

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MÁRCIA REGINA LUSA CADORE WEBER

INSTRUMENTOS DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Porto Alegre

2006

MÁRCIA REGINA LUSA CADORE WEBER

INSTRUMENTOS DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Porto Alegre
2006

MÁRCIA REGINA LUSA CADORE WEBER

INSTRUMENTOS DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Porto Alegre, fevereiro de 2006.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner – Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Aos meus pais, Itacir e Delma, por terem me ensinado a dignidade do trabalho e a necessidade de lutar sempre por uma sociedade mais justa.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor José Maria Rosa Tesheiner, pelo apoio, pela orientação e pelo exemplo de dedicação ao Direito.

Ao Professor Araken de Assis, pelas lições ministradas, seja em suas aulas, seja em suas obras, seja nos acórdãos de sua lavra, e pelo incentivo ao ingresso no Curso de Mestrado.

À Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, por ter-me oportunizado a realização do Mestrado e, ainda, a prazerosa atividade docente.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na qual concluí minha graduação.

À Procuradoria-Geral do Estado, órgão que me honra integrar, pela rica experiência jurídica que me permite viver e pelo apoio recebido para realização deste trabalho.

Às queridas amigas Adriana Maria Neumann e Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho, pela amizade e paciência.

Ao querido amigo Paulo Roberto Basso, pelo constante incentivo.

“A minha escola não tem personagem
A minha escola tem gente de verdade
Alguém falou do fim do mundo
O fim do mundo já passou
Vamos começar de novo
Um por todos, todos por um”

Vamos Fazer um Filme

Renato Russo.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a necessidade de uniformização de jurisprudência para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Para tanto, parte-se da contextualização do exercício da função jurisdicional. A seguir, passa-se à fundamentação jurídico-filosófica para a uniformização, e fixam-se alguns conceitos importantes para o trabalho. Examina-se, ainda, o papel desempenhado pelas decisões judiciais no sistema do *common law*. Descreve-se, também, a relevância da jurisprudência como fonte do Direito, com enfoque na súmula vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. São abordados, ainda, os instrumentos previstos no ordenamento jurídico nacional que conduzem à uniformização da jurisprudência, com análise de suas características mais relevantes. O estudo baseia-se na doutrina, na jurisprudência e na legislação pátrias, com o objetivo de expor o tema tal como enfrentado no Direito brasileiro na atualidade.

Palavras-chave: Jurisprudência: Uniformização

ABSTRACT

This work reports the necessity of the Jurisprudence Uniformization to improve the judgments. The work starts contextualizing the jurisdictional activities and presenting the legal and philosophic basis to the uniformization, presenting some important concepts that will be used along the work. After this, many important topics are presented, such as the role played by judicial decisions in the common law and the role played by the jurisprudence among the law sources in Brazil, focusing the binding abridgment included by the constitutional amendment nº 45/2004. The work also addresses the main characteristics of the existing instruments in the Brazilian Legal System that direct to the Jurisprudence Uniformization. This study is based on the Brazilian Doctrine, on the Jurisprudence and on the Brazilian Legislation, presenting the subject as it face in the Brazilian Legal System.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art. – artigo
arts. - artigos
CPC - Código de Processo Civil
CF – Constituição Federal
D. J. - Diário da Justiça
j. – julgado
MC – Medida Cautelar
Min. – Ministro
nº - número
p. - página
Rel. - Relator
REsp – Recurso Especial
RE – Recurso Extraordinário
v. - volume
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	14
<i>1.1 Relevância do tema.....</i>	<i>14</i>
<i>1.2 A função jurisdicional.....</i>	<i>15</i>
1.2.1 Conceito	15
1.2.2 Jurisdição: Escopo social e contexto brasileiro.....	22
2 FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL PARA A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA	27
<i>2.1 Justiça Procedimental e Aceitação Social das Decisões Judiciais</i>	<i>27</i>
<i>2.2 Fundamentação Constitucional: Objetivos do Estado Democrático de Direito. Isonomia. Segurança Jurídica. Razoável Duração do Processo</i>	<i>39</i>
2.2.1 Objetivos do Estado Democrático de Direito	39
2.2.2 Isonomia	41
2.2.3 Princípio da Segurança Jurídica	44
2.2.4 A garantia da razoável duração do processo	48
3 NOÇÕES IMPORTANTES	55
<i>3.1 Sentença.....</i>	<i>55</i>
<i>3.2 Acórdão</i>	<i>59</i>
<i>3.3 Precedente Judicial.....</i>	<i>60</i>
<i>3.4 Jurisprudência.....</i>	<i>62</i>
<i>3.5 Divergência Jurisprudencial, Uniformização da Jurisprudência e Súmula</i>	<i>64</i>
<i>3.6 Interpretação: A inexistência de uma única resposta jurídica correta e a relevância do papel do intérprete</i>	<i>66</i>
4 RELEVÂNCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO COMMON LAW	77
<i>4.1 Considerações Gerais</i>	<i>77</i>
<i>4.2 Notas acerca da evolução do direito inglês.....</i>	<i>79</i>
<i>4.3 Afirmação do precedente vinculante</i>	<i>84</i>

<i>4.4 Direito inglês na atualidade: O stare decisis e a posição da jurisprudência acerca do statute law</i>	89
<i>4.5 Notas acerca da evolução do direito norte-americano</i>	94
<i>4.6 Relevância da Constituição norte-americana</i>	96
<i>4.7 Distinção entre as organizações judiciárias inglesa e americana</i>	99
<i>4.8 Papel da doutrina e dos debates acadêmicos</i>	100
<i>4.9 Normas editadas pelo Poder Legislativo, a repartição de competências entre juízes federais e estaduais e o problema do federal common law</i>	101
<i>4.10 Sttare decisis no sistema norte-americano atual</i>	103
<i>4.11 Stare decisis e a argumentação deduzida nas decisões judiciais</i>	109
5 É A JURISPRUDÊNCIA FONTE DO DIREITO? AS SÚMULAS VINCULANTES	110
<i>5.1 Fontes do Direito: Noções Gerais</i>	110
<i>5.2 Fontes do Direito: O papel da jurisprudência. Mais uma vez a necessidade de uniformização</i>	112
<i>5.3 Súmula Vinculante</i>	121
6 INSTRUMENTOS DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA	143
<i>6.1 Classificação: Instrumentos Constitucionais e Infraconstitucionais</i>	143
<i>6.2 Instrumentos Constitucionais de Uniformização de Jurisprudência</i>	144
6.2.1 Controle Concentrado de Constitucionalidade	144
<i>6.2.1.1 Efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade: possibilidade de Reclamação</i>	146
<i>6.2.1.2 O tratamento legal dispensado à Ação Direta de Inconstitucionalidade, à Ação Direta de Constitucionalidade e à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental</i>	160
6.2.1.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn).....	160
6.2.1.2.2 Ação Direta de Constitucionalidade (ADC).....	163
6.2.1.2.3 Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF):	164
6.2.2 Controle Difuso de Constitucionalidade no âmbito dos Tribunais	168
<i>6.2.2.1 Efeito da Decisão Proferida no Incidente de Inconstitucionalidade</i>	168
<i>6.2.2.2 O tratamento conferido pelo Código de Processo Civil ao incidente de inconstitucionalidade</i>	172
6.2.3 O iter previsto para Súmula Vinculante. A reclamação (artigo 103-A e parágrafos da Constituição Federal)	173
<i>6.2.3.1 Reclamação</i>	177
6.2.4 Recursos Especial e Extraordinário	180

6.2.4.1 <i>Origem histórica e Finalidade Uniformizadora</i>	180
6.2.4.2 <i>Características comuns</i>	184
6.2.4.4 <i>Cabimento</i>	191
6.2.3.4.1 <i>Do cabimento do recurso especial</i>	191
6.2.3.4.2 <i>Do cabimento do recurso extraordinário</i>	204
6.2.3.4.2.1 <i>Da necessidade de demonstração da repercussão geral- artigo 102, par. 3º da Constituição Federal</i>	208
6.2.4.4 <i>Prequestionamento</i>	220
6.3 Instrumentos Infraconstitucionais	226
6.3.1 O Incidente de Uniformização de Jurisprudência previsto nos arts. 476 a 479 do CPC	226
6.3.1.1 <i>Considerações Gerais</i>	226
6.3.1.2 <i>Nota histórica</i>	227
6.3.1.3 <i>A disciplina legal do Incidente de Uniformização de Jurisprudência</i>	234
6.3.1.4 <i>A edição de súmulas</i>	237
6.3.2 O mecanismo de superação dos dissídios jurisprudenciais previsto no art. 555, §1º do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352/2001	239
6.3.3 A uniformização de jurisprudência no âmbito dos juizados especiais federais–art. 14 da Lei nº 10.259/2001	242
6.3.4 Embargos de Divergência	243
6.3.4.1 <i>Considerações Gerais</i>	243
6.3.4.2 <i>Disciplina Legal</i>	244
6.3.5 Embargos Infringentes	247
6.3.5.1 <i>Considerações Gerais</i>	247
6.3.5.2 <i>Disciplina legal</i>	249
6.3.6 Controle da divergência jurisprudencial: os poderes do relator e os poderes do juiz	259
6.3.6.1 <i>Poderes do Relator e o agravo previsto no artigo 557, § 1º-A, do CPC</i>	259
6.3.6.2 <i>Disciplina legal do agravo previsto no art. 557, §1º-A</i>	262
6.3.6.3 <i>Poderes do juiz: a possibilidade contida no artigo 518, § 1º, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.576/2006</i>	264
6.3.7 Ação Rescisória por violação de lei	265

6.3.8 Os embargos à execução e a impugnação com fundamento na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pelo STF, ou com fundamento em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal	277
6.3.9 Nota sobre a jurisdição coletiva	279
7 CONCLUSÃO.....	282
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	297

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1 Relevância do tema

No exercício da advocacia, poucas situações causam tanta perplexidade ou mesmo indignação quanto à constatação de que quotidianamente são proferidas decisões com posições opostas em demandas semelhantes, notadamente no âmbito de Cortes nas quais funcionam órgãos fracionários. Para eleger apenas um exemplo no tocante às finanças: como explicar a uma empresa que sua concorrente obteve desoneração do pagamento de um tributo, enquanto que decisão prolatada na demanda que, na mesma época ajuizara, teve a improcedência decretada?

Se, no âmbito daqueles que exercem a advocacia, tais situações causam perplexidade, o que dizer de seus efeitos perante a sociedade em geral, naqueles que não conhecem com profundidade o ordenamento jurídico, mas intuitivamente sabem-se merecedores de tratamento isonômico e aspiram por segurança jurídica?

Além disso, o volume de processos judiciais hoje é praticamente invencível. A busca da prestação jurisdicional é absolutamente incompatível com a capacidade estatal de atendê-la, fato que, de resto, verifica-se relativamente a outras necessidades sociais.

As situações problemáticas expostas não se mostram intransponíveis. O ordenamento jurídico nacional prevê vários instrumentos que objetivam uniformizar a jurisprudência, mediante a superação de decisões divergentes acerca da mesma controvérsia jurídica, tudo a demonstrar que concretização dos valores segurança jurídica e isonomia na aplicação da lei em nosso sistema jurídico tem imensa relevância e que é possível otimizar a prestação jurisdicional.

A proposta deste trabalho é demonstrar a necessidade de uniformizar a jurisprudência, de forma a concretizar valores como a segurança jurídica e a isonomia na aplicação da lei, aumentar a compreensão e aceitação das decisões do Poder Judiciário pela sociedade e melhorar a prestação jurisdicional, com a redução do tempo e dos custos respectivos.

Para tanto, examinar-se-á a função estatal de prestar a jurisdição com ênfase no seu escopo social. Justificar-se-á a necessidade de uniformização de jurisprudência a partir de fundamentos filosóficos e constitucionais. Feita essa justificação, serão fixados alguns conceitos relevantes para a compreensão do tema proposto.

Abordar-se-á, ainda, a relevância do precedente judicial no *common law* para, depois, tratar-se do papel reservado à jurisprudência em nosso sistema jurídico, com enfrentamento do debate concernente à súmula vinculante.

Por fim, passar-se-á ao exame dos instrumentos que conduzem à uniformização de jurisprudência previstos no ordenamento jurídico.

1.2 A função jurisdicional

1.2.1 Conceito

A existência de decisões divergentes acerca de uma mesma situação fática e a uniformização de jurisprudência ocorre no âmbito do exercício de uma das funções do Estado, qual seja, a função jurisdicional ou jurisdição, cumprindo, pois, ao início deste trabalho, explicitá-la.

A concepção de que as diferentes manifestações do poder do Estado deveriam ser atribuídas a titulares diversos surgiu no século XVII, na Inglaterra, na esteira do confronto entre Coroa e Parlamento, sendo de destacar-se que a idéia de que as leis não poderiam ser elaboradas pelo mesmo órgão incumbido de sua aplicação foi desenvolvida por Montesquieu na famosa obra “*Do espírito das leis*”. Nas palavras de Tesheiner:

A experiência inglesa, recolhida e sistematizada por Montesquieu, e as revoluções americana (1776) e francesa (1789) romperam o núcleo do poder político implantando o princípio da separação dos Poderes. Em vez de um centro único, rei, os três Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ao Poder Legislativo se atribuiu a função de elaboração das leis, normas gerais e abstratas. Ao Poder Executivo, a administração do Estado. Ao Poder Judiciário, a jurisdição.¹

A noção de Direito no Estado moderno está atrelada à idéia de jurisdição² confiada a um órgão distinto daquele encarregado da gestão do próprio Estado e daquele incumbido da função de regular este mesmo Estado, mediante a edição de normas gerais.

Mas em que consiste a jurisdição?

Na doutrina de Chiovenda é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva³.

Para Carnelutti, é elemento essencial para definir-se jurisdição a existência de lide, vale dizer, a existência de um conflito de interesses entre duas pessoas, qualificado pela pretensão de uma e resistência de outra. Assim, jurisdição, para o renomado jurista, é a atividade de composição da lide⁴. Diferentemente, Piero Calamandrei identifica na coisa julgada a principal característica da jurisdição, pelo que apenas o provimento declaratório da sentença encerraria verdadeira jurisdição⁵.

Nesse mesmo sentido, em obra mais recente, a lição de Comoglio, Ferri e Taruffo:

Qualquer sujeito, público ou privado, que se afirma titular de um direito subjetivo que seja contestado por outro ou que entenda de exercitar tal

¹ TESHEINER, José Maria. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/livroselementos/livroselementosindex.htm>> Acesso em: 11 nov. 2005. às 14:31.

² SILVA, Ovídio Baptista da Silva. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 19.

³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2002, v. 1, p. 8 et seq.

⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 78.

⁵ CALAMANDREI, Piero. Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil. In: **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, p. 48. Para Calamandrei a sentença constitutiva não é puramente jurisdiccional, mas um ato complexo, que encerra também natureza administrativa.

direito e isso lhe seja impedido pelo comportamento de outros, pode postular ao juiz que intervenha, seguido de um procedimento e nas formas processuais preestabelecidas, para tutelar e principalmente proteger esse mesmo direito. [...] O juiz, terceiro imparcial relativamente aos sujeitos que se contrapõem na controvérsia, aplica a norma jurídica substancial por ele tida como adequada a resolvê-la. [...] O juiz no exercício da atividade assim descrita é em cada caso chamado a acertar a existência ou inexistência de um efeito substancial e é correto, de outro lado, compreender que no acertamento e na declaração daquele consiste um dos elementos indispensáveis para definir a característica dessa mesma atividade. [...] O provimento, não mais contestável, faz com que seus próprios efeitos possam produzir-se ainda fora do processo, fazendo lei entre as partes e impondo a eles, para o futuro, dever de ater-se ao conteúdo do mencionado provimento. Este fenômeno, típico e próprio da atividade jurisdicional, ganha o nome de coisa julgada material.⁶

Luiso afirma que a jurisdição tem como função a tutela do direito subjetivo⁷.

De acordo com Liebmann, a “jurisdição é, em certo sentido, uma atividade que se põe como continuação e especificação da legislação; É a norma jurídica, que produto da legislação, torna-se o critério do juiz pela jurisdição”⁸.

Após afirmar que as definições de Chiovenda e Carnelutti podem ser consideradas complementares na medida em que a primeira representa uma visão puramente jurídica do conteúdo da jurisdição, enquanto a segunda considera a finalidade da atividade, conceitua jurisdição como a “atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”⁹.

⁶ COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michelli. **Lezioni sul processo civile**. Milano: Mulino, 1995, p. 97-98: “Qualunque soggetto, pubblico o privato, si affermi titolare di un diritto soggettivo che sia contestato da altri o chi intenda esercitare un diritto soggettivo e ne sia impedito dal comportamento di altri, può chiedere al giudice ordinario che intervenga, a seguito di un procedimento e nelle forme processuali prestabilite, per tutelare e quindi proteggere il diritto stesso. [...] Il giudice, terzo imparziale rispetto ai soggetti che si contrappongono nella insorta controversia, applica la norma giuridica sostanziale da lui ritenuta adeguata a risolverla. [...] il giudice nell'esercizio dell'attività così descritta è in ogni caso richiesto di accertare l'esistenza o l'inesistenza di un effetto sostanziale ed è corretto quindi ritenere che nell'accertamento e nella dichiarazione di quell'effetto consista uno degli elementi indispensabili per definire le caratteristiche dell'attività stessa. [...] Il provvedimento formato, non più contestabile, fa sì che gli effetti suoi propri possano prodursi anche al di fuori dal processo, facendo 'stato' tra le parti e imponendo loro, per il futuro, di doversi attenere alle statuizioni contenute nel provvedimento stesso. Questo fenomeno, tipico e proprio dell'attività giurisdizionale, prende il nome di giudicato sostanziale”.

⁷ LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1, p. 8

⁸ LIEBMAN, Enrico. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1973, p. 5. “Giurisdizione è in un certo senso, un'attività che si pone come continuazione e specificazione della legislazione; e la norma giuridica, che è prodotto della legislazione, diventa il criterio di giudizio per la giurisdizione”.

Micheli aponta a imparcialidade como característica fundamental da jurisdição:

A norma a aplicar é, pois para a administração pública. A regra que deve ser seguida para que uma certa finalidade seja alcançada; a mesma norma é para o órgão jurisdicional o objeto de sua atividade institucional, no sentido de que a função jurisdicional se exercita a só a fim de assegurar o respeito ao direito objetivo. [...] O órgão jurisdicional é portador do interesse público em que aquela norma seja observada, em que seja atuada certa tutela; o juiz deve dar razão a quem a tem de maneira que a norma a aplicar não é a regra de conduta, senão que é objeto de sua atividade.¹⁰

Diz que a noção de jurisdição deve ser compreendida de acordo com a definição da tutela jurisdicional, sendo que esta consiste na atividade de determinados órgãos estatais (os juízes) que, em exercício de seu poder conferido pelo Estado, põem em prática, no caso concreto, determinados remédios previstos pela lei, como forma de assegurar a observância do direito objetivo.

Para Araken de Assis, a jurisdição é poder-dever do Estado e se constitui na “antítese da defesa privada, almejando efetivar a justa composição da lide, segundo direito objetivo, através de órgão alheio aos interesses concretos dos litigantes”¹¹.

A presença de órgão alheio à vontade dos litigantes é também destacada por Ovídio Baptista da Silva, que aponta duas notas essenciais para caracterizar a atividade jurisdicional (a) quando o juiz aplica a lei ao caso concreto, o faz como finalidade específica de seu agir; (b) ao realizar esta atividade, o juiz é terceiro imparcial, assumindo posição de independência e estraneidade diante do interesse tutelado¹².

⁹ LIEBMAN, 1973, p. 5-6.

¹⁰ MICHELI, Gian Antonio. **Curso de derecho procesal civil**. Traducción Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1970, v. 1, p. 8: “*La norma a aplicar es, pues, para a adminsitacion pública, la regla que debe ser seguida para que una certa finalidad sea alcanzada; la misma norma es, para el órgano jurisdicional el objeto de su actividad institucional, en el sentido de que la función jurisdicional se ejercita solo a fin de asegurar o respeto ao derecho objetivo. [...] el órgano jurisdicional é portador del interes publico en que aquella norma sea observada, em que sea actuada uma cierta tutela; en definitiva, el juez debe dar la razón a quien la tiene, de manera que la norma a aplicar nos es la regla de concuta, sino que es el objeto de su actividad*”. Mais adiante: “*La tutela jurisdiccional de los derechos consiste por eso en la actividad de determinados órganos estatales, los jueces, que, en el ejercicio de su poder conferido por el Estado ponen en práctica, en el caso singular, determinados remedios previstos por la ley, en forma de asegurar la observancia del derecho objetivo*”.

¹¹ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

¹² SILVA, O., 1991, p. 29.

