentes judiciais de forma vinculante, como será abordado nos próximos capítulos.

Deixando essa questão de lado, não há dúvidas que o controle difuso é indispensável para a concretização do princípio do Estado Democrático de Direito, pois permite a qualquer um do povo a possibilidade de fiscalizar os atos estatais contrários à Constituição, requerendo o reconhecimento de sua inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a não aplicação em um caso concreto. Desta forma, o controle difuso assegura a proteção aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, caso venham a ser violados ou ameaçados por normas infraconstitucionais ou por outros atos estatais, que devem ser declarados nulos, ainda que aparentemente legais. Assim, é possível concluir que o controle difuso é em si mesmo uma garantia fundamental⁹⁰, como decorrência do princípio do acesso à jurisdição, na forma do art.5º, XXXV, da Constituição de 1988, que, portanto, não pode ser ignorada pelo judiciário.

Além disso, vale destacar que, na Constituição de 1988, o controle difuso de

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *In: Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v.10, p.44-45.

⁹⁰ Nesse ponto, importante ressaltar a diferenciação existente entre direitos fundamentais e garantias fundamentais, conforme explicado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: "Assim, enquanto os direitos fundamentais são os direitos humanos expressamente enumerados e declarados no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias constitucionais, por isto garantias fundamentais, diversamente, compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (devido processo constitucional ou modelo constitucional de processo) e tecnicamente apto a lhes assegurar plena efetividade." (BRÊTAS. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 72).

constitucionalidade também está previsto expressamente, ainda que de modo oblíquo, nas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário. Quando a norma do art.102, III, “b”, da Constituição dispõe que compete ao Supremo Tribunal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, também está automaticamente reconhecendo a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal apreciar a inconstitucionalidade das leis.

Não é demais lembrar que, no Estado Democrático de Direito, o controle de constitucionalidade deve ser realizado por meio do processo constitucional, com garantia de participação e influência por parte do povo na decisão judicial, e não meramente por uma interpretação exclusiva do magistrado, como pensado inicialmente no sistema americano. Por meio da aplicação do princípio do devido processo legal, o processo constitucional permite exercício de ampla fiscalidade da constitucionalidade das normas por parte do povo, que é visto como destinatário e coautor das normas jurídicas. E, por uma interpretação conjunta do princípio do Estado Democrático de Direito, do art. 5º, LIV, e do art.102, III, da Constituição de 1988, pode-se concluir que, dentre todos os modelos, talvez o controle difuso seja aquele que mais se aproxima do Estado Democrático de Direito, pois permite que qualquer do povo fiscalize a constitucionalidade dos atos estatais.

Contudo, como ressalta André Del Negri, para que o controle difuso seja admitido pelos órgãos jurisdicionais, é preciso que o interessado esteja sob a incidência direta de um caso *in concreto*, o que apresenta um entrave à ampla fiscalização democrática. Assim, no Estado Democrático de Direito, o ideal seria que o controle de constitucionalidade estivesse à disposição de qualquer um do povo, a qualquer momento, mesmo que não tivesse sofrendo os efeitos do ato pretensamente inconstitucional, em uma espécie de controle simultaneamente difuso e abstrato, mas, para tanto, seria necessário reformar o atual ordenamento brasileiro⁹¹. Por outro lado, o controle de constitucionalidade concentrado se caracteriza por ser realizado apenas por um tribunal especializado e autônomo, que tem competência para declarar a inconstitucionalidade da norma e, em regra, é feito de forma abstrata, sem a necessidade de se discutir situações concretas.

O controle concentrado foi adotado pela primeira vez na Constituição da

⁹¹ DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, p.227.

Áustria, em 1920, a partir das ideias de Hans Kelsen. Como esclarece José Emílio Medauar Ommati, apesar de ser preciso proteger a Constituição de ataques do legislador ordinário e do executivo, os europeus sempre desconfiaram dos juízes, por estarem ligados tradicionalmente ao poder monárquico, símbolo do despotismo, o que fez com que Kelsen pensasse em um órgão, que não fizesse parte do Judiciário, com a competência de controlar a constitucionalidade das leis. Este órgão especial era o Tribunal Constitucional, que tinha a função semelhante a um “legislador negativo”, na medida em que revogaria a norma infraconstitucional que estivesse em desconformidade com a Constituição⁹². Além disso, Luís Roberto Barroso ainda apresenta mais duas razões que induziram os Estados continentais europeus a adotarem um sistema diferente do americano. A primeira delas é que esses Estados não são filiados à tradição do *common law* e, portanto, não adotam o *stare decisis*. Desta forma, o Tribunal Constitucional foi criado para que as decisões em controle de constitucionalidade tivessem efeitos obrigatórios e *erga omnes*, não se limitando a apenas um único caso em concreto. A segunda razão decorre do fato de que tribunais desses Estados são compostos por juízes de carreira, que não teriam o perfil adequado para o Tribunal Constitucional, na medida em que as decisões de controle de constitucionalidade não seriam propriamente jurisdicionais, porém mais ligadas à função do legislativo⁹³.

Além de ter importado importantes características do sistema americano, o Brasil também foi influenciado pelo sistema austríaco, mas com algumas diferenças, sobretudo porque, aqui, o controle de concentrado é realizado por órgãos jurisdicionais, com competência específica para tanto. Como ensina Luís Roberto Barroso, no plano federal, o controle concentrado, tendo como paradigma a Constituição da República de 1988, é realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, “a”), e da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º). Contudo, no plano estadual, o controle concentrado é realizado pelos Tribunais de Justiça, mas tem como paradigma a Constituição do Estado, na representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos

⁹² OMMATI. *Teoria da Constituição*, p.205-206.

⁹³ BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.70-71.

estaduais ou municipais (art.125, §2º)⁹⁴.

O controle concentrado foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional n. 16/1965, que deu nova redação ao art. 101 da Constituição de 1946, para prever a “representação de inconstitucionalidade”, embora já existisse a “representação interventiva”⁹⁵ desde a Constituição de 1934. Com a promulgação da Constituição de 1988, além da ação interventiva e da ação direta de inconstitucionalidade, também foram previstas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por fim, a Emenda Constitucional n. 3/1993 introduziu mais uma forma de controle concentrado de constitucionalidade, qual seja, a ação declaratória de constitucionalidade, prevista no art.102, inciso I, alínea “a”. Além de expressa previsão do controle concentrado na Constituição brasileira, vale destacar que a Lei n. 9.868/1999 veio disciplinar o processamento e julgamento tanto da ação direta de inconstitucionalidade, quanto da ação declaratória de constitucionalidade⁹⁶, e a Lei n. 9.882/1999 veio regulamentar o processamento e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que até então não tinha aplicabilidade.

Com o alargamento das hipóteses de controle concentrado no Brasil e o aumento do número de legitimados para exercê-lo⁹⁷, parte da doutrina chegou a

⁹⁴ BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.182.

⁹⁵ Álvaro Ricardo de Souza Cruz explica que, na vigência da Constituição de 1934, a ação direta interventiva limitava-se ao controle de normas estaduais em face dos “princípios constitucionais sensíveis”, que poderiam desencadear a intervenção federal nos Estados-membros: “*A despeito de não ser concebida como forma específica de controle concentrado de constitucionalidade das leis, e sim como um conflito de interesses entre a União Federal e os Estados, a verdade é que ela passou a exercer tais funções, cumprindo tal mister até o advento da representação de inconstitucionalidade pela Emenda constitucional n. 16/65 à Carta de 1946*”. (CRUZ. *Jurisdição Constitucional Democrática: atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009*, p.380-381).

⁹⁶ Lenio Luiz Streck entende que a Lei n. 9.868/1999 é formalmente inconstitucional, pois o funcionamento da jurisdição constitucional não poderia estar regulamentado por meio de uma simples regra de direito processual. Ao contrário de outros Estados europeus, a Constituição brasileira não previu competência para a União legislar sobre jurisdicional constitucional, o que, pela relevância da matéria, somente seria possível após a autorização por meio de emenda constitucional. (STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p.425-426).

⁹⁷ Com a edição da Emenda Constitucional n. 3/1993, foi incluído o §4º ao art.103, para estabelecer quem seriam os legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade. Este dispositivo foi objeto de crítica pela doutrina, pois apresentava um número menor de legitimados em relação à ação direta de inconstitucionalidade, cujo rol já era previsto pela redação original do *caput* do art.103. Assim, onde o constituinte originário não restringiu, não pode o revisor fazê-lo. Porém, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, que revogou o art.103, §4º, foi unificado o rol de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art.2º, I, da Lei n. 9.882/1999). (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática: atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009*, p.421-423).

sustentar que o constituinte acabou por “*restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade*”, uma vez que as questões constitucionais passariam a ser veiculadas pela ação direta de inconstitucionalidade⁹⁸.

Por outro lado, também há autores que entendem que a ampliação do critério concentrado veio apenas complementar e corrigir possíveis distorções do critério difuso, e nunca para reduzi-lo ou restringi-lo, devendo todos os critérios ser harmonizados, para maior garantia da Constituição⁹⁹. Independente da preferência pelo controle difuso ou concentrado, o importante é a garantia dos direitos fundamentais e da democracia, em que qualquer um do povo e a sociedade organizada não podem ficar com uma postura de passividade em relação à atuação dos órgãos jurisdicionais, mas devem participar e influenciar suas decisões¹⁰⁰.

Apesar do aumento do rol de legitimados para o controle concentrado na Constituição de 1988, previsto no art. 103, uma das maiores críticas a este tipo de controle no Estado Democrático de Direito é a impossibilidade de acesso por qualquer um do povo¹⁰¹. Diante do princípio da democracia e do devido processo legal, bem como das demais garantias do processo constitucional, o destinatário da norma também é seu coautor, de modo que deve ser legitimado a fiscalizar sua constitucionalidade, inclusive no controle concentrado. Como observa André Del Negri, não se sustenta democraticamente o argumento daqueles que entendem que a ampliação do número de legitimados para o controle concentrado iria sobrecarregar o Supremo Tribunal Federal, pois a lei é abstrata e geral, dirigindo-se a todos, e até mesmo porque a própria ação popular é pouco utilizada na prática,

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Análise do direito comparado e nacional. In: MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868 de 10-11-1999*, p.63.

⁹⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*, p.213-214.

¹⁰⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática: atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009*, p.380-381.

¹⁰¹ Nesse ponto, vale destacar que, quando foi aprovado no Congresso Nacional, o art.2º, II, da Lei n. 9.882/1999, que regulamenta o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º, do art. 102 da Constituição de 1988, atribuía legitimidade ativa para “*qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público*”. Contudo, esse dispositivo foi vetado pelo Presidente, por razões meramente instrumentais e políticas, em detrimento de sua relevância democrática, como se verifica no seguinte trecho da mensagem de veto: “*A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. (...) Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.*”

apesar da isenção das custas judiciais. Deste modo, o autor sugere que, mesmo se não se estender a legitimidade para qualquer um do povo, deveria ser ao menos assegurada a possibilidade de qualquer interessado solicitar a propositura de ações diretas ao Procurador-Geral da República, como ocorre na arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁰².

Ao contrário do que ocorre com as decisões no controle difuso, a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade em sede de controle concentrado acarreta a nulidade da norma, com efeitos *erga omnes*, mesmo sem a necessidade de publicação de Resolução pelo Senado Federal. Segundo o art. 102, §2º, da Constituição e do art. 28 da Lei n. 9.868/1999, a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos jurisdicionais e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Note-se que o efeito vinculante não atinge os órgãos legislativos, que poderão até mesmo editar nova lei em sentido contrário à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, quanto aos efeitos temporais, tanto as decisões em controle difuso, quanto em controle concentrado¹⁰³, têm natureza declaratória de nulidade do ato estatal em desconformidade com a Constituição e, portanto, possuem efeitos *ex tunc*.

Contudo, vem ganhando força na doutrina e na jurisprudência a denominada “modulação dos efeitos temporais”, sobretudo após a edição das Leis n. 9.868/1999¹⁰⁴ e n. 9.882/1999¹⁰⁵, que previram a possibilidade de o Supremo

¹⁰² DEL NEGRI. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, p.228. No mesmo sentido: “*Entretanto, o Judiciário e o Legislativo, sem qualquer reação do Ministério Público, negando vigência à norma fundamental de resistência democrática do legislador originário (o cidadão), têm restringido, por condutas várias, num retrocesso octocentista, o círculo de intérpretes da constituição aos sítios privilegiados de um controle concentrado por órgãos e poderes do arcaico Estado liberal ou social de direito e por entes corporativizados, pseudo-institucionais, associativos ou empresariais, mediante o autor de uma ‘jurisdição’ estranha e avessa ao paradigma da teoria da democracia.*” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 134).

¹⁰³ Aqui há mais uma diferença do controle de constitucionalidade no Brasil em relação ao sistema austríaco, onde prevaleceu o entendimento de que a norma inconstitucional é meramente anulável, permanecendo válida até a decisão do Tribunal Constitucional, que seria constitutiva e com efeitos *ex nunc*.

¹⁰⁴ Veja a redação do art.27 da Lei n. 9.868/1999: “*Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*”

¹⁰⁵ Veja a redação do art.11 da Lei n. 9.882/1999: “*Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em*

Tribunal Federal “relativizar” os efeitos *ex tunc* às suas decisões em sede de controle concentrado¹⁰⁶. De acordo com as referidas normas, por razões de “*segurança jurídica*” ou de “*excepcional interesse social*”, o Supremo Tribunal Federal poderá restringir os efeitos da declaração *ex tunc* para algum momento passado; determinar que a lei inconstitucional somente perca sua eficácia a partir do trânsito em julgado da sentença (*ex nunc*); ou, ainda, determinar eficácia *pro futuro*, estabelecendo que a lei inconstitucional somente perderá sua eficácia a partir de uma data futura¹⁰⁷, marcada arbitrariamente pelo Tribunal.

Em que pese a adesão por parte da doutrina, não parece que esse entendimento esteja de acordo com o Estado Democrático de Direito, pois, conforme denuncia Lenio Luiz Streck, a norma concede enorme discricionariedade ao Supremo Tribunal Federal, para estabelecer o que seja “*segurança jurídica*” e “*excepcional interesse público*”, bem como para fixar a partir de qual data a decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade começaria a produzir efeitos, reduzindo a força normativa da Constituição¹⁰⁸.

No mesmo sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz entende que as Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/1999 procuraram impor ao Supremo Tribunal Federal a ideia da ponderação de valores de Alexy, tratando os princípios como “*mandados de otimização*”, e aplicando-os de acordo com argumentos utilitaristas. Isto é, a partir das referidas leis, o Supremo Tribunal Federal estaria incumbido da tarefa de sopesar as consequências de declarar a nulidade da norma inconstitucional, podendo adiar os efeitos da decisão e manter a validade da referida norma por determinado tempo, mesmo que em desconformidade com a Constituição. Com base em Dworkin, Álvaro Ricardo de Souza Cruz ressalta que a jurisdição não pode se ater a argumentos de política, mas deve se fundamentar em argumentos

vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

¹⁰⁶ Luís Roberto Barroso ressalta que o Supremo Tribunal Federal possui precedentes antigos, nos quais também deixou de atribuir efeitos retroativos às decisões proferidas em sede de controle difuso, “*como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados*”. (BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.153).

¹⁰⁷ De acordo com Álvaro Ricardo de Souza Cruz, essa terceira hipótese de modulação de efeitos é praticamente cópia da Constituição austríaca, mas com a diferença de que lá o prazo *pro futuro* é de um ano e aqui não há qualquer limitação. (CRUZ. *Jurisdição Constitucional Democrática: atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009*, p.461).

¹⁰⁸ STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p.541-545.

jurídicos, lembrando que a colisão entre princípios não se resolve mediante ponderação, mas na aplicação daquele que possui o melhor convencimento. Assim, conclui que “o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 e seu congênere na Lei n. 9.882/1999 são, além de ilegítimos, inconstitucionais, pois transformam o Supremo em verdadeiro Poder Constituinte Originário”, em violação aos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito¹⁰⁹.

Diante do exposto, pontuadas algumas críticas às modalidades de controle de constitucionalidade, tomando como base o princípio do Estado Democrático de Direito e o processo constitucional, constata-se que o Brasil adotou um sistema misto, com elementos do sistema americano e austríaco. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro admite, simultaneamente, tanto o controle difuso, realizado por qualquer juiz ou tribunal, em um caso concreto, cuja decisão possui efeitos apenas *inter partes*, quanto o controle concentrado, realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal (quando o paradigma é a Constituição da República de 1988), cujas decisões terão efeitos *erga omnes*.

Para concluir a apresentação dessa classificação, é importante mencionar que, quando os juízes exercem o controle difuso não declaram a inconstitucionalidade da norma, mas apenas deixam de aplicá-la ao caso em concreto¹¹⁰, tendo em vista a limitação prevista no art. 97 da Constituição de 1988. Segundo a referida norma, denominada “cláusula de reserva de plenário”, os tribunais somente poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial. Registre-se que esta norma também se aplica para o controle concentrado¹¹¹, mas, quando a questão constitucional estiver sendo discutida em controle difuso, o órgão fracionário do tribunal deve¹¹² instalar o incidente de

¹⁰⁹ No ponto de vista do autor, é possível construir uma interpretação conforme a Constituição, para admitir que a lei inconstitucional seja apenas anulável, perdendo seus efeitos a partir da declaração judicial (*ex tunc*). (CRUZ. *Jurisdição Constitucional Democrática: atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009*, p.455-471).

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p.362

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.120.

¹¹² Nesse ponto, vale destacar que a suscitação do incidente de inconstitucionalidade não é uma faculdade do órgão fracionário, que não poderá deixar de aplicar a norma ao caso em concreto, sem levar a questão constitucional ao órgão especial ou ao pleno. Nesse sentido, foi editada a súmula vinculante n. 10, com a seguinte redação: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

inconstitucionalidade, para julgamento pelo órgão especial ou pela composição plenária, nos termos do art. 480 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973, correspondente ao art. 948 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015. Enquanto o incidente de inconstitucionalidade é apreciado, o processo ficará suspenso, sendo certo que o caso em concreto somente poderá ser julgado após a decisão da questão constitucional (incidental). A única exceção que dispensa os órgãos fracionários dos tribunais de submeter a arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial ocorrerá quando já houver pronunciamento destes¹¹³ ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (mesmo ato normativo), demonstrando mais uma vez a aproximação do ordenamento brasileiro com o *common law*.

2.2.2 Controle principal e incidental

No controle incidental, a fiscalização da constitucionalidade é realizada por juízes e tribunais na apreciação de um caso em concreto. Também é conhecido como controle por via de exceção ou de defesa, porque foi pensado como uma forma de resposta do réu, a fim de evitar o cumprimento de uma norma pretensamente inconstitucional. Contudo, a questão constitucional também pode ser suscitada na petição inicial, como fundamento da pretensão do autor, ou ainda pelo terceiro interveniente, pelo Ministério Público, atuando como parte ou *custos legis*, e até mesmo pelo próprio magistrado, de ofício¹¹⁴.

De qualquer modo, no controle incidental, a declaração de inconstitucionalidade não é propriamente o objeto da lide, mas apenas uma questão

¹¹³ Lenio Luiz Streck apresenta diversas críticas a essa norma, concluindo que sua aplicação somente tem sentido na hipótese em que “o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a questão constitucional em sede de controle difuso, já tenha remetido a decisão para o Senado (porque só então estará consolidada a posição do STF), e o Senado ainda não tenha promulgado a resolução suspensiva da execução da lei. Fora de tal hipótese, é temerária (e inconstitucional) a dispensa de suscitação do incidente de inconstitucionalidade pelos tribunais da República, porque decorrência, nestes casos, de decisão do Supremo Tribunal que não cumpriu o disposto no art.52, X, da CF”. Além disto, também questiona a constitucionalidade da norma, pela possibilidade de os tribunais inferiores dispensarem o incidente na hipótese de pronunciamentos originários deles mesmos, criando uma vinculação jurisprudencial imprópria e consolidando uma interpretação constitucional que pode não ser a do Supremo Tribunal Federal, em violação ao art. 97 da Constituição de 1988. (STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p.364-375).

¹¹⁴ DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, p.229-230.

prejudicial, a ser decidida antes da questão central discutida no processo¹¹⁵. Por isto mesmo, a declaração de inconstitucionalidade não figura no dispositivo da sentença, mas é reconhecida somente para o efeito de isentar a parte, no caso concreto, do cumprimento do ato estatal elaborado em desacordo com a Constituição.

Como observa Luís Roberto Barroso, o controle incidental, realizado na apreciação de um caso concreto, e o controle difuso, desempenhado por qualquer juiz ou tribunal, não se confundem conceitualmente, embora se superponham, como regra geral. No Brasil, o controle incidental é realizado de modo difuso, com exceção da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em que o controle incidental também pode ser concentrado¹¹⁶.

Por outro lado, no controle principal, o objeto é o pronunciamento sobre a constitucionalidade da lei “em tese”, sem qualquer relação de dependência para com outro litígio. Diz-se que o controle concentrado é abstrato, pois não decorre de um caso em concreto e, tecnicamente, não há lide, nem partes.

Assim como controle incidental e difuso não se confundem, Luís Roberto Barroso ensina que controle principal e concentrado também não são sinônimos: “*nos países europeus, existem exemplos nos quais ocorrerá controle concentrado, exercido pelo tribunal constitucional, mas por via incidental*”¹¹⁷. Como regra, no direito brasileiro, o controle de constitucionalidade concentrado também será principal, mas comporta exceção, como inclusive vem entendendo a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação n. 4335-5/AC.

¹¹⁵ Para facilitar o entendimento acerca do controle incidental, veja o exemplo citado por José Emílio Medauar Ommati: “*Imaginemos que o Estado de Minas Gerais crie um tributo que fira um princípio da Constituição Federal Brasileira de 1988. Um cidadão mineiro deixa de pagar o tributo, por entender que o mesmo é inconstitucional. O Estado o processa, alegando que o cidadão deve pagar o tributo perante um juiz do Estado. A defesa do cidadão para o não pagamento do tributo centra-se no fato de que este tributo é inconstitucional, pois fere princípios constitucionais tributários estabelecidos na Constituição de 1988. Assim, a questão que o juiz deve julgar é se o cidadão deve ou não pagar o tributo, mas, para isso, deve julgar antes se o tributo é ou não inconstitucional.*” (OMMATI. *Teoria da Constituição*, p.204).

¹¹⁶ BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.73.

¹¹⁷ BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.73-74.

CAPÍTULO 3 – DAS SÚMULAS E DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS

Ao longo deste capítulo, serão abordadas algumas questões relacionadas aos precedentes judiciais e às súmulas, partindo de suas noções iniciais, passando pela sua valorização e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no Código de Processo Civil de 2015, até chegar à análise acerca da possibilidade de serem considerados inconstitucionais. Para não extrapolar os limites demarcados da pesquisa, tais questões serão abordadas na medida em que contribuam para a fixação da premissa de que determinados precedentes judiciais e súmulas são obrigatórios no Brasil, embora muitas vezes sejam mal elaborados e até mesmo contrários à Constituição de 1988, a fim de que se possa perquirir sobre o seu controle, no capítulo seguinte.

3.1 Noções de precedente

Antes de adentrar no estudo dos precedentes, cumpre fazer breve introdução sobre os modelos processuais das tradições jurídicas¹¹⁸ do *common law*, de onde se originam, e do *civil law*¹¹⁹, adotado no Brasil, para verificar a importância que cada uma delas atribui ao precedente judicial, aproveitando para desfazer alguns equívocos comuns sobre a matéria.

As duas tradições buscavam respeitar a igualdade e criar previsibilidade ao direito, mas de maneiras diferentes. O *common law* teve sua origem na Inglaterra e se expandiu para outros Estados, notadamente para aqueles que um dia já foram dominados pelo império inglês, pois é marcado pela cultura de obediência aos precedentes judiciais, que são construídos paulatinamente pelos tribunais, devendo

¹¹⁸ “A tradição jurídica consiste, verdadeiramente, em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito. Assim, a tradição jurídica relaciona o sistema jurídico (conjunto de regras normativas) com a cultura, ela insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural”. (STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p.20).

¹¹⁹ Não se desconhece a existência de outras tradições, mas não serão objeto da pesquisa. As considerações sobre o *common law* serão importantes, pois o precedente judicial é característico desta tradição, e as considerações sobre o *civil law* se justificam, pois é a tradição adotada no Brasil, e que sofre forte influência dos precedentes.

ser observados em casos semelhantes¹²⁰ (*treat like cases alike*). Não existe regra escrita determinando a obrigatoriedade de os órgãos judiciais seguirem os precedentes, o que acontece por uma questão de tradição, em respeito ao que já foi decidido em casos passados¹²¹.

Ao contrário, os Estados que adotam a tradição do *civil law* foram influenciados pelo direito romano-germânico¹²², como forma de contenção do abuso de poder dos governantes, a partir da necessidade de se observar o princípio da legalidade (ordenamento jurídico), baseado em direito escrito e notadamente codificado.

Nesse sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Carlos Henrique Soares explicam que:

*“No sistema romano-germânico (...), adota-se a concepção de que as normas de direito (regras e princípios) devem constituir a base fundamental dos Códigos, os quais fornecem as soluções jurídicas para os casos concretos, de forma acessível ao povo e aos operadores ou práticos do direito (...). Assim, os direitos dos Estados que adotam o sistema romano-germânico, na grande maioria das vezes, são sistematizados em normas jurídicas que compõem um Código, tratando-se, pois, de um sistema fundado essencialmente no direito codificado. Em resumo, no sistema jurídico romano-germânico (civil law), o juiz não cria o direito, porque, no julgamento dos casos concretos, tem de aplicar as normas jurídicas preexistentes (na maioria codificadas) no ordenamento jurídico vigente, em face dos princípios de reserva, pelos quais o Estado e as pessoas (governantes e governados) estão sempre sujeitos às normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico vigente, Constituição, Códigos e leis extravagantes, estas editadas fora dos textos codificados.”*¹²³

Embora existam diversas diferenças entre as duas tradições¹²⁴, talvez a mais relevante seja a escolha quanto às fontes do direito em cada uma delas. Enquanto

¹²⁰ “No sistema *common law*, o direito é constituído essencialmente pela jurisprudência (decisões reiteradas e uniformes dos tribunais sobre determinadas questões), sua fonte primeira, tratando-se, pois, por excelência, de um direito judiciário, no qual as soluções dos casos em julgamento são obtidas pela adesão a um anterior precedente jurisprudencial obrigatório (caso julgado), chamado *binding precedent*, que lhes servem de referência.” (SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Manual elementar de processo civil*, p.109-110).

¹²¹ FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*, p.67. Ver também: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p.67.

¹²² A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear os esforços comuns das universidades dos países latinos e germânicos, a partir do século XII, para o desenvolvimento, com base em compilações do Imperador Justiniano, de uma ciência jurídica comum a todos e apropriada às condições da época (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p.18).

¹²³ SOARE. BRÊTAS. *Manual elementar de processo civil*, p.110. Ver também: CAMBI, Eduardo; DE FILIPPO, Thiago Baldini Gomes. Precedentes Vinculantes. *Revista de Processo*, v. 215, p.214-217.

¹²⁴ A princípio, as diferenças estruturais entre as duas tradições estariam presentes na história jurídica, na teoria das fontes do direito, nos critérios de interpretação da lei e das decisões judiciais e nas técnicas de raciocínio jurídico de cada uma delas (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do direito*, p.11).

nos Estados filiados ao *common law*, “os costumes foram se transformando, mediante um lento processo evolutivo, em direito jurisprudencial”, os Estados que aderiram ao *civil law* romperam com o método casuístico, mediante a adoção de códigos escritos, que se sobrepuseram às demais fontes de direito. O modelo do *common law* está fortemente ligado ao precedente judicial, pois, ao mesmo tempo em que julga, o magistrado, de certa forma, também está criando normas, que serão extraídas de sua decisão e aplicadas nos casos posteriores, ou seja, a “*principal fonte do direito é a produção judicial*”¹²⁵. A regra de direito dos Estados que adotaram o *common law* são menos abstratas que as do *civil law*, pois buscam trazer a solução a um caso em concreto, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro¹²⁶. Note-se que essa diferenciação sobre a escolha das fontes do direito em cada uma das tradições reflete diretamente na forma de sua interpretação e aplicação, pois, no *civil law*, o método é dedutivo (geral para o particular), enquanto que, no *common law*, utiliza-se o método indutivo (do particular para o geral), para se encontrar a solução do caso em concreto¹²⁷.

Contudo, é incorreto apresentar o *common law* como um direito apenas jurisprudencial, uma vez que “*boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos são regras sancionadas pelo Legislativo ou pelo Executivo.*”¹²⁸ Os Estados Unidos, por exemplo, apesar de terem a herança britânica do *common law*, também têm seu direito marcado pela influência de uma Constituição escrita, desde 1788, reforçada pela criação do controle de constitucionalidade, em 1803, a partir do caso *Marbury vs Madison*¹²⁹. Até mesmo na Inglaterra, é preciso abandonar a ideia de que a legislação é fonte de importância meramente secundária, pois, mais do que simples “*corretivos*” ao direito jurisprudencial do *common law*, a lei também apresenta princípios de direito. Como obra do parlamento soberano, que representa a nação, a lei deve ser cumprida por todos, sendo equivocado pressupor que o juiz teria liberdade para descumpri-la no curso do processo¹³⁰.

¹²⁵ OLIVEIRA, Pedro Miranda. A força das decisões judiciais, *Revista de Processo*, v.216, p.17.

¹²⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p.19.

¹²⁷ CAMBI, Eduardo; DE FILIPPO, Thiago Baldini Gomes. Precedentes Vinculantes. *Revista de Processo*, v. 215, p.217.

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p.28.

¹²⁹ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, p.64.

¹³⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p.345-352.