De acordo com Dinamarco, pode-se definir jurisdição como a função do Estado voltada a solucionar de forma imperativa dos conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos¹³. Essa conceituação é inspirada na doutrina de Chiovenda. Também adotando a doutrina de Chiovenda, tem-se Celso Agrícola Barbi. Segundo esse autor, como o Estado não permite ao particular fazer justiça com suas próprias mãos, deve este recorrer ao poder público para realizar seu direito. O juiz então substitui o particular na atividade de examinar e decidir o direito em um determinado caso¹⁴.

Para Galeno Lacerda, a jurisdição é a atividade pela qual o Estado elimina a lide. Referido autor critica Chiovenda asseverando que, além de não explicar a natureza jurisdicional dos processos mais relevantes, têm por objeto conflitos sobre valores indisponíveis, tendo em conta que a solução não pode ser alcançada pela atividade direta das partes, também deixa em aberto o porquê da natureza jurisdicional das decisões sobre questão de processo, como aquelas que dizem respeito à atividade do juiz (competência e suspeição), em que jamais poder-se-á vislumbrar qualquer traço de substituição¹⁵.

Segundo Tesheiner, a busca obsessiva pelo exato conceito de jurisdição conduz a indesejável distanciamento da realidade, sendo o conceito de jurisdição variável “conforme se queira ou não incluir a atividade judicial executiva e a cautelar; conforme se pretenda ou não abranger, além da jurisdição civil, a penal; conforme se queira ou não abarcar a jurisdição voluntária, conforme se intente ou não incluir a competência normativa dos tribunais”¹⁶.

O referido autor discorda da redução conceitual de coisa julgada como característica da jurisdição, pois exclui de seu âmbito não apenas os atos judiciais executivos e cautelares, mas também os atos de instrução e as sentenças meramente processuais. O conceito de jurisdição fica vinculado “a um efeito que não é necessário, mas contingente, que pode existir num sistema processual e noutra não”¹⁷.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 1, p. 310.

¹⁴ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 11.

¹⁵ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 8, t. 1, p. 17.

¹⁶ TESHEINER, 1993.

¹⁷ TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 18.

Tesheiner, ainda, critica a conceituação proposta por Chiovenda, afirmando que, sendo a jurisdição atividade primária do Estado, não poder-se-ia falar em substituição:

Na verdade, a jurisdição é atividade primária do Estado, especialmente em matéria penal. Por isso, a idéia chiovendiana de caracterizar a jurisdição como atividade substituta somente é admissível como afirmação de que ela importa em heterorregulação. O Estado, na execução, se interpõe entre as partes e substitui o credor (não o devedor, como afirmou Chiovenda) no exercício de seu poder sobre a parte adversa. Por essa via, a idéia de substituição acaba por confluir com a de imparcialidade, como nota característica da jurisdição.¹⁸

Em sentido semelhante a compreensão de Ovídio Baptista da Silva quanto à doutrina chiovendiana: “quando Chiovenda definia a jurisdição como atividade secundária e substitutiva, ele apenas queria significar a imparcialidade do juiz, sempre estranho aos interesses sobre os quais incidia sua atividade, mantendo-se numa posição equidistante das partes”¹⁹.

Athos Gusmão Carneiro diz ser possível conceituar jurisdição como “o poder (e o dever) de declarar a lei que incidiu e aplicá-la, coativa e contenciosamente, aos casos concretos”, explicando ser necessário para a correta definição a análise das características básicas da atividade jurisdicional, bem como o cotejo da atividade judiciária com a atividade legislativa e administrativa²⁰.

Não se pode deixar de referir, ainda que brevemente, a polêmica acerca da natureza jurisdicional dos atos praticados pelo juiz no exercício da jurisdição voluntária. A doutrina preponderante brasileira situa a jurisdição voluntária nas funções administrativas exercidas pelo juiz²¹. Ovídio Baptista da Silva denomina jurisdição voluntária “um complexo de atividades confiadas ao juiz, nas quais, ao contrário do que acontece com a jurisdição contenciosa, não há litígio entre os interessados”²².

Para Tesheiner, a jurisdição voluntária visa à tutela de interesses privados, enquanto a contenciosa tutela interesses subjetivos, públicos ou privados²³. Se a jurisdição voluntária

¹⁸ TESHEINER, 1993.

¹⁹ SILVA, O., 1991, p. 29.

²⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5-6.

²¹ MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 103 et seq.

²² SILVA, O., op. cit., p. 29.

²³ TESHEINER, 1992, p. 43.

“importa em tutela de interesses privados”, diz o autor, justifica-se sua exclusão do âmbito da Administração, porque desta se espera que busque o interesse público”²⁴.

Como acentua Gian Micheli, não é adequado excluir da jurisdição aqueles casos em que faltam algum ou alguns dos elementos típicos, próprios de certos processos judiciais, como, por exemplo, a jurisdição voluntária²⁵. Afirma ainda, que, para delinear o âmbito do processo, como manifestação da jurisdição, é necessário partir de dados oferecidos pelo direito objetivo e considerar quando a lei considera necessária a intervenção do órgão jurisdicional como insubstituível realizador daquela tutela²⁶.

Na lição de Ovídio Baptista da Silva, “há, também na jurisdição voluntária, uma forma especial de atuação do direito objetivo, realizada por órgão público que sobrepara aos interesses privados como terceiro imparcial, e que tem como o juiz da jurisdição contenciosa, essa mesma atuação como objetivo final de sua atividade”²⁷.

Tudo examinado pode-se afirmar, com Mitidiero, que a jurisdição é, antes de tudo, uma das manifestações do poder estatal, poder que originariamente advém do povo e cujo exercício se amarra à Constituição Federal²⁸. Não se pode limitar a jurisdição a atividade substitutiva como propôs Chiovenda, tampouco restringi-la à composição de lides, como o fez Carnelutti. Tem-se que a jurisdição é poder-dever estatal, destinando-se à aplicação das normas ao caso concreto, presente tanto na jurisdição voluntária quanto na contenciosa. Mais do que isso. Atualmente o exercício da jurisdição, tal como delienado pela Constituição Federal, pode resultar em decisões que extrapolam o caso concreto, como, por exemplo, a edição de súmulas vinculante.

A jurisdicionalidade de um ato é aferida na medida em que fruto de um sujeito estatal, dotado de império, investido em garantias funcionais que lhe outorguem imparcialidade e

²⁴ Ibidem, p. 41-42.

²⁵ MICHELI, 1970, v.1, p. 8.

²⁶ Ibidem, p. 8: “*Para delinear el ámbito del proceso civil, como manifestación de la jurisdicción, es necesario partir sin apriorismos del dato ofrecido por el derecho objetivo y considerar después respecto de qué remedios la ley considera necesaria la intervención del órgano jurisdiccional como insustituible realizador de aquella tutela que es secundaria, eventual, respecto de la tutela primaria que deriva del mandato establecido por la norma*”.

²⁷ SILVA, O., 1991, p.34.

²⁸ MITIDIERO. Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 83.

independência, cuja função é aplicar o direito (e não apenas a lei) de forma específica, dotado de irrevisibilidade externa, assim entendida como o fato de a jurisdição “dar a última palavra” nas situações colocadas sob seu exame.

1.2.2 Jurisdição: Escopo social e contexto brasileiro

Visto o conceito de jurisdição, importa aqui lembrar que (a) trata-se de uma expressão do poder estatal voltada à resolução de conflitos, mediante a aplicação do direito; (b) esta face do poder estatal é exercida por um—terceiro imparcial e equidistante—das partes: o juiz.

O exercício da jurisdição não prescinde de uma estrutura, adequadamente disciplinada. Tem-se, assim, o processo como “método para o exercício da jurisdição”²⁹, ofertado ao cidadão “em contrapartida à sua renúncia à autotutela³⁰”. Trata-se, pois, de um método, só se legitima em razão dos fins a que se destina³¹. Nas palavras de Dinamarco:

Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito de direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e de sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei.³²

Assente que a finalidade estatal é o bem comum, o exercício da jurisdição somente pode ser pensado a partir daí. Ganha relevo aqui o que Dinamarco designa de escopo social da jurisdição. Nas palavras do jurista: “como escopo síntese da jurisdição no plano social, pode-se indicar a justiça, enquanto expressão do bem comum, no sentido de que não se concebe o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão em clima de liberdade e igualdade”³³.

Em conseqüência, o processo “na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável à realização da justiça e da pacificação social, não pode ser

²⁹ TESHEINER, 1993.

³⁰ MENDÉZ, Francisco Ramos. Relatório geral ibérico- abuso de derecho em el processo? In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Abuso de direitos processuais**. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.20.

³¹ DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 151.

³² Ibidem, p. 78

³³ DINAMARCO, 2000, p. 78

compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores constitucionais”³⁴.

Por evidente que o escopo social não é o único, mas, é, por certo, o mais importante com destacado por Bolzan:

a jurisdição não tem um escopo, mas escopos; é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade e do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do Direito).³⁵

“Bem comum” é algo que se afere apenas em determinado contexto social e cultural, relevante para determinar-se os conceitos de justiça e, mais particularmente, de justiça social. Indispensável, ainda, nesta determinação, o exame dos valores positivados na Constituição, sem olvidar-se da lição de Konrad Hesse no sentido de que dita Carta “significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”³⁶.

Se de um lado o Estado tem o dever de buscar a pacificação social, mediante a eliminação de conflitos com decisões justas que privilegiem os valores positivados na Constituição, por outro lado é direito do cidadão, que renunciou a autotutela, receber a prestação jurisdicional—eliminação dos conflitos de forma justa—com o menor custo possível e no menor espaço de tempo.

O reconhecimento da relevância do escopo social do processo—instrumento para resolução eficaz e justa das controvérsias—importa na consideração, pois, fatores como os relativos aos custos e à demora dos processos. Em outras palavras: o contexto social não pode ser olvidado. Num país de índices sociais e contrastes terríveis como o nosso, os recursos públicos são escassos e mal distribuídos. Nas palavras de Cristóvão Buarque:

³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.261.

³⁵ BOLZAN DE MORAIS. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 80.

³⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 15.

O Brasil tem padrões de Primeiro mundo em todas as mazelas que atingem igualmente ricos e pobres, como é o caso da poliomelite e da AIDS; ou nos assuntos que beneficiam apenas os ricos, como a qualidade industrial e os aeroportos. Mas mantém-se entre os piores do mundo naquilo que pode ser limitado aos pobres, como a desnutrição, a educação e a saúde³⁷.

O exame das causas não afasta o resultado: não há dinheiro suficiente para que o Estado preste serviços relativos à saúde, à educação, ao saneamento básico, à cultura, à habitação, etc. Constata Gustavo Amaral:

Dizer que se gasta muito e que se obtém pouco é uma maneira mais gentil de dizer que milhares, talvez milhões de pessoas são privadas de serviços básicos não por carência de recursos, mas por má-alocação. [...] Dentro desse cenário, nos parece ser inaceitável a ‘profissão de fé’ na suficiência de recursos para atender a todos, que parece ser professada por vários tribunais. [...] A escassez de recursos, a escassez de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada. Surgindo esta, o Direito precisa estar aparelhado para dar respostas.³⁸

Como lembra Barbosa Moreira, em qualquer sociedade moderna a possibilidade de realizar um processo civil pressupõe a disponibilidade de complicado mecanismo, cuja manutenção implica vultosos gastos com pessoal e material. Essa despesa é suportada pela arrecadação de tributos, que são pagos não só pelos litigantes, mas por toda a coletividade. A realização do feito reclama não raro a colaboração de outros órgãos e entidades—por exemplo, a imprensa oficial, os correios, polícia—igualmente custeados pela contribuição, direta ou indireta da sociedade em geral³⁹.

Além disso, se de um lado, “o processo não escapa do tempo, pois ele está arraigado em sua própria concepção”, por outro não se pode mais aceitar a “de(mora) na prestação jurisdicional”, assim entendida como a injustificada procrastinação do dever de adimplemento da obrigação de prestação jurisdicional⁴⁰.

Trata-se, em resumo, daquilo que Bolzan designa de

crise estrutural no modo estatal de dizer o Direito. Esta crise diz respeito ao financiamento—infra estrutura, instalações, pessoal, equipamentos, custos—

³⁷ BUARQUE, Cristovam. A lógica da vergonha. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 dez. 1999, p. 1-3.

³⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 184-185.

³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, São Paulo, n. 5, 2003, p. 33.

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. O direito de ser julgado em prazo razoável: o tempo como pena e a demora jurisdicional no processo penal. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, vol.31, nº 96, dez 2004, p.34-35

que dizem respeito não só aos valores (custas judiciais, honorários, etc.), efetivamente dispendidos, como também ao custo diferido que se reflete em razão do alongamento temporal das demandas.⁴¹ (grifo nosso)

Tem o Estado o dever de adotar todas as medidas que reduzam o custo para a sociedade. Para Mauro Cappelletti numa “concepção revolucionária de acesso à justiça o direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e de seu produto (normas gerais e especiais), mas é encarado, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais”⁴². E o acesso à justiça, nas palavras de Cappelletti, “tem importância capital entre os novos direitos individuais e sociais” podendo “ser encarado como o requisito fundamental—o mais básico dos direitos humanos—de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”⁴³.

Contudo, como observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a distância entre a mera proclamação e a tutela efetiva do direito, com meios eficazes e expeditos, constitui um dos problemas cruciais do processo civil em nossa época”⁴⁴ e, por essa razão, o direito de acesso ao Poder Judiciário, assegurado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal “será ilusório se o usuário da Justiça não puder obter a satisfação de sua pretensão com um custo razoável, proporcional às suas posses e a objeto do litígio, e em tempo adequado para que a demora não transforme a justiça em injustiça”⁴⁵.

Diante disso, cumpre ao Estado, sob pena de perder a legitimação que ainda lhe resta, assumir o compromisso de superação da crise apontada por Bolzan mediante a adoção de medidas que otimizem a prestação jurisdicional. Afinal, o princípio da eficiência é também endereçado ao Estado-juiz, impondo-lhe “o exercício imparcial, transparente, participativo, eficaz, qualitativo e sem burocracia, de suas competências, com a melhor utilização possível

⁴¹ BOLZAN, 2001, p. 99.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994, p. 15.

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 13.

⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e Processo Cautelar. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 76, out./dez. 1994, p. 88.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 88.

dos recursos públicos e maior rentabilidade social”⁴⁶. Para utilizar-se a lição proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, o juiz também está obrigado ao ótimo⁴⁷.

Como sintetizado por Tucci: “a carência de recursos humanos, intelectuais, materiais e temporais disponíveis para a desincumbência da tarefa de administrar o serviço judiciário também aconselha pensar na instituição de mecanismos efetivos que possam diminuir o tempo entre a lesão e a satisfação do direito”⁴⁸. E, para além disso, deve-se ampliar a utilização de mecanismos já existentes, como por exemplo, a adoção dos instrumentos que conduzem à uniformização de jurisprudência, “medida essencial para fortalecer a certeza do Direito e, simultaneamente, contribuir para a redução dos custos da distribuição da justiça”⁴⁹.

Por evidente que a busca por mecanismos mais eficientes e menos onerosos não poderá jamais eliminar as garantias fundamentais do processo civil, como o contraditório e a ampla defesa. Pelo contrário; o norte é a concretização destas garantias e a busca incessante da concretização dos objetivos postos no artigo 3º da Lei Maior, notadamente a redução das desigualdades e a construção de uma sociedade solidária.

⁴⁶ MARTINS, Nelson Juliano. Efetividade da jurisdição e princípio da eficiência na administração pública. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 3, 2003, p. 98.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade administrativa e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **O precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 300.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 300.

2 FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL PARA A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

A necessidade de uniformizar-se a jurisprudência não pode ser afirmada em si mesma, por maior que seja o entusiasmo que suscite, valendo aqui a advertência de Carlos Maximiliano no sentido de que “apaixonar-se não é argumentar”, sendo relevante, isso sim, “a abundância e a solidez dos argumentos”⁵⁰.

De acordo com Manuel Atienza a filosofia do Direito “deve cumprir uma função de intermediação entre os saberes e as práticas jurídicas, por um lado, e o resto das práticas e saberes sociais, por outro”⁵¹. Por isso, no campo da filosofia do Direito, foram eleitas duas contribuições reputadas importantes na demonstração da relevância da superação das divergências jurisprudenciais: a teoria da justiça elaborada por John Rawls, bem como o trabalho desenvolvido por Aulis Aarnio.

Além disso, no Estado Democrático de Direito, indispensável verificar se o que se sustenta no campo jurídico, mais do que passar pelo teste de constitucionalidade é, de algum modo, imposto pelas normas constitucionais. Nesse sentido, serão examinados os princípios da isonomia, da segurança jurídica e a garantia fundamental da razoável duração do processo.

2.1 Justiça Procedimental e Aceitação Social das Decisões Judiciais

A idéia de processo concebido como método, como um caminho para a aplicação do Direito vem desde a idade média⁵². Este “caminho”, no Estado contemporâneo, é fundamental para a caracterização do Estado Democrático de Direito. Aqueles que buscam a tutela jurisdicional tem o direito de saber, modo antecipado, qual o método que será utilizado pelo Estado-juiz para alcançar-lhes a solução do conflito.

⁵⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica jurídica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 226.

⁵¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 11.

⁵² GOLDSCHIMDT, James. **Direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 10.

Em certo sentido, pode-se afirmar que a existência de um processo adequadamente normatizado e observado é fundamental para a obtenção de uma decisão justa. Inegavelmente esta afirmação encontra valiosos subsídios na teoria de justiça formulada por John Rawls, mais especificamente na sua concepção de justiça procedimental⁵³.

Inicia Rawls afirmando que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais e, sendo assim, leis e instituições por mais bem organizadas que sejam devem ser reformadas ou abolidas se não forem justas. Numa sociedade justa, segundo ele, as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis.

Uma sociedade é adequadamente ordenada, no pensamento de Rawls, quando é efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça, isto é, uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam a mesma concepção de justiça (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem tais princípios e isso é sabido. Em suma, uma concepção de justiça constitui a carta fundamental de uma associação humana adequadamente ordenada.

Deixa claro o autor norte-americano que sua abordagem diz respeito à justiça social, na medida em que o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, vale dizer, à maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. São instituições básicas mais importantes a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais. Rawls apresenta uma concepção contratualista de justiça, mas, como ele mesmo esclarece, seu objetivo é apresentar “uma concepção de justiça que generalize e leve a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social, como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant”⁵⁴. O contrato imaginado por Rawls não introduz uma sociedade ou forma particular de governo. O que é objeto do consenso original são os princípios de justiça que regularão a estrutura básica da sociedade.

Numa posição original de igualdade, pessoas livres e racionais aceitaram definir os termos de tais princípios: “Os homens devem decidir de antemão como devem regular suas

⁵³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 12.

reivindicações mútuas e qual deve ser a carta constitucional de fundação de sua sociedade”⁵⁵. Esta decisão ocorrerá na posição original e sob o véu da ignorância, situação puramente hipotética na qual ninguém conhece seu *status* na sociedade.

Os princípios da justiça são o resultado de um ajuste equitativo porque na posição original as circunstâncias são equitativas entre os indivíduos tomados como pessoas éticas. No dizer de Rawls, a posição original “é o *status quo* inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são equitativos”⁵⁶. Daí a razão da expressão “Justiça como equidade”.

Na teoria de Rawls a “posição original de igualdade” corresponde ao estado da natureza na teoria tradicional do contrato social. No entanto, o contrato social Rawls não é celebrado em estado de natureza, na medida em que os participantes do acordo já são portadores da qualidade de membros da sociedade. A justiça como equidade, ou como imparcialidade, não só não exclui, mas até pressupõe efetivamente a natureza social dos seres humanos”⁵⁷.

Na posição original as partes têm posições iguais, podendo cada uma fazer suas propostas e sustentar a respectiva aceitação. Essas condições, conforme Rawls, juntamente com o véu da ignorância, “definem os princípios de justiça como sendo aqueles que pessoas racionais preocupadas em promover seus interesses consensualmente aceitariam em condições de igualdade nas quais ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecido por contingências sociais e naturais”⁵⁸.

Tem-se, assim, que na posição original, as partes racionais, livres e iguais, sob o véu da ignorância, acordam acerca dos princípios de justiça destinados a reger as instituições básicas. Como diz Nedel:

é óbvio que, nestas circunstâncias, os participantes do acordo trabalharão com prudência. Não procurarão favorecer este ou aquele grupo, mas se ater-se-ão exclusivamente ao que lhes parecer justo. Trabalharão com a hipótese de risco máximo: o de eles mesmos caírem no infortúnio e de lhes acontecer

⁵⁵ RAWLS, 2002, p. 13.

⁵⁶ Ibidem, p. 13.

⁵⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 329.

⁵⁸ RAWLS, op. cit., p. 21.

o pior. Para a hipótese, procurarão maximizar os ganhos e minimizar os riscos [...] Nestas condições celebrarão o acordo original, envolvendo os princípios da justiça, aceitos por todos, cujo papel será o de ‘consignar básicos direitos e deveres e determinar a divisão de vantagens na sociedade futura. Trata-se de acordo não histórico, mas suposto ou hipotético. Representa o primeiro estágio na estruturação de uma sociedade bem ordenada, após o qual “as partes voltam ao seu lugar na sociedade”, com suspensão completa do véu da ignorância.⁵⁹

Os dois princípios de justiça de Rawls estão assim enunciados: a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor eqüitativo garantido. b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.

Na justiça como eqüidade a sociedade é sistema de cooperação do qual deve resultar vantagens para todos e a estrutura básica é um sistema público de regras que regula um esquema de atividades no intuito de produzir maiores vantagens para todos. O que uma pessoa faz depende do que as regras públicas determinam a respeito do que ela tem direito de fazer e os seus direitos resultam do que faz. Alcança-se a distribuição que resulta desses princípios cumprindo-se os direitos determinados pelo que as pessoas se comprometem a fazer à luz dessas expectativas legítimas⁶⁰.

Tais considerações, diz Rawls, sugerem a idéia de que se deve pensar o sistema social de modo que o resultado seja justo, independentemente do conteúdo, desde que observados determinados parâmetros: trata-se da justiça procedimental pura. Para explicitar esta noção de justiça procedimental pura Rawls faz a diferenciação entre justiça procedimental perfeita e imperfeita.

⁵⁹ NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls**: uma tentativa de liberdade e igualdade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 62

⁶⁰ RAWLS, 2002, p. 90.

Na justiça procedimental perfeita existe um padrão independente para decidir qual é o resultado justo e um procedimento pelo qual tal resultado será alcançado com certeza. A justiça procedimental perfeita é exemplificada por Rawls mediante o processo de divisão de um bolo de forma a alcançar-se um resultado igualitário. Para alcançar-se um resultado justo é necessário que todas as fatias sejam iguais. E o procedimento a ser adotado é estabelecer que o encarregado da divisão fique com o último pedaço cortado, de modo que, no processo de divisão, o bolo seja partido em fatias iguais, para que não saia o próprio encarregado com prejuízo.

Já na justiça procedimental imperfeita existe um critério de justiça previamente estabelecido, mas não existe um procedimento que garanta este resultado. O exemplo citado por Rawls é o processo criminal. O resultado almejado é que o réu seja condenado somente se for culpado. Mesmo que observado o procedimento estabelecido, pode-se chegar a um resultado incorreto.

Na justiça procedimental pura não se tem um critério independente para um resultado correto (como na justiça procedimental perfeita e imperfeita). A par disso, “existe um procedimento correto ou justo, de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contanto que o procedimento tenha sido corretamente aplicado”⁶¹. Como exemplo de justiça procedimental pura Rawls cita determinado jogo, no qual as regras são equitativas e aceitas pelos participantes. O resultado, caso sejam observadas as regras, será necessariamente justo⁶².

O que distingue a justiça procedimental pura, assevera Rawls, é que o processo para determinação do resultado justo deve ser realmente levado a cabo, pois não há um critério prévio a partir do qual se possa demonstrar que o resultado é justo. Assim, para que possa ser aplicada a noção de justiça procedimental pura, torna-se imprescindível um sistema justo de instituições. Apenas numa estrutura básica justa, na qual necessariamente hão de estar presentes uma constituição justa e uma organização justa das instituições econômicas e sociais é que se pode afirmar a existência de um procedimento justo. A vantagem prática da justiça procedimental pura é que não mais seria necessário controlar a enorme variedade de circunstâncias e nem as posições relativas mutáveis de pessoas particulares. O objeto do

⁶¹ RAWLS, 2002, p. 92.

⁶² Ibidem, p. 92.

juízo deve ser a estrutura básica a partir de um ponto de vista geral. A aceitação dos princípios de justiça constitui um consenso para descartar grande parte das complicações do dia-a-dia.

Alerta Rawls que uma teoria puramente procedimental, sem princípios estruturais necessários a uma ordem social justa, não teria utilidade. Numa sociedade bem ordenada, em que estão garantidas tanto as liberdades básicas iguais, quanto a igualdade de oportunidades, a distribuição de rendas pode ser um exemplo do que se denomina justiça procedimental pura de fundo⁶³: a estrutura básica está organizada de tal modo que quando todos seguem as normas de cooperação, as distribuições de bens daí resultantes são consideradas justas.

Rawls assume que o ideal seria a existência de uma justiça procedimental perfeita, na qual fosse possível ter um critério de justiça predeterminado e um conjunto de regras (procedimento) para atingir este objetivo. Mas as diferentes concepções de cada indivíduo ou determinada sociedade acerca do que seria justo inviabiliza que se alcance tal perfeição.

Na justiça procedimental pura, assegurada pela aplicação do princípio equitativo de oportunidades, não se tem um critério prévio para aferir se determinado resultado é justo ou injusto, mas existe um procedimento justo estabelecido por regras equitativas e aceitas por todos. Se aplicado corretamente tal procedimento, o resultado será justo.

De fato, em que pese se possa concordar com Másera quando afirma a realidade “não é um jogo imparcial e equitativo”, atentando-se para o fato de que certas pessoas dispõem de condições privilegiadas ao jogar e são dotadas de capacidade para gerenciar no sentido da escolha de regras que as favoreçam em detrimento dos demais⁶⁴, a ideia de justiça procedimental pura não pode ser abandonada.

⁶³ O termo de “fundo” refere-se à necessária inclusão de regras na estrutura básica como sistema de cooperação social, a fim de que este sistema permaneça equitativo de uma geração a outra, como esclarece Rawls.

⁶⁴ MÁSERÁ, Marcos Alexandre. **Fundamentos ético-antropológicos da teoria da justiça de John Rawls: a justiça social assentada na personalidade moral como expressão da liberdade e da igualdade humanas**. 1992. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1992, p. 56.

Como identificado por Nedel, Rawls distingue a justiça como procedimento da justiça como resultado, as quais são conexas: a primeira, procedimental, depende da segunda, a substantiva. Procedimentos justos têm valores intrínsecos, como a imparcialidade, e conduzem a decisões corretas, salvo inevitável falibilidade humana. Em outras palavras: na concepção de Rawls a justiça procedimental está intimamente vinculada à justiça substancial. Segundo o professor de Harvard, apenas uma teoria puramente procedimental, que não contivesse princípios estruturais para uma ordem social justa, não teria utilidade.

No que interessa ao presente trabalho, tem-se que a idéia de justiça procedimental pura aponta para o acatamento do resultado obtido em juízo, se observado o *iter* previsto para alcançá-lo, pressupondo-se que este *iter* tenha sido legitimamente estabelecido.

Se estabelecido amplo debate acerca de determinada controvérsia jurídica, debate feito em conformidade com as regras processuais aplicáveis, não se pode desconsiderar seu resultado, mormente se a decisão foi tomada por órgão judicial encarregado de eliminar o conflito entre posições previamente existentes com base no ordenamento jurídico válido. Como oportunamente será demonstrado, nos instrumentos de uniformização de jurisprudência previstos no ordenamento jurídico nacional, as decisões sempre são tomadas após debate e deliberação por maioria (em geral qualificada) dos órgãos julgadores colegiados. Se for seguido o procedimento, pode-se afirmar que haverá o melhor resultado possível, e, portanto, não pode ser desconsiderado em demandas semelhantes.

Não se está aqui a sustentar uma justiça meramente formal, ou ainda que a simples observância das regras processuais trará uma decisão justa. Não. A eliminação dos conflitos entre teses jurídicas deve coincidir com uma solução proferida que atenda às normas de direito material e às expectativas da sociedade. No dizer de Dinamarco:

as disposições contidas no ordenamento jurídico substancial, constituem para o juiz, em princípio, o indicador do critério de justiça pelo qual determinada sociedade optou em dado quadrante da história; mas se só à lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça vigentes.⁶⁵

⁶⁵ DINAMARCO, 2000, p. 293.

Há de ser repudiado o juiz indiferente. O momento da decisão há que ser valorativo e utilizado de modo a oportunizar o atingimento do escopo social da jurisdição a pacificação social⁶⁶.

Ganha relevo aí a aceitação social das decisões proferidas pelo Estado-juiz. E acerca deste tema relevante contribuição traz a teoria desenvolvida por Aulis Aarnio⁶⁷.

De acordo com Aarnio o conceito de racionalidade pode ser utilizado de diferentes maneiras. É possível falar-se em racionalidade jurídica e racionalidade em geral. Racionalidade jurídica, segundo Aarnio, está referida ao paradigma da dogmática jurídica. Nesta racionalidade a justificação jurídica tem que estar baseada em certas fontes do direito.

Há, ainda, o conceito de racionalidade institucional, alusivo à racionalidade implicada em todo o sistema jurídico. A racionalidade institucional é condição social de todo o discurso jurídico, sendo que o papel da dogmática jurídica consiste justamente em interpretar o conteúdo desta racionalidade (no sentido interno da ordem jurídica).

Já a aceitabilidade racional é um fenômeno distinto. Trata-se de propriedade do resultado final do procedimento de justificação jurídica. Fala-se em aceitabilidade racional dos pontos de vista interpretativos.

A interpretação jurídica é, no que respeita a sua natureza, um diálogo, uma forma de comunicação humana, razão pela qual, Aarnio denomina este tipo de racionalidade de racionalidade comunicativa, que é a base da compreensão humana e da aceitabilidade.

A racionalidade tão-só conduz os participantes o mais distante possível em direção ao compromisso equitativo e mostra onde há a divergência, mas pode não eliminar a divergência. Esclarece Aarnio que um diálogo racional pode também conduzir a duas ou mais respostas igualmente bem fundamentadas, vale dizer, não é possível indicar um critério objetivo ou a razão última de acordo com a qual se pode sustentar que uma das propostas de interpretação estaria melhor justificada do que a outra.

⁶⁶ BOLZAN DE MORAIS, 2001, p. 87.

⁶⁷ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: um tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios, 1991, p. 212 et seq.

Este mesmo tipo de racionalidade (comunicativa), prossegue o autor finlandês, pode ser entendida pelo menos de duas maneiras diferentes. A racionalidade pode referir-se à forma de justificação. Nesse sentido, a inferência lógica é sempre racional. Toda cadeia de argumentação que procede dedutivamente de premissas a uma conclusão é racional. Aarnio denomina esta racionalidade de “racionalidade-L”, acrescentando que a justificação interna é sempre racional, sendo apenas um lado da racionalidade comunicativa.

Mas, por outro lado, a justificação jurídica é uma forma de fundamentação prática. Trata-se de um procedimento discursivo sujeito a regras que não são apenas as regras da lógica. Refere-se também ao procedimento pelo qual se justificam as premissas. O autor denomina esta racionalidade conectada com o discurso de “racionalidade-D”.

Tem-se assim (a) racionalidade *scripto sensu* (racionalidade L) e (b) a racionalidade *lato sensu*, referida tanto à forma lógica da argumentação, quanto ao discurso que justifica as premissas⁶⁸.

O conceito de aceitabilidade, por sua vez, está conectado com o conteúdo do material da interpretação e não com a forma do discurso ou com as propriedades do procedimento justificatório. Para ser aceitável o resultado tem que responder ao conhecimento e ao sistema de valores da comunidade jurídica. Considerando o papel dos valores na interpretação jurídico-dogmática (justificação), a aceitabilidade é examinada como aceitabilidade axiológica. Um ponto de vista interpretativo é o resultado do discurso racional e deve ser aceitável.

Após expor as condições gerais de interpretação racional, assevera Aarnio que se o diálogo entre o intérprete A e o receptor da interpretação B segue os critérios do discurso racional, se se satisfazem determinadas condições gerais, e se não são violadas as especialidades das regras das cargas de prova, o discurso, então, corresponde à racionalidade-D. Seguindo as regras de racionalidade-D e as pautas de interpretação jurídica, transforma-se a racionalidade institucional da ordem jurídica em direito interpretado. Em outras palavras, oferece-se uma interpretação do que é a racionalidade institucional na sociedade. Mas a racionalidade, por si só, não será aceitável na comunidade jurídica, na medida em que a

⁶⁸ AARNIO, 1991, p. 247.

aceitabilidade requer: (a) que as partes tenham base comum de conhecimento; (b) ambas as partes tem que se submeter aos mesmos valores.

Por conseqüência, afirma Aarnio que adota uma posição de relativismo jurídico moderado, vale dizer, os valores jurídicos não são interpretados objetivamente. Somente se pode falar de verdade se houver acordo prévio acerca dos critérios de verdade. Não se trata, esclarece Aarnio, de argumentar que qualquer sistema de valores é socialmente relevante. Pelo contrário; apenas os valores que podem ser aceitos pela sociedade em geral são significativos.

Conforme Aarnio a aceitabilidade pressupõe que haja um receptor que denominou de comunidade jurídica. Na teoria da argumentação o grupo receptor tem sido chamado de audiência ou auditório, composto por aqueles indivíduos que compartilham forma de vida comum. A audiência ocupa uma posição chave do ponto de vista de um relativismo axiológico moderado.

Primariamente, diz Aarnio, a audiência pode ser definida como um grupo que aceita as condições gerais de racionalidade e no qual foi aceito sistema de valores que constitui a base da posição interpretativa. Uma audiência ideal e particular é definida pelo uso de dois critérios: (a) seus membros obrigam-se, eles mesmos, a seguir as regras do discurso racional e a adotar valores comuns; (b) seus membros cumprem as condições de racionalidade. Esta concepção de audiência é a adotada por Aarnio em seu estudo.

Uma audiência ideal e particular é o grupo no qual pode-se chegar a um consenso racional. Assim, um ponto de vista interpretativo apoiado por um maior consenso racional tem uma maior relevância social. Se a maioria dos membros que são racionais, que aceitam o mesmo sistema de valores chegam a mesma conclusão, esta conclusão terá mais peso do que outra apoiada pela minoria. Destas condições Aarnio extrai o seguinte princípio regulativo: a dogmática jurídica deve intentar alcançar aquelas interpretações que puderam contar com o apoio da maioria da comunidade jurídica que opera racionalmente⁶⁹.

⁶⁹ AARNIO, 1991, p. 286.

A teoria da aceitabilidade racional não se refere, em absoluto, dicotomia verdadeiro ou falso. Pelo contrário. Segundo teoria da aceitabilidade racional pode haver mais de uma posição normativa verdadeira, dependendo do ponto de vista que se adote. Nessa concepção é que reside o núcleo da crítica que Aarnio faz à doutrina da única resposta jurídica correta. Adverte, ainda, Aarnio que a maioria a que faz alusão no princípio regulativo é a maioria ideal e que o princípio regulativo proposto está conectado ao problema da legitimidade e não da verdade.

O núcleo da democracia ocidental é encontrar um consenso representativo sobre o sistema de valores que se encontra na base da ordem jurídica. Por isso, sustenta Aarnio, o relativismo axiológico é parte da exigência da democracia. Não se trata de um consenso casual, mas de aceitação de normas jurídicas estreitamente vinculadas com a realidade social.

No que se refere às estratégias de investigação que ocorrer na dogmática jurídica, a alternativa proposta por Aarnio afasta-se do modelo Kelseniano de validade formal, segundo o qual a tarefa da dogmática é apenas descobrir as interpretações adequadas. Afasta-se, igualmente, do realismo jurídico, que enfatiza a característica preditiva da ciência jurídica. Na proposta de Aarnio o conceito de validez está conectado com o conceito de aceitabilidade racional. A expectativa de certeza jurídica resta plenamente satisfeita apenas se (a) a decisão situa-se dentro do marco legal; (b) o discurso se dá de forma racional e (c) a decisão satisfaz o código de valores dominantes. Conclui Aarnio afirmando que a aceitabilidade racional satisfaz os anseios relativamente ao discurso jurídico mais adequado na sociedade moderna.

Nas sociedades modernas, a validez formal não é a única base da legitimidade, sendo possível falar, inclusive, em crise de legitimidade. Na verdade, diz Aarnio, a base da legitimidade nas sociedades modernas está enraizada no mundo vital. A base, assim, encontra-se atrás das normas. A legitimidade do direito depende da comunicação lingüística e da compreensão mútua que resulta desta comunicação. Como exemplo, Aarnio diz que, se as decisões dos tribunais baseiam-se cegamente na lei e representam um sistema de valores diferente da maioria da sociedade, essa deixará de confiar nas suas decisões, o que poderá gerar uma crise profunda.

Nesse sentido, finaliza Aarnio, a fonte última da legitimidade se encontra na sociedade mesma e só a interpretação que considera as expectativas da maioria desta sociedade pode ser

aceita pela mesma. A certeza jurídica está estreitamente ligada ao sistema de valores da sociedade e por isso as interpretações aceitáveis têm que ser não só racionais, mas também razoáveis. Assim, para o autor, a aceitabilidade racional é o ponto de encontro entre o sistema e o mundo vital. As decisões orientadas pelas linhas principais da vida prática adquirem respeitabilidade máxima e, sendo assim, o uso do poder jurídico é uma construção pacífica da sociedade de acordo com as expectativas das pessoas comuns⁷⁰.

Invocando-se a lição de García de Enterría, tem-se que ao sistema jurídico não interessam as opiniões pessoais dos juízes, mas a sua capacidade de expressar aquilo que a sociedade escolheu para si mesma como direito, o que lhes impõe operar com seus princípios, “depurando e afinando seu alcance”⁷¹. Já Carlos Maximiliano na sua clássica obra “Hermenêutica Jurídica e Interpretação do Direito asseverava que “também a ciência do Direito abrange um conjunto de fenômenos sociais; como a história, deve atender menos ao esforço do homem isolado do que à ação complexa da coletividade”⁷².

A aceitabilidade social de uma decisão judicial está ligada às expectativas que a sociedade detém relativamente à interpretação que será adotada. Os homens têm necessidade de saber como serão qualificadas suas condutas e, ainda, os resultados delas advindos. A certeza, enquanto previsibilidade das conseqüências das ações humanas, configura-se instrumento indispensável para a promover-se a pacificação social.

Ora, por certo a ocorrência de julgamentos eternamente díspares causa profunda perplexidade, comprometendo, inclusive, a confiança do cidadão no órgão encarregado de prestar o serviço público jurisdição. A aceitação social das decisões passa, necessariamente, pela busca de um critério jurídico único para casos semelhantes, salientando-se, desde já, que esta afirmação não significa aceitar que existe uma única resposta jurídica correta. Mas é possível, mediante a adequada argumentação, buscar-se a melhor resposta possível em determinado contexto social e aplicá-la a futuros casos análogos.

Para Robert Alexy “uma teoria de argumentação jurídica que deixe de levar em conta a regra dos precedentes perderia um dos mais característicos aspectos da interpretação

⁷⁰ AARNIO, 1991, p. 295-296.

⁷¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **El derecho, la ley el juez**: dos estudios. Madrid: Civitas, 1997, p. 51-52.

⁷² MAXILIMILIANO, 2000, p. 289.

jurídica”⁷³. Segundo o autor, “atualmente, mesmo na lei continental européia, a importância – ao menos a importância de fato – dos precedentes é reconhecida. O que é disputado é a sua posição teórica”. Para ele, as razões básicas para seguir os precedentes “é o princípio da universalizabilidade, a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante” [...], sendo que “a prática do precedente contribui ao mesmo tempo para a certeza jurídica e a proteção da confiança na tomada de decisão judicial”⁷⁴. O autor reconhece a possibilidade de superar-se o precedente, mas compete a quem deseja afastá-lo aceitar o ônus do argumento.

A liberdade de julgar, diz Dinamarco, não é absoluta. O juiz não pode julgar baseado em critérios estritamente pessoais de justiça, deixando de atuar “como canal de comunicação entre os valores da sociedade e o caso em que atua”⁷⁵.

A aceitação social é, indiscutivelmente, critério de legitimidade das decisões judiciais e esta aceitação por certo jamais ocorrerá se pleitos iguais ou análogos tiverem, num mesmo contexto social e histórico, soluções distintas.

2.2 Fundamentação Constitucional: Objetivos do Estado Democrático de Direito. Isonomia. Segurança Jurídica. Razoável Duração do Processo

2.2.1 Objetivos do Estado Democrático de Direito

Nos termos do artigo 1º da Carta da República, o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. A característica primordial deste modelo de Estado está na “incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”⁷⁶. A atuação do Estado passa a ter um conteúdo de mudança de *status quo*, aparecendo a lei como um instrumento de transformação. Nas palavras de Bolzan: “O Estado

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo:[s.n.], 2001, p. 258.

⁷⁴ Ibidem, p. 260.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido. Decisões vinculantes. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 100, out./dez. 2003a, p. 183.