Recentemente, está cada vez mais crescente uma tendência de aproximação entre o *common law* e o *civil law*, em razão da “circulação dos modelos”, com intercâmbios entre as duas tradições, e das “consequências jurídicas da globalização”¹³¹. Em muitos Estados filiados ao *common law*, pode-se perceber um “movimento de positivação”¹³², a partir da adoção de leis escritas, paralelamente aos precedentes judiciais. Nos Estados Unidos, chega-se a falar em um fenômeno denominado de “*staturification*” do direito, em alusão ao termo *statute*, que significa lei em sentido formal¹³³. Por sua vez, os Estados da tradição de *civil law*, principalmente o Brasil, também têm o seu direito influenciado pelos precedentes judiciais, que chegam até mesmo a se tornarem obrigatórios, semelhantes à própria lei escrita, como se verá nos próximos subtítulos.

De toda forma, não se pode afirmar que deixaram de existir diferenças entre as duas tradições, em razão das “*numerosas e relevantes discrepâncias que ainda subsistem*”¹³⁴, dentre elas, o tratamento destinado ao precedente judicial. Como observa José Rogério Cruz e Tucci, o precedente judicial é um “*fenômeno extremamente difuso, presente e relevante nos modelos jurídicos de época contemporânea, cada vez mais reforçado pela função de interpretação e aplicação uniforme (nomofilática) do direito*”. Contudo, apesar de se fazer presente no sistema jurídico dos Estados das duas tradições, o precedente judicial é dotado de diferente

¹³¹ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, v. 110, p.152-155.

¹³² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo*, v. 216, p.17. Com o advento do *Civil Procedure Rules*, em 1998, muitos autores chegaram a afirmar que a Inglaterra passou a adotar um Código de Processo Civil, substituindo a “*fragmentária disciplina anterior*”, por um “*código uno e abrangente*”, ainda que com estrutura diferente daqueles da tradição do *civil law*. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: (sétima série)*, p.179-181). Diante disso, afirmam que a Inglaterra passou por uma “*revolução processual*” e uma “*reviravolta cultural*”, com o abandono ou, pelo menos, atenuação do *adversary system*, marcado pela autonomia dos interessados e limitação do órgão estatal. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: (nona série)*, p.69 e 83). Apesar de sua relevância, entendemos que o *Civil Procedure Rules* não pode ser considerado tecnicamente como código, aproximando-se mais de uma consolidação de regras, face a ausência de sistematicidade. Em uma noção objetiva, Código de Processo Civil pode ser entendido como “*o conjunto sistemático de normas jurídicas de ordem pública reguladoras da formação, do desenvolvimento e da extinção do processo, no qual a jurisdição civil deverá ser prestada pelo Estado, quando provocado por qualquer pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado.*” (SOARES, Carlos Henrique; BRÉTAS, Ronaldo C. Dias. *Manual elementar de processo civil*, p. 113). Assim, tendo em vista a ausência de direito codificado, afasta-se a inclinação a pensar que a Inglaterra tenha se afastado do *common law* e aderido ao sistema romano-germânico.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p. 28.

¹³⁴ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, v. 110, p.152.

eficácia em cada uma delas. A princípio, de acordo com a distinção tradicional, os Estados filiados ao *common law* teriam precedentes com eficácia obrigatória, enquanto que os precedentes no sistema de *civil law* seriam dotados de força apenas persuasiva.¹³⁵ Mas, dadas as suas exceções, Michele Taruffo ressalta que seria mais apropriado reconhecer uma diferença de “*força do precedente*”, para indicar o seu grau de influência sobre as decisões posteriores, sendo que, em regra, os precedentes do *common law* teriam grau de força maior, em comparação com os do *civil law*.¹³⁶

Segundo Maurício Ramires, o principal elemento definidor do *common law*, e que o distingue da tradição do *civil law*, continua sendo a *doctrine of stare decisis*. Nesse contexto, a palavra *doctrine* seria mais bem traduzida como “*regra*”. E a expressão *stare decisis* é uma redução da frase latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que pode ser entendida como “*ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto*”. Então, “*a doctrine of stare decisis representa a regra segundo a qual as coisas devem ficar como decididas pelos juízes e pelas Cortes do passado*”, como forma de assegurar a coesão e segurança jurídica¹³⁷.

A regra do *stare decisis*, que define hoje os sistemas do *common law*, surgiu no século XIX, como decorrência da doutrina dos precedentes, buscando separar com maior clareza a parte vinculante do precedente daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial.¹³⁸ Partindo da teoria inglesa dos precedentes, em que os juízes poderiam criar o direito a partir da sua própria autoridade, foi necessário interpretar as regras jurisprudenciais de forma mais restrita. Como não havia limites para o poder de criação normativa dos juízes, os juristas passaram a dividir a estrutura do precedente em duas partes distintas: a *ratio decidendi*, que teria efeitos vinculantes, e o *obiter dictum*, entendido como os discursos não autoritativos presentes nas decisões judiciais¹³⁹.

¹³⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*, p.99-101.

¹³⁶ Dentre essas exceções, é possível citar as técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) dos precedentes no *common law*, de modo que, apesar de sua notável força, poderão deixar de ser seguidos em determinados casos. (TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Tradução Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. *Revista de Processo*, v. 199, p.146-148).

¹³⁷ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, p.65.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.233.

¹³⁹ BUSTAMANTE. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, p.252-253.

Não há consenso na doutrina da definição do que seja a *ratio decidendi*, nem tampouco da escolha do método mais adequado para identificá-la no precedente judicial¹⁴⁰. Mas, tomando como base as concepções mais tradicionais, pode-se dizer que a *ratio decidendi* configura o “*enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso em concreto*”, ou ainda, “*a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso*”¹⁴¹. O que é importante observar é que apenas a parte da *ratio decidendi* gera efeitos obrigatórios ou persuasivos, e não o precedente como um todo.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, a *ratio decidendi* é composta por três elementos: “(a) a indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*); (b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e (c) o juízo decisório (*judgement*).”¹⁴² Assim, é interessante destacar que a *ratio decidendi* não tem uma correspondência no processo civil adotado no Brasil, eis que não se confunde com o relatório, com a fundamentação, e nem com o dispositivo das decisões, mas é elaborada a partir dos três elementos. Isto porque, “*na decisão do common law, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material –, mas também a segurança dos jurisdicionados em sua globalidade*”.¹⁴³

Vale lembrar que *ratio decidendi* não é expressamente pontuada pelo órgão judicial que profere a decisão, mas somente será extraída por outro julgador, quando estiver analisando o caso precedente, para obter a tese a ser aplicada no caso presente¹⁴⁴. Contudo, tendo em vista a necessidade de observância dos precedentes, o órgão julgador deve sopesar a repercussão que a decisão poderá trazer para outros casos, o que pode inclusive gerar um “*receio judicial*” de se

¹⁴⁰ Segundo Bustamante, a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação talvez sejam os pontos mais polêmicos da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, p. 259). Maurício Ramires relata que Karl Llewellyn, em 1960, identificou 64 formas de identificar a *ratio decidendi*, e desde então surgiram muitas outras. (RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, p. 69).

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p.46.

¹⁴² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do direito*, p.175.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.222.

¹⁴⁴ “*É responsabilidade da Corte determinar, nos casos subsequentes, os limites da utilização de casos precedentes. Devido ao fato de que um caso particular somente tratará questões específicas àquele litígio, é deixado a cargo da Corte subsequente resolver se o alcance e a razão de direito da questão precedente aplicam-se ao novo conjunto de fatos apresentado. (...) O alcance preciso do holding pode não ficar claro até que tenha sido interpretado e aplicado em casos subsequentes*”. (FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*, p.67-72).

inclinam para determinada vertente.¹⁴⁵ Desta forma, a *ratio decidendi* também tem a função de evitar arbitrariedades na decisão judicial.

Por outro lado, *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural) corresponde aos argumentos jurídicos expostos apenas de passagem na motivação da decisão, que contêm “*argumentação marginal*” ou “*simples opinião*”, dispensáveis para a resolução da lide¹⁴⁶. Assim, *obiter dictum* pode ser definido de forma negativa, como tudo aquilo que não compuser a *ratio decidendi* e, portanto, não terá nenhuma força vinculativa¹⁴⁷, por não ter sido determinante para a fundamentação da decisão, sendo, talvez, até mesmo desnecessário.

Diante do que foi exposto até aqui, o termo precedente pode ser entendido, em síntese, como “*a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.*”¹⁴⁸

Assim, como observa Luiz Guilherme Marinoni, embora todo precedente tenha origem em uma decisão judicial, nem toda decisão judicial constituirá um precedente, mas somente quando tiver a “*potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados*”. Para tanto, segundo o mesmo autor, a decisão judicial deve apresentar um entendimento que não seja meramente a reprodução da letra da lei ou a confirmação de um precedente anterior e, ainda, deve analisar os principais argumentos pertinentes à matéria¹⁴⁹.

Em sentido semelhante, sobre o precedente, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud explicam que:

¹⁴⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente Judicial como fonte do direito, p.175-176.

¹⁴⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente Judicial como fonte do direito, p.177.

¹⁴⁷ De toda forma, embora não tenha eficácia vinculativa, o *obiter dictum* não é de todo desprezível: “*o obiter dictum pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo. Além disso, o voto vencido em um julgamento colegiado (exemplo de obiter dictum, como dito) tem a sua relevância para a elaboração do recurso dos embargos infringentes, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente.*” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela*, p.381).

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela*, p.381. Em sentido semelhante, para Cruz e Tucci, o precedente judicial “*nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos*” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do direito*, p.11-12).

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.215.

“O precedente, assim, terá dois níveis de análise: em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares. Ou seja, não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais decisões que lhe devem ‘obediência hermenêutica’. Há sim uma diferença qualitativa, que sempre exsurgirá a partir da applicatio. Do mesmo modo como não existe uma questão de fato e uma questão de direito, também não se pode falar de um precedente sem a possibilidade de capilarização sistêmica.”¹⁵⁰

Precedente judicial também não se confunde com jurisprudência. Embora o termo jurisprudência seja polissêmico¹⁵¹, pode ser entendido, na sua acepção mais corrente, como um conjunto de julgados em que a interpretação do órgão judicial¹⁵² sobre a uma mesma norma seja constante e uniforme num determinado sentido, sendo reiterada nas decisões de casos semelhantes. Assim, pressupõe-se que o entendimento do órgão julgador seja mantido em suas decisões por certo lapso de tempo, revelando a estabilidade necessária para conferir a noção de que o entendimento deve prevalecer. Portanto, a diferença estaria no caráter quantitativo, pois, *“enquanto o termo jurisprudência designa um conjunto de decisões, o termo precedente espelha, por essência, a ideia de uma decisão pronunciada pelo Judiciário”*, ou seja, toda e qualquer decisão com aptidão de influenciar na solução de casos futuros¹⁵³.

¹⁵⁰ STRECK. ABOUD. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p.46.

¹⁵¹ De acordo com Rubens Limongi França, o termo jurisprudência comporta pelo menos cinco sentidos: *“O primeiro, um conceito lato, capaz de abranger, de modo geral, toda ciência do Direito, teórica ou prática, seja elaborada por juriconsultos, seja por magistrados. (...) O segundo ligado à etimologia do vocábulo, que vem de juris + prudentia, consistiria no conjunto de manifestações dos juriconsultos (prudentes), ante questões jurídicas concretamente a eles apresentadas. Circunscrever-se-ia ao acervo dos hoje chamados ‘pareceres’, quer emanados dos órgãos oficiais, quer de jurisperitos não investidos de funções públicas. O terceiro, o de doutrina jurídica, teórica ou prática ou de dupla natureza, vale dizer, o complexo de indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais. O quarto, o de massa geral das manifestações dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei. O quinto, finalmente, o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.”* (FRANÇA. *O Direito, a lei e a jurisprudência*, p.145-146).

¹⁵² A jurisprudência decorre da atividade exclusiva dos órgãos judiciais, no exercício de sua função institucional de aplicação do direito. Deste modo, apesar de o termo jurisprudência ser impropriamente empregado por órgãos da administração pública, que chegam até mesmo a editar súmulas sobre suas posições majoritárias, só é tecnicamente correto utilizá-lo para se referir aos entendimentos dos órgãos judiciais, que estão listados taxativamente no art. 92 da Constituição de 1988. Sobre o tema, ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. p.39.

¹⁵³ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*, p.142-143.

Por fim, é importante notar que muitas vezes o termo precedente é utilizado, pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, abrangendo “*determinados tipos de decisões ou conjunto de decisões, frutos de institutos processuais específicos ou mais variados, cuja autoridade é vinculante para os órgãos do Judiciário (...) e para a Administração como um todo*”¹⁵⁴. Desta forma, é atribuída ao precedente uma concepção diferente daquela adotada nos Estados da tradição do *common law*, de onde o termo tem origem. No presente trabalho, para se evitar impropriedades, será empregada a expressão “súmulas e precedentes obrigatórios” quando for preciso se referir aos atos dos órgãos judiciais que, de alguma maneira, possuam efeitos vinculantes. A partir desta delimitação, toma-se o cuidado de não se confundir com o sentido próprio do *stare decisis*, que, por um lado, é mais restrito, por não abranger as súmulas¹⁵⁵, mas, por outro, é mais amplo, alcançando qualquer decisão judicial proferida em um caso concreto, com potencial para servir como parâmetro nos julgamentos posteriores de casos semelhantes.

3.2 Noções de súmula

De acordo com De Plácido e Silva, a palavra súmula vem do latim, significando sumário, resumo. Pode ser compreendida como algo “*que de modo abreviadíssimo explica o teor, ou o conteúdo integral de uma coisa.*”¹⁵⁶ No âmbito jurídico, a súmula tem por objetivo “*veicular o resumo editado, numerado e sintético das teses vencedoras componentes da jurisprudência de um Tribunal sobre matéria específica*”¹⁵⁷. Em outras palavras, a súmula de jurisprudência se refere a entendimentos jurídicos consolidados em decisões judiciais, “*das quais se retira um enunciado, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos*”¹⁵⁸.

As súmulas foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro no ano de

¹⁵⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p.177.

¹⁵⁵ Como será visto a seguir, súmulas não se confundem com precedentes e não se sujeitam à regra do *stare decisis*. A tradição do *common law* não tem como característica a adoção de súmulas, que são tipicamente brasileiras, por influência dos assentos do Direito Português.

¹⁵⁶ De PLÁCIDO e SILVA. *Vocabulário Jurídico*, p. 1335.

¹⁵⁷ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR *et alii* (coord.). *Precedentes*, p.335.

¹⁵⁸ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*, p.237. Ver também: NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 913.

1963, quando foi acolhida a proposta do Ministro Victor Nunes Leal de alteração no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que passou a prever a chamada “*Súmula de Jurisprudência Dominante*”. Atualmente, o art.102 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ainda contém a previsão de que: “*a jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal*”. Em sentido semelhante, outros tribunais brasileiros também passaram a prever a possibilidade de edição de súmulas, como se verifica, por exemplo, no art. 122, *caput* e §1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁹ e no art. 530 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁶⁰.

Partindo de uma concepção histórica, José Carlos Barbosa Moreira alerta que a palavra *súmula* vem sendo impropriamente empregada no meio jurídico, inclusive pela própria Constituição de 1988. O termo *súmula* sempre foi utilizado para designar “*o conjunto de proposições em que se resume a jurisprudência firme de cada tribunal*”. É nesse sentido que o vocábulo *súmula*, substantivo no singular, foi originariamente pensado, e como aparece inclusive nos dicionários jurídicos¹⁶¹. Entretanto, o termo é usualmente empregado para se referir a cada um dos enunciados ou verbetes que constituem a *súmula*, como se pode notar na redação do art. 103-A da Constituição de 1988, bem como no art.8º da Emenda Constitucional n. 45/2004. Assim, costuma-se citar a *súmula*, sucedida de um número, em sequência cardinal, quando se pretende indicar um determinado enunciado¹⁶². Por outro lado, José de Albuquerque Rocha entende que as expressões “*súmula*” e “*enunciado de súmula*” podem ser utilizadas como sinônimas, pois “*todo ato criador de efeitos jurídicos, como, por exemplo, a lei, é um ato linguístico, que é realizado através de enunciados, que são conjuntos de*

¹⁵⁹ “Art. 122. A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça. § 1º Será objeto da súmula o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram a Corte Especial ou cada uma das Seções, em incidente de uniformização de jurisprudência. Também poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes.”

¹⁶⁰ “Art. 530. A jurisprudência firmada, pela unanimidade do Órgão Especial ou da câmara de uniformização a que competir ou, em dois julgamentos sucessivos, pela maioria absoluta desses órgãos, poderá ser compendiada, pelo Órgão Especial, em enunciado da súmula do Tribunal de Justiça de cumprimento obrigatório pelos órgãos fracionários do Tribunal e pelos desembargadores.”

¹⁶¹ Essa utilização mais tecnicamente adequada da palavra *súmula* já se encontra presente na Lei n. 11.417/2006, que disciplina a “*edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências*”, nos termos do seu art. 1º, bem como na Lei n. 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil, como se verifica em seus artigos 926 e 927.

¹⁶² BARBOSA MOREIRA. *Temas de Direito Processual: (nona série)*, p.27 e 28.

palavras dotados de sentido”.¹⁶³

De toda forma, independentemente dessa questão terminológica, é possível extrair da noção acima que a súmula mantém uma relação direta com a jurisprudência do respectivo tribunal, na medida em que a potencializa e a exterioriza em um enunciado, no intuito de servir como orientação para o julgamento de casos semelhantes. Porém, os enunciados de súmula não se confundem com a jurisprudência justamente porque passam por um procedimento específico para sua elaboração, aprovação e publicação. Em outras palavras, a súmula é o produto da uniformização da jurisprudência dos tribunais, visando a acelerar e a facilitar os julgamentos e trazer mais segurança jurídica e isonomia para as decisões judiciais.

Isso porque, em decorrência do princípio da independência dos juízes e do processo interpretativo inerente aos textos legislativos, é comum deparar-se com decisões totalmente diferentes, em processos envolvendo questões jurídicas e fáticas semelhantes. A divergência se torna mais expressiva quando, em um determinado momento histórico, existe confronto de entendimentos entre os órgãos fracionários de um mesmo tribunal, ou entre a jurisprudência pacificada entre tribunais de Estados ou regiões diferentes. No Brasil, em razão de sua dimensão e diversidade cultural, a divergência jurisprudencial é ainda mais notada, sobretudo em razão da quantidade de juízes tribunais na sua estrutura judiciária. Porém, no Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que os resultados dos processos sejam definidos pelo “*setor de distribuição*”, isto é, pelo fato de que o processo ou o recurso sejam julgados por determinado juiz, câmara, ou relator, que possuem entendimentos diferentes dos demais¹⁶⁴. Assim, a divergência jurisprudencial traz efeitos deletérios para a ordem jurídica, eis que causa insegurança jurídica e viola o princípio da isonomia.

Diante disso, a própria legislação prevê mecanismos para tentar padronizar a jurisprudência, seja por meio do julgamento de recursos, que, por exemplo, exigem a demonstração de repercussão geral ou a divergência jurisprudencial como pressupostos de admissibilidade, seja por incidentes processuais específicos, os quais podem resultar na edição de súmulas de uniformização de jurisprudência, por exemplo.

¹⁶³ ROCHA. *Súmula vinculante e democracia*, p.10. Ver também: SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*, p.237.

¹⁶⁴ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*, p.554.

No Código de Processo Civil de 1973, o art. 476 e seguintes estabelecem a possibilidade de ser instaurado um incidente de uniformização da jurisprudência, nas hipóteses em que houver divergência quanto à interpretação do direito e quando, no julgamento recorrido, a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Como resultado desse incidente, o art. 479 dispõe que o julgamento será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Assim, a súmula tem como objetivo eliminar a divergência jurisprudencial instalada no âmbito do tribunal, inicialmente para resolver um único processo, mas também produzindo efeitos para além do caso em concreto, uma vez que consubstancia o entendimento da maioria absoluta de seus membros.

Dessa forma, Mônica Sifuentes explica que os enunciados de súmula poderão ser editados em duas situações distintas. Primeiramente, como consequência do incidente de uniformização de jurisprudência, nos casos em que for *“reconhecida a divergência sobre o entendimento de matéria de direito entre turmas ou seções do mesmo tribunal”*, nos termos do Código de Processo Civil de 1973. Em segundo lugar, os tribunais também poderão editar enunciados de súmula *“quando houver entendimento pacífico no tribunal a respeito de determinada matéria”*, ou seja, trata-se do oposto da primeira situação, que pressupõe a divergência jurisprudencial. Nesta segunda hipótese, o procedimento para a edição da súmula não está descrito na lei, mas no regimento interno de cada tribunal e, de acordo com a autora, é bem mais simples que o procedimento para uniformização de jurisprudência, pois *“são dispensadas a lavratura de acórdão e a juntada de notas taquigráficas, sendo apenas certificada nos autos a decisão da turma”*¹⁶⁵.

Ocorre que o Código de Processo Civil de 2015 não manteve a mesma previsão do incidente de uniformização da jurisprudência. Conforme expresso na exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil¹⁶⁶, é certo que houve maior preocupação com a segurança jurídica, mediante a implementação de mecanismos de padronização decisória, previstos no art. 976 e seguintes Código de Processo Civil de 2015, como o incidente de resolução de demandas repetitivas, por exemplo. Contudo, apesar de receber até mesmo efeitos obrigatórios, na forma

¹⁶⁵ SIFUENTES. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*, p.239-243.

¹⁶⁶ *“O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas”*.

do art. 927, III, do Código de Processo Civil de 2015, o resultado do incidente de resolução de demandas repetitivas será propriamente um acórdão, e não uma súmula, como ocorre no incidente de uniformização de jurisprudência do Código de Processo Civil de 1973. Assim, apesar de ter determinado expressamente que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, o art. 926, *caput* e §1º, do Código de Processo Civil de 2015, remeteu aos regimentos internos de cada tribunal a competência exclusiva de regulamentação da edição de enunciados de súmulas.

Enfim, seja qual for a causa que dê origem à criação do enunciado da súmula, a organização da jurisprudência em enunciados é uma realidade difundida na atividade judicial brasileira, que tem como objetivo¹⁶⁷ garantir ao jurisdicionado uma resposta mais célere e isonômica, ao mesmo tempo em que fornece uma orientação firme aos magistrados, simplificando o julgamento de casos semelhantes.

Embora as súmulas e os precedentes judiciais tenham objetivos semelhantes, buscando garantir maior segurança jurídica, tecnicamente não se confundem, apresentando diversas diferenças, seja na origem, teleologia, formação, alcance e modo de aplicação, que, inclusive, auxiliam a estabelecer as suas definições.

De plano, vale lembrar que a força dos precedentes no sistema do *stare decisis* decorre da tradição histórica, não estando prevista em nenhuma regra escrita, seja na lei ou na Constituição. As súmulas, ao contrário, foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, filiado à tradição do *civil law*, por meio dos regimentos internos dos tribunais, posteriormente reforçadas pelo Código de Processo Civil de 1973 e até mesmo por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004. Georges Abboud acrescenta que o sistema de precedentes surgiu como uma “*arma para defender a independência judicial e limitar os poderes do rei*”, enquanto que as súmulas, semelhantes aos assentos portugueses, seriam formulações “*características de Estados autoritários, nos quais os três poderes não possuem autonomia, nem distinção de funções*”, destinadas a controlar os órgãos judiciais.

¹⁶⁷ Para Rodolfo de Camargo Mancuso, a súmula tem como objetivo servir de diretriz para o julgamento de casos semelhantes, buscando três utilidades básicas: “a) *outorga de tratamento judicial isonômico a casos semelhantes, com isso se assegurando a igualdade no seu sentido substancial; b) redução da carga de processos nos Tribunais, possibilitando o agrupamento das ações pela afinidade da questão jurídica debatida, de sorte que todas possam receber análoga solução, de acordo com o enunciado da súmula aplicável, ou, ao menos, com o sinalizado na jurisprudência dominante; c) economia na duração dos processos, na medida em que a existência de súmula sobre a matéria litigiosa se torna razoavelmente previsível o resultado da demanda, inclusive ensejando, conforme o caso, o julgamento antecipado (CPC, art. 330, II) ou mesmo a antecipação dos efeitos da tutela pretendida (CPC, art. 273), como, aliás, proposto no PL 3.804/93, da Câmara dos Deputados.*” (MANCUSO. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p.377).

Assim, haveria uma diferença de teleologia, pois os precedentes “*renovam o sistema*” e as súmulas o “*engessam*”, na medida em que comprometem a independência decisória dos juízes¹⁶⁸.

Outra diferença é que o precedente judicial do *stare decisis* é uma decisão proferida para resolver determinado caso concreto, cujos fundamentos determinantes poderão servir para julgamento de casos futuros, ao passo que os enunciados de súmula são genéricos e abstratos, já criados com a pretensão de resolver casos futuros, com validade a partir de sua publicação¹⁶⁹. Como consequência, surgem mais duas distinções entre os precedentes e as súmulas, quais sejam, a dimensão (alcance) do seu conteúdo e o modo de sua aplicação. O conteúdo dos enunciados das súmulas pode ser facilmente identificado por meio da simples leitura dos verbetes, elaborados com características de abstração e generalidade, semelhantes às dos textos legislativos, razão pela qual também são aplicados por um critério de subordinação lógico-subsuntivo. Por outro lado, os precedentes não são disposições literais, o que dificulta o entendimento a respeito de qual seria o seu verdadeiro alcance, mais precisamente a sua *ratio decidendi*¹⁷⁰, exigindo dos seus aplicadores um esforço argumentativo muito maior para confrontar o precedente com o caso presente, mediante um processo de indução.

Delineadas as noções introdutórias sobre as súmulas, vale destacar que, segundo Lenio Luiz Streck, elas podem ser classificadas em quatro tipos, de acordo com a sua relação com o ordenamento jurídico. As súmulas “*tautológicas*” são as que dizem exatamente o que diz a lei; as “*intra legem*” são verdadeiramente uma forma de interpretação da lei; as “*extra legem*” têm a função precípua de limitar a possibilidade de admissão dos recursos dirigidos aos tribunais superiores; por último, as “*contra legem ou inconstitucionais*” criam direito novo, à revelia das leis e da Constituição¹⁷¹, as quais serão objeto de estudo ao final do capítulo.

Além disso, tomando como ponto de partida a divisão estabelecida pelo próprio ordenamento jurídico, a doutrina tradicional também classifica as súmulas

¹⁶⁸ ABOUD. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, v. 165, p.225-226.

¹⁶⁹ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, p.62.

¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p.70.

¹⁷¹ STRECK. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, p. 168.

em vinculantes ou persuasivas¹⁷², de acordo com a obrigatoriedade de seus efeitos em relação às decisões dos órgãos judiciais e até mesmo da Administração Pública.

Quando foi inserida pela primeira vez no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, aprovada 1963 e publicada em 1964, a súmula tinha caráter apenas persuasivo, servindo para orientar os julgadores sobre a jurisprudência do Tribunal, sem impor qualquer efeito vinculante. Seu idealizador, o Ministro Victor Nunes Leal, teria pensado em um “*método de trabalho*” para julgar os casos típicos de modo rápido e seguro, de acordo com a orientação definida na súmula. Diante da preocupação com o elevado número de processos distribuídos no Supremo Tribunal Federal, sabendo que muitos deles versavam matérias já pacificadas no Tribunal, a criação deste “*método de trabalho*” teria os seguintes objetivos:

“Introduzir um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, mediante a simples citação de um número convencional; distinguir a jurisprudência firme da que se achasse em vias de fixação; atribuir à jurisprudência firme consequências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetissem e exterminar as proteções deliberadas.”¹⁷³

Conforme salientado por Rodolfo de Camargo Mancuso, vale registrar que as súmulas persuasivas não foram editadas de forma regular ao longo do tempo, mas, algumas vezes, foram aprovadas em “*lotes*”. De plano, logo após terem sido

¹⁷² Parte da doutrina defende ainda a existência de “*súmulas impeditivas de recursos*”, com base na previsão dos artigos 518, §1º e 557 do Código de Processo Civil de 1973. Ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p.371. Ver ainda: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.519. Por outro lado, de acordo com Alexandre Sormani, a ideia da criação de súmulas impeditivas de recursos, assim como as súmulas vinculantes, também estava inserida na Proposta de Emenda Constitucional n. 96/1992 e chegou a ser cogitada para substituí-las, tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado, por meio de projetos substitutivos. Contudo, a ideia foi recusada nas duas Casas, que acabaram optando pela aprovação da súmula vinculante, na Emenda Constitucional n. 45/2004. De toda forma, a discussão acerca da conveniência da adoção das súmulas impeditivas de recursos parece ter se tornado inócua, sobretudo em razão das alterações nos artigos 518, §1º e 557 do Código de Processo Civil de 1973. Porém, apesar de os efeitos serem praticamente os mesmos quanto à obstrução de recursos em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, o autor alerta que os referidos dispositivos, introduzidos em sede infraconstitucional, não se confundem com a súmula impeditiva de recursos, pois “*as súmulas mencionados no artigo 557 do CPC, com a nova redação, são, na verdade, as súmulas de jurisprudência já conhecidas por todos, que tratam de matéria processual ou de fundo, destituídas, como sempre foram, de forma normativa para impedir a interposição e processamento de recurso que com ela confronte (o óbice à interposição do recurso, desde a edição da Lei 9.756/98, é determinado pelo artigo 557 do CPC, e não pela súmula em si). As súmulas impeditivas de recursos que se procurou aprovar em substituição às súmulas vinculantes, tratadas neste subitem, seriam verbetes criados especificamente para obstar a interposição de quaisquer recursos contra decisão que as houvesse aplicado.*” (SORMANI, Alexandre. SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula Vinculante: um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004*, p.71-76).