⁷⁶ BOLZAN DE MORAIS, 1999, p. 66.

Democrático de Direito carrega consigo um caráter transgressor que implica agregar o feito incerto da democracia ao Direito, impondo um caráter reestruturador à sociedade”⁷⁷.

Nada obstante, na última década “ter-se imposto uma visão de futuro dominada, sem contrapesos, pela iminência das economias abertas à competição internacional nas exportações e nas importações, pelo fim da atividade estatal na produção material, nos serviços e nos gastos sociais pela renovada esperança na capacidade empreendedora da iniciativa privada”⁷⁸, uma simples lembrança da realidade brasileira revela que o “estado mínimo” é impensável. Os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro enumerados no artigo 3º da Carta Magna não foram alcançados: a sociedade está longe de ser justa e solidária. A pobreza não foi erradicada e o País figura entre os recordistas da má-distribuição de renda.

Por isso a essencialidade do papel do Estado como “articulador democrático”⁷⁹, compreendido não mais como simples obrigado aumentar o número de direitos, “mas, isto sim, a uma transformação fundamental no conteúdo do Direito ele mesmo e, por consequência, dos instrumentos disponibilizados por este para propor/impor soluções”⁸⁰.

A transformação não precisa ser necessariamente normativa, mas de efetiva aplicação do instrumental já previsto no ordenamento jurídico. E nesse sentido, entende-se que a uniformização de jurisprudência contribui sobremaneira para o aperfeiçoamento da prestação do serviço jurisdição e, em consequência, para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro externados no artigo 3º da Lei Maior. Mais do que isso: existem normas fundamentais que a impõem: o princípio da isonomia, o princípio da segurança jurídica e a garantia da razoável duração do processo.

⁷⁷ BOLZAN DE MORAIS, 1999, p. 67

⁷⁸ ZERMEÑO, Sérgio. O estado neoliberal e o esvaziamento do espaço público. In: A QUEM pertence o amanhã? Ensaio sobre o neoliberalismo. São Paulo: Loyola, 1997, p. 15

⁷⁹ MOREIRA, Alexandre. **A transformação do estado**: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 138.

⁸⁰ BOLZAN DE MORAIS, op. cit., p. 66.

2.2.2 Isonomia

O princípio da isonomia já vem enunciado quando a Constituição Federal elenca os objetivos do Estado Democrático de Direito. Afinal, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e, ainda, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a erradicação da pobreza e da marginalização não prescinde da busca incessante da concretização do mencionado princípio.

Mas a sua consagração expressa consta no artigo 5º *caput* da Lei Maior, sendo de lembrar-se que é princípio ligado umbilicalmente ao Estado de Direito e ao regime democrático.

Segundo J. J. Gomes Canotilho “o princípio da igualdade” é “princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional”⁸¹, “assumindo particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais”⁸². Em igual caminho, Luigi Montesano:

Os juízes italianos devem ater-se ao princípio da igualdade ou melhor, como bem esclareceu a jurisprudência constitucional, da não dessarzoada disparidade de tratamento ds sujeitos perante a lei, princípio que valeria menos se não valesse inclusive relativamente à aplicação judicial da lei e se, por isso, não comportasse o corolário da não dessarzoada disparidade de decisões em casos similares, ou, do lado do usuário da justiça, da razoável previsibilidade das decisões.⁸³

Entre nós, é de invocar-se a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho segundo a qual o princípio da igualdade “se impõe ao próprio legislador e, *a fortiori* obriga o Poder Judiciário e a Administração na aplicação da lei”⁸⁴ e de José Afonso da Silva para quem a igualdade

⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 404.

⁸² Ibidem, p. 399.

⁸³ MONTESANO, Luigi. Aspetti problematici del potere giudiziario e *della giurisprudenza teorica e pratica nell'Italia d'oggi*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 3, set. 1991, p. 666. “*I giudici italiani devono si obbedire alle regole dell'uguaglianza (art. 3 cost.) o meglio – come ha ben chiarito la giurisprudenza costituzionale – della non irragionevole disparità di trattamento de soggetti di fronte alla legge – principio que sarebbe manco se non valesse anche in riguardo alle applicazioni giudiziarie della legge e se, quindi, non comportasse il corollario della non irragionevole difformità di decisioni su casi simili, o, dal lato dell' utente di giustizia, della ragionevole prevedibilità delle decisioni [...]*”.

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo:Saraiva, 1990, v. 1, p. 27

perante o juiz decorre “da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolúvelmente ligada à democracia”⁸⁵. Este constitucionalista brasileiro trata de forma específica do princípio da igualdade jurisdicional, e o apresenta sob dois enfoques: “1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais ao aplicar a lei; 2) como interdição ao legislador de editar as leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça”⁸⁶.

E é esta isonomia na aplicação da lei que fundamenta e, mais do que isso, impõe a uniformização da jurisprudência. Nas palavras de Medina, Wambier e Wambier: “O princípio da isonomia significa, grosso modo, que todos são iguais perante a lei; logo a lei deve tratar a todos de modo uniforme e assim também (sob pena de esvaziar-se o princípio) devem fazer os Tribunais, respeitando o entendimento tido por correto e decidindo de forma idêntica casos iguais, num mesmo momento histórico”⁸⁷.

A igualdade perante a lei não pode ser compreendida, modernamente, apenas como igualdade perante a “norma legislada”, mas também perante a “norma julgada”, ou seja, perante a lei aplicada a caso concreto, interpretada pelo órgão encarregado de prestar jurisdição⁸⁸.

Ao abordar o princípio da isonomia, Celso Antônio Bandeira de Mello alerta que nada adianta afirmar que o princípio da isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, se não se sabe quem são os iguais e quem são os desiguais⁸⁹. De rigor, afirma Celso Antônio, o direito não faz outra coisa senão diferenciar, daí porque ser relevante verificar se o critério de discriminação pode ser aceito. Nas palavras de Celso Antônio:

O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de uma correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a discriminação legal decidida em função dele. [...] Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 199.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 199.

⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 382.

⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 10-11.

fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fato diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.⁹⁰

Ora, não encontra justificativa razoável o Estado, no exercício da função jurisdicional, proferir decisões distintas para situações semelhantes que lhe sejam submetidas. O critério da distinção não pode ser o sorteio para a distribuição dos feitos ou dos recursos no segundo grau. Não é critério razoável perante a Constituição.

O problema das decisões distintas para casos semelhantes torna-se ainda mais grave quando da existência de demandas semelhantes em larga escala⁹¹. Para a população, a ocorrência de julgamentos díspares em tais ações é mais chocante, chegando mesmo a comprometer a confiança dos jurisdicionados.

Nos países do *common law*⁹², a isonomia judiciária está assegurada pelo tratamento equânime conferido aos casos análogos e, assim, a premissa do tratamento igualitário está na base do próprio sistema. Já em nosso País a igualdade constitucionalmente assegurada depende de que “existam técnicas e meios asseguradores de que aquela desejável igualdade continuará atuante se e quando a norma venha submetida à exegese judiciária, ou seja, quando a norma sai do papel para se subsumir num caso concreto”⁹³.

A tanto, assinala Medina: “Em tese, situações iguais exigem soluções do mesmo teor. Esse ideal não é, certamente, absoluto, mas o sistema jurídico-processual não o perde de vista, o que explica a existência de recursos que têm entre seus pressupostos de admissibilidade a hipótese de dissídio pretoriano, como é o caso, entre nós, do recurso especial e dos embargos de divergência”⁹⁴. Há que ser perseguida, pois, a uniformização.

E, depois de discutida determinada tese jurídica, pacificada a orientação da jurisprudência em órgãos jurisdicionais colegiados, por meio de um dos instrumentos

⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, C.A., 2000, p. 37-39.

⁹¹ V. g discussões acerca de direito previdenciário, de direito tributário, do consumidor, etc.

⁹² O *common law* será objeto de capítulo específico.

⁹³ MANCUSO, 2002, pág. 121.

⁹⁴ MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa Medina. A uniformização de jurisprudência no contexto da reforma do Código de Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 583.

previstos a tanto no sistema, decisão divergente de tal orientação igualmente não se compadece com o princípio da isonomia.

É claro que não se está a sustentar uma eterna obediência à determinada orientação jurisprudencial. Pelo contrário: o debate deve ser renovado e, nas palavras de Carlos Maximiliano, “o intérprete deve desconfiar de si mesmo”⁹⁵. Mas a modificação de posição ou mesmo a não aplicação de determinada posição jurisprudencial pacificada, num mesmo contexto histórico, não pode ser arbitrária, carecendo de robusta fundamentação.

Como conclui Mancuso:

É nesse contexto do tratamento judicial isonômico que se coloca a questão da jurisprudência uniformizada (predominante/sumulada) e de sua aptidão para servir como parâmetro, *in abstracto*, para os casos pendentes e futuros nela subsumidos, objetivo para o qual se apresentam várias propostas e alternativas, com destaque atual para o fomento do caráter vinculante das súmulas. Hoje é indisputável que os jurisdicionados não mais podem continuar recebendo respostas judiciárias absolutamente díspares, em casos substancialmente iguais, mormente em assuntos que empolgam milhares, senão milhões de cidadãos, como ocorre nas chamadas demandas múltiplas, ajuizadas em razão de certos interesses de massas, como os defluentes de programas governamentais, ou na cobrança de determinado tributo, ou em matéria previdenciária, ou, ainda, em pleitos envolvendo grupos de consumidores.⁹⁶

2.2.3 Princípio da Segurança Jurídica

Na lição de Perez Luño

a segurança é, sobretudo, uma radical necessidade antropológica e o saber ao que ater-se é um elemento constitutivo da aspiração individual e social para a seguridade; raiz comum de suas distintas manifestações na vida e fundamento de sua razão de ser como um valor jurídico.⁹⁷

⁹⁵ MAXIMILIANO, 2000, p. 86.

⁹⁶ MANCUSO, 2002, p. 133.

⁹⁷ PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **La Seguridad Jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991, p. 7: “*La seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y saber a que atenerse es el elemento constitutivo de la aspiración individual e social e la seguridade; raíz comun de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico*”.

Por certo em razão dessa necessidade antropológica é que, como observa Canotilho, “desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito”⁹⁸. De acordo com o constitucionalista português, a segurança jurídica e a proteção da confiança exigem no fundo:

fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do Poder (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos próprios atos. [...] O princípio da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.⁹⁹

Entre nós leciona José Afonso da Silva que a segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”¹⁰⁰. Segundo Juarez Freitas, “os valores segurança e estabilidade assumiram a condição de verdadeiros pressupostos materiais do Estado de Direito”¹⁰¹, sendo que tais valores, no dizer do mesmo autor, não são simples efeitos, mas junto com outras “metas fundamentais, verdadeiras causas estruturantes do próprio Estado de Direito”¹⁰².

Canotilho, contudo, afirma que

é diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a uniformidade ou estabilidade da jurisprudência. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a protecção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade na orientação dos tribunais.¹⁰³

⁹⁸ CANOTILHO, 1999, p. 252.

⁹⁹ Ibidem, p. 252. Segundo o autor, a segurança jurídica está ligada a elementos objetivos, à ordem jurídica, e a proteção da confiança prende-se mais a componentes subjetivos.

¹⁰⁰ SILVA, J., 1991, p. 378

¹⁰¹ FREITAS, Juarez. Parecer. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Princípio da Segurança Jurídica. Exigência da Menor Precariedade Possível nas Relações de Administração. **Interesse Público**, Porto Alegre n. 20, ago. 2003, p. 89.

¹⁰² Ibidem, p. 89.

¹⁰³ CANOTILHO, op. cit., p. 260.

De acordo com Canotilho, é função inafastável da jurisdição a obrigação de os juízes decidirem, nos termos da lei, segundo sua convicção e responsabilidade, podendo haver a reforma da decisão respectiva pelos Tribunais. O jurista português, claramente, opõe-se ao efeito vinculante que tinham os denominados “assentos” em Portugal. Mas o autor português não torna absoluta a autonomia do juiz, pois afirma que “entre o dogma da certeza e a desejabilidade da uniformização jurisprudencial, há caminhos que asseguram a certeza sem pôr em crise a autonomia decisória do juiz”¹⁰⁴. Meio de assegurar a uniformidade jurisprudencial, de acordo com Canotilho, seria a adoção de sistema no qual a adotar-se posição divergente da jurisprudência dominante exigiria um ônus de contra-argumentação.

Nada a ser objetado quanto ao entendimento de Canotilho no sentido de que não há direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, até porque o direito só existe em função da sociedade que regula e, portanto, deve necessariamente acompanhar a evolução desta, se for o caso. A cristalização da jurisprudência é de todo indesejável, notadamente porque se trata do instrumental mais sensível às modificações sociais.

A segurança jurídica reclama o respeito ao direito objetivo como um todo, como leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não se podendo considerar, nas palavras do autor, apenas:

o resultado do exercício da jurisdição em cada caso concreto, mas a soma de todos os casos submetidos ao poder jurisdicional de determinado Estado. De tal sorte, o próprio Estado reforça-se em sua condição de entidade responsável pela organização da vida social e reafirma a autoridade do seu ordenamento jurídico.¹⁰⁵

Como diz Tereza Wambier hoje se admite considerar que o Direito

não é um sistema impecável e irrepreensivelmente lógico. O que de mais marcante existe no Direito é uma série de noções-chave, que desempenham um papel fundamental no que diz respeito à argumentação e à discussão de problemas jurídicos. Estes *topoi* (noções-chave) exteriorizam-se por meio de conceitos vagos, que assumem determinados significados em função dos problemas a serem solucionados. [...] Parece ser sintomática, a esse propósito, a circunstância de cada

¹⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Anotação ao Acórdão nº 359/91 do Tribunal Constitucional. **RLJ**, Coimbra, v. 124, nº 3811, fev. 1992, p. 324

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67.

vez mais incluïrem-se conceitos vagos no direito posto, como uma forma de tentar absorver a complexidade do mundo real.¹⁰⁶

Mas, justamente neste contexto da utilizaçãõ cada vez maior de conceitos vagos é que a mestra paulista lembra que

um dos valores que não pode ser desprezado é a SEGURANÇA, tomada esta expressão como PREVISIBILIDADE. Trata-se de um fenômeno que produz tranqüilidade e serenidade no espírito das pessoas, independentemente daquilo que se garanta como provável de ocorrer como valor significativo. Não se trata, pois da segurança da expectativa de que tudo deva ficar como está. [...] Havendo, todavia, lei, jurisprudência, doutrina, e os princípios aí incorporados, de que nos ocuparemos com mais vagar no item subseqüente, continua o Direito a garantir a segurança, já que aos jurisdicionados é dado ter certas expectativas a respeito de determinados resultados. Assim, o importante, para que fique preservado o valor segurança, em nosso sentir, é que se tenha noçãõ daquilo que muito provavelmente vir a ocorrer.¹⁰⁷

Posta determinada e reiterada controvérsia sob o crivo do Poder Judiciário é indispensável o profundo e intenso debate, notadamente porque as demandas que se repetem têm repercussãõ social ampla. É direito do cidadão protegido pelo princípio da “segurança jurídica” que essa discussãõ não se eternize e que possa haver previsibilidade quanto à posiçãõ do Poder Judiciário acerca de determinada controvérsia. Dito de outra forma: deve ser previsível para o cidadão o resultado de atos seus que, eventualmente, forem examinados pelo Poder Judiciário. E esta previsibilidade (*rectius* segurança jurídica) é alcançada quando priorizada a uniformizaçãõ da jurisprudência.

Sendo indispensável à convivência social¹⁰⁸, a segurança jurídica, aqui entendida como necessária previsibilidade, impõe e dá sustentaçãõ à necessária superaçãõ de contradições e incoerências entre julgados proferidos situações idênticas ou muito semelhantes. O dissídio permanente, prolongado e infundável “é um mal a ser reparado”¹⁰⁹.

Como observado por Tucci

¹⁰⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de açãõ rescisória**: o que é uma decisãõ contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26-27.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 27.

¹⁰⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativizaçãõ da coisa julgada. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 304, fev. 2003, p. 23.

¹⁰⁹ BUZAID, Alfredo. Uniformizaçãõ de jurisprudência. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 12, n. 34, 1985, p. 29.

a jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade do direito e, portanto, evita posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei. Os cidadãos baseiam as suas opções não apenas nos textos legais vigentes, mas, também, na tendência dos precedentes dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, o conhecimento de seus respectivos direitos.¹¹⁰

Não é possível olvidar a tensão sempre existente entre justiça e segurança, a qual sempre oportuniza vivos debates no âmbito do Direito, como, por exemplo, o pertinente à relativização da coisa julgada. Mas sem segurança jurídica não se pode falar em realização da justiça. Na lição de Baptista Machado: “Para que cada um possa governar a própria vida e orientar sua conduta, deve contar com a certeza jurídica, forma da segurança cujo mote principal é a própria praticabilidade do direito”, sendo que uma justiça puramente ideal, desacompanhada de segurança, seria vazia de eficácia e, por isso não passaria de piedosa intenção”¹¹¹.

A uniformização da jurisprudência representa para o jurisdicionado, segurança jurídica ou, em outras palavras, “razoável previsibilidade”¹¹², vale dizer, a garantia de que pretensão deduzida em juízo deverá receber resposta qualitativamente análoga às demais de seu gênero e espécie. E esta razoável previsibilidade apresenta-se uma “garantia contra o arbítrio estatal”¹¹³.

2.2.4 A garantia da razoável duração do processo

A Emenda Constitucional nº 45/2004, aprovada ao final de 2004, teve como um de seus objetivos primordiais o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Nesse sentido, é pródiga em dispositivos que se destinam a fixar diretrizes, sobretudo ao legislador

¹¹⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 296.

¹¹¹ MACHADO, Baptista J. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 56.

¹¹² MANCUSO, 2002.

¹¹³ ZANETI JÚNIOR, Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Introdução ao estudo do processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 55.

infraconstitucional, com tal desiderato. Um destes dispositivos diz respeito à garantia de razoável duração do processo no âmbito judicial e administrativo¹¹⁴.

Essa garantia não é novidade do direito brasileiro. Já se encontrava prevista, por exemplo, na Convenção para a proteção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma, na data de 04.11.1950¹¹⁵. A Corte Européia, instituída para assegurar respeito aos preceitos contidos na Convenção, ao julgar os casos de infração por duração exagerada do processo não estabelece tempo mínimo ou máximo, considerando em suas decisões os seguintes critérios: a) complexidade dos casos; b) comportamento das partes; c) comportamento dos juízes e de seus auxiliares; e d) duração do processo de conhecimento e de execução. Nas suas decisões, não discute o tema de fundo: apenas se o processo teve duração razoável ou exagerada.

Na Itália, o artigo 111 da Constituição recebeu a seguinte redação: “a jurisdição atua mediante um processo justo, regulado pela lei. Cada processo se desenvolve no contraditório entre as partes, em condições de igualdade e perante um juiz terceiro e imparcial. A lei lhes assegura uma duração razoável”¹¹⁶. A norma, a par de ser endereçada precipuamente ao legislador, permite ao juiz interpretar a lei de forma a considerar inconstitucional qualquer atividade inócua e que represente atraso indevido na atividade jurisdicional¹¹⁷. Igualmente na Espanha, a Constituição, no artigo 24, consagra o direito do cidadão a processo sem dilações indevidas.

No Brasil, mesmo antes da EC 45/2004 a doutrina já entendia presente esta garantia fundamental para o cidadão, a partir do direito de acesso à jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV da Lei Maior), como se infere da lição de Marinoni:

Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito

¹¹⁴ A EC 45/2004 acrescentou ao artigo 5º da Lei Maior o inciso LXXVIII com a seguinte redação: a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade processual.

¹¹⁵ Artigo 6º, par. 1º.

¹¹⁶ “*La giurisdizione si atua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*”.

¹¹⁷ HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In Wambier, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord): **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 578.

apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela tempestiva. Ora, se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor dos demais, não se pode imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensado como uma garantia fundamental de justiça.¹¹⁸

Sem pretender-se adotar exagerado otimismo, parece certo afirmar que o acréscimo do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Lei Maior tem grande importância na medida em que consagra uma garantia fundamental—de que o processo judicial tenha duração razoável—o qual tem aplicação imediata. Oportunos, nesse sentido, os ensinamentos de Ingo Sarlet:

[...] se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao artigo 5º, § 1º, da nossa Lei Fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade em um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.¹¹⁹

Mas o que é duração razoável? Por óbvio o processo não prescinde do decurso do tempo, já que não se realiza em um momento único. De outro lado, considerando a diversidade de demandas, dúvida não pode haver de que a compreensão do que seja, exatamente, duração razoável, depende do exame do caso concreto. Assim, optou o constituinte derivado, pois, pela adoção de conceito jurídico indeterminado¹²⁰.

Acerca do tema, a lição de Augusto Morello:

Convém reparar que a fórmula de prazo razoável traduz o que na teoria se denomina um conceito jurídico indeterminado, que deve ir recortando-se em sua flexível e ajustável adaptabilidade a distintos parâmetros sociológicos e jurídicos dentro dos quais ganha relevo a manifestação de um processo específico e a conseqüente resposta jurisdicional.¹²¹

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição: In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 218.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 259.

¹²⁰ A exemplo do que fez, como se verá, com a repercussão geral no recurso extraordinário.

¹²¹ MORELLO, Augusto. **El proceso justo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 370. “*Conviene reparar em que a fórmula de plazo razonable, traduce lo que em la teoria se denomina um concepto jurídico*

Uma vez mais, o legislador transferiu ao juiz a tarefa de ser minucioso e exauriente no que se refere à norma, realizando o valor justiça nela contido. Por evidente que o mero descumprimento dos prazos previstos em lei não significa, *ipso facto*, a não realização do direito fundamental em comento. Releva, para tanto, o exame dos seguintes critérios: (a) comportamento das partes; (b) comportamento das autoridades; (c) natureza e complexidade da causa¹²².

Os órgãos judiciais têm o dever de zelar para que o processo seja o mais célere possível, dever este que, aliás, consta no artigo 125, inciso II, do Código de Processo Civil. Na síntese de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira “proposta a demanda e delimitados os seus contornos essenciais, constitui dever do juiz controlar o rápido, regular e leal desenvolvimento do processo”¹²³, não se podendo mais aceitar o “juiz inerte, de braços cruzados, e que encarava o processo como coisa das partes”¹²⁴.

Efetivamente, o processo civil deve ser realizado no menor espaço de tempo possível, Por isso, observadas as normas processuais, incumbe ao Magistrado adotar todas as providências no sentido de acelerar-lhe o andamento, “através da vigilância constante sobre a movimentação das causas¹²⁵, não permitindo que os auxiliares da justiça retardem, sem motivo, a prática dos atos que lhe incumbem. Para alcançar esse objetivo, deve também o juiz reprimir as atividades protelatórias ou inúteis provocadas pelos advogados¹²⁶. De toda forma, é de se ter presente que promover o rápido andamento do litígio jamais poderá importar no atropelo de normas legais. Segundo Dinamarco, há necessidade de

equilibrar adequadamente, no sistema do processo, as exigências conflitantes da celeridade, que favorece a certeza nas relações jurídicas, e da ponderação, destinada à produção de resultados justos. [...] A síntese desse indispensável equilíbrio entre exigências conflitantes é: o processo deve ser realizado e

indeterminado, que debe ir recortanose em su flexible y ajustable adaptabilidad a distintos parámetros sociológicos e jurídicos dentro de los cuales cobra relieve la manifestacion de un proceso específico y la consecuente respuesta jurisdiccional”.

¹²² CARVALHO, Fabiano. EC 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord): **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 219.

¹²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, jul./set. 1993, p. 32.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹²⁵ Não se pode olvidar que, uma vez ajuizada a demanda, desenvolve-se o feito por impulso oficial (art. 262 do CPC).

¹²⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 388.

produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que, com isso, se impeça ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá.¹²⁷

No que concerne ao comportamento das partes, releva a observância do dever de probidade processual. Tem razão Brunela De Vicenzi quando afirma que: “O processo constitucional contemporâneo, amparado em matizes constitucionais, não deve ser utilizado de forma inadmissível e para fins distintos dos programados pelo direito. A tutela constitucional do processo, além de conceder oportunidade às partes para o exercício de posições jurídicas no processo, impõe limites e exige que o processo seja pautado pela lealdade e pela colaboração entre as partes e entre e o Poder Judiciário”¹²⁸.

Da mesma forma Humberto Theodoro Junior quando leciona que “para que o ideal de tratamento justo e igualitário de todos os litigantes, emanado das garantias da Carta Magna, torne-se realidade, o Código de Processo Civil impõe ao juiz deveres no tocante ao resguardo da conduta ética dos sujeitos do processo”¹²⁹.

Na lição de Alcides Mendonça Lima, “depois que o processo foi considerado como um instituto de direito público, pelo interesse também do Estado na solução do conflito das partes, é que as leis começaram a inserir dispositivos regulando a atividade dos litigantes, sob o pálio do princípio da probidade”¹³⁰, que corresponde ao dever de lealdade visto de forma ampla. Não se trata de exigir que o autor ofereça ao réu todos os meios para que este vença a demanda, mas obstar que, de forma maliciosa, seja fraudada a função jurisdicional.

É frente às partes e seus procuradores que ocorre a maior incidência do princípio da probidade, havendo disposições acerca do tema no Código de Processo Civil seja no que concerne ao processo de conhecimento, seja no que concerne ao processo de execução. A discriminação dos deveres das partes e de seus procuradores tem por fim definir-lhes o comportamento no processo não apenas por razões éticas e morais o que, por si só, bastaria

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa material. In: _____. **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003b, p. 34.

¹²⁸ DE VICENZI, Brunela Vieira. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo, Atlas, 2003, p. 176.

¹²⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In : BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Abuso de direitos processuais**. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 106.

¹³⁰ LIMA, Alcides Mendonça. **Probidade processual e finalidade do processo**. Uberaba: Vitória, 1978, p. 16.

para que o Código tivesse tais dispositivos, mas também por motivos estritamente jurídicos, adequando a conduta dos litigantes à dignidade da tutela jurisdicional¹³¹.

Descumpridos os deveres de lealdade processual, o juiz deve aplicar as sanções processuais cabíveis (arts. 14, 17 e 18 do Código de Processo Civil), sendo este um dos meios já assegurados pela lei para que o processo tenha duração razoável. O litigante penalizado ficará mais temeroso de repetir o ato de improbidade processual. De resto, a aplicação de sanção sempre terá caráter educativo e inibidor de atitudes incompatíveis com os deveres de lealdade relativamente àqueles que pretendem litigar.

A natureza e a complexidade do processo estão diretamente ligadas à sua duração. A depender do tema envolvido, do número de autores, de réus, da necessidade ou não de prova pericial, o processo poderá ser demorado ou não. De toda forma, ainda que de extrema complexidade, o norte deve ser a duração célere, sem sacrifício, por evidente, de princípios como o contraditório e a ampla defesa. Afinal, o princípio do devido processo legal e garantia da razoável duração do processo não podem ser examinadas como forças opostas, mas sim complementares.

Uma das formas de efetivar-se, por meio do comportamento dos órgãos judiciais, a garantia fundamental à razoável duração do processo é a uniformização da jurisprudência. A superação de divergência entre órgãos fracionários de um mesmo Tribunal, por exemplo, de modo a adotarem-se decisões uniformes em julgamentos futuros diminui o tempo de decisão e, além disso, representa desestímulo ao ajuizamento de outras demandas porque, de antemão, sabe-se do resultado eventualmente desfavorável.

A uniformização, em demandas repetidas, se não resolve o problema do volume de trabalho do Poder Judiciário, em muito contribui para sua redução e, conseqüentemente, na possibilidade de que os órgãos judiciais possam dedicar maior atenção a demandas novas, causas de maior complexidade e que ainda ensejam discussão.

É nesse sentido, aliás, a posição de Ellen Gracie Northfleet:

¹³¹ MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 40.

Alinho-me entre os que acreditam que a maioria das questões trazidas ao foro federal é sempre a mesma. São causas que se contam aos milhares em todo o país [...]. É impossível sustentar que processos dessa natureza devam prosseguir congestionando o Poder Judiciário e percorrendo suas diversas instâncias [...] Tal atitude desvia atenção e recursos do Judiciário, os quais deveriam estar melhor aplicados nas questões que têm maior atualidade e demandam reflexão e atividade criativa por parte dos magistrados.¹³²

¹³² NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, jul./set.1996, p. 133-135.

3 NOÇÕES IMPORTANTES

Se um dos objetivos da pesquisa é tratar dos instrumentos de uniformização de jurisprudência, é pressuposto ao seu desenvolvimento fixar conceitos julgados indispensáveis a dito objetivo. São eles: sentença, acórdão, precedente judicial, jurisprudência, uniformização e súmulas. E ao tratar-se de decisões judiciais não se pode deixar de enfrentar aspectos alusivos à interpretação.

3.1 Sentença

Identifica-se na sentença, por força da tradição, o ato decisório típico, no qual se realiza “a máxima expressão da função jurisdicional”¹³³. Como explicitado por Moniz de Aragão o juiz dirige o processo praticando atos de natureza diversa, todos, contudo, “visando um único e necessário fim: proporcionar à relação processual a sentença de mérito”¹³⁴. Espécie do gênero decisão judicial, a sentença, na tradição jurídico-brasileira, é entendida como ato decisório por excelência proferido pelo julgador de primeiro grau.

E é justamente ao tratar dos atos do juiz que o Código de Processo Civil define o que é sentença. Pela redação atualmente em vigor “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”¹³⁵. O critério eleito pelo legislador de 1973 foi exclusivamente pragmático, de modo a facilitar a determinação do recurso cabível¹³⁶. Este critério, contudo, foi alvo da crítica de Moniz de Aragão, na medida em que, para tal autor, apenas as decisões que definem o mérito da causa poderiam ser classificadas como sentença¹³⁷.

¹³³ COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 1995, p. 332. “*la massima espressione della funzione giurisdizionale*”.

¹³⁴ ARAGÃO, E. D Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1992, v. 2, p. 50. O mesmo autor, mais adiante, na mesma obra, reconhece que a definição legal teve seus méritos no sentido de simplificar a compreensão e o exame do cabimento do recurso adequado.

¹³⁵ Art. 162 -§ 1º. Este dispositivo ainda está em vigor porque a Lei nº 11.232, que o modifica, somente entrará em vigor em 23.06.2006. A nova redação fica assim: “§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

¹³⁶ SILVA, O., 1991, p. 335.

¹³⁷ MONIZ DE ARAGÃO, 1992, pág. 52. O mesmo autor, mais adiante, na mesma obra, reconhece que a definição legal teve seus méritos no sentido de simplificar a compreensão e o exame do cabimento do recurso adequado.

De toda forma, a idéia de que a sentença seja ato de encerramento do processo é universalmente aceita no direito moderno, como se infere da lição de Carnelutti no sentido de que “a regra é que o pronunciamento sobre a causa seja total e, portanto, tenha caráter definitivo, quando termine e encerre o processo”¹³⁸, salientando Satta e Punzi que “o princípio fundamental (queremos dizer a aspiração fundamental) do Código de Processo Civil é que a decisão da causa venha com uma só sentença, aquela definitiva de mérito”¹³⁹.

Nos termos da atual lei processual civil brasileira, as sentenças de mérito são proferidas nas hipóteses do artigo 269 do Código de Processo Civil, denominadas definitivas. Já as hipóteses elencadas no mesmo diploma processual, no artigo 267, são aquelas em que é autorizada a extinção do feito sem a apreciação do mérito, estas denominadas terminativas.

Este quadro normativo modificar-se-á, contudo, em breve. A Lei nº 11.232, de 22.12.2005, deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 162, do CPC o qual, a partir de 23.06.2006, passará a vigorar da seguinte forma: “§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. Ganharam, ainda, nova redação, a vigorar a partir da mesma data, o *caput* dos arts. 267¹⁴⁰ e o *caput* do artigo 269¹⁴¹ do mesmo diploma.

Verifica-se, pois, que a sentença, pela nova lei, não mais põe fim ao processo, mas apenas à fase de conhecimento. Elimina-se a ruptura antes existente entre o processo de conhecimento e o processo de execução¹⁴². Mas a relevância do ato decisório denominado “sentença” não se modifica: encerra-se em tal ato a primeira manifestação do Estado-juiz com o intuito de resolver a pretensão do autor.

As sentenças devem conter os requisitos estruturais essenciais, quais sejam, o relatório, a fundamentação e o dispositivo¹⁴³.

¹³⁸ CARNELUTTI, 2000, v. 1, p. 153.

¹³⁹ SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. **Diritto processuale civile**. 3. ed. Padova: CEDAM, 2000, p. 370. “*Il principio fondamentale (vorremo dire l’aspirazione fondamentale) del codice di procedura civile e che la decisione della causa avvenga con una sola sentenza, quella definitiva del merito*”.

¹⁴⁰ “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito”.

¹⁴¹ “Haverá resolução de mérito:”

¹⁴² Por isso o artigo 463 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.232/2005, não mais fala em encerramento do ofício jurisdicional. Além disso, condenado o réu ao pagamento de quantia certa ou que já foi objeto de liquidação, o credor pedirá a expedição de mandado de penhora e avaliação, sem a necessidade de citação (art. 475-J, acrescido pela Lei nº 11.232/2005).

¹⁴³ CPC, art. 458.

Tem-se dito que o relatório é a história do processo. Por meio dele as partes são informadas de que o julgador inteirou-se do feito e, portanto, está apto a apreciá-lo. O relatório deve conter o nome das partes, a substância do pedido formulado pelo autor e a resposta do réu, bem como a descrição breve de tudo aquilo que, tendo ocorrido no processo, seja ou possa ser relevante para o seu deslinde¹⁴⁴. No dizer de Dinamarco devem ser mencionados “os incidentes urgidos, as defesas opostas, os meios de prova empregados e o conteúdo das alegações finais das partes”¹⁴⁵.

Ganha relevo, aqui, a descrição das situações de fato subjacentes à demanda, de modo a permitir que o exame da sentença possa identificar o exato teor da controvérsia e, desta forma, se confirmada, ser adotada como eventual precedente a contribuir para uniformização da jurisprudência relativamente a controvérsias semelhantes. No sistema do *common law* inglês não é raro existirem decisões nas quais são reservadas muitas laudas à descrição dos fatos.

O segundo requisito elencado pelo legislador é a motivação. Segundo Commoglio “A motivação pode ser descritivamente concebida como a documentação representativa do *iter* lógico-intelectivo (e justificativo), seguido pelo juiz na adoção de uma determinada *ratio decidendi*”¹⁴⁶. Na motivação o juiz soluciona as questões de fato e de direito, de forma diferente do dispositivo, no qual decide a pretensão do autor. Apenas expõe os pressupostos para a decisão da causa, mas não decide esta¹⁴⁷.

A exigência de fundamentação foi erigida a norma constitucional no Brasil¹⁴⁸. Aliás, a fundamentação das decisões judiciais já era exigida no Regulamento nº 737, nos códigos de processo estaduais anteriores a 1939 e no Código de Processo Civil de 1939. Trata-se, sem dúvida, de garantia inerente ao Estado Democrático de Direito, pois os cidadãos têm o direito de saber as razões pelas quais, ao prestar o serviço público jurisdição, o Estado-juiz acolheu ou rejeitou sua pretensão.

¹⁴⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 275.

¹⁴⁵ DINAMARCO, 2003, v. 1.

¹⁴⁶ COMOGLIO, 1995, p. 335. “*a motivazione puo essere, descrittivamente, concepita come la documentazione reappresentativa dell’iter lógico-intelletivo (e giustificativo), seguito dal giudice nell’adozione di una determinata ratio decidendi*”.

¹⁴⁷ DINAMARCO, 2002, p. 659.

¹⁴⁸ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 93, inciso IX.

Não fosse a expressa menção no artigo 93, inciso IX da Lei Maior, decorreria mesmo dos princípios da legalidade e da isonomia, expressos no artigo 5º, *caput* e inciso II da Constituição Federal.

O juiz é livre na apreciação das provas, sem estar adstrito a critérios legais que lhe predeterminem o valor. Além disso, sua independência funcional o deixa livre para tomar decisões sem influências de outras pessoas. Mas indissociável dessa independência que lhe é assegurada é a imprescindibilidade de evidenciar às partes as razões pelas quais tomou a decisão. Por isso, de acordo com Dinamarco, a exigência constitucional da motivação está ligada ao pressuposto político da necessidade de controle das atividades do juiz, conferindo legitimidade e racionalismo à independência que lhe é assegurada¹⁴⁹.

A exigência da motivação conduz à necessidade de o julgador, quando apreciar o pedido e seu fundamento, rejeitando-o ou acolhendo-o, demonstrar o caminho lógico que conduziu seu raciocínio àquela tal ou qual conclusão. Certo é que o juiz não está obrigado a responder a todos os argumentos postos pelas partes, como se estivesse a ser por elas sabatinado. Entretanto, deve examinar todos os pontos realmente relevantes tanto da inicial quanto da defesa¹⁵⁰. Nas palavras de Dinamarco:

A exigência de inteireza da motivação não chega ao ponto de mandar que o juiz se manifeste especificamente sobre todos os pontos, mais relevantes ou menos, ou mesmo sem relevância alguma ou quase sem relevância, que as partes hajam suscitado no processo. O essencial é motivar no tocante aos pontos relevantes e essenciais, de modo que a motivação lançada em sentença mostre que o juiz tomou determinada decisão porque assumiu determinados fundamentos com que esta guarda coerência. A regra de equilíbrio é esta: motiva-se no essencial e relevante, dispensa-se relativamente à motivação no periférico e circunstancial¹⁵¹.

A motivação é de fundamental importância, ainda, no que concerne à uniformização da jurisprudência. Torna-se necessário que esta uniformização, na medida do possível, não seja apenas quanto ao resultado da demanda, mas também quanto à fundamentação. Mais do que isso, uma fundamentação adequada contribui para o debate e melhor tomada de decisão.

¹⁴⁹ DINAMARCO, 2002, pág. 242.

¹⁵⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não-fundamentada. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 22, n. 65, nov. 1995, p.10.

¹⁵¹ DINAMARCO, 2002, p. 243.

O último requisito elencado na lei é o dispositivo. Este contém as conclusões da sentença, decorrentes dos fundamentos expostos, na conformidade das soluções dadas às questões suscitadas no processo. É a parte da sentença na qual insere-se, efetivamente, a decisão, na qual o julgador responde ao pedido deduzido. O dispositivo adquire especial relevo em face do entendimento doutrinário no sentido de que é porção do ato jurisdicional que adquire a autoridade da coisa julgada material.

3.2 Acórdão

Também na lei processual civil é encontrada a conceituação de acórdão: “Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos Tribunais”¹⁵². Na lição de Dinamarco “os acórdãos constituem projeção, nos graus superiores, da jurisdição, do que são as diversas espécies de decisões do juiz inferior (decisões interlocutórias ou sentenças). Embora não o diga a lei, há os que extinguem o processo sem julgamento do mérito e os que extinguem sem este julgamento”¹⁵³.

Adverte, com pertinência, Moniz de Aragão que “não se pode perder de vista que julgamento é um ato, acórdão, outro. Embora o texto fale que este dá nome a esse, não se pode esquecer que a denominação, no caso, é menor do que o objeto nominado. O julgamento corresponde ao pronunciamento dos tribunais, depois retratado por escrito, no acórdão. O Código refere indistintamente as duas idéias”¹⁵⁴.

Tratando-se de uniformização de jurisprudência, os acórdãos interessam sobremaneira, sejam os que confirmam, sejam os que cassam ou reformam uma sentença, sejam os que confirmam ou reformam outro acórdão, como no caso dos embargos de divergência ou embargos infringentes. Tais acórdãos podem render ensejo à uniformização de jurisprudência ou mesmo serem utilizados como precedentes, acaso espelhem entendimento que restou dominante.

¹⁵² CPC, art. 163.

¹⁵³ DINAMARCO, 2002, p. 497.

¹⁵⁴ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 2, p. 67.

De referir-se, ainda, que não menos importantes são os acórdãos que confirmam decisões interlocutórias quando, por exemplo, decidem questão processual de relevo: prazo de recurso, necessidade ou não de uma peça na instrução do agravo, necessidade ou não de preparo.

Embora o Código de Processo Civil não faça a exigência de modo expresso, entende-se que aos acórdãos aplica-se a regra inserta no artigo 458 do CPC, vale dizer, devem os mesmos conter relatório, motivação e dispositivo. E a precisão no atendimento desta estrutura é de crucial importância, pois são os acórdãos que, como se disse, podem constituir-se precedentes a serem observados em decisões posteriores do mesmo ou de outros Tribunais.

3.3 *Precedente Judicial*

A palavra precedente na língua portuguesa significa “1.que precede, antecedente; 2. procedimento que serve de critério ou pretexto a práticas posteriores semelhantes”¹⁵⁵. Já do vernáculo, pois, infere-se idéia de “critério a ser seguido”.

Adentrando na seara jurídica, é sabido que a idéia de precedente judicial é extremamente arraigada nos sistemas do *common law*. Modo simplificado se pode dizer que em tais sistemas os precedentes judiciais assumem força vinculante relativamente às demandas posteriores que se revelarem análogas. No entanto, mesmo no *common law*, o precedente não se identifica com qualquer pronúncia de um juiz e nem com a decisão judicial na sua totalidade¹⁵⁶.