¹⁷³ MUSCARI, Marco Antônio Botto. *Súmula Vinculante*, p.37.

instituídas, foram aprovados 370 enunciados em uma única sessão, no dia 13 de dezembro de 1963, os quais foram inseridos na “*Súmula de Jurisprudência Dominante*”, por meio da Emenda Regimental de 1963. Em seguida, o número de enunciados foi aumentando gradativamente até alcançar 621 no ano de 1984 e, a partir de então, não houve outras aprovações por quase vinte anos. Até que, na sessão no dia 24 de setembro de 2003, foi aprovado em plenário um novo “*lote*” de novos 100 enunciados¹⁷⁴, atingindo o número de 721, que foi pensado até mesmo para justificar a inclusão da súmula vinculante na Emenda Constitucional n. 45/2004.

Até o momento, a última súmula publicada pelo Supremo Tribunal Federal é a de número 736, aprovada na sessão do dia 26 de novembro de 2003. Constatase, pois, a existência de um novo lapso de tempo de mais de doze anos sem que o Supremo Tribunal Federal tenha editado novas súmulas persuasivas, preferindo as vinculantes, embora, mesmo após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004, que instituiu a súmula vinculante, nada impeça que o Supremo Tribunal Federal continue a editar enunciados meramente persuasivos.

Seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, todos os demais tribunais brasileiros também passaram a prever a possibilidade de edição de súmulas de jurisprudência em seus próprios regimentos internos. Ademais, a edição de enunciados de súmula decorrentes do incidente de uniformização de jurisprudência, regulamentado pelo Código de Processo Civil de 1973, também possuem caráter meramente persuasivo.

Nesse ponto, segundo Fábio Victor da Fonte Monnerat, vale destacar que, a princípio, “*um entendimento sumulado não traduz necessariamente um grau de pacificação maior do que um entendimento jurisprudencial consolidado em um determinado tribunal*”. Com a valorização cada vez acentuada dos precedentes pelo ordenamento brasileiro, inclusive como forma de aceleração dos procedimentos, se faz necessário que os entendimentos jurisprudenciais sejam organizados da melhor maneira possível, a fim de trazer segurança jurídica aos jurisdicionados e integridade e coerência para a ordem jurídica. Assim, a distinção básica entre o entendimento jurisprudencial pacificado nos tribunais e as súmulas persuasivas é que essas últimas passam por um “*reconhecimento prévio*”, reduzindo as discussões quanto à sua existência, atualidade e consolidação do entendimento. E, em razão

¹⁷⁴ MANCUSO. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p.28

dessa diferença, a legislação privilegia ainda mais os enunciados de súmula, estabelecendo técnicas de aceleração do processo que somente podem ser aplicadas quando o entendimento estiver sumulado, como a possibilidade de o juiz não admitir a apelação, quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁵, nos termos do art. 518, §1º, do Código de Processo Civil de 1973.

Assim, como o próprio nome já revela, a observância das súmulas persuasivas não é obrigatória, servindo apenas como orientação aos julgadores a adotarem os enunciados sumulares, seja pelo fato de que contêm o entendimento consolidado do tribunal, seja porque eventual decisão em sentido contrário certamente será reformada em grau de recurso, quando o tribunal deverá prestigiar sua própria súmula. Os enunciados da súmula persuasiva somente se tornam impositivos nos julgamentos do próprio Tribunal que os editou, bem como em face do caso concreto que ensejou o incidente de uniformização de jurisprudência. De toda forma, a força persuasiva dessas súmulas influencia a convicção do julgador, em decorrência do prestígio dos Tribunais Superiores e da estrutura piramidal da organização judiciária brasileira, uma vez que as decisões de instâncias inferiores que contrariarem as súmulas serão certamente derrubadas na via recursal¹⁷⁶.

Por outro lado, a súmula de efeito vinculante foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004, que acrescentou o art.103-A, estabelecendo que 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 judiciais 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.

Primeiramente, é importante observar que o ato normativo escolhido pelo legislador para atribuir o efeito vinculante às súmulas foi uma emenda constitucional. Assim o foi porque a legislação infraconstitucional não seria adequada para tanto, pois a súmula vinculante não se trata de matéria meramente processual, mas sim de

¹⁷⁵ MONNERAT. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*, p.402-403.

¹⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p.315 e 377.

uma transformação na ordem jurídica em relação ao “*primado da norma legal*”, como forma de regular as condutas sociais. Assim, por “*simetria e paridade da forma*”, a súmula vinculante só poderia ter sido positivada por meio de emenda constitucional:

“Percebe-se dos subsídios doutrinários antes colacionados que o advento da súmula vinculante vem alterar, em profundidade, o contexto jurídico-político preexistente, não se reduzindo, pois, a uma inovação de natureza tão-somente processual, na medida em que o paradigma jurídico nacional, regulador de condutas presentes e futuras, passa a ser buscado não apenas na norma legal, mas também nos extratos de jurisprudência predominante, ou, superiormente, naquela sumulada. De observar que essa eficácia extra-autos da jurisprudência sumulada não opera apenas no plano dos conflitos levados ao Judiciário, mas impende reconhecer que as súmulas projetam um efeito preventivo geral ao interior da própria sociedade, já que, por intermédio dos operadores do Direito, os entendimentos assentados chegam ao conhecimento dos jurisdicionados – pessoas físicas e jurídicas – assim influenciando ou até condicionando os comportamentos.”¹⁷⁷

Como se pode notar pela redação do novo dispositivo, a principal característica da súmula vinculante é sua obrigatoriedade¹⁷⁸ em relação aos órgãos judiciais e à Administração Pública direta e indireta, em todas as unidades da federação, quando preenchidos todos os requisitos para sua aprovação¹⁷⁹. Em obediência à parte final do art. 103-A da Constituição de 1988, foi editada a Lei n. 11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento das súmulas vinculantes. Contudo, embora o referido artigo se reporte à necessidade de lei

¹⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p.319.

¹⁷⁸ Embora não seja o objeto principal da pesquisa, cumpre registrar que diversos autores entendem pela inconstitucionalidade do art. 103-A da Constituição de 1988, que instituiu as súmulas vinculantes, “*por manifesta incompatibilidade com vários dispositivos constitucionais de proteção da democracia em geral, entre os quais, os artigos 2º, e 95, I a III, parágrafo único, I a V, que preveem, respectivamente, a independência dos poderes e as garantias da independência dos juízes; 5º, II, que tutela a liberdade das pessoas, entendida como autonomia privada e pública, reservando à lei de modo absoluto sua limitação; 60, §4º, incisos III e IV, que proíbe emendas constitucionais tendo por objeto abolir a ‘separação dos poderes’ e os direitos e garantias individuais.*” (ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula vinculante e democracia*, p.101).

¹⁷⁹ Para que o Supremo Tribunal Federal possa editar enunciado de súmula vinculante, devem ser preenchidos os seguintes requisitos: “*a) a tese jurídica que se quer afirmar em verbete da Súmula vinculante tem de dizer respeito a norma constitucional; b) o objeto do verbete tem de ser a validade, a interpretação ou a eficácia de norma constitucional; c) controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário ou entre eles e a administração pública sobre a validade, interpretação ou eficácia da norma constitucional questionada; d) grave insegurança jurídica: a controvérsia atual deve ter aptidão para gerar grave insegurança jurídica; e) relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica acarretada pela controvérsia a respeito da norma constitucional questionada; f) reiteração das decisões do STF no mesmo sentido da afirmação da tese jurídica objeto do verbete vinculante; g) quórum qualificado: decisão por 2/3 dos membros do STF (oito ministros) afirmando a tese do verbete vinculante. h) publicação do verbete vinculante na imprensa oficial (DOU e/ou DJU).*” (NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p.913-914).

específica para regulamentação, a própria Constituição já fixou detalhadamente os critérios quanto à iniciativa, ao objeto e ao *quorum* mínimo para aprovação das súmulas vinculantes¹⁸⁰.

Sobre a iniciativa, o art. 103-A, §2º, da Constituição de 1988, estabelece que os procedimentos de aprovação, revisão ou cancelamento de súmula somente poderão ser provocados pelas mesmas pessoas que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. Assim, as críticas já apresentadas no capítulo anterior, sobre a impossibilidade de o povo exercer o controle de constitucionalidade concentrado, também podem ser estendidas para as súmulas vinculantes. Portanto, a ausência de participação popular na produção dos enunciados de súmula vinculante atenta contra a sua legitimidade no Estado Democrático de Direito¹⁸¹ e reforça a necessidade de se permitir o controle de constitucionalidade pelo povo, de forma incidental, a fim de tentar coibir que eventuais arbitrariedades na sua criação prevaleçam no momento de sua aplicação.

Além da provocação da parte legitimada, ou deliberação da corte, e do quórum diferenciado, o *caput* do art. 103-A da Constituição de 1988 exige que os enunciados de súmula vinculante somente sejam editados após “*reiteradas decisões*” sobre “*matéria constitucional*”. Segundo Tiago Asfor Rocha Lima, embora nem mesmo o legislador infraconstitucional tenha estabelecido o número mínimo de decisões que autorizem a edição de enunciado de súmula vinculante¹⁸², é certo que “*deve haver um mínimo de estabilidade da orientação pretoriana a que se pretende revestir de efeitos vinculantes*”. Ademais, embora raramente uma matéria tenha

¹⁸⁰ SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional 45/2004*. p.766.

¹⁸¹ “A legitimidade de uma norma jurídica somente é alcançada quando submetida à discursividade no âmbito da processualidade, ou seja, quando viável à concretização da participação efetiva do povo (comunidade jurídica) em todo o processo legislativo. A aplicabilidade da teoria do discurso, no Estado Democrático de Direito, só é possível através do processo visto como instituição constitucionalizada e metodologia garantidora de direitos fundamentais, pautado nos seus princípios institutivos do contraditório, isonomia e ampla defesa. (...) O estudo realizado sobre as teorias do processo demonstra que as súmulas são editadas antes da instauração do processo; assim elas não se coadunam com um provimento legítimo.” (LEAL, Rosemiro Pereira, *et alii*. Súmulas Vinculantes: sua ilegitimidade no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 8, p. 193).

¹⁸² A partir de uma interpretação gramatical do art. 103-A da Constituição de 1988, que se refere a reiteradas decisões, Maurício Martins Reis entende que seriam necessários pelo menos três julgamentos para a criação das súmulas vinculantes: “*considerando o primeiro julgamento, o sucessivo julgado análogo seria uma decisão reiterada e, enfim, o terceiro, somado ao anterior na sua equivalência decisória face ao caso originário, consubstanciaria a fórmula de (pelo menos duas) decisões reiteradas, as quais carecem de uma indispensável primeira.*” (REIS. As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência. *Revista de Processo*, v. 230, p. 423).

natureza exclusivamente constitucional, o que se deve evitar é “*invocar indiretamente o tema constitucional como pano de fundo para que a matéria seja conhecida e emprestada à decisão força obrigatória*”¹⁸³.

O art. 103-A, §1º, da Constituição de 1988, também estabelece alguns requisitos para a edição de enunciados vinculantes, quando dispõe que 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. A respeito da expressão “*controvérsia atual*”, Luiz Guilherme Marinoni ressalta que não basta que a questão constitucional esteja em discussão, ou que acabe de ser discutida, no Supremo Tribunal Federal, mas deve referir-se à dificuldade da identificação da *ratio decidendi*, pois, caso contrário, os precedentes já seriam suficientes para afastar a “insegurança jurídica” e não haveria razão para editar o enunciado de súmula¹⁸⁴.

Ainda sobre as súmulas vinculantes, cumpre destacar que o art. 8º da Emenda Constitucional n. 45/2004 estabeleceu que as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal, meramente persuasivas, também poderão produzir efeitos vinculantes, desde que confirmadas por dois terços dos ministros do Tribunal e publicadas na imprensa oficial. Contudo, nem todas as súmulas poderão se revestir de efeitos vinculantes. Em primeiro lugar, porque, até o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal também julgava processos envolvendo direito federal comum, matéria que passou a ser de competência do Superior Tribunal de Justiça. Assim, dependendo do assunto, alguns dos enunciados, até o de n. 620, não poderão ser confirmados como súmulas vinculantes. Além disso, por se encontrarem defasados, outros enunciados não irão preencher os requisitos do §1º do art. 103-A, de representar “*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*”. Deste modo, também não será possível atribuir efeitos vinculantes aos enunciados que estejam ultrapassados, seja porque adveio direito novo e incompatível, seja porque a jurisprudência dominante foi modificada¹⁸⁵.

¹⁸³ LIMA. *Precedentes judiciais civis no Brasil*, p.252-255.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.491.

¹⁸⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p.312.

Por fim, apesar das diferenças apresentadas acima, há autores, como Luiz Guilherme Marinoni, que entendem que, no atual contexto do sistema brasileiro, não haveria “*diferença ontológica*” entre as súmulas da tradição do Supremo Tribunal Federal e as súmulas vinculantes instituídas pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Isto porque, considerando a tarefa do Supremo Tribunal Federal de uniformizar o entendimento acerca das questões constitucionais, todas as súmulas seriam vinculantes, quando “*reavivadas em decisões contemporâneas*”. Para o referido autor, a diferença estaria apenas no fato de que as súmulas vinculantes também obrigam os órgãos da Administração Pública e o seu descumprimento enseja o cabimento de reclamação¹⁸⁶.

3.3 Os precedentes e as súmulas são fontes de direito no Brasil?

Delineadas as noções básicas de súmulas, precedentes e jurisprudência e súmula, cumpre analisar se devem ser enquadrados dentre as fontes do direito do ordenamento jurídico brasileiro, isto é, se devem ser considerados como formas de expressão do direito, capazes de fundamentar legitimamente uma decisão judicial no Estado Democrático de Direito.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a teoria das fontes se reporta à tomada de consciência de que o “*direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana*”. Também se remete às suposições de que o sistema jurídico pode apresentar antinomias (donde se admite que as normas se originem a partir de diferentes “*canais*” relativamente independentes), bem como de que o sistema pode apresentar lacunas, demandando uma pluralidade de centros produtores de normas, pois apenas um não é suficiente para cobrir todo o “*universo de comportamentos*”. Sobre a expressão “*fontes do direito*”, ressalta que é uma “*metáfora cheia de ambiguidades*”:

“O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese. As discussões sobre o assunto, que mencionamos, revelam que muitas das disputas resultam daquela ambiguidade, posto que por fonte quer-se

¹⁸⁶ “Por ser assim, não há como pensar que as súmulas, quando pensadas como enunciados elucidativos dos precedentes que tocam determinada questão, possam não ter eficácia vinculante. A verdade é que ordenamento jurídico não precisa dizer que as súmulas do Supremo Tribunal Federal têm eficácia vinculante. Elas têm esta eficácia pela simples razão de enunciarem o entendimento derivado de um conjunto de precedentes da Corte cuja missão é dar sentido único ao direito mediante a afirmação da Constituição.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.488-489).

significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução de regras obrigatórias, ou, ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação. Por sua vez, a própria expressão direito, igualmente vaga e ambígua, confere à teoria uma dose de imprecisão, pois ora estamos a pensar nas normas (direito objetivo), ora nas situações (direito subjetivo) e até na própria ciência jurídica e sua produção teórica (as fontes da ciência do direito).¹⁸⁷

Em sentido semelhante, Hans Kelsen também entende que a expressão “fontes do direito” tem mais de um significado. Pode ser compreendida como o fundamento de validade de uma norma jurídica, ou seja, a “norma jurídica de escalão superior que regula a sua produção”. Nesta concepção, a Constituição seria fonte das normas gerais, que seriam fontes da decisão judicial, que, por sua vez, seria fonte dos “deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão”. Por outro lado, a referida expressão também poderia ser empregada num sentido “não jurídico”, designando “todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito”, como os princípios morais e políticos, que se distingue da concepção anterior, por não terem caráter vinculante, na medida em que nenhuma fonte lhe atribuiu essa natureza¹⁸⁸.

Miguel Reale também parte do caráter vinculante para conceituar as fontes do direito, entendidas como “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”. Alerta que as fontes do direito se confundem com as próprias formas de produção das normas de direito vigentes e eficazes. Isto porque as fontes pressupõem a existência de um poder capaz de especificar o conteúdo da norma produzida, conferindo-lhe validade, a fim de que se possa exigir seu cumprimento¹⁸⁹. Em outras palavras, as fontes do direito podem ser identificadas por uma característica comum, a sua coercitividade.

Nesse ponto, José Rogério Cruz e Tucci destaca que o reconhecimento de determinada fonte como tal, bem como a prevalência de uma fonte sobre as demais, depende das circunstâncias históricas e sociais do Estado em que o direito é

¹⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p.223-228.

¹⁸⁸ KELSEN. *Teoria pura do direito*, p.259.

¹⁸⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p.139-141.

produzido¹⁹⁰. Destarte, é possível encontrar sistemas jurídicos que reconheçam a jurisprudência como fonte do direito, e outros sistemas que a apontem como fonte secundária, ou ainda que não a inclua dentre suas fontes. Além disto, é possível existir variação na hierarquia das fontes dentro de um mesmo sistema, de acordo com as fontes aceitas pelo Estado no âmbito de cada um dos ramos do direito¹⁹¹.

Como visto anteriormente, o precedente judicial é a fonte primária do Direito nos Estados filiados ao *common law*, que buscam nos julgados anteriores as regras jurídicas (*ratio decidendi*) a serem aplicadas no caso em concreto. Embora também seja obrigatória, a lei é considerada pela teoria clássica como fonte secundária, com a função de apenas trazer “*corretivos e adjunções*” aos princípios, criando exceções ao direito comum¹⁹². Por não estarem acostumados a lidar com a lei escrita, nem com o método dedutivo, assim que é aplicada pela primeira vez, os magistrados tendem a utilizar o precedente para fundamentar as próximas decisões judiciais, e não mais a norma legislada.

Por sua vez, no Brasil e nos demais Estados filiados à tradição jurídica do *civil law*, a principal fonte do direito é a lei¹⁹³, de modo que, a se admitirem outras fontes, todas as demais seriam consideradas secundárias. Tal constatação pode ser feita pela simples leitura do art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988, que estabelece o princípio da legalidade como direito fundamental. Diante disso, deve ser questionada a aplicação do direito com base exclusivamente em súmulas ou precedentes judiciais, originários dos órgãos judiciais. Tendo em vista que o sistema brasileiro não adota o *stare decisis*, resta saber se os provimentos jurisprudenciais também se enquadrariam como fontes do direito, ainda que classificadas como “*secundárias ou subsidiárias*”, capazes de fundamentar legitimamente uma decisão judicial no Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, “*seria lícito ao Judiciário solucionar suas questões com base tão somente em seus próprios atos?*”¹⁹⁴

¹⁹⁰ No mesmo sentido: “*Uma função muito diferente é atribuída à lei, ao costume, à jurisprudência, à doutrina, à equidade nos diferentes sistemas. Quando se estuda um direito estrangeiro, é necessário saber que as ideias no nosso país, referentes às relações que existem entre estas diferentes fontes possíveis das regras jurídicas, não são as mesmas em todos os países e que os métodos de raciocínio, aplicados pelos juristas para a descoberta das regras de direito e o desenvolvimento do corpo do direito, podem ser, por consequência, variados.*” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p.11).

¹⁹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do direito*, p.18-21,

¹⁹² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p.345.

¹⁹³ Sobre o significado técnico-jurídico da palavra lei, ver nota n. 1.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p.66.

De plano vale lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro garante o acesso à jurisdição, em contrapartida à regra da proibição da autotutela, determinando que o juiz não deixe de exercer a função jurisdicional em razão da ausência de lei, nos termos do art. 126 do Código de Processo Civil de 1973¹⁹⁵. Porém, reconhecendo a existência de “*lacunas na lei*”, o próprio legislador indicou a quais “*fontes subsidiárias*” deveria o aplicador do direito recorrer. Nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁹⁶, devem ser observados a “*analogia, os costumes e os princípios gerais do direito*”, critérios que também se encontram presentes no art. 126 do Código de Processo Civil de 1973, mas não foram reproduzidos no Código de Processo Civil de 2015¹⁹⁷.

Segundo Tiago Asfor Rocha Lima, o fato de a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não ter previsto a jurisprudência como fonte subsidiária das leis¹⁹⁸, pode ter feito grande parte dos doutrinadores questionar a natureza jurídica da jurisprudência no Brasil¹⁹⁹.

¹⁹⁵ “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

¹⁹⁶ A antiga Lei de Introdução ao Código Civil, regulamentada pelo Decreto Lei n. 4.657/1942, teve sua redação alterada pela Lei n. 12.376/2010, passando-se a denominar Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Para Rosemiro Pereira Leal, a Lei n. 12.376/2010 é uma “*desrespeitosa amostragem da indigência científico-jurídica do Congresso Nacional*” que, no intuito de democratizar, alterou apenas o nome de decreto-lei para lei, mas manteve a integralidade do texto da Ditadura de Vargas, que instalou a “*tiranía da vontade legifona do Judiciário*”. (LEAL. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p.243). Ver também: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p.164-165.

¹⁹⁷ Inicialmente, o art. 108 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil possuía a seguinte redação: “O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Durante a tramitação do Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, que deu origem ao Código de Processo Civil de 2015, o Senador Valter Pereira acolheu parcialmente a sugestão de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, para substituir a palavra “*lei*” por “*ordenamento jurídico*”, nos seguintes termos: “Art. 119. O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes”. (BRÊTAS, *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.108-109). Apesar das melhorias na primeira parte, a nova redação recebeu críticas, pois mantinha equívocos anteriores e apresentava retrocessos, misturando a natureza jurídica de princípio, que é norma jurídica, com fontes de integração do Direito. Diante disso, suprimiu-se a parte final e a redação foi aprovada da seguinte forma: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

¹⁹⁸ Em outro sentido, o art. 3º do Código de Processo Penal, o art. 108 do Código Tributário Nacional, e o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecem explicitamente a possibilidade de aplicação da jurisprudência como fonte para omissão da lei.

¹⁹⁹ Para o autor, as alterações promovidas na Introdução às Normas do Direito Brasileiro foram tímidas, pois “*deixaram escapar a oportunidade de atualizar a norma à realidade brasileira do século XXI, e isso se comprova na medida em que (...) ignora-se por completo o papel que o Direito jurisprudencial ocupa no sistema jurídico e a importância que a ele é conferida pelos operadores do Direito*”. (LIMA. *Precedentes judiciais civis no Brasil*, p.121-122).

Por outro lado, José Rogério Cruz e Tucci entende que o simples fato de determinada fonte não ter sido categoricamente prevista na lei como fonte subsidiária não retira seu caráter de fonte do direito:

“É certo que as reações da realidade influenciam a experiência jurídica e, por via de consequência, deformam a hierarquia pré-determinada das fontes. (...) Na verdade, a problemática que decorre da natureza e da hierarquia das fontes transcende a vontade do legislador (o vetor legislativo é insuficiente para solucioná-la), sendo uma questão que se encarta na teoria e na metodologia do direito. Por exemplo: o não reconhecimento expresso pela lei da doutrina como forma de expressão do direito não tem ‘poder de exclusão’. E o mesmo ocorre com outras fontes, como o costume ou a jurisprudência. Tudo dependerá da opção que for feita pelo intérprete por uma ou outra das denominadas teorias das fontes.”²⁰⁰

Na mesma esteira, Rene David explica que *“as fórmulas empregadas pelos teóricos, relativamente às fontes do direito ou aos modos de interpretação da lei, nem sempre fornecem um cômputo exato da realidade”*. Na França, por exemplo, a teoria clássica afirma que a jurisprudência não é fonte do direito, mas algumas decisões do Tribunal de Cassação e do Conselho de Estado têm, por vezes, de fato, *“uma autoridade igual ou maior que a que emana da lei.”* E na Inglaterra, embora sejam apresentadas como um *“fenômeno de exceção”*, as leis são igualmente numerosas e desempenham um papel não inferior ao da legislação do ordenamento jurídico da França²⁰¹.

Assim, embora não esteja expressamente prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, grande parte da doutrina aponta a jurisprudência como fonte do direito, mesmo nos casos em que não exista lacuna na lei. Em outras palavras, a jurisprudência seria fonte do direito não apenas nos casos em que a lei for insuficiente para a resolução da controvérsia, mas na medida em que os magistrados estariam autorizados a invocar precedentes, vinculantes ou não, para fundamentar a decisão do caso presente²⁰². Portanto, além dos precedentes obrigatórios estabelecidos pelo próprio ordenamento, o caráter da jurisprudência

²⁰⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do direito*, p.22

²⁰¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p.12.

²⁰² *“Sendo assim, e após estabelecidas essas considerações, correto compreender a jurisprudência como fonte do Direito no Brasil, nada obstante a clara omissão do legislador. Isto porque inúmeros são os exemplos de julgamentos, especialmente do Supremo Tribunal Federal, em que as teses jurídicas por eles estabelecidas, além de serem frutos da criação jurisprudencial, são posteriormente invocadas, não só em termos judiciais, mas também no âmbito da Administração Pública e até entre particulares, inclusive para afastamento de um mandamento legal.”* (LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*, p.126).

como fonte do direito seria consequência da possibilidade de o magistrado “*criar uma norma jurídica que fundamente e dê validade à sua conclusão*” do caso em concreto²⁰³.

Em que pesem os fundamentos acima, é preciso repensar a teoria das fontes de acordo com o paradigma do Estado Democrático de Direito, para evitar arbitrariedades na criação e interpretação do direito. Para tanto, segundo Lenio Luiz Streck, devem ser superados tanto o “*positivismo-exegético*” (objetivista), em que a lei se confunde com o direito, com a pretensão de solucionar todos os problemas jurídicos, valorizando o texto em detrimento do intérprete, quanto o “*positivismo-normativista*” que busca fechar as lacunas da lei com base em posturas subjetivistas, carregadas de discricionariedade, nas quais o intérprete (sujeito) sobrepõe-se ao texto²⁰⁴.

No mesmo sentido, Fernando José Armando Ribeiro e Bárbara Gonçalves de Araújo Braga sustentam que, no estudo do direito, ainda parece predominar “*o entendimento da Teoria das Fontes como produto da compreensão sujeito/objeto*”, pois a maior parte da doutrina se limita analisar questões como o reconhecimento de determinadas fontes como tal, refletindo a “*sobrevalorização do Poder Legislativo, a crença numa legitimidade como dado a priori e o mecanismo lógico-dedutivo de aplicação do Direito*”:

“(...) percebe-se que tradicionalmente a pergunta pela fonte do Direito continua sendo formulada de maneira a tão somente reduzir-se aos seguintes questionamentos: De onde nasce o Direito? De onde brota aquilo que vem a constituir o mundo jurídico? Logo, a própria extensão da pergunta sobre as fontes do Direito, nos moldes de como ela tem-se dado, remete à idéia de simples revelação do Direito, noutros termos, reflete a compreensão do Direito como algo pronto, posto e acabado.”²⁰⁵

Diante disso, de acordo com referidos autores, o caminho para realizar uma reconstrução da teoria das fontes no paradigma do Estado Democrático deveria

²⁰³ “*Há, pois, na atividade jurisdicional muito mais que uma mera técnica de interpretação e aplicação do Direito. Há aí verdadeiramente uma técnica de criação do Direito, o que garante à jurisprudência a condição de fonte do Direito.*” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela*, p.391).

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p.75-84.

²⁰⁵ RIBEIRO e BRAGA. A teoria das fontes do direito revisitada: uma reflexão a partir do paradigma do estado democrático de direito. *In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 3871-3872.

passar, dentre outros pontos, por um “*repensar dos critérios asseguradores da legitimidade*”, com base na Teoria Discursiva do Direito de Habermas. Assim, a doutrina deveria realizar outras perguntas sobre as fontes, tais como: “*Quais os agentes produtores das fontes do Direito? Como se dá o reconhecimento dos agentes produtores nas fontes do Direito? Quais os critérios para se pensar em fontes legítimas?*”²⁰⁶

A prevalecer o paradigma da filosofia da consciência, na forma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, continuaria sendo entregue aos juízes o “*privilégio da livre interpretação do direito escrito e a atribuição de produção do direito na hipótese de ausência de normas ao enfrentamento dos conflitos jurídicos.*” Contudo, no Estado Democrático de Direito, o papel do magistrado é de “*mero operador, como as demais partes e interessados, do sistema jurídico criado e estabilizado por direitos fundamentais líquidos e certos do processo (...) desde seus âmbitos instituinte e constituinte.*”²⁰⁷ Ou seja, ao contrário da famosa frase de Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, no início do século XX, e precursor do realismo norte-americano, o direito não pode ser compreendido simplesmente como “*aquilo que os tribunais dizem que é*”.

Tendo em vista as concepções de que o “*direito extrapola a lei*”²⁰⁸, na medida em que o ordenamento jurídico é formado por regras e princípios, bem como de que “*texto e norma não se confundem*”²⁰⁹, pois a norma é formada pelos intérpretes a partir da confrontação do ordenamento jurídico com o caso em concreto, é possível concluir pela ausência de lacunas do direito, existindo apenas “*lacunas hermenêuticas*”²¹⁰.

Assim, a partir das lições de Lenio Streck, pode-se afirmar que restaria esvaziado o conteúdo jurídico do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito

²⁰⁶ RIBEIRO, BRAGA. A teoria das fontes do direito revisitada: uma reflexão a partir do paradigma do estado democrático de direito. In: *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 3872.

²⁰⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p.243 e 247.

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p.155.

²⁰⁹ Segundo as lições de Humberto Ávila: “*Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. (...) O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.*” (ÁVILA. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p.30).

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p.156.

Brasileiro e do art. 126 do Código de Processo Civil de 1973, sendo desnecessária a utilização de seus critérios de “*fechamento autopoietico do sistema jurídico*”. Mais do que isso, referidos dispositivos seriam até mesmo inconstitucionais (não recepcionados), por permitirem decisionismos por parte dos magistrados. Os princípios gerais do direito, por exemplo, constituiriam uma “*autorização para a discricionariedade*”, que não mais se justificam, em face dos princípios constitucionais, entendidos justamente como um “*contraponto a essa discricionariedade*”. No entanto, os princípios não podem ser entendidos como “*álíbis teóricos para suplantam problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ de regras*”, nem podem ser criados, sem qualquer normatividade, apenas para fundamentar o entendimento pessoal do magistrado (“*pamprincipiologismo*”)²¹¹, sob pena de também endossarem o protagonismo judicial.

Pelo contrário, no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o poder emana do povo, a Constituição da República de 1988 exige que as decisões judiciais sejam proferidas em conformidade com o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais²¹². Assim, o direito não pode advir de qualquer fonte, uma vez que a “*lei (ato jurídico provimental) aludida no inciso constitucional (art.5º, II) é a produzida e vindicada pelo devido processo como instituição constitucionalizante e operadora de direitos fundamentais do processo*”²¹³, garantindo-se a participação do povo na formação do direito e até mesmo na sua fiscalização pelo devido processo legal:

*“Portanto, os que entendem ainda a lacuna da lei ou a defesa de sua completude como problema que, nas decisões, tem de ser dogmaticamente resolvido pelo juiz desconhecem que, nas democracias, nenhuma norma é exigível se seu destinatário não é o seu próprio autor. Daí, se o povo real não legislou, o direito não existe para ninguém. Não há indagar se o que não é proibido é permitido, se o sistema é aberto ou fechado, mas, no direito democrático, o que não é provido pelo devido processo legislativo fiscalizável processualmente por todos (devido processo legal) não é juridicamente existente. Na democracia, o direito é um campo da existência posta pela lei processualmente produzida, não podendo haver realidade jurídica fora da existência suscetível de constante testificação processual.”*²¹⁴

²¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p.155-171.

²¹² BRÊTAS. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 122-123.

²¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p.245.

²¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.39.

Neste contexto, não pode ser considerada legitimada democraticamente a criação do direito pelos órgãos judiciais, com base na vontade individual do magistrado. Como visto anteriormente, as súmulas e precedentes não são elaborados pelos representantes eleitos pelo povo, por meio do devido processo legislativo, com participação popular, mas são frutos da interpretação do direito pelos próprios órgãos julgadores, que devem obedecer ao que determina a Constituição Federal.

Assim, ao contrário das leis, os provimentos jurisprudenciais não possuem legitimidade democrática para inovar na ordem jurídica, tendo em vista o princípio da separação das funções dos órgãos estatais. Apesar de serem abstratas, gerais, impessoais e, mais recentemente, obrigatórias, as súmulas se traduzem apenas em interpretações dos atos normativos anteriormente editados pelo legislador, de acordo com as disposições constitucionais.

Corroborando com esse entendimento, note-se que o art. 5º, da Lei n. 11.417/2006, estabelece uma relação de dependência entre o enunciado da súmula vinculante e a norma na qual se baseou, dispondo que, uma vez revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal deve proceder à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso. Além disso, o artigo 103-A da Constituição de 1988 não confere o poder de edição de súmulas vinculantes ao mero arbítrio do Supremo Tribunal Federal, mas estabelece diversos requisitos para tanto. Dentre eles, exige-se a necessidade da ocorrência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, cuja interpretação será o objeto do enunciado da súmula.

Retomando a concepção de que texto e norma não se confundem, Lenio Luiz Streck, com base em Eros Grau, relembra que as decisões judiciais constroem normas para o caso em concreto, a partir de uma interpretação dos textos normativos. Vale acrescentar que as normas somente podem ser construídas no caso em concreto, por meio do processo constitucional, assegurada a participação das partes pelo devido processo legal, e que os textos normativos, a serem interpretados de acordo com a Constituição, devem ter sido produzidos segundo o devido processo legislativo. Porém, essas normas concretas são novamente transformadas em textos no momento em que são elaborados os enunciados de súmula, com caráter de generalidade e abstração:

“Desse modo, a ampliação da eficácia da decisão judicial, ao ponto de alcançar quem não tenha participação no caso ao qual o direito foi aplicado/interpretado, apenas se pode dar na medida em que se expresse como eficácia do texto, não da norma contida na decisão. Da mesma forma, o efeito vinculante que transcende os limites do caso objeto da decisão é o efeito do texto, não daquela mesma norma.”²¹⁵

Diante do exposto, os precedentes e os enunciados de súmulas não são normas prontas e completas, capazes de solucionar diversos casos por meio de silogismos²¹⁶, mas são textos cuja legitimidade democrática é controversa no Estado Democrático de Direito, pois não foram produzidos em observância ao devido processo legislativo.

Por outro lado, não atribuir às súmulas e aos precedentes judiciais a natureza jurídica de normas não significa que eles podem ser totalmente desconsiderados pelos sujeitos processuais, pois podem influenciar diretamente no resultado das decisões jurisdicionais. Na realidade, a função desses provimentos jurisprudenciais é justamente aumentar a estabilidade, integridade e coerência do direito, que também são positivas para afastar a discricionariedade no Estado Democrático de Direito.

Sobre esta questão, Ronald Dworkin desenvolveu a teoria de direito como integridade, para se contrapor ao pragmatismo e ao convencionalismo, que entregam ao juiz o poder discricionário de julgar os casos concretos, de acordo com sua consciência. Em síntese, para o pragmatismo, os juízes devem atuar “*como se*” as pessoas tivessem direitos, não existindo propriamente esta titularidade, ainda que previsto tal direito na lei e reconhecido nas decisões judiciais passadas. Com base em argumentos utilitaristas, os juízes seriam livres para alterar as regras jurídicas, devendo tomar as decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, sem qualquer coerência em relação às convenções do passado. Por sua vez, para o convencionalismo, o direito só existe se estiver estabelecido por convenções elaboradas no passado, que devem ser aplicadas pelos magistrados, ainda que exista outra decisão mais adequada. Ademais, nos “*casos difíceis*”, não existindo direitos determinados nessas convenções (lacunas), o juiz deveria criar um novo direito, por meio da discricionariedade, sem exigir qualquer coerência com os

²¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, p.266.

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p. 66.

casos anteriores²¹⁷.

Ao tratar da integridade, Dworkin defende que deve estar presente tanto na legislação, impondo aos legisladores que mantenham as leis coerentes com os princípios, quanto nos julgamentos, exigindo aos juízes que busquem interpretar a lei em coerência com a integridade, examinado o direito como um todo e não como uma série de decisões tomadas livremente por seus pares. Contudo isso não quer dizer que os juízes devem resgatar os ideais das leis de um século atrás, mas que devem julgar com “*coerência de princípio*”, ainda que para superar entendimentos anteriores. Para tanto, o autor cria uma metáfora do “*romance em cadeia*”, em que diversos autores escreveriam um único romance, cada um deles responsável por um capítulo, com o compromisso de escreverem da melhor forma possível, levando em consideração os capítulos anteriores e os seguintes, para que passasse a impressão de o romance ter sido elaborado por um único autor²¹⁸. Da mesma forma, a exigência de integridade faz com que os intérpretes sejam considerados como autores na cadeia do direito:

*“A descrição apresentada por Dworkin para seu modelo de Law as integrity é útil porque revela que os juízes, em cada nova decisão, incorpora o material normativo agregado pelas decisões anteriores, como que fazendo uma síntese compreensiva do conhecimento acumulado pelo tribunal nos julgamentos anteriores, sem ter necessariamente de aceitar que os juízes anteriores tenham predeterminado todos os seus passos, mas sabendo que sua tarefa de julgar passa pela reconstrução dos princípios que justificaram os precedentes judiciais (seja para reiterá-los, seja para modificá-los nos casos futuros, se necessário) e pelo desenvolvimento judicial do Direito como se fosse uma teia coerente (seamless web) de princípios, casos, regras e soluções jurídicas. O mínimo que se espera para essa teoria do Direito como integridade é a aplicação universal das normas adscritas justificadas na fundamentação apresentada pelos tribunais para suas decisões.”*²¹⁹

Para aplicar a integridade, na forma como a sociedade democrática espera dos magistrados, Dworkin criou a figura do juiz Hércules, capaz de encontrar a única “*resposta correta*” em cada caso, afastando os ideais positivistas de que caberia ao juiz escolher livremente a interpretação mais adequada acerca de uma regra jurídica ou até mesmo criar o direito em casos de lacunas. Neste desiderato, o juiz Hércules deve julgar o caso em concreto levando em consideração todos os argumentos das partes e os elementos fático-probatórios e, ainda, realizando uma reconstrução da

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p.144-145 e 188-189.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p.271-279.

²¹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, p.269-270.

história institucional do direito, “*para verificar como os outros juízes decidiram no passado casos semelhantes, ampliando o diálogo processual para justificar em sua decisão essa história*”. Assim, além do direito produzido pelo Legislativo, o magistrado também deverá seguir as decisões judiciais proferidas nos casos anteriores, evitando a criação de entendimentos divergentes sobre as mesmas questões jurídicas, seja pela “*análise parcial de argumentos (sem se respeitar o dever de consideração) ou mesmo pela escolha aleatória do entendimento que confirma a pré-compreensão do decisor (confirmation bias) sem se levar a sério o debate processual*.”²²⁰

Portanto, a exigência de integridade na esfera judicial busca afastar arbitrariedades e decisionismos por parte dos magistrados, aproximando-se do Estado Democrático de Direito e reforçando a segurança jurídica e isonomia, na medida em que devem ser proferidas decisões com a mesma *ratio decidendi* para casos semelhantes, a menos que seja necessário empregar as técnicas de distinção ou superação, mas sempre levando em conta os argumentos das partes e os precedentes, fundamentando adequadamente a decisão. Como será mais aprofundado nos subcapítulos seguintes, o Código de Processo Civil de 2015 apostou na integridade de Dworkin, em face da sua relevância, para tentar regulamentar o uso de precedentes no Brasil.

Diante do exposto, nos Estados democráticos, filiados à tradição romano-germânica, os magistrados não têm legitimidade para criar o direito, de modo que as decisões judiciais devem ser fundamentadas em textos normativos produzidos de acordo com o devido processo legislativo, observando-se também as garantias do devido processo constitucional e a coerência de princípio e integridade em relação aos precedentes e às súmulas, mas jamais com base no entendimento subjetivo do julgador²²¹.

²²⁰ NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no Novo CPC: É possível uma decisão correta?*

²²¹ Por consequência: “(...) o papel da jurisprudência deve(ria) ficar caudatário daquilo que chamamos de direito. Nesse ponto, o direito deve ser entendido como conceito interpretativo, constituindo-se naquilo que é emanado das instituições jurídico-políticas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade do aplicador (o que faria com que o conceito ficasse sem sentido).” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p.36)

3.4 A crescente valorização dos precedentes e das súmulas no ordenamento brasileiro

Como visto anteriormente, existe um fenômeno mundial de convergência das tradições do *common law* e do *civil law*. Michele Taruffo explica que “*pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do common law*”²²², de modo que os precedentes ocupam grande importância no direito de todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive nos Estados da tradição de *civil law*.

O sistema jurídico adotado no Brasil, filiado à tradição romano-germânica, tem como principal característica o direito escrito e codificado e sua principal fonte do direito é a lei, como se pode inferir da leitura do art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988. Por outro lado, embora ainda existam divergências doutrinárias sobre a qualificação das súmulas e precedentes judiciais como fontes do direito, bem como sobre o seu caráter normativo, a própria legislação e os tribunais brasileiros reconhecem expressamente a força que eles possuem na concretização do direito²²³.

A partir da Constituição de 1988, com a democratização do acesso ao Judiciário e, ao mesmo tempo, com o fracasso da implementação de políticas públicas para a viabilização de direitos fundamentais, houve uma explosão de litigiosidade, com a consequente judicialização dos conflitos. Em face do aumento expressivo do número de processos, sobretudo de natureza repetitiva, e da demora nos julgamentos, vem crescendo a tendência de utilização de técnicas de padronização decisória, sob o pretexto de trazer mais confiança, segurança jurídica, isonomia e razoável duração ao processo²²⁴.

No presente subcapítulo, sem a pretensão de esgotar a matéria, serão apresentados os principais exemplos de atos normativos que reconheçam a

²²² TARUFFO. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, v.110, p.140.

²²³ “Constata-se realmente que, considerando o valor, in abstracto, dos precedentes judiciais, a influência destes é deveras similar em ambos os sistemas: de fato, enquanto naqueles países que seguem o modelo da *common law*, a força vinculante dos anteriores julgados tem se tornado mais flexível, nos dos ordenamentos codificados é incontestável a difusa e constante tendência de os juízes aterem-se aos precedentes na fundamentação da *ratio decidendi*.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do direito*, p.26).

²²⁴ NUNES, Dierle José Coelho. Precedentes, padronização decisória e preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*, p.246-247.

relevância dos precedentes e das súmulas, até mesmo como forma de fundamentação das decisões judiciais. Será demonstrado que a valorização desses precedentes e súmulas ganhou ênfase nas últimas reformas do ordenamento jurídico brasileiro, o que justifica a necessidade do seu estudo e, sobretudo, constitui uma das premissas para se investigar a necessidade de garantir o exercício do controle de sua constitucionalidade.

No âmbito constitucional, a Emenda n. 3/1993 acrescentou o §2º ao art. 102, criando a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo, dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Por sua vez, a Emenda Constitucional n. 45/2004 alterou a redação do art. 102, §2º e acrescentou o art.103-A, atribuindo efeitos vinculantes às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, bem como às súmulas de matéria constitucional, aprovadas por dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Em nível infraconstitucional, a Lei n. 11.418/2006 acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil de 1973, regulamentando a “*repercussão geral*”, e a Lei n. 11.672/2008 acrescentou o art.543-C ao Código de Processo Civil de 1973, instituindo o procedimento dos recursos repetitivos, segundo o qual a decisão do recurso representativo da controvérsia terá efeitos vinculantes em relação aos demais recursos, que ficarão sobrestados, aguardando o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça em relação ao primeiro.

Os dispositivos selecionados acima merecem especial atenção, pois tornaram obrigatórios determinados precedentes e súmulas dos tribunais brasileiros, mesmo que a legislação ainda se mantenha como a principal fonte do ordenamento jurídico. Além destes, há outros exemplos, não menos importantes, que também demonstram a valorização dos precedentes, da jurisprudência e das súmulas, na medida em que são colocados como parâmetros suficientes para autorizar o magistrado a reconhecer automaticamente a repercussão geral, a negar seguimento ou a dar provimento a recursos, inclusive de forma monocrática.

Dentre eles, cumpre salientar a relevante função atribuída à jurisprudência na nova redação do art. 557 do Código de Processo Civil de 1973, determinada pela Lei n. 9.756/1998. O *caput* e o §1º-A desse artigo dispõem que o relator poderá,

monocraticamente, negar seguimento a recurso em confronto com súmula²²⁵ ou com “*jurisprudência dominante*” do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, bem como poderá dar provimento ao recurso de plano, caso a decisão recorrida esteja em manifesto confronto com a referida jurisprudência. Note-se, desde já, que a vagueza da expressão “*jurisprudência dominante*” dá margem para arbitrariedades, pois não ficou estabelecido se se trata de um critério quantitativo ou qualitativo²²⁶.

A mesma Lei n. 9.756/1998 também alterou diversos outros dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, utilizando padrões decisórios como critérios para simplificação ou aceleração dos processos. O art.120, parágrafo único, estabelece que o relator poderá decidir o conflito de competência de plano, caso já exista jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada. O art.481, parágrafo único, permite que os órgãos fracionários do tribunal declarem a inconstitucionalidade de ato normativo, independentemente da remessa da discussão ao plenário ou ao órgão especial, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. A Lei n. 9.756/1998 também incluiu o §3º ao art. 544, concedendo poderes ao relator para conhecer do agravo para, monocraticamente, dar provimento ao próprio recurso especial. Porém, esse dispositivo já foi alterado pela Lei n. 12.322/2010, que acrescentou o §4º ao art. 544, ampliando ainda mais os poderes do relator, que poderá negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal ou dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

Além de dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, a Lei n. 9.756/98, também alterou a redação do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho – hoje já alterado pela Lei n. 13.015/2014 – para estabelecer o dissídio jurisprudencial como hipótese de cabimento do recurso de revista, semelhante ao que ocorre com o recurso especial, nos termos do art.105, inciso III, “c”, da Constituição Federal de 1988.

²²⁵ Em certa medida, o art. 38, da Lei n. 8.038/1990, também apresenta redação semelhante, porém mais restrita, concedendo poderes apenas aos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a fim de negar seguimento a recursos contrários à súmula dos respectivos tribunais.

²²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*, p.18.

Ainda quanto ao Código de Processo Civil, também merecem destaque o art. 475, §3º (incluído pela Lei n. 10.352/2001), que dispensa o reexame necessário quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente; o art. 518, §1º (incluído pela Lei n. 11.276/2006), determinando que o recurso de apelação não deve ser recebido pelo juiz, quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal; e o art. 285-A (incluído pela Lei n. 11.277/2006)²²⁷, que instituiu a chamada sentença emprestada ou clonada²²⁸, autorizando o juiz a dispensar a citação do réu e reproduzir sentença anteriormente prolatada, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

A valorização dos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro também pode ser constatada pela presença da reclamação constitucional, que surgiu de uma construção pretoriana, com base na teoria dos poderes implícitos do direito norte-americano²²⁹, mas posteriormente foi positivada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e nos artigos 102, inciso I, alínea “I”, e 105, inciso I, alínea “f”, na Constituição de 1988, como um instrumento hábil para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, visando a garantir a autoridade de suas decisões. Após a Emenda Constitucional n. 45/2004, a reclamação também passou a ser utilizada como mecanismo específico para garantir a efetividade na aplicação das súmulas vinculantes. Assim, quaisquer atos judiciais ou administrativos que atentem contra a autoridade das decisões²³⁰ do

²²⁷ Criticando veementemente “algumas excrecências” dessa lei, em face de sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, ver: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p.238-240.

²²⁸ “No afã de imprimir celeridade ao processo a torto e a direito, o conteúdo normativo do novo art. 285-A do Código consagra uma figura esdrúxula, de duvidosa constitucionalidade, que a doutrina vem cognominando de sentença emprestada, mas que, segundo pensamos, melhor poderia ser alcunhada de sentença clonada (a sentença posterior, copiada, torna-se verdadeiro clone da sentença anterior)”. (SOARES, Carlos Henrique; BRÉTAS, Ronaldo C. Dias. *Manual elementar de processo civil*, p.160).

²²⁹ MORATO, Leonardo Lins Morato. A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*, p.392.

²³⁰ É importante esclarecer que a reclamação é cabível quando houver ofensa a uma decisão específica do Tribunal. Porém, “não se admite sua propositura para assegurar o respeito a entendimento da jurisprudência, ou seja, não cabe a reclamação em razão de mera contrariedade à orientação jurisprudencial do Tribunal” (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. p. 514).

Superior Tribunal de Justiça²³¹ e do Supremo Tribunal Federal, inclusive contra as súmulas vinculantes, poderão ser cassados ou anulados pela reclamação constitucional, impondo aos órgãos judiciais inferiores a observância dos precedentes judiciais.

Como visto, a doutrina aponta diversos fatores para justificar a adoção de súmulas e precedentes²³². Dentre outros motivos, a aplicação das súmulas e precedentes seria importante para efetivar os princípios da segurança jurídica²³³ e da isonomia²³⁴ (pois os jurisdicionados passam a contar com decisões uniformes por parte dos órgãos judiciais), bem como dos princípios da fundamentação das decisões, da celeridade e da eficiência do sistema judicial²³⁵.

Assim, o entendimento da corrente majoritária é de que a valorização das súmulas e precedentes pode ser positiva e até mesmo necessária para o sistema brasileiro, pois consolidam os avanços na jurisprudência e evitam interpretações que provoquem um retrocesso, ou seja, “*podem se constituir em importante mecanismo de reforço à integridade e coerência do direito*”, no seguinte sentido:

²³¹ No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o art.1º da Resolução n. 12/2009, admite o oferecimento de reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual dos juizados especiais e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

²³² Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.120-212. Ver também: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*, p. 570-582.

²³³ Segundo Sérgio Seiji Shimura, a previsibilidade do resultado do processo evita o ajuizamento de demandas e a interposição de recursos, uma vez que as partes saberão, com antecedência, qual tese prevaleceu diante da divergência jurisprudencial. Além disto, estimularia a mediação ou o acordo, e impediria medidas procrastinatórias e recursos protelatórios, pois as partes já conheceriam qual a resposta jurisdicional adotada em casos semelhantes. Deste modo, as súmulas serviriam como “*uma vacina à multiplicação de demandas de idêntico teor*”. (SHIMURA. Súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alii (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional 45/2004*, p.762).

²³⁴ Com a advertência de Dierle José Coelho Nunes: “*A defesa dessa ‘pseudo-igualdade’ para aumentar a eficiência (quantitativa), para fomentar uma previsibilidade pelo engessamento dos posicionamentos (em face do modo superficial que o sistema brasileiro impõe a aplicação do direito aos juízes), para favorecer uma concepção hierárquica (e não funcional da divisão das competências do Poder Judiciário – com quebra da independência interna) e desestimular o acesso à Justiça (que é fruto de uma luta histórica e se tornou um problema funcional, pela ausência de uma efetiva reforma do judiciário e de um aparato adequado), deve ser tematizada com muita cautela.*” (NUNES. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 199, p.65).

²³⁵ NUNES, Dierle José Coelho; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 62, p. 180-181.

“Parece evidente que um sistema jurídico que adote precedentes vinculativos não representa um ‘mal em si’. Afinal, a integridade do direito também se constrói a partir do respeito às decisões judiciais. A integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se, pois, de ‘consistência articulada’. Com isso, afasta-se, de pronto, tanto o ponto de vista objetivista, pelo qual “o texto carrega consigo a sua própria norma” (lei é lei em si), como o ponto de vista subjetivista-pragmatista, para o qual – aproveitando a relação ‘texto-norma’ – a norma pode fazer soçobrar o texto, ou, ainda, o que é pior, em determinadas situações, quando o juiz ou o Tribunal decidir contra legem, a ‘norma’ criada é outra que não aquela ‘acusada’ de estar (ou ter estado) no texto.”²³⁶

No entanto, é preciso fazer análise crítica sobre a utilização dos precedentes e das súmulas na prática judiciária brasileira, para verificar se os sujeitos processuais estão realmente preparados para tanto, ou se estão apenas buscando nestes provimentos judiciais uma forma de obter celeridade e efetividade, em detrimento de direitos e garantias fundamentais²³⁷. Não é demais lembrar que, no Estado Democrático de Direito, a aplicação das súmulas e precedentes judiciais somente se legitima por meio do processo constitucional, em que seja observado o princípio do devido processo legal e seus corolários.

De toda forma, a partir das considerações acima, constata-se que, embora exista divergência quanto à natureza dos precedentes judiciais e das súmulas como fontes, sua utilização no direito brasileiro já é uma realidade difundida²³⁸, e terão funções ainda mais relevantes após a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil de 2015, como se verá a seguir.

²³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p.422-423.

²³⁷ *“Há de se perceber que após a efetiva falência do modelo processual reformista imposto, entre nós, após a década de 1990, que apostou, em apertada síntese, prioritariamente, em reformas legislativas (e não em uma abordagem panorâmica e multidimensional, nominada de ‘processualismo constitucional democrático’) e no ideal socializador de busca de reforço tão só do protagonismo judicial, que alguns vêm, a alguns anos, em face da explosão exponencial de demandas e dos altos índices de ‘congestionamento judicial’, defendendo um peculiar uso dos precedentes (vistos como padrões decisórios) para dimensionar a litigiosidade repetitiva. O pressuposto equivocadamente é o de que mediante o julgamento de um único caso, sem um contraditório dinâmico como garantia de influência e não surpresa para sua formação, mediante a técnica de causa piloto, o Tribunal Superior (e existe a mesma tendência de ampliação dessa padronização nos juízos de segundo grau no CPC Projetado) formaria um julgado (interpretado por nós como precedente) que deveria ser aplicado a todos os casos ‘idênticos’”. (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, v. 79, p. 118-119).*

²³⁸ Segundo Lenio Luiz Streck: *“já existem mais enunciados e súmulas e OJs na Justiça do Trabalho que o número de artigos e parágrafos da CLT”* (STRECK, *A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo?*).

3.5 Súmulas e precedentes no Código de Processo Civil de 2015

Apesar das divergências doutrinárias quanto à necessidade de elaboração de um novo Código²³⁹, o ato do Presidente do Senado n. 379, de 30 de setembro de 2009, instituiu uma comissão de juristas, com a finalidade de elaborar o Anteprojeto de Código de Processo Civil. O trabalho da Comissão foi convertido no Projeto de Lei do Senado n. 166/2010. Depois de aprovado em um curto período de pouco mais de seis meses, foi remetido para a Câmara dos Deputados, onde tramitou como Projeto de Lei n. 8.046/2010. A casa revisora aprovou o projeto no dia 26 de março de 2014, restituindo-o ao Senado para análise das emendas, tendo sido definitivamente aprovado em 17 de dezembro de 2014. Por fim, o Código de Processo Civil foi sancionado pela Presidente e publicado no Diário Oficial de União no dia 17 de março de 2015, com um ano de *vacatio legis*, na forma do seu art. 1.045.

Segundo consta na exposição de motivos do Anteprojeto, o primeiro objetivo para justificar a elaboração de um novo Código de Processo Civil era o de constituir uma “*coerência substancial*” em relação à Constituição Federal da República, estabelecendo “*expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina*” entre os dois atos normativos. Embora se possa até mesmo entender formalmente desnecessária, face ao princípio da supremacia da Constituição, essa preocupação ganhou destaque logo em seu art. 1º, que prevê a obrigatoriedade de se interpretar o Código de Processo Civil de acordo com as normas fundamentais da Constituição de 1988.

²³⁹ “Prevalece entre nós brasileiros, em grande medida, a credulidade de que conseguiremos resolver os problemas do sistema processual tão somente mediante reformas em nossa legislação. Tal perspectiva se encontra no discurso de muitos, na atualidade, especialmente pela tramitação de um Projeto de Lei no Congresso Nacional para a edição de um novo Código de Processo Civil.” (NUNES, Dierle José Coelho. Precedentes, padronização decisória e preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*, p.246). Em sentido semelhante: “Para comprovar as afirmativas feitas até agora, no sentido de que as reformas do Código não estão atingindo os objetivos alardeados nas exposições de motivos das enxurradas de leis reformistas promulgadas pelo Estado brasileiro, basta examinar o índice cronológico da legislação alteradora em qualquer edição do Código de Processo Civil. Ao fazê-lo, constata-se que, nestes 35 anos de vigência, dito Código, publicado pela Lei n. 5.925, de 1º/10/1973, sofreu cerca de 460 alterações legislativas, por meio de 65 leis editadas no referido período, se nossa contagem estiver certa. Em outras palavras, as reformas revelam-se intermináveis e estão sendo feitas incessantemente no Código há três décadas e meia, com resultados cada vez mais insatisfatórios, porque a jurisdição brasileira continua lenta e ineficiente, algumas vezes podendo ser acoimada de verdadeira balbúrdia, o que indica não ser o Código a principal causa do problema, porque, se o fosse, com tantas reformas, tal problema já teria sido solucionado há muito tempo, a não ser que o legislador brasileiro seja obtuso, o que resistimos em acreditar.” (SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Manual elementar de processo civil*, p.151).

Ademais, desde a exposição de motivos, foi atribuída grande relevância ao princípio da segurança jurídica e à estabilidade da jurisprudência²⁴⁰. E, na mesma linha da tendência das reformas legislativas anteriores, o Código de Processo Civil de 2015 valorizou ainda mais a força das súmulas e dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, o que vem sendo apontado pela doutrina como uma das mudanças de maior relevância. Além de regulamentar sua utilização como fundamento para as decisões judiciais, também foram estabelecidas novas hipóteses em que as súmulas e os precedentes judiciais serão considerados obrigatórios, conforme se verifica, por exemplo, nos artigos 489 e 927, apresentados a seguir. Diante disto, alguns autores entendem que foi confirmada a posição de que algumas súmulas e precedentes judiciais também podem ser considerados como normas e fontes do direito, em equiparação aos textos legais²⁴¹.

Apesar da crescente valorização dos precedentes e das súmulas no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com efeitos obrigatórios, o legislador ainda não havia “importado” as técnicas necessárias para que possam ser trabalhados de forma democrática. Porém, o Código de Processo Civil de 2015 contém um conjunto de regras relevantes neste sentido, atendendo às “principais exigências da racionalidade do modelo de precedentes existente nos sistemas de common law”, bem como assegurando garantias processuais para “construção participativa da legitimidade da jurisprudência e do direito judicial”²⁴².

Em atenção ao princípio do Estado Democrático de Direito, à garantia do devido processo constitucional e, sobretudo, ao princípio da fundamentação das

²⁴⁰ Segundo a exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015: “Prestigiouse, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. (...) Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração”.

²⁴¹ “Os precedentes representam uma mudança paradigmática no novo CPC. Os precedentes vinculantes são, sem dúvida, uma das maiores mudanças da nova legislação. O direito anterior vinha aos poucos reconhecendo a jurisprudência com força normativa, mas era uma recepção mitigada do stare decisis – regra que, no common law, determina a vinculação dos juízes e tribunais ao que foi decidido anteriormente – nada comparado com as dimensões que a nova legislação processual apresenta agora. O direito brasileiro adotou, com a edição do novo Código de Processo Civil, um modelo normativo dos precedentes formalmente vinculantes que passarão a constituir fonte primária do nosso ordenamento jurídico.” (ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR et alii (coord.). Precedentes, p.407).

²⁴² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR et alii (coord.). Precedentes, p.295-297.

decisões, o art. 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, trouxe expressamente a previsão de hipóteses em que as decisões judiciais (sejam decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos) não serão consideradas fundamentadas.

Dentre elas, vale destacar a do inciso V, dispondo que não é fundamentada a decisão que “*se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*”. Este dispositivo consolidou o conteúdo dos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, previsto no art. 5º, LV e no art. 93, IX, da Constituição, mas que vêm sendo constantemente desprezados pelos magistrados, em flagrante violação às garantias do devido processo constitucional²⁴³.