Isso porque, a autoridade do precedente depende da posição ocupada pelo juiz relativamente à corte que o emitiu. Além disso, não é todo o conteúdo da decisão que vincula, mas apenas aquilo que se denomina *ratio decidendi* que pode ser, por ora, definida como o fundamento jurídico no qual o juiz baseou sua decisão. De esclarecer-se, ainda, que, no *common law*, pode constituir precedente judicial com força vinculante um único

¹⁵⁵ PRECEDENTE. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed.. rev. e atual. Curitiba: Posigraf, 2004.

¹⁵⁶ ANZON, Adele. **Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi**. Milano: Giuffrè, 1995, p. 27.

pronunciamento de determinada corte.

Após descrever o papel cumprido pelas decisões dos Tribunais nas experiências jurídicas do *common law* e da *civil law*, José Rogério Cruz e Tucci assevera que:

seja como for, é certo que em ambas as experiências jurídicas os órgãos judicantes, no exercício regular de pacificar cidadãos, descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim, núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um precedente judicial. O alcance deste somente pode ser depreendido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente nasce então como uma regra e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos.¹⁵⁷

O precedente judicial não pode ser equiparado ao costume. Pelo contrário: se uma regra consuetudinária passa a ser aplicada pelos Tribunais, poderá ser viabilizada sua transformação em precedente¹⁵⁸.

Feitas estas considerações, já é tempo de formular-se uma definição de precedente judicial, tendo presente as características de nosso sistema jurídico.

Inicia-se pelo órgão prolator. Ninguém desconhece a importância do papel desempenhado pelo juiz de primeiro grau, órgão estatal que primeiro se aproxima da lide e que, por esta razão, reúne condições de solucioná-la da melhor maneira possível. Por outro lado, não se pode olvidar que, mesmo forma implícita, a Constituição consagrou o princípio do duplo grau de jurisdição quando consagrou a possibilidade de serem interpostos recursos aos Tribunais Superiores e estabeleceu a existência de órgãos inferiores e superiores nas Justiças Estaduais¹⁵⁹.

Razões importantes fundamentam o princípio do duplo grau de jurisdição e afastam a objeção no sentido de que representaria desprestígio aos juízes de primeiro grau segundo Dinamarco: (a) evita-se a dispersão de julgados ensejando a uniformização de jurisprudência quanto à interpretação da lei local, da lei federal e da Constituição Federal; (b) institui-se controle da atividade jurisdicional que legitima a atuação do Poder Judiciário; (c) assegura-se maior ponderação, qualidade e confiabilidade nos julgamentos (d) mantém-se a conveniência

¹⁵⁷ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 11.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 15.

¹⁵⁹ DINAMARCO, 2002, p. 237.

psicológica de oferecer aos perdedores mais uma oportunidade de êxito, sabendo-se que há maior probabilidade de acerto no julgamento por juízes mais experientes e em colegiados, contribuindo para conter desconfianças¹⁶⁰.

Considerando os fundamentos do princípio do duplo grau de jurisdição e a significação da palavra precedente no vernáculo, parece certo afirmar a sua adequação apenas às decisões exaradas pelos Tribunais, de modo colegiado, por seus diversos órgãos fracionários¹⁶¹.

O Código de Processo Civil designa de “precedente na uniformização de jurisprudência” a decisão tomada pela maioria absoluta dos julgadores no incidente de uniformização de jurisprudência, a qual será objeto de súmula¹⁶².

Por esta razão e sem perder de vista que nos regimes jurídicos como o nosso, no qual ainda prevalece o direito codificado, decisões exaradas pelos Tribunais locais não têm força vinculante¹⁶³, poder-se-ia reservar para precedente judicial significação referida à decisão produto de um dos instrumentos de uniformização de jurisprudência processado no âmbito dos tribunais. Precedente judicial, assim, seria a decisão exarada por órgãos colegiados que tenha resultado de um instrumento de uniformização de jurisprudência.

Contudo, é imperioso reconhecer que na práxis jurídica nacional toda decisão de um tribunal constitui-se um precedente judicial, ainda que não represente o entendimento uniforme ou predominante.

3.4 Jurisprudência

A palavra jurisprudência comporta várias acepções. De acordo com Buzaid pode ser entendida “como o conhecimento das coisas divinas e humanas e a ciência do justo e do

¹⁶⁰ DINAMARCO, 2002, p. 238.

¹⁶¹ Até porque a possibilidade de julgar-se recursos de forma monocrática pelo relator pressupõe existam decisões do colegiado a que pertence ou dos Tribunais Superiores, nos termos do art. 557 do CPC.

¹⁶² Art. 476 do CPC.

¹⁶³ Entenda-se como força vinculante aquela conferida pela Carta Magna, após EC 45/2004, às súmulas exaradas pelo STF em matéria constitucional.

injusto”¹⁶⁴. Em tal sentido, afirma o autor, o vocábulo jurisprudência, para os romanos, “designava a própria ciência do direito”¹⁶⁵.

Num sentido mais comum, o vocábulo jurisprudência é entendido como o conjunto de decisões produzido por um determinado órgão julgador. Trata-se da “totalização do resultado final da função jurisdicional do Estado”¹⁶⁶.

Já em uma aproximação com a acepção técnico-jurídica, bem lembra Buzaid que jurisprudência e interpretação andam unidos e, assim, afirma “a jurisprudência revela o direito tal como é interpretado pelos tribunais no momento em que o aplicam ao caso concreto”¹⁶⁷.

Assim, pode-se afirmar, que no sentido técnico-jurídico jurisprudência indica “o complexo de decisões reiteradas, acerca de determinada matéria, pronunciadas por órgãos colegiados do Poder Judiciário, no efetivo exercício da atividade jurisdicional”¹⁶⁸. Havendo divergência entre os órgãos fracionários de um tribunal, por exemplo, pode-se, mediante o procedimento próprio, uniformizar a jurisprudência, dando origem, assim, ao precedente judicial a ser aplicado em casos análogos.

A jurisprudência poderá, ou não, ser dominante. Não é jurisprudência dominante “a jurisprudência formada por um único órgão deliberativo, havendo competência para mais de um órgão do Tribunal na matéria respectiva”¹⁶⁹. Em conseqüência, é dominante o entendimento acerca de determinada tese jurídica sufragado pela maioria dos julgadores dos órgãos fracionários que detêm competência idêntica num mesmo Tribunal. Vale lembrar que, na esteira do entendimento adotado pela 2ª Turma do E. STJ, a expressão “jurisprudência dominante do respectivo tribunal” só pode servir de base para negar seguimento a recurso quando o entendimento estiver de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

¹⁶⁴ BUZOID, 1985, p. 189.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 189

¹⁶⁶ MANCUSO, 2001, p. 137.

¹⁶⁷ BUZOID, op. cit., p. 190.

¹⁶⁸ FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma da expressão do direito. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 51, 1990, p. 90.

¹⁶⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional**. Trabalho apresentado no Doutorado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 2005, não publicada, mas gentilmente cedida pelo autor.

ou do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de negar-se às partes acesso a tais Cortes¹⁷⁰.

3.5 Divergência Jurisprudencial, Uniformização da Jurisprudência e Súmula

Se uma lei científica descreve a relação necessária e constante decorrente da natureza das coisas, uma norma legal “agrega um *quid* ao fato, à conduta ou aos interesses considerados, consistindo esse *plus* em juízo de valor. O Direito é uma ciência social, que pressupõe a análise dos fatos, condutas e interesses, chegando-se à formulação de normas de diferentes naturezas: repressivas, regulamentadoras, permissivas, etc”¹⁷¹.

Assim, afirma Mancuso

é compreensível que as normas se prestem a divergências interpretativas, sob os vários prismas em que elas podem ser examinadas: seu alcance (compreensão e extensão de conteúdo); sua formulação verbal (interpretação gramatical); sua vigência temporal e espacial; ou, ainda, sua eficácia real ou social, ou seja, saber se a norma ainda é efetivamente impositiva, ou se o seu poder coercitivo já se desvaneceu, defasado por relevantes alterações sobrevindas aos fatos, comportamentos e interesses que existiam ao tempo de sua edição.¹⁷²

Isso sem falar-se dos conceitos vagos ou indeterminados, relativamente aos quais cumpre ao julgador a determinação.

De rigor, não há como se apegar à ilusão de que qualquer norma ofereça um conteúdo unívoco e que dispensa a interpretação. Na verdade, a atividade do intérprete não consiste apenas em descrever o significado previamente existente nos dispositivos legais, mas de reconstruir o sentido de tais dispositivos, considerando, por óbvio, a existência de significados já incorporados no uso lingüístico e construído na comunidade do discurso¹⁷³. Daí a razão da existência de decisões judiciais divergentes.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 299.196/MG, Relator: Min. Franciuli Neto. **D.J.** de 05 ago. 2002, p. 234. No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp 279162/MG. Relator: Min. Gilson Dipp. D.J.de 3 nov. 2004, p. 224.

¹⁷¹ MANCUSO, 2001, p. 147.

¹⁷² MANCUSO, 2002, p. 148.

¹⁷³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24-25.

No âmbito dos Tribunais é comum que seus órgãos fracionários especializados tenham posicionamentos distintos acerca das mesmas controvérsias jurídicas restando, aí, caracterizada a divergência jurisprudencial interna. Poderá ocorrer, igualmente, que Tribunais distintos tenham posicionamentos opostos ou divergentes acerca da mesma controvérsia.

Presente a noção de divergência jurisprudencial, pode-se afirmar que uniformizar importa em superá-la. No sentido empregado neste trabalho, uniformização de jurisprudência é a eleição de uma tese acerca de questão jurídica controvertida, mediante a utilização de um dos instrumentos previstos a tanto no ordenamento jurídico, adequado à situação processual apresentada. Esta decisão poderá, ou não, implicar simultâneo julgamento de um caso concreto, e terá eficácia vinculante ou persuasiva para os demais julgamentos.

E, neste ponto, importa esclarecer que, no Brasil, as decisões judiciais podem ter (a) eficácia vinculante, vale dizer, podem ser de aplicação obrigatória nas situações semelhantes pelos demais órgãos jurisdicionais; (b) eficácia persuasiva, ou seja, apenas auxiliam o juiz na tomada de decisão relativamente ao caso concreto¹⁷⁴.

Por derradeiro, impõe-se precisar o conceito sùmula e, para tanto, invoca-se, uma vez mais, a lição de Alfredo Buzaid: “Entre sùmula e acórdão há diferença substancial. O acórdão, ainda quando tenha uma tese jurídica, é sempre o julgamento de um caso concreto. A sùmula, ao contrário, é juízo de valor. [...] A sùmula não julga uma causa. Seu objetivo é definir o exato entendimento da norma jurídica, a cujo respeito surgiram divergências”¹⁷⁵. A sùmula, em um enunciado, “reflete a jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especialmente autorizada a emitir a consolidação”¹⁷⁶. Também a sùmula poderá ter eficácia vinculante ou persuasiva. Poderá, ainda, ter como efeito, o impedimento à interposição de recursos contra decisões que com ela estiverem em conformidade.

¹⁷⁴ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 13.

¹⁷⁵ BUZOID, 1985, p. 214.

¹⁷⁶ ROSAS, Roberto. Pontos e Contrapontos da Reforma do Judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 840, out. 2005, p. 81.

3.6 Interpretação: A inexistência de uma única resposta jurídica correta e a relevância do papel do intérprete

De acordo com Ricardo Guastini o termo “interpretação” tem sido utilizado em duas acepções distintas. Uma referida à atividade que consiste em determinar o significado de vocábulos particulares, sintagmas ou enunciados completos (interpretação-atividade). Outra alusiva ao resultado ou produto desta atividade (interpretação-produto)¹⁷⁷. O resultado da interpretação—nesta última acepção—é um enunciado interpretativo.

Baseado na lição do jurista italiano, adverte Ávila que a norma resulta da interpretação dos dispositivos. Segundo esse autor, interpretar significa reconstruir: a uma porque o intérprete utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção dos sentidos; a duas porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentido, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual¹⁷⁸.

A idéia de que a atividade de interpretar importa na atribuição de significado a um texto normativo também é adotada por Canotilho nas suas lições acerca da interpretação constitucional. Para o jurista português, interpretar a Constituição é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos da Constituição, com o fim de obter solução para os problemas prático-normativos. Segundo o mesmo autor existem três dimensões importantes da interpretação da Constituição: (a) interpretar a constituição significa procurar o direito contido nas normas constitucionais; (b) investigar o direito contido nas normas constitucionais implica uma atividade complexa que se traduz na adscrição de um significado a um enunciado ou disposição lingüística (texto da norma); e (c) o produto do ato de interpretar que é o significado atribuído¹⁷⁹.

Interpretar a Constituição, nas palavras do autor português, é uma tarefa que se impõe metodicamente a todos os aplicadores das normas constitucionais, que devem (a) encontrar

¹⁷⁷ GUASTINI, Ricardo. **Distinguendo-estúdios de teoria e metateoria del derecho**. Barcelona, Gedisa, 1999, p. 204.

¹⁷⁸ ÁVILA, 2003, p. 22.

¹⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1140 et seq.

um resultado constitucionalmente justo através de um procedimento racional e controlável; (b) fundamentar esse resultado também de forma racional.

Conforme leciona Canotilho, num ordenamento jurídico dotado de Constituição escrita, pressupõem-se como pontos de partida normativos na tarefa de concretização-aplicação das normas constitucionais (a) consideração da norma como elemento primário no processo interpretativo; (b) a mediação do conteúdo semântico do texto como primeira tarefa da hermenêutica jurídico-constitucional.

Na mediação do conteúdo semântico, há que se considerar que o (a) texto da lei constitucional não contém a decisão do problema a resolver (b) a letra da lei não dispensa a investigação de seu conteúdo semântico; (b) norma constitucional não se identifica com o texto; (c) a delimitação do âmbito normativo, feita por meio da atribuição de um significado à norma deve considerar elementos de concretização relacionados com o problema a ser decidido. Conforme se verifica, fica incorporada a tópica e afastado o literalismo.

Como segunda idéia fundamental no processo de concretização formulado por Canotilho, tem-se que o programa normativo não resulta apenas da mediação semântica dos enunciados lingüísticos do texto. Tem-se que decisão não é paráfrase do texto da norma, possuindo dimensão comunicativa (pragmática) inseparável dos sujeitos utilizadores das expressões lingüísticas, da sua compreensão da realidade, dos seus conhecimentos. O texto da norma aponta para um referente, isto é, constitui um sinal lingüístico cujo significado aponta para um universo de realidade exterior ao texto¹⁸⁰.

Presente que o significado do texto aponta para um universo material, o sentido normativo dos textos somente pode ser definitivamente observado diante dos casos concretos a serem decididos: a construção dos sentidos dos textos normativos necessita da interpretação dos dados de realidade a eles subjacentes. Desta forma, prossegue Canotilho, compreende-se que (a) seja necessário limitar um domínio ou setor da norma constituído por uma quantidade de determinados elementos de fato (dados reais); (b) elementos do domínio da norma são de diferente natureza (jurídicos, econômicos, sociais, psicológicos, sociológicos); (c) a análise da norma seja tanto mais necessária: (c1) quanto mais uma norma remeta a elementos não

¹⁸⁰ CANOTILHO, 1998, p. 1145 et seq.

jurídicos e o resultado da concretização dependa da análise empírica do domínio da norma, e (c2) quanto mais uma norma for aberta, necessitando de concretização por órgãos legislativos.

E são estes os limites para escala pela qual se move a importância da análise do domínio material: (a) determinação máxima do texto da norma (por exemplo: prazos, definições, normas de organização, etc.); (b) determinação mínima do texto da norma: preceitos que se reportam a elementos não jurídicos ou que contêm conceitos vagos (por exemplo: setores básicos da economia, dignidade humana).

O programa normativo tem uma função de filtro relativamente ao domínio normativo sob dois enfoques (a) limite negativo: prevalência dos elementos de concretização referidos ao texto no caso de conflito entre os elementos de interpretação; (b) determinante positiva do domínio normativo: é o programa normativo que separa os fatos com efeitos normativos daqueles que, por não pertencerem a tal programa, não pertencem ao domínio normativo.

Em consequência, o âmbito de liberdade de interpretação do aplicador concretizador tem o texto da norma como limite: só os programas normativos que se consideram compatíveis com o texto podem ser admitidos resultados aceitáveis derivados de interpretação. Só se pode incluir no domínio normativo os dados reais compatíveis com programa normativo.

A par do limite do texto, da idéia de que interpretar é atribuir significado ao texto legal ou constitucional, é possível depreender-se que podem existir várias respostas para a mesma controvérsia jurídica.

Esta possibilidade, aliás, já era reconhecida por Hans Kelsen. Segundo esse autor interpretação é uma “operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”¹⁸¹. Entre o escalão superior e um escalão inferior existe uma relação de determinação: a norma superior regula o ato por meio do qual é produzida a norma de escalão inferior ou o ato de execução. Contudo, esta determinação nunca é completa, pois a norma de escalão superior não pode vincular sob todos os aspectos o ato através do qual é aplicada. Diz Kelsen: “Tem sempre de ficar uma margem,

¹⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2000, capítulo VIII, p. 387.

ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”¹⁸².

Assim, na formulação de Kelsen, o Direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. E, em consequência, se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. De acordo com Kelsen, a interpretação conduz, possivelmente, não a uma, mas a “várias soluções que na medida em que sejam aferidas pela lei a aplicar—têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do aplicador do Direito—no ato do tribunal, especialmente”¹⁸³.

Dizer que uma sentença judicial, assinala Kelsen, “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”. Vale dizer: Kelsen também afasta a possibilidade da existência de uma única interpretação correta, criticando a então jurisprudência tradicional segundo a qual a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer apenas “uma única solução correta”.

Robert Alexy, de certa forma, reconhece a impossibilidade de haver uma única resposta jurídica correta, a par de manter a idéia como um ideal a ser observado¹⁸⁴. Esse autor apresenta uma versão débil da teoria da única resposta correta, a partir da união de uma teoria de princípios e uma teoria de argumentação jurídica orientada de acordo com o que denomina conceito de razão prática.

Segundo Alexy, critério decisivo para a distinção entre princípios e regras é que os primeiros são mandatos de otimização que se caracterizam por serem cumpridos em diversos

¹⁸² KELSEN, 2000, p. 388.

¹⁸³ Ibidem, p. 390.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. Sistema juridico, principios jurídicos e razon practica. *Doxa*, n. 5, p. 139-151, 1988.

graus, sendo que a medida de seu cumprimento depende de possibilidades fáticas e jurídicas. Já as regras podem ser cumpridas ou não. Desta forma, apenas se fosse possível uma teoria forte que enunciasse todos os princípios e as relações de prioridade abstratas e concretas entre eles, poder-se-ia ter como correta a tese de que existe uma única resposta correta.

No entanto, segundo Alexy, não há uma ordem estrita de princípios que conduza a uma solução em cada caso, porque não é possível estabelecer o peso dos princípios e a intensidade de suas realizações que sejam mais do que uma ilustração de um resultado já encontrado. No entanto, é possível uma ordem débil de princípios formada por três elementos: 1) Um sistema de condições de prioridade: as colisões entre os princípios devem resolver-se no caso concreto, estabelecendo-se relações de prioridades que podem ser importantes para decisão em novos casos; 2) Estruturas de ponderação: Os princípios, enquanto mandatos de otimização, exigem uma realização o mais completa possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. A referência às possibilidades jurídicas importa em uma lei de ponderação que pode ser assim formulada: quanto maior o descumprimento de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Trata-se do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. 3) Prioridades *prima facie*, as quais estabelecem cargas de argumentação.

A teoria dos princípios não determina em cada caso, conforme Alexy, a única resposta correta. No entanto, a idéia de uma única resposta correta não tem porque ser refutada, mediante a compreensão de que a adição de um nível dos princípios ao das regras não leva a um modelo completo de sistema jurídico. Os níveis das regras e dos princípios complementam-se com uma teoria da argumentação jurídica. São possíveis teorias morais procedimentais que formulam regras ou condições de argumentação ou decisão prática racional, sendo promissora a teoria do discurso prático racional.

A peça nuclear da teoria do discurso está formada por um sistema de regras e princípios do discurso, que pretende formular um código de razão prática. O discurso prático somente levaria a uma única resposta correta se sua aplicação sempre garantisse um consenso e várias de suas exigências só se pode cumprir de maneira aproximada, o que já exclui um consenso para cada questão. Assim, conclui Alexy, não existe nenhum procedimento que permita chegar em cada caso a uma única resposta correta. A idéia regulativa da única resposta correta, segundo ele, não pressupõe que exista para cada caso uma única resposta correta, mas que em alguns casos, que não se sabe quais são, se pode dar uma única resposta

correta, de maneira que vale a pena procurá-la. Alexy, conforme se verifica, trata a única resposta correta como idéia reguladora, como se fora um imperativo categórico para utilizar-se a formulação de Kant.