Ora, se os magistrados, ao aplicarem um artigo de lei, devem demonstrar sua adequação ao caso em concreto, extraíndo a norma jurídica e apresentando a sua conclusão, em observância ao devido processo legal, a obrigatoriedade de fundamentação deveria estar ainda mais presente quando o objeto da interpretação é um precedente judicial, que sequer foi produzido em processo legislativo, por meio dos representantes eleitos pelo povo, e que demanda maior esforço interpretativo para identificar sua regra jurídica (*ratio decidendi*)²⁴⁴.

Assim, embora decorra do princípio constitucional da fundamentação das decisões, a norma do referido dispositivo apresenta um papel importante para transformação das decisões judiciais, adequando-as ao devido processo constitucional, tendo em vista os traços positivistas da cultura jurídica brasileira de supervalorizar as normas infraconstitucionais, muitas vezes em relação à própria Constituição²⁴⁵.

²⁴³ Sobre o tema ver BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.140-148.

²⁴⁴ “*A teoria dos precedentes obrigatórios, ao invés de simplificar a atividade jurisdicional, exige um trabalho adicional do julgador, de quem será exigida a indicação dos motivos, semelhanças e diferenças entre o caso em exame e aquele que originou o precedente. Por isso, o NCPC exige reforço argumentativo das decisões judiciais, para conferir maior legitimidade democrática à função jurisdicional, ao dar destaque ao dever constitucional de fundamentação.*” (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR et alii (coord.). *Precedentes*, p.350).

²⁴⁵ Segundo Lenio Luiz Streck: “*Há um certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se ‘adaptar’ a Constituição às leis ordinárias. (...) E os prejuízos são incalculáveis, na medida em que o mundo da infraconstitucionalidade supera a força normativa emergente da norma superior. A Constituição transforma-se, assim, em um território inóspito (espécie de latifúndio improdutivo), pela falta de uma pré-compreensão adequada acerca de seu papel no interior do novo paradigma do*

Outra hipótese em que a decisão não será considerada fundamentada está prevista no inciso VI, do §1º, do art. 489, do Código de Processo Civil de 2015, qual seja, se “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”. Segundo Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça:

“Trata-se da aplicação da técnica da autorreferência decisória, pela qual a fundamentação da decisão judicial deverá fazer referência à ratio decidendi encontrada em julgamentos anteriores de questões jurídicas similares. Com a autorreferência, o julgador subsequente analisará aquilo que foi decidido anteriormente e, concordando com ele, invocará o precedente, valendo-se da fundamentação para demonstrar a identidade dos casos. Caso contrário, se o órgão judicial discordar do precedente, competirá o dever de apontar as diferenças substanciais entre os casos ou declinar os motivos suficientes para não se aplicar o precedente ao caso presente.”²⁴⁶

Como visto alhures, os precedentes não devem ser reproduzidos de forma automática e é justamente por isso que o inciso VI, do §1º, do art. 489, do Código de Processo Civil de 2015, ressaltou as hipóteses de distinção do precedente em relação ao caso em julgamento (*distinguishing*), ou a superação do entendimento (*overruling*), assim como disposto no seu art. 927, §4º, seguindo as técnicas da tradição do *Common Law*.

Assim, além de atender ao princípio da fundamentação das decisões, em um entrelaçamento com o princípio do contraditório²⁴⁷, garantido o direito das partes de terem seus argumentos considerados em juízo²⁴⁸, o dispositivo transcrito acima também se encontra em consonância com o princípio da segurança jurídica – assegurando estabilidade e previsibilidade – e com o princípio da isonomia, que são essenciais para a integridade e coerência da ordem jurídica.

Desse modo, também é inegável a relevância desse dispositivo para o Direito

Estado Democrático de Direito.” (STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p.30-31).

²⁴⁶ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR *et alii* (coord.). *Precedentes*, p.350-351.

²⁴⁷ “*Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões. Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no iter procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade*” (LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, p.105).

²⁴⁸ BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.142.

brasileiro, pois deve alterar a cultura atual de desrespeito aos precedentes e acabar com as decisões fundadas exclusivamente em entendimentos subjetivos dos magistrados, sem participação e controle pelas partes, o que não se coaduna com as garantias do devido processo constitucional e com o princípio do Estado Democrático de Direito.

Além de ter estabelecido importantes diretrizes para a utilização de precedentes na fundamentação das decisões, o Código de Processo Civil de 2015 também inovou, ao apresentar tratamento específico aos precedentes judiciais, no Capítulo I, do Título I, do Livro III, na tentativa de instituir um sistema de precedentes judiciais no Brasil.

Para tanto, o primeiro passo foi estabelecer, nos termos do seu art. 926, que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, na linha da teoria de Dworkin. Ora, com base no princípio da isonomia, não é possível operar democraticamente um sistema de precedentes, sem que os tribunais sejam capazes de seguir a mesma linha decisória, evitando posicionamentos conflitantes para casos semelhantes, a menos que se trate das hipóteses de distinção ou superação do entendimento. Caso contrário, a aplicação aleatória dos padrões decisórios judiciais daria margem para arbitrariedades, pois, em face da diversidade de entendimentos jurisprudenciais, o magistrado poderia aplicar aquele que bem entendesse, corroborando com seu posicionamento pessoal, sem apresentar fundamentação constitucionalmente adequada.

Vale destacar que o texto original desse dispositivo no Anteprojeto previa apenas que os tribunais deveriam velar pela uniformização e estabilidade da jurisprudência. Contudo, a redação foi alterada na Câmara dos Deputados, pois sofreu muitas críticas pela doutrina, na medida em que estabilidade é um conceito “*autorreferente*” numa relação direta com julgados anteriores, enquanto integridade e coerência²⁴⁹ “*guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são*

²⁴⁹ “Assim, haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo

dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso".²⁵⁰

Assim, a integridade do sistema de precedentes deve ser preservada tanto no momento em que um magistrado reafirma os mesmos motivos determinados de julgados anteriores, quanto nas hipóteses em que for preciso realizar a superação do entendimento. Somente com a aplicação da integridade é que se pode justificar a quebra de uma cadeia de julgados que vinha se repetindo de forma coerente, eis que exige a expressa referência ao julgado anterior no corpo da nova decisão, acrescido das razões pelas quais o entendimento foi superado. Portanto, o magistrado não pode decidir como se estivesse em um "*marco zero interpretativo*". Além disso, a integridade também é importante para impedir que os órgãos jurisdicionais se utilizem do *overruling* de forma indiscriminada e sem fundamentação adequada²⁵¹, visando apenas a justificar suas opiniões pessoais.

Entretanto, o dispositivo que mais chama atenção é o art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, estabelecendo uma ordem de súmulas e precedentes obrigatórios que os juízes e tribunais deverão seguir em suas decisões²⁵², sob o pretexto de trazer efetividade aos princípios da legalidade, segurança jurídica, da duração razoável ao processo, da proteção, da confiança e da isonomia.

Assim, além das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e das súmulas vinculantes, cuja obrigatoriedade já estava prevista na própria Constituição, e das decisões proferidas em sede de recursos repetitivos, que também já estavam reguladas no Código de Processo Civil de 1973, também foi atribuída eficácia obrigatória a outros precedentes e súmulas. A constitucionalidade da criação desses provimentos judiciais vinculantes por meio de norma infraconstitucional será examinada no próximo subcapítulo, mas, desde já, cumpre fazer breve análise sobre os reflexos do referido dispositivo para os tribunais

e da discricionariedade. Água e azeite." (STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?*).

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!*

²⁵¹ Segundo o art. 927, §4º, do Código de Processo Civil de 2015: "*A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada, ou da tese adotada em julgamento de casos repetitivos, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia*".

²⁵² Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

e sobre sua aplicação no Estado Democrático de Direito.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, note-se que, para os fins do art. 927, foram equiparadas as súmulas vinculantes (inciso II) com as (antigas) persuasivas, de matéria constitucional (inciso IV), pois todas possuirão eficácia obrigatória. Ou seja, somente não foram abarcadas com efeitos vinculantes as súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal antes da Constituição de 1988, de matéria infraconstitucional. Deste modo, por ser mais rígido, o procedimento para edição das súmulas vinculantes, previsto no art. 103-A da Constituição – que estabelece a necessidade de aprovação de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, e existência de controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica – provavelmente terá sua aplicabilidade reduzida para os casos em que também for necessário vincular os órgãos da Administração Pública, eis que os órgãos jurisdicionais também deverão seguir obrigatoriamente todas as súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

Quanto aos demais órgãos judiciais, verifica-se a possibilidade de criação de precedentes vinculantes até mesmo pelos tribunais de segundo grau. Porém, é importante destacar que somente possuem efeitos vinculantes os fundamentos adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, no plenário ou órgão especial, ainda que não tenham sido sumulados. Ademais, os efeitos vinculantes se limitam aos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) para se alcançar o resultado da decisão, não abrangendo os fundamentos dispensáveis (*obiter dicta*). Esta conclusão pode ser extraída inclusive pela leitura de diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, como, por exemplo, o art. 489, §1º, V, que faz expressa menção aos “*fundamentos determinantes*”, e o art. 926, §2º, que reforça a necessidade de serem observadas as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação de enunciados de súmula.

Neste ponto, assim como as súmulas não se confundem com os precedentes, Georges Abboud destaca que os provimentos vinculantes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 também se diferenciam dos precedentes do *stare decisis*. Em primeiro lugar, por um fator histórico, pois o *common law* se consolidou embasado em um método que exigia o “*exame casuístico para se alcançar as soluções legais*”, inexistindo “*direito dogmatizado e científico ministrado nas universidades*”, mas estruturado judicialmente, como prática judiciária. Em segundo

lugar, por um fator hermenêutico, pois o legislador do Código de Processo Civil de 2015 ignorou as bases do pós-positivismo de que a norma não pode mais ser confundida com seu texto, apostando no efeito vinculante de “*superdecisões*” do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que “*trariam a solução pronta (norma) para deslindar uma multiplicidade de casos*”. Assim, a crença da Escola da Exegese de que a lei poderia solucionar todos os casos foi transferida para as decisões dos tribunais superiores, substituindo-se o “*juiz-boca-fria-da-lei*” pelo “*juiz-boca-fria-da-súmula*” ou de qualquer provimento vinculante, sendo certo que a norma somente é produzida em cada caso concreto, mediante interpretação. Em terceiro lugar, por um fator democrático, pois a *ratio decidendi* dos precedentes do *stare decisis* não é definida expressamente no texto de um enunciado ou ementa, mas é fruto de intenso debate entre os sujeitos processuais, tanto para sua localização, quanto para aplicação. Por outro lado, os provimentos vinculantes do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 já nascem dotados de efeitos vinculantes, independentemente da qualidade, consistência e coerência das decisões²⁵³.

Por fim, para tentar superar essas e outras críticas quanto à criação e legitimidade dos provimentos judiciais obrigatórios no Brasil, o art. 927, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, determinou que fossem ao menos aplicados de uma forma mais constitucionalmente adequada. Neste sentido, quando os juízes e tribunais decidirem como base em súmulas e precedentes obrigatórios, também devem observar o disposto no art.10, que trata do contraditório como garantia de influência e não surpresa, bem como no art. 489, §1º, que estabelece diretrizes para fundamentação das decisões judiciais. Em outras palavras, a aplicação das súmulas e precedentes obrigatórios no modelo de processo constitucional não dispensa a atividade interpretativa por parte do julgador, nem tampouco a participação das partes:

“Ou seja, quando o CPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculantes não há nesse ponto uma proibição de interpretar. Quem pensa isso parece estar ainda com os pés – ou a cabeça – na jurisprudência analítica do século XIX, modalidade de positivismo da common law equiparável ao positivismo exegético francês e ao pandectismo alemão. O que fica explícito é a obrigatoriedade de juízes

²⁵³ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR *et alii* (coord.). *Precedentes*, p.399-405.

*e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência. (...) Inexiste aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos recursos. Sob essa perspectiva que deve guiar a aplicação dos artigos 926 e 927 do CPC. Nem tudo que estiver contido numa decisão vinculante (seja uma súmula, acórdão jurisprudencial ou um precedente) é efetivamente vinculante, da mesma forma que o fato de estar previamente delimitado aquilo que é vinculante (por exemplo uma SV) nunca será dispensável a interpretação do julgador para precisar seu sentido perante o caso em concreto. Mesmo a SV é passível de exame de seu 'DNA'. Por fim, para resguardar o devido processo legal, aos litigantes deverá ser assegurada manifestação acerca do provimento vinculante que incidirá no caso concreto.*²⁵⁴

Diante do exposto, pela análise dos dispositivos mencionados acima, é possível constatar que o Código de Processo Civil de 2015 reforça o reconhecimento da força da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, acrescentando ainda novas hipóteses de enunciados de súmula e precedentes de observância obrigatória pelos órgãos jurisdicionais, o que certamente será objeto de estudo pela doutrina e demandará mais esforço argumentativo por parte dos sujeitos processuais. Além disto, apesar de ter apresentado ganhos democráticos, é certo que ainda permanecem válidas diversas críticas quanto à formação, interpretação e aplicação desses provimentos judiciais vinculantes, a ensejar, ao menos, a possibilidade do exercício do seu controle de constitucionalidade, a fim de assegurar o princípio do Estado Democrático de Direito.

3.6 Súmulas e precedentes obrigatórios no Direito brasileiro

No sistema do *stare decisis*, ao se julgar o caso presente, os sujeitos processuais devem extrair a “*norma adscrita*” do precedente judicial, identificando a sua *ratio decidendi*, por meio de uma “*análise reconstrutiva*” do caso passado. Porém, mais do que isso, também precisam verificar, sempre de forma discursiva, o grau de autoridade do precedente, eis que será utilizado como fundamento no caso em concreto. Ocorre que a eficácia de um precedente, em relação aos julgamentos futuros, pode variar de acordo com diversos fatores, de modo que podem ser classificados em “*precedentes vinculantes em sentido forte*”, “*vinculantes em sentido*

²⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCP e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR *et alii* (coord.). *Precedentes*, p.177-178.

frágil” ou “*meramente persuasivos*”²⁵⁵.

Ao contrário dos Estados filiados ao *common law*, em que o *stare decisis* impõe a necessidade de observância dos precedentes com seus diferentes graus de autoridade, no Brasil, em razão da sua filiação à tradição romano-germânica, o critério de classificação da eficácia dos precedentes e súmulas decorre da própria legislação, que os divide em duas espécies. Como regra geral, os precedentes e súmulas brasileiros serão apenas persuasivos, cabendo à lei especificar aqueles que terão efeitos vinculantes, ou seja, aqueles cuja observância é obrigatória pelos órgãos jurisdicionais (seja para alguns ou todos) e para a Administração Pública²⁵⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro pós Constituição de 1988²⁵⁷, o efeito vinculante²⁵⁸ dos precedentes judiciais foi instituído pela Emenda Constitucional n. 03/1993, que acrescentou o §2º ao art. 102, criando a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo, dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Na mesma esteira, a Emenda Constitucional n. 45/2004 ampliou a utilização do efeito vinculante, tanto para as ações diretas de inconstitucionalidade, conferindo nova redação ao art. 102, §2º, quanto para as súmulas vinculantes, pela inclusão do art. 103-A à Constituição.

Desde a época da promulgação da Emenda Constitucional n. 03/1993, surgiram muitas críticas acerca da constitucionalidade do §2º do art. 102 da Constituição de 1988, diante de seus efeitos vinculantes, sobretudo no que se refere

²⁵⁵ Sobre os fatores que influenciam a força dos precedentes e os critérios de classificação, ver: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, p.282-368. Outros autores entendem que a classificação em três espécies não traria utilidade, reconhecendo apenas a existência de precedentes obrigatórios e persuasivos. (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 55-56).

²⁵⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*, p. 196.

²⁵⁷ Rodolfo de Camargo Mancuso lembra que o Brasil sofreu forte influência do Direito português, inclusive dos assentos obrigatórios, que potencializavam a eficácia da jurisprudência, permitindo sua “*elevação à condição de fonte formal ou forma de expressão do Direito, na medida em que tais enunciados se expressavam em modo abstrato, geral, e impositivo, apresentando, pois, características próprias das normas legais*”. Os assentos foram recepcionados no Brasil Colônia e continuaram em vigor mesmo após a proclamação da independência, até que foram extintos pela Constituição Republicana, em 1891. (MANCUSO. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p.193-200).

²⁵⁸ É importante destacar que enquanto a eficácia *erga omnes* vincula a parte dispositiva da decisão, os efeitos vinculantes tornam obrigatórios os seus motivos determinantes. Segundo Eduardo Talamini, em sentido estrito, a força vinculante é a “*imposição de que uma dada dicção judicial seja obrigatoriamente observada e aplicada por outros órgãos estatais à generalidade das pessoas – sob pena de afronta à autoridade e competência daquele órgão que emitiu a dicção*”. (TALAMINI. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e a força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”)*. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p.136).

à violação das garantias fundamentais do acesso à jurisdição, do devido processo legal, do princípio da separação das funções dos órgãos estatais, além do risco para o engessamento do direito, em razão da eliminação dos princípios do duplo grau de jurisdição e da recorribilidade das decisões judiciais.

Aroldo Plínio Gonçalves, por exemplo²⁵⁹, entende que a ação declaratória de constitucionalidade pode gerar vários problemas de natureza processual, pois, quando é julgada improcedente, a decisão importa em negar a constitucionalidade da lei, o que somente poderia ocorrer mediante a observância do processo regular²⁶⁰. Ademais, os efeitos vinculantes das decisões nas ações declaratórias de constitucionalidade, em certa medida, não seriam benéficos para o sistema, pois limitam a possibilidade de controle de constitucionalidade difuso, restringindo a matéria passível de ser analisada pelos órgãos jurisdicionais e, conseqüentemente, o direito de defesa²⁶¹.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade dessa modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, no julgamento da ação direta de constitucionalidade n. 1-1/DF, cujos fundamentos, em certa medida, também podem ser adotados para os demais precedentes e súmulas com efeitos vinculantes.

Como bem sintetizado por Lenio Luiz Streck, os votos vencedores afastaram a violação à cláusula pétrea relativa aos direitos e garantias fundamentais, uma vez que seriam aplicados exclusivamente para processos “*subjetivos*” (*inter partes*), enquanto que as ações declaratórias de constitucionalidade seriam processos “*objetivos*”, pois buscam a defesa da Constituição genericamente, não se aplicando os mesmos preceitos. Quanto ao acesso ao Judiciário, os ministros entenderam que, se houvesse alguma violação – em razão da impossibilidade do exercício do controle difuso de um ato normativo já objeto de decisão de mérito em controle concentrado –, não seria uma exclusividade da ação declaratória de constitucionalidade, mas do próprio controle concentrado. Por fim, não haveria

²⁵⁹ Dentre outros autores, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, p.135-144. Ver também: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. *Revista Justitia*, v. 163, p. 64.

²⁶⁰ André Del Negri complementa esclarecendo que o “*procedimento*” da ação declaratória de constitucionalidade, previsto na Lei n. 9.868/99, suprime o contraditório aos que sofrem os efeitos da decisão, o que é inadmissível no Estado Democrático de Direito. (DEL NEGRI. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, p.239).

²⁶¹ GONÇALVES. *Nulidades no processo*, p.127-131.

violação ao princípio da separação das funções dos órgãos estatais, pois a ação declaratória de constitucionalidade tem como pressuposto a existência de controvérsia no exercício do controle difuso²⁶².

O único voto dissonante foi do Ministro Marco Aurélio, valendo ser transcrita a passagem abaixo:

*“Sr. Presidente, sendo de sabinça geral as repercussões naturais aos demais órgãos do Judiciário, de decisão do Supremo Tribunal Federal, em processo objetivo, tenho que a simples criação de mais uma ação que o encerra, além da já prevista inicialmente na Carta, acaba por solapar direitos e garantias individuais que asseguram o acesso ao Judiciário e a tramitação do pedido, considerado o devido processo legal, no que tem como apanágios o contraditório, a ampla defesa e o deslinde da demanda ao sabor da formação humanística e profissional do órgão competente para o julgamento da demanda, sem as peias decorrentes da decisão, ainda que emanada da mais alta Corte do País, em processo do qual não participou o cidadão.”*²⁶³

Especificamente sobre o efeito vinculante, o relator, Ministro Moreira Alves, entendeu que seria apenas uma forma de conferir ao jurisdicionado prejudicado com o desrespeito da decisão do Supremo Tribunal Federal um meio mais rápido de desconstituir esta violação, qual seja, a reclamação constitucional. Para o Ministro Paulo Brossard, o efeito vinculante seria medida de utilidade, adotada pelo legislador, para evitar o dissenso jurisprudencial. Ou seja, medida para atender ao interesse público, em proveito da segurança jurídica²⁶⁴.

Assim, apesar das críticas contundentes (e atuais) à possibilidade de atribuição de efeitos vinculantes às decisões judiciais, o julgamento da ação direta de constitucionalidade n. 1-1/DF pelo Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade da medida, que foi ganhando cada vez mais força no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, p.140-142.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade n. 1-1/DF – questão de ordem. Relator Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno, julgado em 27 out. 1993, Diário de Justiça, Brasília, 16 jun. 1995, p.58-59.

²⁶⁴ Cumprir ainda transcrever uma passagem do voto do Ministro Francisco Rezek: *“De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipótese de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere?”* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade n. 1-1/DF – questão de ordem. Relator Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno, julgado em 27 out. 1993, Diário de Justiça, Brasília, 16 jun. 1995, p.47).

Durante a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional n. 96/1992, futuramente aprovada como Emenda Constitucional n. 45/2004, a possibilidade de edição de súmulas vinculantes também passou a ser objeto de polêmica na doutrina, com diversos argumentos contrários à sua obrigatoriedade. Além das críticas já apresentadas aos efeitos vinculantes das decisões em sede de controle concentrado, alguns autores denunciavam, dentre outros pontos negativos, que as súmulas vinculantes trariam prejuízos ao sistema federativo adotado pela Constituição de 1988. Com base nas noções de processo e procedimento da teoria de Fazzalari e na previsão dos artigos 22, I, e 24, IX, da Constituição, que estabelecem, respectivamente, competência privativa (delegável) da União para legislar sobre direito processual e a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual, Vicente de Paula Maciel Júnior conclui o seguinte:

“Portanto, a proposta do relator não demonstra harmonia com os princípios do federalismo adotado na Constituição de 1988, pois nada mais é de que uma tentativa de centralização ainda maior, desconhecendo a autonomia dos Estados, que podem, mediante a edição de lei complementar, estar autorizados a editar códigos Estaduais que prevejam soluções diferenciadas para as diversas situações jurídicas possíveis.”²⁶⁵

Ademais, vale destacar que não foram apenas emendas constitucionais que atribuíram efeitos vinculantes às decisões judiciais, mas também diversas leis de natureza infraconstitucional²⁶⁶, reforçando ainda mais as críticas quanto à constitucionalidade dos provimentos judiciais obrigatórios. Por exemplo, a Lei n. 11.418/2006 acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil de 1973, regulamentando a “*repercussão geral*”, enquanto que a Lei n. 11.672/2008 acrescentou o art. 543-C ao mesmo Código, instituindo o procedimento dos recursos repetitivos para os recursos especiais. Segundo Tiago Asfor Rocha Lima, mesmo que a redação dos referidos dispositivos não tenha utilizado expressamente a

²⁶⁵ MACIEL JÚNIOR. O efeito vinculativo das súmulas e enunciados. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 34, p. 168.

²⁶⁶ “Com efeito, desde a promulgação da Constituição de 1988, testemunhamos no Brasil um vasto número de leis e emendas à Constituição destinados especificamente a promover a ‘Reforma do Poder Judiciário’, cuja tônica foi e é, ainda, a ampliação da força vinculante dos precedentes dos tribunais superiores e a criação de um modelo processual pautado pelos princípios da ‘celeridade’ e da ‘eficiência’.” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR et alii (coord.). *Precedentes*, p.294).

palavra “*vinculante*”, isto não impediu que lhes fosse atribuído caráter obrigatório²⁶⁷.

Em sentido semelhante, o texto do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 também trouxe divergência quanto a sua natureza vinculante, na medida em que utilizou o termo “*observar*” para se referir à forma como os juízes e tribunais devem lidar com determinadas súmulas e precedentes, listados nos seus cinco incisos.

A ausência de precisão²⁶⁸ da redação, pela escolha de uma palavra que pode trazer duplo sentido, fez com que parte da doutrina defendesse a inexistência de efeitos vinculantes, notadamente quanto aos enunciados de súmula previstos do inciso IV do referido dispositivo. Alguns autores sustentam que “*observar*” não implica necessariamente em “*ver-se compelido a seguir*” ou “*a aderir*”, mas também significa “*ter em vista*” ou “*levar em conta*”, mesmo que para divergir. Afirmam, ainda, que o art. 988 do Código de Processo Civil de 2015 não previu o cabimento de reclamação para os casos em que houver divergência em face dessas súmulas, o que afastaria o efeito vinculante²⁶⁹.

Contudo, a corrente majoritária²⁷⁰ entende que as súmulas e precedentes listados nos incisos do *caput* do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 são obrigatórios²⁷¹, até mesmo porque não faria nenhum sentido jurídico a criação de um dispositivo, enumerando hipóteses bastante específicas, somente para reforçar a natureza que já é inerente a todo precedente judicial, isto é, a sua potencialidade de influenciar julgamentos futuros. Para dizer simplesmente que os precedentes e súmulas são meramente persuasivos, podendo servir como referência para outros

²⁶⁷ LIMA. *Precedentes judiciais civis no Brasil*, p.53.

²⁶⁸ O art. 11, inciso II, alínea “c”, da Lei Complementar 95/1998 estabelece que as disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, evitando o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto.

²⁶⁹ DAVID, Tiago Bitencourt de. *Novo CPC não obriga juízes a se vincularem a entendimentos de STF e STJ*.

²⁷⁰ Veja-se o enunciado 170, aprovado no IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis, realizado entre os dias 05 a 07 de dezembro de 2014: “170. (art. 927, *caput*) As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Ver também: THEODORO JÚNIOR, Humberto (*et alii*). *Novo CPC: fundamentos e sistematização: Lei 13.105, de 16.03.2015*, p.355.

²⁷¹ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR *et alii* (coord.). *Precedentes*, p.347. No mesmo sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. *Stare Decisis vs Direito Jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre, *et alii*. *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*, p.485-486. Ver também: DERZI, Misabel de Abreu Machado. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? FREIRE, Alexandre, *et alii*. *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*, p.335-336.

processos, a regra do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 já seria suficiente.

Neste ponto, saliente-se que o fato de alguns padrões decisórios obrigatórios terem sido incluídos no ordenamento jurídico brasileiro pela legislação infraconstitucional, e não por meio de emenda constitucional, vem sendo objeto de críticas pela doutrina²⁷², sobretudo quanto às hipóteses previstas no Código de Processo Civil de 2015, taxando-as de inconstitucionais²⁷³. Isto porque, no Estado Democrático de Direito, as funções estatais fundamentais (legislativas, executivas e judiciárias) são desempenhadas por órgãos autônomos, independentes e harmônicos, nos limites estabelecidos pela Constituição, para se evitar abusos de poder. Assim, sem autorização da Constituição, a lei infraconstitucional não poderia regulamentar súmulas e precedentes obrigatórios, além daqueles já previstas na própria Constituição, sob pena de violação do princípio da separação das funções do Estado. Note-se que, para a inclusão de efeitos obrigatórios às súmulas vinculantes e aos julgamentos nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações diretas de inconstitucionalidade, houve a necessidade alterações na própria Constituição de 1988, por meio de emendas constitucionais, o que também não poderia ser dispensado para os padrões decisórios obrigatórios previstos no Código de Processo Civil de 1973 e de 2015.

Sobre a necessidade de emenda constitucional para criação de provimentos judiciais obrigatórios, Nelson Nery Júnior dispõe que:

“Dessa forma, com a devida vênia, entendo que essa matéria não prescinde de introdução constitucional para que ela possa ter a validade e a eficácia que dela se pretende no País. Não é com uma simples alteração do Código de Processo Civil que poderemos fazer com que o Judiciário legisle. Legislar é uma função atípica do Poder Judiciário, e para que isso ocorra tem de ter autorização constitucional - e o Supremo tem essa autorização. Na verdade, vejam o paradoxo e a incoerência: o Supremo precisaria de autorização constitucional, sendo muito rígido o processo de emissão de

²⁷² LENZA, Pedro. *Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015*. Em sentido semelhante: “o exercício do poder vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, fora das hipóteses em que constitucionalmente autorizado, de forma explícita ou implícita, a tal, importaria violação à Constituição.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira, *Revista de Direito Administrativo*, n. 241, p.191).

²⁷³ Lenio Luiz Streck entende que os incisos III e IV do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 são inconstitucionais, por falta de autorização constitucional. Quanto ao inciso V do mesmo dispositivo, seria preciso realizar uma interpretação conforme a Constituição, de modo que somente será considerado constitucional “se a orientação do plenário ou órgão especial não se confrontar com orientação tomada pelo Supremo Tribunal Federal”. (STRECK. *A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo?*).

*uma súmula vinculante; quanto aos outros Tribunais bastaria uma mera jurisprudência interna do Tribunal e os juízes estariam obrigados a respeitar essa jurisprudência como fonte do Direito como se lei fosse.*²⁷⁴

Vale destacar que essa preocupação já esteve presente até mesmo nas discussões do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, que previa a instituição de assentos obrigatórios, com força de lei, semelhantes ao direito português²⁷⁵. Contudo, em face de sua patente ilegitimidade constitucional, a Comissão revisora opinou pela supressão desses dispositivos, e o Código de Processo Civil de 1973 foi aprovado mantendo-se apenas a possibilidade de edição de súmulas para uniformização da jurisprudência:

*“Depois de ampla discussão, a corrente que entendia que criar Súmulas com caráter de obrigatoriedade feria o texto constitucional foi vencedora. Assim, o projeto, rejeitando a tese constante no anteprojeto, abandonou a solução dos assentos com força de lei, criando-se, em contrapartida, uma nova feição inspirada na Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, que já vigorava desde 1964. O próprio Haroldo Valadão preocupou-se com a questão, na medida em que, embora no seu anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas previa o caráter obrigatório e vinculativo às Súmulas, salientava que esse caráter não podia ser dado sem mudança constitucional.”*²⁷⁶

Dessa forma, ao instituir súmulas e precedentes obrigatórios, parece que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 fechou os olhos para o passado, ignorando os fundamentos das deliberações tomadas quando da aprovação do Código de Processo Civil de 1973, bem como para o presente e para o futuro, pois deixou de observar o princípio da separação das funções estatais, previsto no art.2º da Constituição de 1988, e a própria teoria da democracia, o que certamente trará ainda muitas discussões jurídicas, até mesmo a possibilidade de declaração de sua inconstitucionalidade.

Ultrapassada essa questão, vale destacar que, além dos precedentes com

²⁷⁴ Palestra intitulada “A Força dos Precedentes Judiciais no Estado Federativo”, proferida por Nelson Nery Júnior no Simpósio “O novo CPC e os impactos no Processo do Trabalho”, na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, em Brasília/DF, no dia 16 de setembro de 2014.

²⁷⁵ Os assentos portugueses foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão 810/93, justamente em razão de sua “força obrigatória geral”, em violação ao texto da Constituição Portuguesa, que proíbe a criação de outros atos normativos de caráter geral além dos previstos na própria Constituição. (SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Súmula vinculante e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial. *REDES - Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas: UnilaSalle Editora, v. 2, n.1, maio/2014).

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, p.112-114.

efeitos vinculantes atribuídos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, parcela da doutrina defende existir certo grau de vinculação, e até de normatividade, para outros precedentes judiciais, em razão do princípio da “universalizabilidade”²⁷⁷ e da exigência de “justificação racional das decisões jurídicas”, como explica Thomas da Rosa de Bustamante:

*“No entanto, como nem todas as súmulas têm efeito vinculante, e como a vasta maioria das decisões judiciais relevantes não é formalmente reportada por meio de súmulas, é necessário investigar se o direito brasileiro tem um ponto de vista normativo, a fim de outorgar um grau razoável de vinculatividade aos precedentes em geral. A resposta deve ser afirmativa. Uma norma adscrita derivada de precedente consolidado do STF ou STJ seja explicitamente formulada por meio de uma súmula ou meramente reiterada por um órgão especial ou seção, tem um efeito vinculante em um sentido frágil que encontra suporte tanto em princípios constitucionais como em leis que recentemente introduziram novas disposições no Código de Processo Civil.”*²⁷⁸

Na mesma esteira, Luiz Guilherme Marinoni explica que os precedentes têm eficácia vertical e horizontal, referindo-se, respectivamente, ao dever de serem observados pelos Tribunais inferiores e pelos próprios Tribunais onde foram gerados, como um fator de coerência da ordem jurídica, igualdade, segurança jurídica e previsibilidade²⁷⁹, dentre outras razões para se seguir os precedentes. Especificamente quanto às súmulas do Supremo Tribunal Federal, afirma ainda que não haveria “diferença ontológica” entre as persuasivas e as vinculantes, pois, por terem natureza de enunciados elucidativos dos precedentes que lhe deram origem,

²⁷⁷ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR *et alii* (coord.). *Precedentes*, p.351.

²⁷⁸ BUSTAMANTE. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, p.325.

²⁷⁹ A título de exemplo da eficácia horizontal, cita o julgamento do AgRg nos EDiv no REsp 228432, em que a Corte Especial do STJ reconheceu a importância de respeitar suas próprias decisões (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.118-119). A ementa vale ser transcrita: “PROCESSUAL – STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 228.432/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 01 fev. 2002, Diário de Justiça, Brasília, 18 mar. 2002, p. 163).

todas elas possuíam eficácia obrigatória, em razão da unidade da ordem jurídica²⁸⁰.

Em sentido semelhante, embora apresente severas críticas a sua constitucionalidade²⁸¹ e legitimidade no Estado Democrático de Direito, Lenio Luiz Streck destaca que o art. 38, da Lei n. 8.038/1990²⁸², introduziu, de forma indireta, a atribuição de efeitos vinculantes a todos os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que permite ao relator, monocraticamente, negar seguimento a recurso que contrariar essas súmulas²⁸³.

Por fim, Maurício Martins Reis também sustenta que, uma vez atendidos aos princípios do devido do processo legal, qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser considerada obrigatória, assim como as súmulas vinculantes, independentemente do quórum de deliberação e do tempo de maturação do debate. Para o autor, as decisões não deixam de ser vinculantes simplesmente porque o legislador não lhe conferiu tal adjetivo, pois o caráter obrigatório das decisões não seria consequência da forma, mas sim da fundamentação. Em outras palavras,

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.488-489.

²⁸¹ “Na verdade, a contradição principal do problema reside no seguinte aspecto: o art. 105, III, a, da Constituição Federal, diz que cabe recurso especial quando a decisão recorrida contrariar lei federal. Nos termos do art. 38, o relator (ou a Turma, depois do agravo) negará, de plano, seguimento a recurso de decisão que for contrária a uma Súmula. Ora, como Súmula não é lei, o art. 38, parte final, está em desacordo com a Constituição Federal. O mesmo vale para a letra c do art. 105, III, da CF, pois, se, em tese, deve ser admitido até mesmo recurso especial com pedido flagrantemente contra *legem*, bastando que haja um acórdão paradigma em sentido contrário à decisão recorrida, não é possível admitir que a ofensa à Súmula do Tribunal possa impedir o conhecimento do mérito do recurso.” (STRECK. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, p.146)

²⁸² Essa mesma orientação foi repetida e ampliada, tanto no art. 557 do Código de Processo Civil de 1973, quanto no art. 932, inciso IV, alínea “a”, do Código de Processo Civil de 2015, que também concederam os mesmos poderes aos magistrados nos tribunais inferiores e incluíram a súmula do respectivo tribunal, além do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, como parâmetro para negar seguimento a recursos.

²⁸³ “Assim, o que é negado *lato sensu* – tal seja, o caráter vinculativo das Súmulas – é praticado *stricto sensu*, ou seja, a posição assumida pelo tribunal superior passa a ter efeito *erga omnes*, eis que adquire o condão de impedir, de plano, a subida de recurso para rediscussão da interpretação dada à lei federal ou à própria Constituição da República”. (STRECK. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, p.148). No mesmo sentido: “Súmula impeditiva do recurso. Inconstitucionalidade. O CPC 518 §1º é praticamente cópia de dispositivo que não foi aprovado pela EC 45/04 e existe proposta no Congresso Nacional para incluir o instituto da súmula impeditiva do recurso no texto da CF. O tema, portanto, não é de lei ordinária, mas de Constituição. O dispositivo faz com que, na prática, as súmulas simples do STF e as do STJ tenham todas eficácia vinculante, em evidente desrespeito ao sistema constitucional, notadamente ao espírito da CF 103-A. Mais grave, ainda, é a proposta de ampliação dessa restrição constante da norma comentada para impedir o recebimento de apelação quando a sentença estiver de acordo com ‘súmula do respectivo Tribunal ou dos Tribunais Superiores em sentido igual à decisão recorrida’ (...) porque isso, na prática, tornaria ‘vinculantes’ todas as súmulas dos tribunais do País. A inconstitucionalidade é flagrante.” (NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 1028).

entende que os fundamentos determinantes nos julgamentos consolidados seriam obrigatórios mesmo antes de serem convertidos em súmulas vinculantes²⁸⁴.

Diante disto, em que pesem as críticas quanto à inadequação ao Estado Democrático de Direito, fica assentada a premissa de que, assim como os textos legislativos, determinados – quiçá todos – precedentes judiciais e súmulas possuem força vinculante na prática judiciária brasileira, devendo ser necessariamente observados pelos órgãos judiciais, seja por determinação da própria Constituição e de normas infraconstitucionais, seja como um fator de coerência e integridade da ordem jurídica. Esta constatação é importante, pois o reconhecimento do seu caráter obrigatório é mais um dos fundamentos que justificará a necessidade do exercício do controle de constitucionalidade sobre esses precedentes judiciais e súmulas, como se verá no capítulo quatro.

3.7 Notas sobre criação, interpretação e aplicação das súmulas e precedentes judiciais no Brasil

Como visto nos subcapítulos anteriores, é patente a valorização dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência do fenômeno de convergência das tradições do *common law* e do *civil law*, sob o pretexto de trazer maior segurança jurídica, celeridade e isonomia para as decisões judiciais. No entanto, os processos de formação, interpretação e aplicação dos precedentes na prática jurídica brasileira apresentam diversas diferenças daqueles adotados nos Estados filiados ao *common law*, que foram “mal importados”. Na tentativa de resolver o problema da multiplicidade de processos, criou-se uma padronização decisória, que, muitas vezes, não se preocupa com a qualidade das decisões e acaba gerando uma violação aos direitos e garantias fundamentais.

Nelson Nery Junior e Georges Abboud ressaltam que, no Brasil, existe uma “fetichização” pelo *common law*, a justificar a criação de teorias doutrinárias e inclusive a realização de reformas legislativas, como se estivessem sendo aproveitados os elementos do *stare decisis*, para salvação dos problemas do nosso sistema judiciário. Contudo, alertam que os instrumentos de vinculação decisória

²⁸⁴ REIS, Maurício Martins. As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência. *Revista de Processo*, v. 230, p.418-419.

adotados no Brasil se distanciam daqueles do *stare decisis* e chegam até mesmo a receber “*status*” superior ao da própria legislação²⁸⁵.

Sobre esta supervalorização do direito jurisprudencial, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud alertam que as súmulas vinculantes introduziram um “*paradoxo*” no nosso sistema jurídico, pois, se os juízes contrariarem a lei, caberá recurso ao órgão jurisdicional superior, enquanto que, se contrariarem a súmula, caberá reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, mesmo que a súmula seja contrária à lei e à Constituição. Outro exemplo está presente na previsão legal de presunção de repercussão geral nas hipóteses em que a decisão contrarie súmula ou jurisprudência dominante, enquanto que, na prática, o Supremo Tribunal Federal deixa de conhecer muitas violações aos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição de 1988, por entender que seriam meramente “*reflexas*”, não ensejando repercussão geral²⁸⁶. Assim, embora a principal fonte do direito no Brasil seja o direito escrito, muitas vezes os precedentes e as súmulas possuem mais força que a própria lei e a Constituição, o que, ressalte-se, não acontece nem mesmo nos Estados da tradição do *common law*. Colocando essa contradição sistêmica de lado, a situação torna-se ainda mais preocupante quando se vislumbra a possibilidade de os precedentes e súmulas confrontarem a legislação e a Constituição, como será abordado no próximo subcapítulo.

Quanto aos instrumentos de vinculação decisória adotados no Brasil, Maurício Ramires explica que a publicação de súmulas pelos tribunais brasileiros não encontra correspondência na prática jurídica dos tribunais dos Estados filiados ao *common law*, que não podem proferir regras gerais em abstrato, mas apenas em função da análise dos fatos do caso em concreto. Os precedentes do *common law* nascem com a pretensão de resolver somente o caso em concreto e, por um processo histórico, os motivos determinantes daquela decisão passam a influenciar julgamentos de outros processos. Porém, as súmulas brasileiras seriam pronunciamentos judiciais que já nascem com pretensões de generalidade e abstração²⁸⁷, cujo enunciado se autonomiza em relação aos fatos²⁸⁸ que lhe deram

²⁸⁵ NERY JUNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. *Stare Decisis vs Direito Jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre, et alii. *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*, p.485.

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p. 14 e 118.

²⁸⁷ Embora essa pretensão universalizante seja mais fácil de ser identificada nos enunciados das súmulas, ela também está presente nos precedentes, por exemplo, nas decisões dos julgamentos de

origem, visando a solucionar casos futuros²⁸⁹.

Nesta concepção, Lenio Luiz Streck explica que as súmulas seriam “*anti-hermenêuticas*”, porque não interrogam a origem dos significados, mas transformam a linguagem em um simples “*veículo de conceitos*”:

“O problema é que as súmulas (brasileiras) têm uma pretensão de universalização que é incompatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão dos casos concretos. Explicando melhor: as súmulas vinculantes – do modo como são compreendidas pela dogmática jurídica – encarnam uma instância controladora de sentidos, metafisicamente, isto é, através delas, acredita-se que é possível lidar com conceitos sem coisas (enfim, sem as multiplicidades e as peculiaridades dos casos concretos). Com efeito, da maneira como são compreendidas as súmulas vinculantes no interior do pensamento dogmático do direito, estas se colocam como sucedâneos dos conceitos universais próprios da metafísica clássica-essencialista, com a agravante, aqui, de que elas são criadas a partir de uma institucionalização de subjetivismos, axiologismos e realismos, variações do esquema sujeito-objeto.”²⁹⁰

Além das peculiaridades quanto à sua formação, as súmulas e os precedentes judiciais também são mal interpretados e aplicados no sistema jurídico brasileiro. Em primeiro lugar, porque os órgãos jurisdicionais não levam em consideração os julgados que formaram as súmulas²⁹¹. Pelo contrário, as súmulas

recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, em que, na ementa do julgado, o tribunal se utiliza da expressão “para fins do art.543-C do CPC” e, em seguida, lança a tese abstrata que terá efeitos vinculantes em relação aos demais recursos sobrestados.

²⁸⁸ Na tentativa de superação dessa crítica, cumpre transcrever a redação do art. 926, §2º, do Código de Processo Civil de 2015: “*ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*”.

²⁸⁹ Até mesmo nas ementas dos acórdãos de tribunais inferiores percebe-se essa pretensão, por meio da utilização de verbos no presente do indicativo e do sujeito de forma genérica. Além do seu intuito catalográfico, as ementas são criadas para utilização em casos posteriores, “*como se a resposta a um problema jurídico pudesse abranger, em si mesma, outras hipóteses de sua aplicação, para casos ainda sequer nascidos*” (RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, p.50 e 62).

²⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p.423.

²⁹¹ Pesquisa empírica financiada pelo Conselho Nacional de Justiça, administrada pela Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa e concebida e executada por Grupo de Pesquisa ligado à Universidade Federal de Minas Gerais, aponta que: “*Os resultados obtidos nesta questão demonstram não haver uma grande preocupação por parte dos magistrados em fundamentar de forma substancial a aplicação da súmula ao caso analisado por eles, uma vez que, em sua maioria, apenas citam o número da súmula e, em outros casos, sequer citam alguma súmula, o que compromete de maneira perigosa o princípio do contraditório processual A aplicação da súmula, em quase todos os casos, é realizada de maneira destacada dos precedentes que a originaram, como se a súmula fosse um ato normativo autônomo. Raramente se invoca a ratio decidendi do caso que a originou e nunca se cita a ementa do precedente que a estabeleceu*”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Et alii* (coord.). TEIXEIRA, Alice Gontijo Santos *Et alii* (exec.). MACIEL, Gláucio Ferreira *Et alii* (colab). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*, p. 57-58).

são interpretadas como se fossem regras autônomas, sem conexão com os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) dos julgados que lhe deram origem²⁹². Na maioria dos casos, a análise interpretativa se limita ao texto do próprio enunciado da súmula, que pode não corresponder exatamente ao entendimento que constava nos julgados²⁹³. Da mesma forma, os precedentes são utilizados nas decisões simplesmente a partir da transcrição da ementa, sem fazer uma reconstrução do caso, para identificar a *ratio decidendi*. Esse “descuido” abre margem para discricionariedade judicial, pois permite que o magistrado “extraia” do precedente, ou da súmula, a norma jurídica que bem entender, sem apresentar uma fundamentação adequada, em violação às garantias do devido processo constitucional.

Em segundo lugar, porque a aplicação das súmulas e dos precedentes é feita de forma “mecânica”, como se fosse uma regra pronta, sem analisar se existe identidade entre as questões do caso em concreto com as questões do caso precedente ou com as dos julgados que deram origem à súmula. Como adverte Lenio Luiz Streck, as súmulas e os precedentes não podem ser aplicados mediante um simples critério de subsunção²⁹⁴. Súmulas e ementas são textos e, como tal, não se confundem com as normas jurídicas, as quais somente surgem da problematização do caso em concreto, de modo que é um “*equivoco do positivismo*

²⁹² “Como as súmulas foram utilizadas de modo a apenas facilitar as decisões, estas foram pensadas como normas com pretensões universalizantes, como enunciados abstratos e gerais, voltados à solução de casos. Note-se, entretanto, que as súmulas são calcadas em precedentes e, portanto, não podem fugir do contexto dos casos que por eles foram solucionados. Bem por isso, para se saber se uma súmula é aplicável a outro caso, é necessário verificar o contexto fático dos casos que lhe deram origem, assim como as proposições sociais que fundamentaram os precedentes que os solucionaram”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.483).

²⁹³ A título de exemplo de uma súmula que não corresponde aos julgados que lhe deram origem, Dierle Nunes e Alexandre Bahia relatam que: “quando o STJ editou a Súmula nº 309, por exemplo, ela não refletia o entendimento dominante dos casos que lhe deram origem. No HC 53.068 (STJ, 2ª Seção, j. 22.03.06), a Relatora, Minª Nancy Andrighi, mostrou que dos dez precedentes citados para formar a Súmula, apenas três se adequavam à redação dada àquela, razão pela qual a Ministra pediu a alteração do texto do enunciado, o que foi aceito”. (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas*. *Revista do TST*, v. 79, p.120).

²⁹⁴ Semelhante ao que ocorre com as súmulas e ementas no Brasil, Michele Taruffo relata que a produção e aplicação de enunciados na Itália também não se aproxima dos Estados da tradição do *common law*: “O discurso sobre os enunciados, sobre sua utilidade e sobre sua confiabilidade poderia ser bastante longo. Aqui, somente vale a pena observar que – pelo que eu sei – um departamento como aquele do Massimario existe apenas na Itália e que os sistemas nos quais vige a regra do precedente não conhece nada de similar aos nossos enunciados: naqueles ordenamentos, de fato, o precedente é constituído pelo inteiro teor da sentença e não de trechos mais ou menos sintéticos extraídos da motivação em direito. Aqui, portanto, uma primeira diferente assaz relevante: em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência não incluem os fatos que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral”. (TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. *Revista de Processo*, v. 199, p.143).

*legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou em um enunciado da súmula vinculante*²⁹⁵. Nos Estados da tradição do *common law*, a aplicação do precedente passa por intenso debate entre os sujeitos processuais, inclusive de identificação e interpretação da *ratio decidendi*, para depois verificar se é possível utilizá-lo ao caso presente, e sempre de forma fundamentada²⁹⁶. Assim, no Estado Democrático de Direito, a aplicação das súmulas e precedentes deve ocorrer de forma “*discursiva*”²⁹⁷, com a participação das partes e de forma conectada com as questões do caso em concreto, observadas as garantias do devido processo legal, inclusive do contraditório e da fundamentação das decisões²⁹⁸.

Como decorrência das duas questões anteriores, também deve ser afastado o entendimento de que a simples citação de precedentes já seria suficiente para fundamentar validamente uma decisão, na forma do art. 93, IX, da Constituição de 1988. Com esta prática, os magistrados se eximem de analisar fundamentadamente as questões tratadas em contraditório pelas partes no caso em concreto²⁹⁹, utilizando-se de mera repetição (“*acoplamento de sentido*”) de súmulas ou precedentes de tribunais superiores, que serviriam como “*discursos prévios de*

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p. 54-55.

²⁹⁶ “A doutrina dos precedentes funda-se nos seguintes aspectos: a seleção de quais precedentes são similares o suficiente para confrontarem o caso a ser decidido às considerações de mérito da cadeia de precedentes; a identificação e articulação dos elementos contidos nos precedentes, a fim de identificar qual a premissa/regra jurídica contida nos casos anteriores (*ratio decidendi*) que pode ser utilizada para solucionar o caso e o exame das circunstâncias particulares que uma vez presentes permitem que o juiz se afaste da aplicação do precedente vinculante por meio da utilização do *distinguishing*.” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR et alii (coord.). Precedentes*, p.177).

²⁹⁷ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, v. 79, p.120.

²⁹⁸ Note-se que o Código de Processo Civil de 2015 tenta superar esses dois problemas, quando estabelece, no art. 489, §1º, V, que não se considera fundamentada a decisão judicial que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

²⁹⁹ Novamente, em pesquisa empírica, ficou constatado que, em regra, os argumentos da parte apelante são ignorados pelos tribunais nas decisões que denegam seguimento ao recurso: “Observou-se, com os dados obtidos, que a grande maioria dos juízes ignorara os argumentos apresentados pelo apelante, deixando de realizar a diferenciação ou comparação, solicitada pelas partes, entre as súmulas abstratamente consideradas e o caso específico a ser decidido, o que, em prol de maior agilidade processual, traz consequências deletérias aos direitos em discussão, uma vez que são ignorados os fundamentos apresentados pelas partes. Em alguns processos os pesquisadores identificaram uma completa ausência de razões que buscassem fundamentar a aplicação das súmulas”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Et alii* (coord.). TEIXEIRA, Alice Gontijo Santos *Et alii* (exec.). MACIEL, Gláucio Ferreira *Et alii* (colab.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*, p. 58-59.

*fundamentação*³⁰⁰, prevalecendo unicamente em razão de um argumento de autoridade³⁰¹. Contudo, ela não se coaduna com as garantias do devido processo constitucional, na medida em que é assegurado às partes o direito de terem seus argumentos analisados pelos órgãos jurisdicionais³⁰².

Além dos vícios na utilização de precedentes e súmulas na fundamentação das decisões judiciais apontados acima, a jurisprudência brasileira também se difere dos Estados da tradição do *common law*, em razão da ausência de integridade e de coerência nas decisões judiciais. Partindo do pressuposto de que os magistrados possuem independência e liberdade de decidir como bem entenderem, o sistema se abre para uma “*anarquia interpretativa*”, na qual cada julgador pode criar e seguir seu entendimento próprio, sem fazer qualquer referência às decisões anteriores no mesmo sentido, como se estivesse em um “*marco zero interpretativo*”³⁰³. Porém, no Estado Democrático de Direito, a independência dos magistrados deve ser analisada de forma vinculada com as garantias do devido processo constitucional, inclusive do princípio da segurança jurídica e da isonomia.

A necessidade de observância de integridade e coerência na aplicação dos precedentes aproxima-se do Estado Democrático de Direito, pois demanda que os magistrados levem em consideração os casos passados, em meio ao debate processual, afastando decisões discricionárias e sem fundamentação. Também fortalece a segurança jurídica, na medida em que devem ser proferidas decisões com a mesma *ratio decideni* para casos semelhantes, superando a ideia de que o resultado do processo variará de acordo com o juiz para o qual foi distribuído, como se fosse uma loteria. É certo que a integridade e coerência não impõem a obrigatoriedade de decisões idênticas, nas hipóteses de distinção e superação do

³⁰⁰ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, p.30).

³⁰¹ “Os pseudoprecedentes formam uma pia moral onde o ator jurídico, envolto no senso comum da práxis jurídica, ‘lava as mãos’, transferindo suas responsabilidades funcionais, amparando-se à jurisprudência de tribunais superiores, relacionada a casos cujas especificidades (facticidades) são encobertas por uma pretensão de generalidade e abstração já há muito superadas na filosofia pela viagem ontológico-linguística, mas que, em nossa práxis inautêntica, ainda vigora impassivelmente. Depois, vai-se dormir o sono dos inocentes, pois o ‘Supremo’ ou o ‘Superior’ (com a devida conotação hierarquizada com que até mesmo os precedentes vêm sendo utilizados) já pensaram por ele. E essa postura é mais comum do que se possa imaginar à primeira vista.” (SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *Controle remoto e decisão judicial: quando se decide sem decidir*, p.136).

³⁰² BRÉTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.142.

³⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação do direito brasileiro - Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. *Revista de Processo*. v. 189, p.43.

precedente em relação ao caso em concreto, até mesmo para evitar o engessamento do direito. Mas, mesmo nessas hipóteses, o julgador deve levar em consideração os casos anteriores, justificando por que o precedente não se aplica ou por que deve ser superado, sob pena de nulidade da decisão por ausência de fundamentação³⁰⁴.

A ausência de integridade e coerência é especialmente preocupante no Brasil, pois, em razão de sua dimensão e diversidade cultural e da quantidade de tribunais na sua estrutura judiciária, existem precedentes sobre a mesma matéria, em sentidos contrários³⁰⁵, muitas vezes dentro do próprio órgão julgador. Isto permite que os magistrados se utilizem dos precedentes de forma arbitrária para fundamentar suas decisões, com o objetivo apenas de confirmar seu entendimento pessoal (*confirmation bias*)³⁰⁶. Não bastasse, também é comum os julgadores desconhecerem a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal e até mesmo do próprio órgão jurisdicional ao qual se encontram vinculados, o que não se pode mais admitir tendo em vista as facilidades de acesso aos repositórios de jurisprudência dos tribunais, por meio de uma breve consulta na internet. Esta omissão acaba instalando verdadeiro “*manicômio jurisprudencial*”³⁰⁷, deixando novamente o resultado da decisão exclusivamente ao “livre convencimento” do magistrado, marcado pela subjetividade.

Vale reiterar que o sistema de precedentes, adotado nos Estados filiados ao *common law*, se estruturou a partir do século XVII e se desenvolveu baseado na tradição, levando-se em consideração os casos anteriores para se julgar o caso

³⁰⁴ Mais uma vez, o Código de Processo Civil de 2015 tenta solucionar os problemas, ao dispor que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926) e que não se considera fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, VI).

³⁰⁵ Apenas a título de exemplo, vale citar a súmula n. 211 do Superior Tribunal de Justiça e a súmula n. 356 do Supremo Tribunal Federal, que possuem entendimentos distintos quanto à existência de prequestionamento, após a oposição de embargos de declaração. Veja-se a redação da súmula n. 211 do Superior Tribunal de Justiça: “*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.*” Veja-se também a redação da súmula n. 356 do Supremo Tribunal Federal: “*O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.*”

³⁰⁶ “*O juiz escolhe ‘livremente’ (leia-se arbitrariamente) uma das interpretações trazidas pelas partes, e a seguir a ‘confirma’ com uma rápida e simples busca em algum dos vários repertórios eletrônicos de jurisprudência, selecionando julgados que convêm à tese (e que passam a constar da decisão) e ignorando os que infirmaram (e que não são sequer mencionados). O resultado dessa operação é uma decisão não fundamentada e, portanto, nula do ponto de vista constitucional.*” (RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, p.46)

³⁰⁷ BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 144.

presente, com a preocupação de que a jurisprudência dos tribunais se mantenha íntegra e coerente. Talvez esta concepção ainda não esteja arraigada no Brasil, pois a tendência de valorização de precedentes não teve origem na tradição³⁰⁸, mas sim mediante recentes alterações legislativas, visando a solucionar o problema da quantidade de processos. Contudo, como já visto, a regra do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 parece tentar corrigir essa inadequação, trazendo mais isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Diante dessas e outras diferenças entre a criação e aplicação das súmulas e dos precedentes, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud advertem que o sistema jurídico brasileiro passa por um “*perigoso ecletismo*”, pois “*busca a fórmula dos precedentes sem a correspondente obrigatoriedade de motivação/justificação*”. Em outras palavras, as súmulas vinculantes (e demais instrumentos de padronização decisória) não são “*um mal em si mesmo*”, sendo certo que o problema está na forma como são compreendidas e aplicadas, em um viés positivista e exegético, sem levar em consideração seu elemento hermenêutico³⁰⁹.

Portanto, os precedentes e súmulas podem ser positivos para o sistema jurídico brasileiro, na busca de preservar a segurança jurídica, celeridade e a isonomia, mas desde que considerados a partir do processo constitucional democrático, devendo ser empregados de forma discursiva e atendida a necessidade de fundamentação, bem como as demais garantias do devido processo constitucional³¹⁰.

³⁰⁸ No sistema jurídico dos Estados da tradição do common law, não há dispositivo legal ou constitucional que estabeleça efeitos vinculantes aos precedentes ou que imponha sua observância obrigatória por parte dos órgãos jurisdicionais.

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p. 127-128.

³¹⁰ “Nesses termos, seria essencial para a aplicação de precedentes seguir algumas premissas essenciais: 1º – Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no common law se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nesses termos, mostra-se estranha a formação de um ‘precedente’ a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/Regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado. 2º – Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (overruling), o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática. 3º – Estabilidade decisória dentro do Tribunal (stare decisis horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima

3.8 Súmulas e precedentes obrigatórios inconstitucionais

Conforme exposto no subcapítulo anterior, os sujeitos processuais não estão acostumados a trabalhar com as súmulas e precedentes judiciais, sob o marco do processo constitucional democrático. Aliás, mesmo nos casos em que a controvérsia se limita a aplicação da lei, os direitos e garantias fundamentais nem sempre são observados pelos tribunais brasileiros, dentre outros motivos, pela falta de infraestrutura adequada e de profissionais preparados, bem como em decorrência das recentes reformas legislativas e do exacerbado “*protagonismo do juiz*”, que acabaram por reduzir o “*espaço público de problematização endoprocessual*”³¹¹. Assim, não é difícil encontrar inúmeros recursos extraordinários julgados providos pelo Supremo Tribunal Federal, como decorrência de decisões proferidas pelos tribunais inferiores que violaram normas constitucionais.