Para Aulis Aarnio, a par de um texto jurídico permitir mais de uma interpretação possível, no processo, o juiz tem obrigação de dar uma solução a cada caso, sendo esperado o mesmo pela comunidade jurídica de parte da dogmática. Assim, o problema da única resposta correta se estabelece não somente no âmbito judicial, mas também no âmbito da ciência jurídica¹⁸⁵.

Na sociedade moderna a certeza jurídica, segundo ele, abrange dois elementos diferentes (a) na argumentação jurídica deve evitar-se a arbitrariedade e (b) o resultado final, vale dizer, a decisão deve estar de acordo não apenas com o direito formal, mas também satisfazer critérios de certeza axiológica.

O processo de argumentação jurídica deve ser racional e seus resultados devem satisfazer as demandas da justiça e serem aceitáveis, sob pena de ilegitimidade. Os juízes devem fundamentar suas decisões, e a mera referência a textos jurídicos ou precedentes não é suficiente, na medida em que a sociedade quer saber o porquê da decisão. Para Aarnio, a única resposta a tal questão é a utilização de razões apropriadas e, do ponto de vista da certeza jurídica, apenas as razões juridicamente aceitáveis (dentro do arcabouço jurídico) e públicas permitem valorar a relevância da decisão. É possível distinguir-se entre a justificação interna, o denominado silogismo, no qual existe a premissa alusiva à base normativa e a premissa alusiva aos fatos e a conclusão a partir daí alcançada. No entanto, a eleição de determinada premissa normativa também deve ser objeto de justificação, denominada externa.

A resposta à indagação acerca da opção por determinada premissa normativa obtém-se com a construção de outro silogismo no qual a premissa problemática aparece como conclusão e, desta forma, podem-se construir cadeias de silogismos que dão suporte argumentativo à decisão. Num caso difícil nenhuma das cadeias é suficiente por si só, sendo importante a totalidade dos argumentos. A justificação externa pode também ser denominada diálogo e, desta forma, não pode basear-se em manipulação. A meta da argumentação racional

¹⁸⁵ AARNIO, Aulis. Única resposta correcta y principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa*, n. 8, p. 23-38, 1990.

é convencer e não manipular. Isso não significa, diz Aarnio, que cada caso particular tenha uma só resposta correta, pois a idéia de argumentação jurídica racional pressupõe que as decisões estejam tão bem fundamentadas quanto possível. Trata-se da melhor justificação possível e não solução absolutamente correta. Para Aarnio a pretensão de provar que uma resposta jurídica em determinado caso seria a única correta conduziria a um infinito argumentativo e a recorrer-se a argumentos que estão por trás das razões públicas, sendo impossível estabelecer-se uma discussão racional.

Feita esta crítica, Aarnio expõe a sua proposta referindo que a argumentação sempre se dirige a outra pessoa e, nos casos difíceis, há duas partes no diálogo: o intérprete e o destinatário, sendo este o auditório do primeiro. O autor finlandês adota, pois, princípio regulativo assentado na aceitação da resposta jurídica pela maioria: na decisão de um caso difícil deve-se alcançar uma solução e uma justificação que possam ser aceitas pela maioria dos membros uma comunidade jurídica. Assim como as investigações empíricas tratam de aproximar-se da verdade, o objetivo da dogmática jurídica é maximizar a aceitabilidade racional¹⁸⁶.

O exame das idéias de Aarnio, de Kelsen, de Alexy, de Guastini e de Ávila revela, sem dúvida, que não se pode falar em uma única resposta jurídica correta possível para determinado caso concreto, ganhando relevo a atividade do intérprete.

Presente a idéia de sistema jurídico como “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição”¹⁸⁷, tem-se que tal sistema aperfeiçoa-se no intérprete, sendo ele que “na multiplicidade cambiante e enigmática da vida, outorga, por assim dizer, unidade ao ordenamento, epistemológica e ontologicamente”¹⁸⁸.

Admitir a tese da única interpretação correta implica desprezo à atividade do intérprete enquanto vivificador do sistema jurídico. Mais uma vez invocando-se a lição de Juarez

¹⁸⁶ AARNIO, 1991, p. 290.

¹⁸⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 61

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 32

Freitas, tem-se que os silogismos são dialéticos e a operação hermenêutica é eminentemente circular. A interpretação não deve ocupar jamais um papel secundário, dado que a interpretação tópico-sistemática, bem compreendida, é método não exterior ao seu objeto. Assente que interpretar uma norma é sempre interpretar o sistema inteiro e que semelhante operação consiste em pretender atribuir a melhor significação sistemática, dentre as várias possíveis, aos princípios, às regras e valores, hierarquizando-os, tem-se que “o objeto da interpretação sistemática não se confunde com mera coisa descartável do intérprete, tampouco com o resultado cego de forças ou processos. Ao interpretar o ‘objetivamente dado’, o exegeta realiza a sistematização e, ao fazê-lo, transcende, inevitavelmente, o objeto em si, porquanto só na transcendência o imanente jurídico experimenta sentido”.

Evidente que há de se reconhecer certa autonomia do objeto do ser interpretado, mas esta autonomia não poderá ensejar o completo aniquilamento da noção de intersubjetividade no processo interpretativo.

Sustentar a existência de uma única resposta correta seria o mesmo que tentar ignorar as tensões próprias dos Estados democráticos, cujas Constituições podem conter normas constitucionais que consagram valores diversos e aparentemente contraditórios. Essas tensões podem ser encontradas na Constituição Federal de 1988, mediante um exame das normas e princípios que regulam a ordem econômica. A leitura dos mesmos, inegavelmente, a composição de valores oriundos de matizes ideológicas diversas, algumas possíveis de serem caracterizadas como liberais, outras como socialistas, o que, como assevera Paulo Henrique Rocha Scott revela “a variedade de interesses e posturas ideológicas que estiveram presentes no processo constituinte para possibilitar uma consolidação normativa útil, formadora de uma única ordem econômica brasileira”¹⁸⁹.

Também o professor Washington Peluso Albino de Souza faz menção às variações de caráter ideológico ao ensinar que “coincidindo com seu caráter anfíbio, a Ordem Jurídica consagrada nas Cartas é submetida à técnica de expressão enumeradora de “princípios”, ou

¹⁸⁹ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia.** Porto Alegre, Fabris, 2000, p. 91.

até mesmo portadora de definições, com frequência representando oscilações de caráter ideológico asseguradas pelo expediente das ‘revisões’ e das ‘emendas’ ao texto original”¹⁹⁰.

Nesse sentido, é importante ter-se presente a lição de Laurence Tribe, que falando acerca da interpretação da Constituição, aborda as falácias interpretativas da *dis-integration* e da *hyper-integration*. Quando Tribe fala em *dis-integration*, refere-se a abordar a Constituição de modo a ignorar o importante fato de que suas partes estão ligadas a um todo e que trata-se de um texto, mais especificamente, uma Constituição, e não um grupo desconectado de cláusulas e dispositivos separados, com histórias separadas, que devem ser interpretadas. Já a *hyper-integration* é uma abordagem da Constituição que ignora que seu todo contém partes distintas—partes que foram, em alguns casos, acrescentadas em ocasiões bem separadas da história americana; partes que foram aprovadas e impugnadas por grupos diversos; partes que refletem premissas bastante distintas e, com frequência, radicalmente incompatíveis. A falácia da hiperintegração é o outro extremo relativamente à desintegração, e trata a Constituição como se fosse uma espécie de teia perfeitamente coerente¹⁹¹. Ambas, por serem visões parciais e/ou unilaterais da Constituição, representam uma ruptura no sistema, comprometendo sua vitalidade dialética.

Na verdade, uma interpretação sistemática, entendida como “operação tópica que consiste em atribuir determinada e preferencial significação, dentre as várias possíveis, aos princípios, regras e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto”¹⁹² poderá afastar tais falácias.

Evidentemente que a possibilidade de haver interpretações distintas acerca da mesma controvérsia jurídica não importa afirmar que o julgador é completamente livre.

O texto a ser interpretado, como se viu, consiste num limitador à atividade do intérprete, como apontado por Canotilho e Ávila. Essa limitação, de certa forma, também é apontada por Umberto Eco quando afirma que um texto pode ter muitos sentidos, mas não

¹⁹⁰ PELUSO, Washington Albino de Souza. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo, LTR,1999, p. 318.

¹⁹¹ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **On reading the constitution**. Cambridge: Harvard University, 1991, p. 20 et seq.

¹⁹² FREITAS, 2002, p. 275.

qualquer sentido. Um texto, segundo Eco, deve ser parâmetro para suas interpretações. O leitor não pode tudo e o autor deve merecer respeito¹⁹³.

No particular é pertinente a crítica que faz Zagrebelski ao chamado “uso alternativo do direito”. Segundo o autor, em geral as críticas são feitas em razão da criação de regras jurídicas¹⁹⁴. Contudo, isso não é o mais relevante. As críticas mais fundadas fazem referência ao perigo de que o quadro de princípios constitucionais venha a ser cristalizado em detrimento da liberdade de ação política do legislador, quando, por exemplo, a Corte Constitucional impõe determinada regra, apresentando-a como algo exigido pela Constituição. Neste caso, há um “excesso de juridicização” da vida política.

Em síntese, segundo Zagrebelski: o legislador deve resignar-se a ver suas leis tratadas como parte do direito e não como todo o direito. Mas pode pretender tanto dos juízes, quanto da Corte Constitucional que se mantenham abertas possibilidades de exercer seu direito a contribuir politicamente à formação do ordenamento jurídico. Se este direito não fosse respeitado, ter-se-ia um Estado constitucional, mas não democrático. Assim, conclui Zagrebelski que, a par de sua grande responsabilidade, os juízes não são senhores do direito e no mesmo sentido que o era o legislador no século passado. São garantidores da complexidade estrutural do direito no Estado constitucional, vale dizer, da necessária e flexível coexistência entre lei, direito e justiça: no Estado constitucional não há um senhor do direito: o direito deve ser objeto de cuidado de todos¹⁹⁵.

O juiz não tem a necessidade de criar direito novo, na medida em que no sistema jurídico pode ser encontrada não a única solução correta, mas a mais adequada ao caso concreto. Para Juarez Freitas o limite do intérprete não está propriamente no texto da lei, mas no sistema jurídico. Na lição do autor,

se é certo que a interpretação sistemática tem por objeto o direito como totalidade aberta, elegendo critérios e, sobretudo, hierarquizando sentidos, igualmente certo que tal interpretação não é, nem deve ser inteiramente livre, tampouco inteiramente presa às deliberações ou vontades distintas das do intérprete. [...] Decididamente cumpre pugnar, nos limites do sistema e sem jamais atentar contra ele, pela completa superação da teoria que vê as normas programáticas como despidas de maior significado jurídico [...]

¹⁹³ ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 165 et seq.

¹⁹⁴ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 152

¹⁹⁵ Ibidem, p. 153.

Claro que não se quer o reino do autoritarismo dos intérpretes, mas se postula um sistema cuja força anímica deve brotar, também e irrenunciavelmente, do círculo tópico-sistemático da compreensão, unindo engajamento e reflexão crítica.¹⁹⁶

Concebida a interpretação sistemática como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação aos princípios regras e normas, hierarquizando-as num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias¹⁹⁷, é possível, descartando-se a idéia de única resposta correta, encontrar-se a melhor interpretação possível, presente determinado momento histórico.

E esta melhor solução possível, obtida a partir da interpretação sistemática, há que ser buscada incessantemente. Assentada, contudo, após madura discussão relativamente à determinada controvérsia jurídica, há de ser adotada em casos futuros, inclusive mediante a utilização de instrumento de uniformização de jurisprudência, se for o caso. Só assim a existência de uma gama de possibilidades interpretativas poderá contribuir para que se encontre a melhor solução jurídica possível, e não para a insegurança jurídica.

¹⁹⁶ FREITAS, 2002, p. 151 et seq.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 80.

4 RELEVÂNCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO *COMMON LAW*

4.1 Considerações Gerais

À guisa de esclarecimento prévio, pode-se dizer que nos sistemas do *common law*¹⁹⁸ uma decisão judicial desempenha dupla função: além de definir a controvérsia, também possui valor de precedente, pelo que tomada em determinado caso concreto será necessariamente adotada em outro caso idêntico¹⁹⁹. Nos países do *common law* e, particularmente na Inglaterra, a denominada *Doctrine of Binding Precedent* (teoria do precedente vinculante) ou *Doctrine of Stare Decisis* adquiriu grande refinamento e sofisticação²⁰⁰.

Na tradução literal de Maria Chaves de Mello *stare decisis* consiste em “cumprir ou aderir aos casos julgados”, sendo “política do direito anglo-americano decidir uma causa do mesmo modo como as causas semelhantes foram decididas”²⁰¹. A expressão, a par de designar doutrina típica do direito anglo-saxão, advém da máxima latina: *stare decisis e non quieta movere* (cumprir os precedentes e não perturbar os pontos pacíficos). Na lição de Marino Bin “o coração do *stare decisis* não consiste apenas no elevado valor reconhecido ao precedente judicial, mas na sua vinculatidade sobre cada possível valoração acerca do mérito da controvérsia ou sobre a conveniência de determinados princípios”²⁰².

¹⁹⁸ De ter-se presente que esta expressão é utilizada em várias acepções: na acepção utilizada acima diz com uma “família jurídica”, aos quais se filiam vários ordenamentos jurídicos. Mas também pode significar o direito que emerge dos tribunais em tais Países, de forma diferenciá-lo das normas editadas pelo Poder Legislativo *statute law*.

¹⁹⁹ RE, Edward D. *Stare decisis*. Tradução Ellen Gracie Nothfleet. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 198, abr. 1998. Salientando-se, desde já, que esta enunciação comporta inúmeras ponderações que serão feitas no decorrer deste capítulo.

²⁰⁰ BIN, Marino. **Il precedente giudiziario: valore e interpretazione**. Padova, CEDAM, 1995, p. 41. “il cuore dello *stare decisis* non consiste, pertanto, nell’elevato valore riconosciuto alle pronuncie giurisprudenziali precedenti, ma nella loro vincolatività al di sopra di ogni possibile valutazione sul merito della controversia o sull’opportunità di determinati principi”. “O coração do *stare decisis* não consiste apenas no elevado valor reconhecido ao precedente judicial, mas na sua vinculatidade acima de cada possível valoração acerca do mérito da controvérsia”.

²⁰¹ STARE DECIS. In: MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Elfos, 1998, p. 48.

²⁰² BIN, 1995, p. 42. “il cuore dello *stare decisis* non consiste, pertanto, nell’elevato valore riconosciuto alle pronuncie giurisprudenziali precedenti, ma nella loro vincolatività al di sopra di ogni possibile valutazione sul merito della controversia o sull’opportunità di determinati principi”.

Em decorrência da aplicação da doutrina do *binding precedent* as decisões jurisprudenciais tornam-se o principal ponto de referência dos advogados e, sobretudo, dos juízes, protagonistas da referida doutrina que, não por acaso, também se denomina de *judge-made-law*.

Cediço que não há no ordenamento jurídico brasileiro força vinculativa de todas as decisões judiciais. No entanto, como lembra José Marcelo Menezes Vigliar, os fundamentos que subjazem à necessidade de uniformização de jurisprudência e que embasam a doutrina do *stare decisis*, são os mesmos: igualdade, segurança, economia e respeitabilidade²⁰³.

Veja-se, a propósito, a lição de Wiliam Reynolds:

Nosso sistema de jurisprudência incorporou a doutrina do precedente. Uma antiga doutrina, com raízes tão distantes quanto os Years Books, nos diz que os casos devem ser decididos hoje da mesma forma que eles foram decididos no passado. Outro nome para esta doutrina é o *stare decisis*. Como *stare decisis* é aplicado nas cortes americanas hoje, é esperado, que na eventualidade (no fim) de um caso aparentemente similar não ser seguido, que a corte explique porque o precedente não foi aplicado. Finalmente a corte deve cancelar o precedente, mas sempre justificar esta decisão. Embora nossas cortes não adiram à rígida visão do *stare decisis*, essa doutrina tem uma grande força. Como seria esperado de uma doutrina de tão distinta linhagem, *stare decisis* tem muitas virtudes. Elas podem ser classificadas em três grupos: eficiência, previsibilidade e uniformidade.²⁰⁴

E de Allan Farnsworth:

A segunda função da decisão judicial, característica do direito de tradição inglesa, é estabelecer um precedente, em face do qual um caso análogo a surgir no futuro será provavelmente decidido na mesma forma. Essa doutrina é freqüentemente designada pelo seu nome latino, *stare decisis* [...] A confiança no precedente se desenvolveu primeiramente no direito inglês e foi adotada nos Estados Unidos como parte da tradição do direito inglês. Como tradição não foi transformada em regra escrita e não é encontrada na Constituição e nas leis. A justificação comumente dada a essa doutrina pode

²⁰³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência**: segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003, p. 148.

²⁰⁴ REYNOLDS, Wiliam. **Judicial process**. 2. ed. São Paulo: West Group, 1991, p. 71-73. “*Our system of case law embodies the doctrine of precedent. An ancient doctrine, with roots as far back as the Year Books, it tells us that cases should be decided today the same way they were decided in the past. Another name for this doctrine is stare decisis (from alinger maxim, stare decisis et non quieta movere). As stare decisis is applied in American courts today, it is expected, in the event an apparently similar case is not followed, that the court explain why the precedent did not control [...] Finally, the court may overrule the precedent, but again it must justify that decision. Although courts do not adhere to a rigid view of stare decisis, that doctrine exerts a very strong force. As might be expected of doctrine of such distinguished lineage, stare decisis has many virtues. They can be broken down into three groups: efficiency, predictability, and uniformity or fairness?*”.

ser resumida em quatro palavras: igualdade, previsibilidade, economia e respeito²⁰⁵.

Conforme se verifica, os valores a serem preservados são os mesmos. Afinal, eficiência, previsibilidade e uniformidade²⁰⁶ equivalem à igualdade, segurança, economia e respeitabilidade. Daí porque se mostra importante o exame do papel do precedente judicial nos sistemas de *common law*, quando se está a tratar de uniformização de jurisprudência.

Releva notar que o *common law* não é idêntico em todos os países de tradição jurídica anglo-saxã, havendo diferenças sensíveis entre o direito inglês e o direito norte-americano. Assim, cumpre, em respeito às origens do *common law*, examinar, inicialmente, as linhas gerais do direito inglês, berço da doutrina do *stare decisis*.

4.2 Notas acerca da evolução do direito inglês

O direito inglês é o direito aplicado na Inglaterra e no País de Gales. Nada obstante a limitação territorial indicada, adverte René Davi que o

direito inglês está na origem da maioria dos países de língua inglesa, tendo exercido uma influência considerável sobre o direito de vários países que sofreram, numa época de sua história, a dominação britânica. Esses países podem ter se emancipado da Inglaterra e seu direito pode ter adquirido ou conservado características próprias. Mas a marca inglesa muitas vezes permanece profunda nesses países, afetando a maneira de conceber o direito, os conceitos jurídicos utilizados, os métodos e espírito dos juristas.²⁰⁷

O direito inglês não pode ser compreendido, em sua oposição ao direito dos países de tradição romano-germânica, se não levarmos em conta a maneira diferente pela qual os dois sistemas jurídicos foram elaborados e se desenvolveram na história²⁰⁸.

²⁰⁵ FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 62.

²⁰⁶ Veja-se que *fairness* teria o sentido de igualdade, mas foi indicada pelo autor citado como sinônima de uniformidade, aproximando-se, pois de isonomia.

²⁰⁷ DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, Introdução, p. VII

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 1.

Na França, por exemplo, foi fundamental a influência do direito romano: do início do século XIII ao fim do século XVIII, o ensino do Direito na França era baseado no direito romano e todos os juizes das jurisdições superiores e os advogados necessitavam ter formação universitária. Apesar de serem aplicados costumes, a forma como eram interpretados, aplicados e transmitidos era marcada pelo direito aprendido na Universidade. No início do século XIX, com a promulgação dos Códigos, diz-se que o legislador “unificou e reformou os costumes e tornou aplicável na França o sistema racional que as Universidades haviam elaborado partindo da base do direito romano”²⁰⁹. Houve a substituição das antigas compilações romanas e dos costumes por “um corpo de direito fundado na razão. Os códigos são vistos como um ponto de partida, uma base a partir da qual se desenvolve o raciocínio dos juristas, para descobrirem a solução a aplicar”²¹⁰.

Já na Inglaterra, onde as universidades também ensinavam o direito romano, este teve influência “desprezível, pois nunca se exigiu, na Inglaterra, que os juizes tivessem título universitário”²¹¹. Quando houve a substituição das jurisdições locais pelas Cortes Reais, não ocorreu a recepção e aplicação do direito romano. Essas Cortes “elaboraram um novo direito—*common law*—para cuja formação o direito romano desempenhou um papel muito limitado”²¹².