Diante desta realidade, e tendo em vista que os tribunais brasileiros, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, exercem frequentemente o cancelamento e revisão dos enunciados de súmula, muitas vezes em sentidos totalmente opostos,

*da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os ministros do Tribunal que o formou. É impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjetivo) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (distinguishing) ou de superação (overruling). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação. 4º – Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (stare decisis vertical): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores (‘comparação de casos’): o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como v.g. as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do common law, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos. 5º – Estabelecimento de fixação e separação das ratione decidendi dos obiter dicta da decisão: a ratio decidendi (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o obiter dictum constitui-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais ‘de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexu estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a ratio decidendi, na qual qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é obiter: um obiter dictum ou, nas palavras de Vaughan, um gratis dictum’. 6º – Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (distinguishing) e superação (overruling) do padrão decisório: a ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nesses termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de common law”. (NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 199, p.66-69).*

³¹¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, 253-256.

não se pode presumir a infalibilidade dos órgãos jurisdicionais ao elaborarem referidos provimentos, nem tampouco que estejam sempre de acordo com as normas legais e constitucionais³¹². Neste ponto, serão abordados alguns exemplos de precedentes e súmulas inconstitucionais, seja no seu aspecto formal ou material.

De plano, vale citar um exemplo bastante ilustrativo sobre a criação e aplicação de súmulas inconstitucionais, bem como da variação sucessiva e constante da jurisprudência dos tribunais, relacionado à polêmica gerada acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade. O art. 192 da Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe que sua base de cálculo será o salário mínimo. Porém, o art. 7º, IV, da Constituição de 1988, veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, levando algumas pessoas a entenderem que o dispositivo da norma infraconstitucional não teria sido recepcionado nessa parte, aplicando-se outras bases de cálculo. Assim, visando a uniformizar o entendimento sobre a questão, no dia 21 de novembro de 2003, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação das súmulas n. 17 e 228 (que já haviam sofrido alterações anteriores), para estabelecer uma interpretação extensiva ao dispositivo infraconstitucional, no sentido que o adicional de insalubridade seria calculado sobre o menor salário que puder ser pago ao empregado³¹³. Por outro lado, no dia 30 de março de 2008, o Supremo Tribunal Federal aprovou a súmula vinculante n. 4, dispondo que “*salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial*”. Então, no dia 7 de julho de 2008, o Tribunal Superior do Trabalho, na tentativa de se adequar ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, apressou-se em alterar novamente a súmula n. 228, para prever que “a partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo

³¹² Embora existam diversos exemplos de precedentes e súmulas que violem textos de leis infraconstitucionais, o objeto da presente análise se limitará às violações às normas da Constituição, por dois motivos. Primeiramente, porque somente estas violações ensejam controle de constitucionalidade e, em segundo lugar, porque, como explica Lenio Luiz Streck, existem algumas hipóteses excepcionais em que é possível decidir de forma desvinculada do texto legal (mas jamais da Constituição). (STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos* (Online), v. 15, p. 171-172, 2010).

³¹³ Após as alterações realizadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 21 de novembro de 2003, veja-se a redução da súmula n. 228: “*adicional de insalubridade. Base de cálculo - O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula nº 17*”. (Nova redação - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003). Veja-se também a redução da súmula n. 17: “*o adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado*”. (Súmula restaurada - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

Tribunal Federal, *o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo*". Entretanto, esta nova redação da súmula teve sua eficácia liminarmente suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, justamente porque afronta a súmula vinculante n. 4, na sua parte final, que proíbe a alteração da base de cálculo por decisão judicial³¹⁴. Em outras palavras, apesar das diversas modificações, o Tribunal Superior do Trabalho não apresentou uma interpretação constitucionalmente adequada em nenhuma das redações da súmula n. 228.

A partir desse e de muitos outros casos semelhantes³¹⁵, ficam claras a ausência de integridade e coerência nos tribunais brasileiros e – o que é ainda pior – a possibilidade de editarem súmulas inconstitucionais, a serem aplicadas mecanicamente em diversos processos judiciais, em inobservância das garantias do processo constitucional democrático. Note-se que, no caso em comento, a súmula somente teve sua eficácia suspensa em razão de uma reclamação apresentada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A, §3º, da Constituição. Mas, o que aconteceria se a matéria não tivesse sido objeto da súmula vinculante? Provavelmente a súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho ainda estaria produzindo efeitos, em prejuízo de milhares de jurisdicionados.

A questão da inconstitucionalidade dos precedentes e das súmulas torna-se ainda mais preocupante quando a contrariedade à norma constitucional parte de uma súmula vinculante. A princípio, não seria possível pressupor a inconstitucionalidade de súmulas vinculantes, pois são de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a quem compete "*a guarda da Constituição*", e somente poderiam ser editadas "*após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*", nos termos dos artigos 102 e 103-A da Constituição de 1988. Contudo, não é essa a realidade que se verifica no atual cenário brasileiro, pois há casos em que o próprio

³¹⁴ Ao editar a súmula vinculante n. 4, o Supremo Tribunal Federal adotou uma técnica decisória do direito constitucional alemão, conhecida como "*declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*", na qual a norma, embora inconstitucional, continua válida, em face da impossibilidade de os órgãos judiciais legislarem sobre a matéria. Nos termos do voto do ministro relator: "*Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula n° 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n° 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa*". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 6266 MC, Relator Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, julgado em 15 jun. 2008, Diário de Justiça, Brasília, 05 ago. 2008).

³¹⁵ Para outros exemplos de súmulas *contra legem* e inconstitucionais, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, p.193-208.

Supremo Tribunal Federal deixa de observar as normas constitucionais.

Tendo em vista os requisitos dispostos no art. 103-A da Constituição de 1988, pode-se concluir que as súmulas vinculantes serão inconstitucionais nas seguintes situações: a) ausência de *quórum* qualificado na votação e aprovação do verbete; b) inexistência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria sumulada; c) o não disciplinamento de matéria constitucional; d) ausência de divulgação do enunciado na imprensa oficial. Na forma do art. 103-A, §1º, da Constituição, também serão inconstitucionais quando não tiverem 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. E, além da inobservância dos requisitos para sua edição, as súmulas vinculantes (assim como qualquer outro precedente ou súmula) também poderão ser inconstitucionais quando confrontarem outras normas da Constituição.

Sobre o *quorum* para a aprovação do enunciado, embora possa parecer uma questão isenta de dúvidas, Tiago Asfor Rocha Lima ressalta que pode gerar controvérsias quanto à inconstitucionalidade do verbete, “*especialmente nas hipóteses em que a Corte (ou pelo menos oito dos ministros) tenha dificuldade em chegar a uma conclusão uniforme e majoritária acerca de todas as partes do enunciado*”. Isto porque a maioria deve ser qualificada para aprovação de todos os “*pontos*” do verbete, sob pena de ficar viciado quanto àquele ponto que não teve adesões suficientes pelos ministros, ou até mesmo a macular, “*por arrastamento*”, outros pontos que estejam a ele vinculados³¹⁶.

Em outro aspecto, Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior aponta que a súmula vinculante n. 11³¹⁷ é formalmente inconstitucional, pois não decorreu de “*reiteradas decisões sobre matéria constitucional*”, bem como não preencheu o requisito da existência de “*controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre esses e*

³¹⁶ O autor ressalta que, às vezes, as discussões dos ministros não abrangem o mérito dos verbetes, mas se limitam a aperfeiçoar expressões da redação e evitar atecnias, como nos debates das súmulas vinculantes n. 1 e n. 5 (LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*, p.257-258).

³¹⁷ Veja-se a redação da súmula vinculante n.11: “*Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado*”.

Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, como determina o art. 103-A da Constituição. Na realidade, foram “garimpadas” quatro decisões ao longo da história do Supremo Tribunal Federal, mas o fundamento encontra-se em apenas uma delas, de modo que a súmula passou a ser conhecida nos meios jurídicos e na imprensa como “*súmula Cacciola-Dantas*”³¹⁸. Contudo, o vício de inconstitucionalidade da súmula vinculante n. 11 fica ainda mais evidente quando se constata que ela não teve por objeto “*a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas*”, como determina a Constituição. Pelo contrário, a própria súmula vinculante fez o papel da lei e regulamentou o art. 199 da Lei de Execuções Penais³¹⁹, em afronta ao disposto no art. 84, IV, da Constituição³²⁰, que atribui competência privativa ao Presidente da República para tal regulamentação³²¹.

Neste ponto, cumpre destacar que já foi realizada pesquisa empírica sobre a formação e aplicação prática do precedente no direito brasileiro, apontando que algumas súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, inclusive as vinculantes, foram editadas sem que fosse observado o pressuposto de formação da necessidade de reiteradas decisões. O art. 103-A da Constituição de 1988 estabelece expressamente este pressuposto para as súmulas vinculantes, de modo que sua inobservância pode gerar inclusive uma inconstitucionalidade formal. Porém, mesmo para as súmulas persuasivas, cujo procedimento de criação, modificação ou cancelamento encontra-se presente no regimento interno de cada tribunal, é preciso que sejam obedecidos os pressupostos da existência de reiteradas decisões sobre casos idênticos, bem como da finalidade uniformização de julgados, sob pena de desviar a finalidade das súmulas, invadindo a competência

³¹⁸ Em sentido semelhante, Tiago Asfor Rocha Lima explica que: “O STF, ao editar o enunciado n. 11 (...) de sua Súmula, baseou-se quase que exclusivamente no resultado dos julgamentos do HC 89.429 e HC 91.952, ou seja, em dois casos apenas, atentando contra exigência do constituinte derivado e do legislador infraconstitucional, que impõem reiteradas decisões sobre o tema. E mais: a leitura dos debates, que antecederam a formulação do dito verbete, demonstra claramente que a matéria não estava consolidada na Corte.” (LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*, p.258-259).

³¹⁹ O art. 199 da Lei n. 7.210/1984 dispõe que “o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”. Contudo, até hoje esse decreto não foi publicado. O projeto de lei do Senado n. 185/2004, que regulamentaria o emprego das algemas em todo o território nacional, foi arquivado ao final de legislatura, nos termos do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal.

³²⁰ Segundo o art. 84, IV, da Constituição, compete privativamente ao Presidente da República: “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

³²¹ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *Controle remoto e decisão judicial: quando se decide sem decidir*, p.159-163.

dos órgãos legislativos, com objetivo simplesmente utilitarista de reduzir a quantidade de processos, em violação ao devido processo constitucional. Diante disto:

“(...) vale questionar: até que ponto o requisito de ‘reiteradas decisões’ pode ser relativizado? Além do mais, em que sentido deve ser entendida a expressão “reiteradas decisões”, quando o Tribunal tem utilizado um, dois ou três precedentes como fundamento de criação da súmula? Não há, nos debates, a indicação da justificação para a utilização de apenas de um precedente para a instituição da Súmula Vinculante. A preocupação do legislador, ao estabelecer esse critério como necessário para a edição das súmulas vinculantes, decorre justamente da força normativo-vinculante que elas possuem. Ao olvidar-se deste ponto corre se o risco de o Judiciário adotar um raciocínio típico do Poder Legislativo, indo além da mera ‘aplicação do direito’ e correndo o risco de desrespeitar o princípio da separação dos poderes. É de suma importância que a questão que se pretende sumular tenha sido objeto de debates e discussões, que permitam à corte deliberar sobre a necessidade de transformar a matéria discutida em um enunciado sumular, principalmente no que diz respeito à segurança jurídica. Nos casos, por exemplo, onde há apenas um ou dois precedentes como fundamentos da súmula, torna-se difícil conceber até mesmo a ideia de uniformização de jurisprudência.”³²²

Com base no mesmo argumento desenvolvido em relação à súmula vinculante n. 11, também poderiam ser feitas críticas quanto à constitucionalidade das súmulas vinculantes n. 28 e n. 53, geradas a partir de um único precedente, e em face das súmulas vinculantes n. 18 e n. 20, precedidas por apenas três precedentes, conforme se verifica em consulta ao site do Supremo Tribunal Federal³²³. Assim, por uma análise meramente formal, conclui-se que 5 das 53 súmulas vinculantes, aprovadas até o momento, apresentariam algum vício de inconstitucionalidade formal, por não terem sido formadas após reiteradas decisões sobre matéria constitucional³²⁴.

³²² Dentre outros problemas, a pesquisa também apontou que algumas súmulas são mais amplas que os debates e os precedentes que as formaram. Além disso, algumas súmulas estão fundamentadas em precedentes cujos dispositivos normativos que lhes deram causa estão revogados, mas continuam sendo aplicadas, sem qualquer justificativa para a sua manutenção. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Et alii* (coord.). TEIXEIRA, Alice Gontijo Santos *Et alii* (exec.). MACIEL, Gláucio Ferreira *Et alii* (colab). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*, p. 39-51). Sobre a pesquisa, ver nota n. 291.

³²³ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acessado em 8 de setembro de 2015.

³²⁴ “*Em síntese, os julgados que derem origem à súmula terão efetivamente de ter examinado e decidido a questão jurídica correspondente à proposição vinculante, sob pena de não decorrer a súmula de reiteradas decisões sobre a matéria, representando, por conseguinte, um exercício inconstitucional e ilegítimo do poder vinculante.*” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira, *Revista de Direito Administrativo*, n. 241, p.191).

Segundo Tiago Asfor Rocha Lima, outra hipótese que poderia levar ao questionamento da constitucionalidade das súmulas vinculantes se refere ao seu aspecto “*material*”, quando seu conteúdo “*tratar de matéria estranha ao Direito constitucional*”. Ao atuar como instância originária, a competência do Supremo Tribunal Federal deve limitar-se à interpretação de questões constitucionais, sendo insuficiente um “*envolvimento reflexo*”, sob pena de desvirtuar a norma constitucional do art.103-A. No entanto, mencionado autor entende que a súmula vinculante n. 27³²⁵ seria uma hipótese de verbete que não envolve matéria constitucional, mas meramente processual³²⁶.

A título de exemplo de súmulas vinculantes que violam outras normas da Constituição, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud denunciam que a súmula vinculante n. 3³²⁷ é inconstitucional, pois prevê uma situação fática-normativa em que o texto constitucional não seria aplicável, dispensando a observância do contraditório e da ampla defesa, em contraposição ao disposto no art. 5º, LV, da Constituição de 1988:

“Ou seja, a Súmula Vinculante n. 3 elenca uma hipótese cuja solução jurídica não estaria regrada pela Constituição Federal, vale dizer, existiria verdadeira suspensão do texto constitucional e, por consequência, do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, em virtude de texto sumular. Em outros termos, o STF, mediante a Súmula Vinculante n. 3, passaria a dizer quando e em quais hipóteses a Constituição Federal precisa ou não ser aplicada (sic).”³²⁸

Apesar de parecer contraditório, um dos precedentes citados pelo Supremo Tribunal Federal, como originários da súmula vinculante n. 3, foi o Mandado de Segurança n. 24.268-0/Minas Gerais, celebrado pela doutrina³²⁹, por entender que direito de defesa assegura uma “*pretensão à tutela jurídica*”, correspondente à garantia prevista no art.5º, LV, da Constituição, abrangendo os direitos das partes de informação, de manifestação, e de verem seus argumentos considerados pelo órgão

³²⁵ A redação da súmula vinculante n. 27 é a seguinte: “*Compete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente.*”

³²⁶ LIMA. *Precedentes judiciais civis no Brasil*, p.259-260.

³²⁷ A redação da súmula vinculante n. 3 é a seguinte: “*Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.*”

³²⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p.122.

³²⁹ BRÉTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.143.

jurisdicional. Porém, o enunciado da súmula vinculante n. 3 parece ter se distanciado do devido processo constitucional, estabelecendo exceção às garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo certo que os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal já ventilaram a possibilidade de sua revisão ou cancelamento³³⁰.

De acordo com Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle José Coelho Nunes, também é inconstitucional a súmula vinculante n. 5, segundo a qual “*a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*”³³¹. Partindo de uma questão política, para assegurar uma suposta segurança jurídica com relação aos milhares de processos administrativos já julgados, a súmula deixa a entender que a defesa técnica, produzida por um advogado, é desnecessária para o exercício do devido processo constitucional. Contudo, a defesa técnica é uma garantia fundamental, prevista nos artigos 5º, LV e 133 da Constituição de 1988, de que qualquer pessoa possa atuar de modo competente e técnico na defesa de seus direitos. É indispensável no processo administrativo disciplinar, tanto para o servidor público (que pode até perder o seu cargo), quanto para a Administração Pública, a fim de que a apuração de possíveis faltas seja feita de forma adequada. Assim, “*processo administrativo sem defesa técnica é processo administrativo sem contraditório e sem ampla defesa. Simplesmente, não é processo. É inquisição. É arbítrio*”³³².

Por fim, Lenio Luiz Streck também alerta que, como textos, muitas vezes as

³³⁰ Pouco tempo depois da sua aprovação, essa possibilidade já foi ventilada tanto pelo Ministro Celso de Mello, quanto pelo Ministro Cezar Peluso, que consignou expressamente o seguinte: “*Por fim, estou convicto de que esta evolução no meu modo de ver o tema implica a revisão do texto da súmula vinculante nº 3, em cuja redação já não caberia a ressalva contida na segunda parte do seu enunciado. Compreendo os argumentos daqueles que se preocupam com seu enfraquecimento, à vista de que é recente a aprovação das três primeiras súmulas. Mas somos todos reféns de nossas reflexões e da honestidade intelectual que lhes devemos emprestar, quando estamos convencidos pela força dos argumentos*”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 25116, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 08 set. 2010, Diário de Justiça, Brasília, 10 fev. 2011).

³³¹ Note-se que o texto da súmula vinculante n. 5 é oposto ao da súmula n. 343 do Superior Tribunal de Justiça, que possui a seguinte redação: “*É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar*”.

³³² “*Ao se permitir a interpretação que se inaugura, em breve, corremos o risco de termos ‘processos’ sem devido processo legal, sem contraditório, sem ampla defesa. Afinal, o advogado seria também dispensável no inquérito policial, porque se trata de ‘procedimento administrativo’? E nos processos administrativos disciplinares junto ao Conselho Nacional da Magistratura? E ao Conselho Nacional do Ministério Público? E nas Comissões parlamentares de Inquérito? E no julgamento das contas públicas perante os Tribunais de Contas? Por que seriam processos ‘não-judiciais’? Defesa técnica por advogado também seria dispensável nesses casos?*” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; NUNES, Dierle José Coelho. *Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional*).

súmulas são interpretadas e aplicadas fora dos seus “*limites semânticos*”, de forma inconstitucional. Ao analisar a redação da súmula vinculante n. 10³³³, entende que poderia ser interpretada nos limites do art. 97 da Constituição, quando seria meramente “*tautológica*”, ou poderia permitir interpretações para além do dispositivo constitucional, atingindo, por exemplo, as hipóteses de “*interpretação conforme*” e de “*nulidade sem redução de texto*”. Nesta última hipótese, a súmula seria inconstitucional, pois tanto na “*interpretação conforme*”, quanto na “*nulidade sem redução de texto*”, não há expunção de texto ou parte de texto normativo, mas apenas o afastamento de uma das “*incidências do texto*”, razão pela qual não há necessidade de incidente de inconstitucionalidade, até mesmo porque não haveria como operacionalizá-lo quanto a “*um sentido de um texto*”³³⁴.

³³³ Veja-se a redação da súmula vinculante n. 10: “*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*”.

³³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p.425.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS E DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS

Nos capítulos anteriores, ficou demonstrado que, no Estado Democrático de Direito, o processo constitucional democrático assegura ao povo a possibilidade de participação e de fiscalização em relação à criação e aplicação dos atos estatais, inclusive para obter o reconhecimento de nulidade dos referidos atos, quando estiverem em desconformidade com a Constituição. A partir das recentes reformas legislativas e da análise do atual cenário jurídico no Brasil, também se verificou uma valorização das súmulas e dos precedentes judiciais, que, embora tenham ganhado caráter obrigatório, nem sempre são criados e aplicados em consonância com a Constituição.

Diante deste quadro, sem adentrar no mérito da constitucionalidade das reformas legislativas, para que a aplicação dessas súmulas e precedentes obrigatórios possa ser considerada legitimada no Estado Democrático de Direito, é preciso pelos menos assegurar formas de fiscalizar sua constitucionalidade por parte do povo³³⁵. A fiscalidade dos atos estatais, por meio do devido processo constitucional, é imprescindível para proteção dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Ora, se até mesmo as normas legais, elaboradas pelos representantes do povo, por meio do processo constitucional legislativo, podem ser declaradas nulas em caso de afronta à Constituição, as súmulas e os precedentes obrigatórios, elaborados pelos próprios órgãos judiciais que a aplicam, não podem ficar blindados contra o exercício do controle de sua constitucionalidade pelo povo.

De plano, vale lembrar que o princípio da supremacia da Constituição se aplica a todos os atos estatais, independentemente de sua natureza legislativa, executiva ou judicial, de modo que qualquer um deles pode ser objeto de controle de constitucionalidade. Assim, como explica Marcelo Andrade de Oliveira Cattoni, o controle de constitucionalidade não se limita às leis, emendas, ou de atos

³³⁵ Sobre a importância do controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito, vale acrescentar a lição de Rosemiro Pereira Leal: “*Nas repúblicas a res é o direito de todos de fiscalidade abstrata e concreta do ordenamento jurídico pelo devido processo constitucional, não significando, como querem os comunitaristas, um governo jurisdicional pelas decisões ou votos majoritários populares, diretos ou indiretos, uma vez que a teoria da democracia só acolhe o republicanismo quando todos os integrantes da comunidade jurídica possam, de per si ou em litisconsórcio, instaurar procedimentos (devido processo legal) em todos os níveis da jurisdicionalidade, sem quaisquer ônus, ao controle irrestrito de constitucionalidade como atividade reconstrutiva legitimamente dos direitos positivados no ordenamento jurídico de paradigma democrático.*” (LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.179).

normativos, mas deve ser reinterpretado para se aplicar a outros atos estatais, como ao processo legislativo:

“Cabe, agora, considerar que de uma perspectiva reconstrutiva, o chamado controle judicial de constitucionalidade das leis é uma denominação atribuída a uma série de controles judiciais que não se reduz a um controle judicial de constitucionalidade da lei, ou a um controle judicial de constitucionalidade de emenda e de revisão constitucionais, enquanto categorias jurídico-legislativas específicas, ou, ainda, a um controle de atos normativos, nem sempre equiparáveis à lei, quanto à sua validade jurídica ou ao seu âmbito normativo de incidência. E, mais que isso, cabe considerar que, reinterpretado em termos procedimentalistas, é um controle jurisdicional de constitucionalidade e de regularidade do processo legislativo, ou seja, de atos jurídicos que assumem seu modo específico de interconexão estruturado, em última análise, por normas jurídico-constitucionais, formando uma cadeia procedimental, que se desenvolve discursivamente, ou, ao menos, em condições equânimes de negociação, ou, ainda, em contraditório, entre agentes legitimados em um contexto de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, visando à formação e à emissão de ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, um provimento legislativo, que sendo um ato final da cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica.”³³⁶

Na mesma esteira, Luís Roberto Barroso observa que as decisões judiciais também são objeto de controle de constitucionalidade, em certa medida, pela possibilidade de interposição de recursos que tenham por fundamento a sua contrariedade em face da Constituição:

“(...) cabe observar que a expressão ‘controle de constitucionalidade’ é com frequência empregada em relação a atos materialmente normativos, isto é, àqueles que disciplinam condutas e têm caráter geral e abstrato. As leis, emanadas pelo Poder Legislativo, são o exemplo mais típico de atos dessa natureza, mas também se incluem nessa categoria atos editados pelo Executivo (como as medidas provisórias e certos tipos de atos normativos administrativos) e pelo Judiciário (como os regimentos internos dos tribunais). Mas não apenas estes. De fato, os atos materialmente administrativos, em geral, oriundos do Executivo (mas, eventualmente, também do Legislativo e do Judiciário), sujeitam-se, da mesma forma, ao teste de constitucionalidade e são invalidáveis por juízes e tribunais. O mesmo se passa com as decisões judiciais, que comportam recursos tendo por fundamento sua contrariedade à Constituição. De modo que, em sentido amplo, o controle de constitucionalidade é exercido sobre atos de quaisquer dos Poderes. Todavia, estas duas últimas hipóteses – impugnação de atos administrativos ou de decisões judiciais – são muito mais corriqueiras, não tendo a complexidade e as implicações da declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Por esta razão não exigem estudo à parte.”³³⁷

Porém, apesar de sua valorização no ordenamento jurídico brasileiro, as

³³⁶ CATTONI DE OLIVEIRA. *Devido processo legislativo*, p. 171-172.

³³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.24-25

súmulas e os precedentes obrigatórios parecem ter ficado de fora da fiscalidade democrática pelo povo, como se pode verificar pela posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, do legislador³³⁸ e da própria doutrina. A seguir, esses entendimentos serão confrontados e reconstruídos, para demonstrar que o controle de constitucionalidade das súmulas e precedentes obrigatórios é uma necessidade no Estado Democrático de Direito.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 594/DF³³⁹, o Supremo Tribunal Federal entendeu, de forma não unânime, pela impossibilidade de as súmulas persuasivas serem submetidas ao controle concentrado, sob o fundamento de que não seriam “atos normativos puros”, por ausência de “obrigatoriedade”, conforme se verifica no seguinte trecho do voto do relator do acórdão, Ministro Carlos Velloso:

*“É certo que as súmulas, porque assentadas na jurisprudência predominante, têm uma certa normatividade, têm um sentido quase-normativo, não obstante destituídas de obligatoriedade, registra o professor José de Moura Rocha (Ob. cit., págs. 94 e 95). Esse sentido quase-normativo, entretanto, não lhes empresta o caráter de ato normativo sujeito à jurisdição constitucional concentrada. Esta, vale repetir, somente pode ter por objeto ato normativo puro, ato normativo com características da lei em sentido material: abstração, generalidade, impessoalidade, obligatoriedade”.*³⁴⁰

Durante o julgamento, foi levantada a questão da possibilidade de as súmulas terem recebido caráter normativo a partir do art. 38 da Lei n. 8.038/90, que estabelece que o relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, “negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal”. Porém, o Ministro Carlos Velloso ressaltou que a norma infraconstitucional não poderia conferir força

³³⁸ Como lembrado por Marco Antonio Botto Muscari: “o Substitutivo apresentado pelo então Deputado NELSON JOBIM (PMDB-RS), quando da Revisão Constitucional, previa o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e de súmula de Tribunais Superiores.” (MUSCARI. *Súmula Vinculante*, p.93-94).

³³⁹ A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro, alegando violação do texto da súmula n. 16 do Superior Tribunal de Justiça ao art. 5º, II, da Constituição de 1988, e ao princípio da separação de poderes, dentre outras contrariedades à Constituição. Veja-se a redação da súmula n. 16 do Superior Tribunal de Justiça: “A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária”.

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade n. 594/DF. Relator Ministro Carlos Velloso. Tribunal Pleno, julgado em 19 fev. 1992, Diário de Justiça, Brasília, 15 abr.1994.

de lei às súmulas de jurisprudência, “*porque estaria efetivando autêntica delegação legislativa*”, e isso seria inconstitucional. Assim, os ministros destacaram que deve ser feita uma interpretação conforme a Constituição do art. 38 da Lei n. 8.038/90, que simplesmente “*autoriza*” o ministro relator a negar seguimento a recurso que contrariar súmula do Tribunal, mediante decisão monocrática. Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio entendeu que o art. 38 da Lei n. 8.038/90 confere “*uma verdadeira normatividade aos verbetes das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e, especificamente, do Superior Tribunal de Justiça*”. Segundo seu voto dissidente, a redação do mencionado artigo se utiliza do verbo “*negar*” de forma impositiva ao relator, que, defrontando-se com a interposição de recurso contrário ao enunciado de súmula, “*deverá*” negar seguimento a esse recurso monocraticamente.

Apesar de a referida ação direta de inconstitucionalidade não ter sido conhecida, é importante notar que seu julgamento ocorreu no dia 19 de fevereiro de 1992, quando ainda não estavam em vigor as Emendas Constitucionais n. 03/1993 e n. 45/2004 e, conseqüentemente, inexistia atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes judiciais e às súmulas. Também não estavam em vigor as diversas normas do Código de Processo Civil de 1973, que supervalorizaram as funções dos precedentes judiciais e das súmulas, nem tampouco o Código de Processo Civil de 2015, que aumentou as hipóteses de súmulas e precedentes obrigatórios.

Diante desses novos atos normativos, a vinculatividade das súmulas e precedentes judiciais obrigatórios se tornou incontroversa, ou seja, passaram a ter características semelhantes às leis em sentido material: “*abstração, generalidade, impessoalidade, obrigatoriedade*”, conforme consta na decisão do Supremo Tribunal Federal. Assim, restaria superado o principal fundamento³⁴¹ utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para não conhecer a ação direta de inconstitucionalidade n. 594/DF, dando ensejo à nova discussão sobre a possibilidade de controle das súmulas e precedentes judiciais obrigatórios.

Além da alegada ausência de caráter normativo, alguns defensores da

³⁴¹ Apesar das divergências quanto à constitucionalidade da própria Emenda Constitucional n. 45/2004, o fundamento do Supremo Tribunal Federal, contido na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 594/DF, acerca da ausência de autorização constitucional para que os órgãos judiciais possam criar súmulas e precedentes obrigatórios, também foi relativamente superado, pelo menos quanto às súmulas vinculantes, pela introdução do art. 103-A à Constituição. E mesmo as demais súmulas e precedentes obrigatórios, não previstos expressamente na Constituição, não parecem ter sido abandonados pelos órgãos jurisdicionais (que os utilizam em seus julgamentos, com força de lei), nem tampouco pelos órgãos legislativos (que os valorizam cada vez mais nas reformas do ordenamento jurídico).

impossibilidade de controle de constitucionalidade de súmulas vinculantes também apresentam outras objeções, mas que se encontram relacionadas a argumentos de autoridade, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, não poderia editar enunciados inconstitucionais. Ou seja, partem do pressuposto de que os atos do Supremo Tribunal Federal jamais poderiam ser considerados inconstitucionais, pelo simples fato de ocupar a posição de maior hierarquia dentre os órgãos jurisdicionais, tanto é que admitiriam a possibilidade de controle se as súmulas vinculantes partissem de outros tribunais superiores. Sustentam ainda que eventual ação direta de inconstitucionalidade “*nasceria fadada ao insucesso*”, eis que, ao editar a súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal julgaram-na compatível com a Constituição, ainda que de forma implícita³⁴².

Contudo, é importante reiterar que as súmulas vinculantes não são formadas por meio do processo constitucional legislativo, com participação do povo (diretamente ou por seus representantes), que não teria legitimidade nem mesmo propor a revisão ou cancelamento dos enunciados. Assim, embora sejam vinculantes para todos os órgãos judiciais e para a Administração Pública, já nascem com *deficit* de legitimidade desde a sua origem. Ademais, os defensores da impossibilidade de controle de constitucionalidade de súmulas vinculantes ignoram o fato de que o Supremo Tribunal Federal também pode proferir atos inconstitucionais, como demonstrado pelos diversos exemplos no capítulo anterior. Isto é, a constitucionalidade dos atos do Supremo Tribunal Federal não é inerente ao órgão, mas deve ser verificada individualmente, a cada caso em concreto, por meio do processo constitucional. Entendimento em sentido contrário daria margem para o arbítrio e discricionariedade, como se o direito fosse simplesmente “aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que é”, concepção que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Assim, além do procedimento de revisão e cancelamento³⁴³, previsto no art.103-A da Constituição e na Lei n. 11.417/2006, o controle de constitucionalidade das súmulas vinculantes poderia ter êxito em sede difusa e incidental, até mesmo porque as pessoas do povo não participaram dos debates

³⁴² MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*, p.93-94

³⁴³ Guardadas as peculiaridades do controle concentrado de constitucionalidade, não se verifica nenhum óbice para que seja arguida a inconstitucionalidade de enunciado de súmula vinculante por meio do processo de revisão e cancelamento. Contudo, tendo em vista as limitações do seu rol de legitimados, tal medida não seria suficiente para permitir que o povo também exerça a fiscalidade da constitucionalidade dos enunciados de súmula vinculante, razão pela qual é imprescindível a abertura ao controle difuso.

para a formação dos enunciados e não tiveram seus argumentos considerados pelo Supremo Tribunal Federal, os quais poderiam levar a uma interpretação mais adequada do texto constitucional. Assim, admitir o controle difuso da constitucionalidade das súmulas vinculantes seria positivo tanto para proteger os direitos e garantias fundamentais das partes, quanto para o sistema, pois, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade e apresentada reclamação, o Supremo Tribunal Federal seria instado a se manifestar sobre a questão, podendo rever o seu posicionamento.

Portanto, não há nenhuma objeção ao controle de constitucionalidade das súmulas e precedentes judiciais obrigatórios que prevaleça à luz do princípio do Estado Democrático de Direito. Pelo contrário, somente podem ter efeitos obrigatórios os atos estatais que foram produzidos democraticamente e que podem ser fiscalizados pelo povo, por meio do processo constitucional:

“Essa finalidade (do processo) permite que as partes recebam uma sentença, não construída unilateralmente pela clarividência do juiz, não dependente dos princípios ideológicos do juiz, não condicionada pela magnanimidade de um fenômeno Magnaud, mas gerada na liberdade de sua participação recíproca, e pelo recíproco controle dos atos do processo. A finalidade do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, na preparação de um provimento que irá produzir efeitos na universalidade dos direitos do seu destinatário, é a preparação participada da sentença. Os resultados dela não são desprezíveis. Por ela, os homens e a sociedade, dotados de liberdade e dignidade poderão saber que têm um direito assegurado, que não são condenados e não têm seus supostos direitos rejeitados em nome de qualquer outro nome, a não ser o nome do Direito, do Direito que a própria sociedade formulou e do Direito cuja existência foi por ela consentida.”³⁴⁴

Como visto anteriormente, as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade – e, mais recentemente, inclusive em sede de decisão de recurso extraordinário em controle difuso – produzem efeitos vinculantes e *erga omnes*, ou seja, mesmo para aqueles jurisdicionados que não participaram do processo. Da mesma forma, esses jurisdicionados podem sofrer os efeitos de uma decisão proferida em um recurso paradigma, em sede de recursos repetitivos, do qual não eram partes. Ademais, também não detém legitimidade para propor a revisão ou cancelamento de enunciados de súmulas, notadamente as vinculantes, ainda que discordem da constitucionalidade do seu conteúdo, nos termos do art. 103-A, §2º, da Constituição, e do art. 3º da Lei n. 11.417/2006. E o número de

³⁴⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p.188.

exemplos de súmulas e precedentes com efeitos obrigatórios se ampliará ainda mais com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Diante disto, a prevalecer o entendimento predominante do Supremo Tribunal Federal, o povo brasileiro estaria sujeito ao texto de diversas súmulas e precedentes judiciais, dotados de efeitos obrigatórios, mas sem a respectiva possibilidade de participação ou fiscalização, em sede de controle de constitucionalidade. No entanto, é preciso analisar melhor a referida questão, com o enfoque nos direitos e garantias fundamentais e no princípio do Estado Democrático de Direito. O exercício do controle de constitucionalidade não é um ato de discricionariedade dos órgãos judiciais, mas é direito fundamental do povo e poder-dever dos magistrados de aplicarem o direito em vigor em estrita observância das normas estabelecidas, democraticamente, na Constituição. Assim, qualquer argumento que pretenda justificar a aplicação de um precedente inconstitucional não resistirá a uma análise sob o viés constitucional democrático.

Neste contexto, considerando que compete aos magistrados “*interpretar o direito e a fazer sua filtragem hermenêutico-constitucional*”, inclusive em relação às normas constitucionais derivadas (como o art. 103-A da Constituição de 1988), Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior aponta que seria um “*paradoxo*” a proibição de controle de constitucionalidade das súmulas vinculantes, colocando-as em patamar superior ao do próprio texto constitucional:

“Por fim, o status que se quer dar à súmula vinculante – dentro desse paradigma de Judiciário como corporação – é anômalo numa democracia. Se a própria Constituição possui dispositivos que permitem a emenda constitucional e nem mesmo isso impede o controle difuso de constitucionalidade desta em relação àquela, o mesmo se dirá da declaração de inconstitucionalidade de uma súmula vinculante. Pensar diferente, aliás, seria dotar as súmulas vinculantes emitidas pelo STF de status superior à Constituição da República. Não se pode existir esse teto epistemológico. Não em uma democracia.”³⁴⁵

Relembre-se que a Constituição ocupa posição hierárquica mais elevada dentro do sistema jurídico, e constitui o fundamento de validade de todas as demais normas. Assim, nenhum ato jurídico poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição, o que também se aplica às súmulas e precedentes judiciais, sobretudo quando possuem efeitos obrigatórios e são

³⁴⁵ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *Controle remoto e decisão judicial: quando se decide sem decidir*, p.159 e 163.

utilizados como fundamentação das decisões.

Nesse sentido:

“(...) devem ser energicamente descartados quaisquer doutrinas e precedentes jurisprudenciais que sugiram aos órgãos estatais decisores (juízes e tribunais) exercício da função jurisdicional sob critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, porém, ao revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pela sensibilidade, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia judiciária que denominamos complexo de Magnaud (...).”³⁴⁶

Além do princípio da Supremacia da Constituição, até mesmo a legislação infraconstitucional prevê regras e princípios que vedam a aplicação de súmulas ou precedentes inconstitucionais. Dentre eles, o art. 1º do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que o processo civil deve ser “ordenado, disciplinado e interpretado” conforme as “normas fundamentais estabelecidas na Constituição”³⁴⁷. Em outras palavras, não se admite a formação e aplicação de súmulas e precedentes que violem à Constituição.

Ademais, o art. 927, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 determina que, ao se aplicar súmulas e precedentes obrigatórios, os magistrados devem observar o art.10, que trata do contraditório como garantia de influência e não surpresa³⁴⁸, bem como o art. 489, § 1º, segundo o qual não se considera fundamentada a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Em outras palavras, o próprio Código de Processo Civil de 2015 irá permitir que uma súmula ou precedente não sejam aplicados no caso em concreto, quando ficar demonstrado a “superação de entendimento”, que deve abranger a inconstitucionalidade desses provimentos jurisprudenciais.

³⁴⁶ BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.123.

³⁴⁷ Sobre tais “normas fundamentais”, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias esclarece que são “as regras e princípios regentes do processo extraídos diretamente da vigente Constituição Federal, as quais formatam o devido processo constitucional, cuja viga-mestra é o devido processo legal”. (BRÊTAS. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. n. 92, p. 227).

³⁴⁸ “Em termos simples, ao autor e ao réu deve ser garantida a possibilidade de externarem as razões acerca de que forma deverá ser aplicada determinada súmula vinculante ou acórdão paradigma, por exemplo, no bojo da lide por eles instaurada. Essa é a leitura consentânea com o art. 10 NCPC (proibição de decisão surpresa). Se todas as matérias de ordem pública, para serem aplicadas, demandam prévia possibilidade de as partes se manifestarem, com maior razão, deve ser facultado às partes se pronunciarem sobre qual a correta forma de incidência do preceito vinculante em face de sua lide.” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR et alii (coord.). *Precedentes*, p.178-179).

Sobre a necessidade de revisão dos precedentes, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira explica que:

“Vista da perspectiva da garantia do direito das gerações futuras ao exercício da autonomia jurídica, a tarefa da jurisdição em matéria constitucional envolve a própria questão acerca do futuro da democracia entre nós, assim como a relação entre a Constituição e o tempo, o que envolve a reconstrução, por exemplo, de um ‘princípio constitucional da reversibilidade dos entendimentos jurisprudenciais subjacentes das decisões’, ao lado de um ‘princípio da não-escravidão voluntária’, como corolários do princípio democrático, princípios estes que devem estruturar os processos formais e informais de mudança constitucional.”³⁴⁹

Assim, apesar de o controle de constitucionalidade ter sido inicialmente pensado para os atos normativos legislativos, também deve ser aplicado para verificar a constitucionalidade das súmulas e precedentes judiciais, notadamente aqueles que possuem efeitos vinculantes. Note-se que não haveria nenhuma inviabilidade quanto ao procedimento, de modo que o pedido poderia ser feito incidentalmente ou utilizando-se do procedimento previsto na Lei n. 9.868/1999, bastando substituir a indicação do ato normativo (legislativo) impugnado pela indicação da súmula ou do precedente judicial que estaria em desconformidade com a Constituição. Os efeitos também poderiam ser os mesmos, *inter partes* para o controle difuso e *erga omnes* para o controle concentrado, com a única diferença que não seria preciso da atuação do Senado, na forma do art. 52, X, da Constituição de 1988, eis que o ato impugnado partiu de um órgão jurisdicional.

Diante das considerações acima, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud afirmam expressamente a necessidade de se admitir o controle difuso de constitucionalidade de súmulas vinculantes, pois a impossibilidade de controle por parte dos jurisdicionados afrontaria o “*judicial control e o direito de ação*”, bem como iria de encontro à independência decisória dos magistrados³⁵⁰, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito³⁵¹.

³⁴⁹ CATTONI DE OLIVEIRA. Devido Processo Legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: José Adércio Leite Sampaio. (org.). *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*, p.189-190.

³⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Geroges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p. 118.

³⁵¹ Em sentido semelhante, admitindo o controle de constitucionalidade de súmulas vinculantes e até mesmo de súmulas meramente persuasivas: “*Súmula simples. Controle da constitucionalidade. Se o juiz pode controlar, in concreto, a constitucionalidade de lei ou o ato normativo que esteja em desacordo com a CF ou a CE, é possível ao juiz, a fortiori, fazer o controle concreto da constitucionalidade de verbete da súmula simples de qualquer tribunal, decidindo a matéria incidenter tantum. Assim, por exemplo, pode o juiz não aplicar a súmula sob fundamento de que é contrária ao*

Na mesma esteira, Nelson Nery Jr. explica que:

“Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, a meu ver, tem caráter geral e abstrato, aplica-se a tudo e a todos. Desse modo, sendo a súmula de caráter geral e abstrato, ela se equipara à função legislativa. Então, penso que o Supremo pode legislar por intermédio de súmula vinculante. Essa é a autorização que a Constituição lhe dá, com aquelas limitações “x” ou “y”. Como é uma lei a súmula vinculante, ela pode sofrer controle de constitucionalidade como qualquer outra lei. Uma lei aprovada pelo Parlamento – quinhentos e tantos parlamentares –, ainda que tenha passado por Comissão de Constituição e Justiça, ainda que tenha passado pelo crivo presidencial do veto por inconstitucionalidade, por exemplo, aprovada a lei, sancionada e já em vigor essa lei, aprovada pelo Parlamento, qualquer juiz do País pode fazer o controle concreto de constitucionalidade dessa lei e deixar de aplicá-la, por entendê-la inconstitucional. Por que uma lei aprovada pelo Supremo Tribunal Federal também não poderia sofrer o mesmo controle? Então, parece até um pouco estranho falar isso, mas é absolutamente legítimo, é constitucional isso que estou dizendo aos senhores: um juiz, diante de uma súmula vinculante, ao interpretá-la, poder entender que ali há uma inconstitucionalidade, deixar de aplicá-la e justificar, dizendo que deixa de aplicar tal súmula, por entendê-la inconstitucional por essa, essa e aquela razão – fazer esse controle de constitucionalidade, dado o caráter geral e abstrato de que se reveste a súmula vinculante.”³⁵²

Assim, o controle de constitucionalidade das súmulas e precedentes judiciais obrigatórios, desde que devidamente fundamentado, vai ao encontro do princípio do Estado Democrático de Direito, pois permite a qualquer um do povo levar à apreciação do Estado lesão ou ameaça aos direitos e garantias fundamentais, nos termos da Constituição de 1988, bem como corrobora o exercício do direito de fiscalização em relação aos atos judiciais, por meio do processo constitucional, evitando arbitrariedades pelos órgãos judiciais.

espírito ou ao texto da CF.” (NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 1029).

³⁵² Palestra intitulada “A Força dos Precedentes Judiciais no Estado Federativo”, proferida por Nelson Nery Júnior no Simpósio “O novo CPC e os impactos no Processo do Trabalho”, na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, em Brasília/DF, no dia 16 de setembro de 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, apresentou-se uma abordagem sobre as súmulas e precedentes judiciais obrigatórios no ordenamento brasileiro, visando a analisar a possibilidade/necessidade de se garantir o exercício do seu controle de constitucionalidade, à luz da teoria do processo constitucional, no Estado Democrático de Direito. As reflexões dos três primeiros capítulos serviram de premissas para se enfrentar a questão central da pesquisa no quarto capítulo, complementando-se, para se chegar às seguintes conclusões.

Como se observou no primeiro capítulo, a estruturação de determinado sistema jurídico possui uma relação direta com a organização estatal em um dado período histórico. Na tentativa de superar as lacunas dos Estados Liberal e Social, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese e aprimoramento das principais características dos paradigmas anteriores. Além de limitar o poder do Estado, vinculando-o ao princípio da legalidade, e de reconhecer direitos sociais mínimos, também acrescenta o elemento democrático, para permitir a participação do povo na criação e fiscalização dos atos estatais, a partir de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Dessa forma, nos Estados democráticos, como o Brasil, o poder deve ser exercido em nome do povo, que será ao mesmo tempo autor e destinatário dos atos estatais. Para tanto, ao lado do processo constitucional legislativo, o processo constitucional jurisdicional é o espaço discursivo democrático no qual o povo poderá participar de um procedimento realizado em contraditório, asseguradas todas as demais garantias do devido processo legal, para produção de uma decisão judicial, bem como poderá exercer o controle da constitucionalidade sobre os atos estatais, sejam administrativos, legislativos ou judiciais.

O processo constitucional toma como ponto de partida o princípio da supremacia da Constituição, que ocupa a posição hierarquicamente mais elevada em relação aos demais atos normativo do ordenamento jurídico e deve orientar a atuação de todos os órgãos do Estado, independentemente da natureza. Diante disto, os atos estatais que estiverem em desconformidade com a Constituição, formal ou materialmente, deverão ser declarados nulos, seja de forma incidental, por qualquer um do povo, ou de forma concentrada, pelos legitimados previstos na Constituição.

Assim, como demonstrado no segundo capítulo, o controle de constitucionalidade não é atividade discricionária, mas vinculada à Constituição, exercida por meio do processo constitucional. O controle de constitucionalidade é, ao mesmo tempo, poder-dever dos magistrados de aplicarem o direito em vigor de acordo com as normas constitucionais, bem como direito assegurado ao povo de fiscalizar os atos produzidos pelo Estado, como forma de preservar os direitos e garantias fundamentais descritos na Constituição de 1988.

No terceiro capítulo, foi revelada uma tendência mundial de aproximação entre o *common law* e o *civil law*, fazendo com que Estados filiados a esta última tradição tenham o seu direito influenciado pelo precedente judicial, que chegam até mesmo a se tornarem obrigatórios, com eficácia semelhante a da lei. No sistema do *stare decisis*, o precedente pode ser entendido como uma decisão proferida em um caso concreto, com potencial para servir de parâmetro nos julgamentos de casos semelhantes. Esta operação deve ser realizada mediante um intenso debate processual para, primeiro, identificar a parte vinculante do precedente (*ratio decidendi*), separando-a dos argumentos dispensáveis (*obiter dicta*), e, em seguida, para justificar a sua aplicação no caso concreto.

Por sua vez, também foram introduzidas as noções de súmulas, tipicamente brasileiras, diferenciando-as dos precedentes do sistema do *stare decisis*. A súmula mantém uma relação direta com a jurisprudência do respectivo tribunal, na medida em que a potencializa e a exterioriza em um enunciado, por meio de um procedimento específico, no intuito de servir como orientação para o julgamento de casos semelhantes. Assim, as súmulas também buscam trazer mais segurança jurídica para o sistema, mas se diferenciam dos precedentes por diversos motivos, dentre eles, a origem, teleologia, formação, alcance e modo de aplicação. Inicialmente, as súmulas foram pensadas como um “método de trabalho”, apenas para auxiliar os magistrados na localização da jurisprudência predominante, possuindo efeitos meramente persuasivos, mas a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o art.103-A, estabelecendo que o Supremo Tribunal Federal poderá aprovar súmulas vinculantes em relação aos demais órgãos judiciais e à Administração Pública.

No Brasil, filiado à tradição jurídica do *civil law*, vigora o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988), de modo

que é controversa a qualificação das súmulas e precedentes judiciais como fontes do direito, com caráter normativo. Em que pese o disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na maior parte dos manuais da doutrina, é preciso repensar a teoria das fontes de acordo com o paradigma do Estado Democrático de Direito. O direito não se resume apenas à lei, pois o ordenamento jurídico é formado por regras e princípios. As normas também não se confundem com o texto, pois são formadas pelos intérpretes a partir da confrontação do ordenamento jurídico com o caso em concreto. Assim, não se pode mais admitir a existência de “*lacunas do direito*”, nem tampouco que sejam preenchidas pelo entendimento subjetivo do magistrado. Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito, as súmulas e os precedentes judiciais não possuem legitimidade para inovar na ordem jurídica, que é construída pelo povo, diretamente ou por seus representantes, por meio do devido processo legislativo.

No entanto, na linha da teoria de Dworkin de direito como integridade, as súmulas e os precedentes também não podem ser simplesmente desconsiderados, pois reforçam a isonomia e a coerência e estabilidade do sistema jurídico. Ao se exigir que esses provimentos jurisprudenciais sejam considerados pelos magistrados, ainda que para superá-los, amplia-se o debate processual e a necessidade de fundamentação adequada, evitando uma multiplicidade de decisões diferentes para casos idênticos, que podem dar margem para arbitrariedades.

Mesmo se colocada de lado a controvérsia acerca da natureza jurídica das súmulas e precedentes no Brasil, é certo que tanto o legislador, quanto os órgãos judiciais, lhes atribuem relevância na concretização do direito. A valorização desses institutos é cada vez mais crescente e, principalmente a partir da década de 1990, as reformas processuais apostaram nas técnicas da padronização decisória, sob o pretexto de reduzir o número de processos e de trazer efetividade aos princípios segurança jurídica, da duração razoável ao processo e da isonomia.

Esses mesmos objetivos, aliados a uma tentativa de aproximação com a Constituição de 1988, também deram ensejo à elaboração do Código de Processo Civil de 2015, que apresentou um tratamento diferenciado às súmulas e precedentes judiciais, com diversos ganhos democráticos, inclusive com aproveitamentos da teoria de Dworkin. Além de estabelecer regras sobre a utilização das súmulas e precedentes na fundamentação das decisões, o Código de Processo Civil de 2015 criou novas hipóteses de provimentos jurisprudenciais com efeitos obrigatórios.

Independentemente das críticas quanto à sua constitucionalidade, as súmulas e precedentes judiciais obrigatórios vêm ganhando cada vez mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro. A atribuição de efeitos obrigatórios aos precedentes do Supremo Tribunal Federal iniciou-se como uma medida excepcional, apenas para as decisões das ações declaratórias de constitucionalidade, nos termos da Emenda Constitucional n. 03/1993. Posteriormente, os efeitos obrigatórios foram ampliados para as ações diretas de inconstitucionalidade e para as súmulas vinculantes, na forma da Emenda Constitucional n. 45/2004. Em seguida, até mesmo as normas infraconstitucionais passaram a instituir súmulas e precedentes obrigatórios, sejam originários do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outro tribunal, como as Leis n. 11.418/2006 e n. 11.672/2008 e, sobretudo, o Código de Processo Civil de 2015. A constitucionalidade desses atos normativos é discutível, sobretudo por terem natureza infraconstitucional, pois interferem no princípio da separação das funções do Estado. Há ainda doutrina que sustente existir certo grau de vinculação em qualquer precedente consolidado dos tribunais superiores, em razão do princípio da “*universalizabilidade*” e da necessidade de fundamentação das decisões.

Embora o Brasil seja filiado à tradição romano-germânica, a valorização dos precedentes e súmulas é tamanha que muitas vezes possuem força superior à da lei e da própria Constituição, o que não se coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Enquanto a violação à lei enseja recurso ao órgão jurisdicional superior, contra decisão judicial que contrariar a súmula com efeitos obrigatórios caberá reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, mesmo que essa súmula seja contrária à Constituição. Ademais, há presunção de repercussão geral nas hipóteses em que a decisão contrarie súmula ou jurisprudência dominante, ao passo que muitas violações aos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição de 1988 não são conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, por serem meramente “*reflexas*”.

Para acentuar ainda mais a polêmica sobre as súmulas e precedentes judiciais obrigatórios, a doutrina apresenta diversas críticas quanto à sua formação, interpretação e aplicação no Brasil, que implicam diretamente prejuízos para os direitos e garantias fundamentais. Ao contrário do sistema do *stare decisis*, as súmulas e precedentes obrigatórios brasileiros já nascem com pretensões de generalidade e abstração, cujo texto se autonomiza em relação aos fatos que lhe deram origem, visando solucionar casos futuros, ou seja, têm características

semelhantes às da lei, mas não passam pelo devido processo legislativo. Por falta de integridade e coerência, a interpretação das súmulas e precedentes obrigatórios não leva em consideração os fundamentos determinantes dos casos anteriores que lhe deram origem, dando margem para o magistrado fixar subjetivamente o seu sentido. Ademais, sua aplicação é feita de forma “*mecânica*”, mediante simples processo de subsunção, enquanto que deveria contar com a participação das partes, apresentando fundamentação adequada para justificar a utilização no caso em concreto. Por fim, a situação fica ainda mais preocupante quando se vislumbra a possibilidade de os precedentes e súmulas contrariarem a Constituição, conforme os vários exemplos citados na pesquisa.

Entretanto, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro atribui eficácia obrigatória às súmulas e aos precedentes judiciais, é necessário pelo menos fornecer meios de controlar a sua constitucionalidade, pois, no Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que os atos estatais estejam em desconformidade com as normas constitucionais, nem tampouco que sejam criados e impostos sem a participação e fiscalização pelo povo. Vale lembrar que súmulas e precedentes judiciais obrigatórios não são elaborados pelos representantes do povo, mas pelos próprios órgãos judiciais que os aplicam, sem participação democrática. Assim, tendo em vista a supremacia da Constituição e os direitos e garantias fundamentais nela previstos, deve ser ao menos assegurada a possibilidade de os jurisdicionados exercerem o controle de constitucionalidade das súmulas e precedentes judiciais obrigatórios, de forma difusa ou concreta, por meio do processo constitucional democrático.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.165, 2008, p. 218-230.

ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.229, 2014, p. 433-452.

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR *et alii* (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do processo constitucional*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.2, ns. 3 e 4, Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 1999, p.89-154.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum: 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual: (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade n. 594/DF. Relator Ministro Carlos Veloso. Tribunal Pleno, julgado em 19 fev. 1992, Diário de Justiça, Brasília, 15 abr.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade n. 1-1/DF – questão de ordem. Relator Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno, julgado em 27 out. 1993, Diário de Justiça, Brasília, 16 jun. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 228.432/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 01 fev. 2002, Diário de Justiça, Brasília, 18 mar. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 6266 MC, Relator Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, julgado em 15 jun. 2008, Diário de Justiça, Brasília, 05 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 25116, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 08 set. 2010, Diário de Justiça, Brasília, 10 fev. 2011.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 92, out./dez. 2015, p. 225-240.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. *In: DIDIER JR et alii* (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *et alii* (coord.). TEIXEIRA, Alice Gontijo Santos *et alii* (exec.). MACIEL, Gláucio Ferreira *et alii* (colab). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. I.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim* (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.553-673.

CAMBI, Eduardo; DE FILIPPO, Thiago Baldini Gomes. Precedentes Vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 215, 2013, p. 207-246.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. *In: DIDIER JR et alii* (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido Processo Legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. *In: José Adércio Leite Sampaio*. (org.). *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. *In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade* (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; NUNES, Dierle José Coelho. *Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional*. Publicado em 22 maio 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-mai-22/sumula_vinculante_stf_inconstitucional. Acessado em 23 maio 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acessado em 07 de out. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática: atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. *Revista Justitia*, São Paulo, v.163, 1993, p. 53-64.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim* (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.97-131.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DAVID, Tiago Bitencourt de. *Novo CPC não obriga juízes a se vincularem a entendimentos de STF e STJ*. Publicado em 11 abr. 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/tiago-david-cpc-nao-vincula-juizes-sumulas-stf-stj>. Acessado em 10 set. 2015.

De PLÁCIDO e SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? *In: FREIRE, Alexandre, et alii. Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Bahia: Editora JusPodivm, 2013, p. 331-360.

DIDIER JR., Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali (coord.). *Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Volume 3, 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 14. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENUNCIADO N. 316 DO FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Belo Horizonte: 05 a 07 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/03/Carta-de-Belo-Horizonte.pdf>

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*. Tradução 8. ed. Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. *O Direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira, *et alii*. Súmulas Vinculantes: sua ilegitimidade no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, 2005, p. 162-198.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LENZA, Pedro. *Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015*. Publicado em 13 mar. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>. Acessado em 10 set. 2015.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. O efeito vinculativo das súmulas e enunciados. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 34, n. 34, 1994, p. 159-170.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação jurídica: (in)compatibilidade entre a tópica e o processo*. Curitiba: Juruá, 2014.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, RJ Renovar n.241, 2005, p.177-208.

MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868 de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.342-489.

MORATO, Leonardo Lins Morato. A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alii (coord.). Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

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

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 12. ed. rev. ampl. e atual. até 13 de julho de 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. ABOUD, Georges. *Stare Decisis vs Direito Jurisprudencial*. *In: FREIRE, Alexandre, et alii. Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Bahia: Editora JusPodivm, 2013, p. 483-512.

NERY JUNIOR, Nelson. A Força dos Precedentes Judiciais no Estado Federativo. Simpósio “O novo CPC e os impactos no Processo do Trabalho”, na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, em Brasília/DF, no dia 16 de setembro de 2014 (palestra). Degravação disponível em: http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2014/09/Degrava%C3%A7%C3%A3o-do-Simp%C3%B3sio_CPC.pdf. Acessado em 10 set. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 199, 2011, p.41-82.

NUNES, Dierle José Coelho. Precedentes, padronização decisória e preventiva e coletivização. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.245-276.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, v. 79, n. 2, 2013, p.118-144.

NUNES, Dierle José Coelho; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 62, 2013, p. 179-208.

NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no Novo CPC: É possível uma decisão correta?* Publicado em 08 jul. 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/Por>. Acessado em 17 set. 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 216, 2013, p. 13-34.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

REIS, Maurício Martins. As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 230, 2014, p. 417-437.

RIBEIRO; Fernando José Armando. BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A teoria das fontes do direito revisitada: uma reflexão a partir do paradigma do estado democrático de direito. *In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 3862-3878.

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

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Súmula vinculante e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial. *REDES - Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas: Unilasalle Editora, v. 2, n.1, maio/2014. Disponível em <http://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/1445>. Acessado em 17 fev. 2015.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial.* São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.133-201.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *Controle remoto e decisão judicial: quando se decide sem decidir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alii (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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

SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Manual elementar de processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula Vinculante: um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004*. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1. ed. 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição brasileira. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v.10, n. 20, 2º semestre de 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos* (Online), v. 15, p. 158-173, 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acessado em 10 set. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!* Publicado em 12 set. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acessado em 17 fev. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?* Publicado em 18 dez. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acessado em 17 fev. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? *In: DIDIER JR et alii* (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3.

STRECK, Lenio Luiz. *A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo?* Publicado em 10 set. 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro>. Acessado em 10 set. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Un ensayo sobre el problema de la discrecionalidad y la mala comprensión de los precedentes judiciales. *Revista Prolegómenos*, v.18, n. 35, 2015, 67-80.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e a força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). *In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim* (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.135-166.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 110, 2003, p.141-158.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Tradução Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 199, 2011, p.139-155.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro - Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 189, nov./2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et alii*. *Novo CPC: fundamentos e sistematização: Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense: 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. *In*: DIDIER JR *et alii* (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3.