A concepção do direito para os ingleses, ao contrário do que ocorre no direito de tradição romana, é essencialmente jurisprudencial, ligada ao contencioso. O direito elaborado pelas Cortes Reais apresenta-se como um “conjunto de regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram na solução dos litígios. A regra de direito (*legal rule*), condicionada historicamente, de modo estrito, pelo processo, não possui o caráter de generalidade que tem na França uma regra de direito formulada pelo legislador. As categorias e conceitos, em direito inglês, derivam de regras processuais que as Cortes Reais foram obrigadas a observar até uma época recente. A distinção entre direito público e privado, em particular, por esse motivo, é desconhecida na Inglaterra”²¹³.

Esta distinção do ponto de vista histórico remonta à conquista da Inglaterra pelos normandos: “o poder real se desenvolveu devido a esse fato, em condições bem particulares

²⁰⁹ DAVID, 1997, p. 2.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 2.

²¹¹ *Ibidem*, p. 3.

²¹² *Ibidem*, p. 3.

²¹³ *Ibidem*, p. 3.

na Inglaterra, onde, por um lado, o feudalismo adquiriu um aspecto muito diferente do que tinha na França e onde, por outro, a justiça real teve um desenvolvimento bem diferente do que conheceu a França”²¹⁴. Na França as jurisdições tradicionais subsistiram com a sua competência geral e a autoridade real limitou-se a submetê-las gradualmente ao seu controle.

Já na Inglaterra, as jurisdições tradicionais foram substituídas por novas Cortes Reais. Mas a competência destas ficou restrita, originalmente, aos litígios em que os interesses da Coroa estavam em pauta. O direito aplicado pelas Cortes reais apresentou-se, nessas condições, de início, como um direito público, distinto dos costumes locais que as jurisdições tradicionais aplicavam, além de valer em todo o reino, sendo, por isso, chamado de *comune ley* ou *common law*²¹⁵.

Paulatinamente, contudo, os particulares abandonaram as jurisdições locais, que julgavam seus processos de acordo com os costumes locais passaram a endereçar suas demandas às Cortes Reais porque estas julgavam de acordo com regras processuais mais modernas e porque a execução de suas decisões era garantida de maneira mais eficiente. Com isso o *common law* passou a ser aplicada também a litígios envolvendo apenas particulares, tornando-se um “sistema geral”.

As jurisdições locais e senhoriais deixaram de ter importância apenas no século XV, quando as Cortes Reais passaram a titular uma competência universal. No entanto, até a segunda metade do século XIX, ainda era necessário às partes que as Cortes Reais, ainda com forte característica de jurisdição de exceção, admitissem o litígio, para depois lhes ser submetido o mérito da demanda. Essa sistemática, sintetizada na expressão *Remedies precede Rights* marcou profundamente o desenvolvimento do *common law*.

Nas palavras de René David:

Sempre foi necessário convencer a Corte de que a lide a ela submetida era, por sua natureza, uma causa que a Corte podia e devia julgar. Nessas condições, nem se podia cogitar propor-lhe conceitos e soluções romanos, por mais razoáveis e perfeitos que pudessem ser. O direito romano podia seduzir jurisdições com uma competência geral; nas jurisdições de exceção, como eram as Cortes Reais, não se tinha a mesma liberdade de manobra:

²¹⁴ DAVID, 1997, p. 4

²¹⁵ Ibidem, p. 4.

era-se obrigado a situar-se no âmbito das normas processuais formalistas existentes. Juízes e advogados só puderam elaborar a *common law* utilizando os conceitos ligados a essas normas processuais; só se pode ampliar o âmbito estreito dessas normas de precedente em precedente; não foi possível acolher as categorias racionais e os princípios do direito romano.²¹⁶

Segundo o mesmo autor, o formalismo da Idade Média foi progressivamente atenuado, mas, em seu princípio, foi conservado até o século XIX. Os juristas ingleses concentravam-se prioritariamente nas técnicas processuais aptas a resolver os litígios.

O excessivo formalismo no processo adotado pelas Cortes Reais mostrava-se incompatível com a evolução da concepção de justiça. Além disso, as partes que não tinham sua demanda conhecida pelas Cortes Reais ou mesmo as que entendiam não ter sido alcançada a justiça poderiam peticionar diretamente ao Rei. Como tais petições, a partir do século XVI, tornaram-se numerosíssimas, foi designado um funcionário da Coroa—o Chanceler—para examiná-las. Para facilitação do julgamento e em razão do número de petições, o Chanceler acabou estabelecendo “regras de equidade” (*rules of equity*), de acordo com as quais examinaria as petições que lhe eram dirigidas e julgaria os diferentes casos-tipo a ele submetidos. O método processual da chancelaria, elaborado com base no modelo do processo canônico, era muito diferente do *common law*. O processo conduzido pela Chancelaria era inquisitório, escrito e não comportava júri.

Assim, o direito inglês teve, desde o século XV, uma estrutura dualista que o diferencia dos direitos do continente europeu. De acordo com René David, o direito inglês era composto, “de um lado, da *common law*, constituída pelas regras definidas pelas Cortes Reais e, de outro, pela *equity (rules of equity)*, que consiste nos ‘remédios’ admitidos e aplicados por uma Corte Real específica”, a Corte de Chancelaria. [...] A *equity* correspondia no século XVII, a uma necessidade; ela era necessária para completar uma *common law* demasiado formalista e esclerosada que o Parlamento era incapaz de reformar”²¹⁷.

No século XIX houve modificações de vulto, mediante reforma legislativa, reformas estas fundamentais para a compreensão do sistema do *common law* tal como hoje vigora²¹⁸.

²¹⁶ DAVID, 1997, p. 5-6.

²¹⁷ Ibidem, p. 10

²¹⁸ GAMBARO, Antônio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi giuridici comparati**. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2002, p. 120-121. O texto é de Antonio Gambaro, assim como as demais citações da obra que a seguir serão feitas.

As principais reformas foram introduzidas em três setores: A primeira foi na organização das cortes de justiça. A segunda refere-se à fusão da competência jurisdicional entre as Cortes de *Common Law* e as Cortes de *Equity*. A terceira diz com a abolição das *forms of actions*, diversos ritos processuais que, de rigor, já estavam em desuso, sendo, pois, uma consolidação do que já ocorria de fato²¹⁹.

As duas primeiras reformas são intrinsecamente conexas e eram absolutamente necessárias do ponto de vista de quem necessitava da jurisdição. Isso porque os inconvenientes derivados da separação das cortes (corte de *common law* e corte de *equity*) eram graves e injustificadas: uma mesma demanda poderia ter que tramitar em ambas as cortes, aumentando em muito o custo e o tempo de decisão. Por exemplo: se em determinado processo na corte de *common law* tornava-se necessário exibir um documento que estivesse na posse de uma das partes, era necessário interromper este processo e pleitear junto à chancelaria para que emitisse ordem nesse sentido.

Mas a razão principal para a reforma era a ausência de uma justificativa razoável para a divisão, na medida em que “a evolução da *equity* rendeu ensejo a uma uniformização com o método adotado nas cortes de *common law*”²²⁰. Na última fase de cristalização da *equity* havia consenso entre os integrantes da chancelaria de que as decisões a serem proferidas deveriam ser previsíveis e deveriam seguir decisões precedentes acerca do mesmo caso. Mas este entendimento mostrava-se mais consentâneo com a lógica do *common law* e não com a origem da corte de *equity*, destinada a aplicar princípios éticos e morais, e não o direito segundo critérios jurídicos-formais²²¹.

Nas palavras de René Davi: “Parece evidente que a *equity* se tornara, a partir do século XVII, um corpo de verdadeiras regras jurídicas, administradas pelo Tribunal da Chancelaria segundo um processo em condições que nada ficavam a dever, em formalismo e em minúcia aos processos e condições de aplicação da *common law*”²²².

²¹⁹ GAMBARO; SACCO, 2002, p. 122.

²²⁰ Ibidem, p. 121. “l’evoluzione dell’*Equity* aveva comportato una sua omologazione di fondo con i metodi di *common law*”.

²²¹ Ibidem, p. 121.

²²² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 313.

Se era necessária a fusão das cortes de *equity* e de *common law*, mais ainda justificava-se a extinção das cortes locais. Por ocasião da edição dos *Judicature Acts* de 1873-1875²²³, as cortes locais que remontavam à época do medievo não possuíam mais nenhuma função. Em consequência das reformas, o Poder Judiciário foi concentrado fundamentalmente na *Hight Court of Judicature*, internamente dividida em *Hight Court of Justice* e *Court of Appeals*.

De referir-se que a fusão entre as Cortes Reais e as Cortes de Equity não afastou a distinção tradicional. De acordo com René David:

Todas as divisões da *Supreme Court of Judicature*, criada em 1875, podem sem dúvida, aplicar hoje tanto as regras da *common law* quanto as regras ou remédios da *equity*. Mas, de fato, subsistem no seio da Corte dois tipos de ritos processuais: certos casos, levados a certos juízes, são tratados de acordo com um rito herdado da antiga Corte de Chancelaria. Os juristas familiarizados com estes ritos não o são com o outro; assim a distinção fundamental entre os juristas ingleses continua sendo uma distinção entre *common lawyers* e *equity lawyers*, fundada numa consideração processual.²²⁴

4.3 Afirmação do precedente vinculante

A terceira principal modificação operada foi, como acima já mencionado, a supressão de muitos ritos processuais já em desuso. Com a supressão destes ritos (*forms of action*) os juízes ingleses tiveram um “choque” oposto ao que os juízes de *civil law* sofreram com as codificações. Estes últimos viram-se frente a uma legislação que pretendia ser completa, não deixando nenhum espaço à função criativa do magistrado. Já os juízes ingleses viram-se libertos dos aludidos ritos por obra do legislador, justamente podendo exercitar em maior grau a criação judicial do direito. No entanto, como adverte Gambaro:

As *forms of action* consistiam, de fato, num sistema interno pelo qual era desenvolvida a argumentação jurídica, e qualquer justificação deveria fundar-se, mas com referência a situações de fato que recebiam uma valoração jurídica e a respeito das quais existiam regras de decisão. Modificado o procedimento, o direito substancial não foi modificado.²²⁵

²²³ Instrumentos legislativos pelos quais foram veiculadas reformas ora tratadas.

²²⁴ DAVID, 1997, p. 11.

²²⁵ GAMBARO, SACCO, 2002, p. 123. “*Le forms of action costituivano infatti il sistema all’interno del quale si era sviluppato il ragionamento giuridico e sul quale quindi qualsiasi giustificazione si doveva fondare, ma*

Aos juízes foi restituído o relevantíssimo papel de “di oracoli del diritto”, mas sem o suporte do quadro de referências que por séculos haviam conhecido²²⁶. E prossegue Gambaro: “A não surpreendente reação dos juízes ingleses à reforma judiciária do século XIX foi fortalecer o precedente vinculante”²²⁷.

No século XIX foi difundida doutrina segundo a qual o precedente judicial é juridicamente vinculante de modo absoluto, na medida em que é a verbalização de uma regra de direito consuetudinário positivo. Aí teve origem a teoria declarativa do precedente judiciário que foi considerada como um princípio de direito do *common law* até quase nossos dias.

Em linhas gerais, referida teoria parte do pressuposto de que o *common law* não é um direito produzido pelos juízes, vale dizer, um direito jurisprudencial, mas é, ao invés disso, um conjunto de costumes jurídicos existentes na Inglaterra desde época imemoral. Estes costumes são regras não escritas conhecida por cada bom inglês. A tarefa de verbalizar precisamente tais regras compete aos juízes apenas na apreciação dos casos concretos que lhe são submetidos. Neste sentido, os juízes são o “oráculo” do direito enquanto expressam o mesmo (*to find the law*), mas não é correto afirmar-se que criam o direito (*to make the law*).

Disso decorre que uma vez descoberta e verbalizada a regra de direito, esta deixa de existir em estado amorfo e, portanto, o juiz seguinte não deve fazer outra coisa que não aplicar o precedente: Discordar do precedente, portanto, não é um atentado à certeza e à imparcialidade do direito, mas um erro de direito que pode ser censurado, na medida em que consiste na falsa ou errônea aplicação de uma regra de direito positivo.

Esta teoria tinha o escopo preciso de defender a imagem da legalidade jurisprudencial, mas, ao mesmo tempo, preservava a substância do papel exercido pelo juiz na criação do direito, presente o poder do mesmo de expressar a regra consuetudinária. A reserva deste papel ao juiz, derivada de uma práxis consuetudinária, uma vez inserida em uma construção teórica logicamente coerente, contribuiu para restituir o direito jurisprudencial o *status* de

l'insieme delle fattispecie che ricevano una valutazione giuridica e rispetto alle quali esistevano regole di decisione. Mutata la procedura, il diritto sostanziale non era cambiato”.

²²⁶ GAMBARO, SACCO, 2002, p. 124.

²²⁷ Ibidem, p. 124. “La non sorprendente reazione dei giudici inglesi alle riforme giudiziarie del XIX secolo fu quella di irrigidire il criterio vincolante”.

fonte de direito muito sofisticada que poderia ser explorada por aqueles que possuem uma longa familiaridade e uma adequada preparação.

Uma vez assentado que apenas ao juiz por ocasião da decisão de uma controvérsia é dado o poder de expressar uma norma consuetudinária, tornava-se necessário assinalar, no texto da sentença, o ponto exato que se constitua na razão de decidir, a famosa *ratio decidendi*, sendo todo o resto considerado *obiter dicta*.

A *ratio decidendi* constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto. É essa regra de direito que vincula os julgamentos futuros. Mas nem sempre é fácil identificá-la, sendo controverso o melhor método a tanto²²⁸.

Um dado, contudo, é incontroverso: a *ratio decidendi* deve consistir num elemento determinante para a decisão, a matriz de sua fundamentação. Não se trata de confundir-la com as “razões de decidir”, fundadas, de regra, em elementos de fato e de direito. A *ratio* identificada pelos ingleses não se constitui apenas no elemento de direito ou no elemento de fato. Trata-se de resultado de um e de outro, em uma complexa interação entre os princípios de direito e aspectos da controvérsia que os juízes qualificam como essencial²²⁹. Contudo, nem o parlamento e nem as cortes superiores inglesas definiram seus elementos essenciais. A *ratio decidendi* não é uma regra verbal fixa, pelo que os juízes não estão obrigados a utilizar os mesmos vocábulos utilizados no precedente. A *ratio* pode ser identificada na regra jurídica posta ao final da sentença, na justificação expressa na decisão, no princípio jurídico presente no processo de justificação que cabe ao juiz ou no conceito normativo no qual se sustenta a sentença.

De acordo com Deflorian não existe método fixo para identificar a *ratio decidendi*, o que não se mostra patológico, sendo a pluralidade de técnicas para sua identificação um fato importante para elasticidade do sistema do *common law*²³⁰.

Se definir o que é a *ratio decidendi* é difícil, existem dificuldades também quanto a *obiter dictum*. Geralmente é conceituada como a parte da sentença sem relação com os fatos

²²⁸ BIN, 1995, p. 49

²²⁹ Ibidem, p. 50.

²³⁰ DEFLORIAN, Luisa Antonioli. Precedente giudiziario. **Revista de Diritto Civile**, Padova, 1993, p. 151

relevantes da causa, como, por exemplo, uma referência feita de passagem. São argumentos que não foram considerados relevantes para a decisão e, portanto, não vinculam.

Considerando tais dificuldades, diz Gambaro que

Distinguir no interior de um contexto argumentativo o que foi pensado pelo autor como uma coerente demonstração da própria decisão, o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*, é uma operação antinatural—e hermeneuticamente errônea—para compreendê-la é efetivamente necessário, como afirmava Coke— ter adquirido uma razão artificial que se pode aprender e padronizar apenas depois de um longo estudo e experiência²³¹.

De toda forma, a distinção é fundamental no direito inglês, feita quotidianamente pelos juízes que lá atuam, sendo a ausência de definição precisa saudável para o sistema.

Da distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* segue-se outra conseqüência: se é vinculante apenas a razão de decidir, isso importa na necessidade de identificarem-se com precisão os fatos da causa. A *ratio decidendi*, assim, é intrinsecamente ligada aos fatos da causa. O juiz ficará vinculado ao precedente apenas se a situação fática posta em julgamento for a mesma. Caso contrário, inexistente a vinculação. Isso obviamente significa que os fatos da causa devem conter pelo menos um elemento relevante que os distinga dos examinados no precedente. É esta a técnica do *distinguishing* na qual é preservada a tradicional argumentação *from case to case*²³².

Para René David o direito inglês é, essencialmente, obra das Cortes Reais, sejam de *equity*, sejam de *common law*, “que o criaram de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução que era razoável consagrar”²³³. Reconheceu-se desde sempre o valor destes precedentes, tanto que desde o século XIII existiram coletâneas de jurisprudência e esta era considerada. Segundo o mesmo autor “a autoridade reconhecida aos precedentes é, por via

²³¹ GAMBARO, SACCO, 2002, p. 126. “*Distinguire all’interno di un contesto argomentativo che è stato pensato dall’autore come una coerente dimostrazione della propria decisione, ciò che è ratio decidendi, che è obiter dictum, è una operazione del tutto innaturale- ed anche ermeneuticamente erronea-per compieri la quale è effettivamente necessario, come pretendeva Coke, aver acquisito una ragione artificiale che si può apprendere e padroneggiare solo dopo lungo studio ed esperienza*”. Gambaro esclarece em nota de rodapé ser esta a razão pela qual tal distinção não é mais utilizada nos Estados Unidos, mas permanece atual na Inglaterra.

²³² Ibidem, p. 126.

²³³ DAVID, 1997, p.12.

de consequência, considerável, pois pode revelar-se como sendo a própria condição de existência do direito inglês²³⁴.

Mas a autoridade dos precedentes, segundo o mesmo autor, somente pode ser compreendida, se for também compreendido o mecanismo pelo qual é possível fazer distinções entre o caso em julgamento e os precedentes. Será possível ao juiz, com frequência,

considerando as circunstâncias dos diversos casos, descobrir, na lide que lhe foi submetida, um elemento particular que não existia, ou que não fora considerado nos casos precedentes e que, se não lhe permite descartar a regra precedentemente estabelecida, pelo menos lhe possibilita precisá-la, completá-la, reformulá-la, de maneira que dê ao litígio a solução razoável que ele requer.²³⁵

O ponto que oferece dificuldades na teoria declarativa do precedente diz com o nível de generalização do problema que se deve resolver. Os fatos, de regra, não se repetem de forma idêntica. Por outro lado, o princípio da isonomia impede que algumas diferenciações sejam levadas em conta. Como visto, a teoria declarativa do precedente judiciário exige que o juiz subsequente fique vinculado a considerar como regra de direito o resultado posto na sentença precedente, segundo a base de fatos que o juiz de então considerou como relevante para o fim de decidir.

Diante destes óbices, uma variante da teoria declarativa prevê que seja o juiz subsequente a indicar a *ratio decidendi* do caso precedente e que, ao cumprir esta tarefa, não esteja vinculado ao nível de abstração escolhido para formular a decisão ali contida. Com esta variante a possibilidade de distinguir o caso a ser julgado do precedente torna-se bastante ampla.

Todavia, os juízes ingleses suportaram todas as dificuldades para manter, mesmo depois dos *Judiciary Acts*, a atmosfera de legalidade das decisões judiciais que foi consolidada nos séculos anteriores.

²³⁴ GAMBARO, SACCO, 2002, p. 13.

²³⁵ Ibidem, p.14.

4.4 Direito inglês na atualidade: O stare decisis e a posição da jurisprudência acerca do statute law

As reformas judiciárias do século XIX podem ser entendidas como uma abertura de crédito do poder político frente ao Poder Judiciário. Contudo, as modificações sociais ocorreram em ritmo mais acelerado do que as modificações jurídicas. Por isso, mesmo na Inglaterra, modificações ocorreram pela via legislativa. Contrariamente ao que ocorrera no século anterior, no qual o direito substancial restou inalterado, tanto este, quanto o direito processual, foram modificados pela via legislativa no século XX.

No sistema inglês atual, a maior parte das questões contenciosas administrativas e civis são resolvidas pelas *County Courts*, além de um número considerável de tribunais especiais que têm a tarefa de resolver a grande massa de controvérsias que possam surgir entre os cidadãos e o Estado. Estes órgãos judiciais aplicam o direito conforme orientação das cortes superiores, que hoje têm sede em Londres e são a *Supreme Court of Judicature* e o *Judicial Committee* da *House of Lords*. Segundo René David “as Cortes inferiores são encarregadas de resolver os litígios, sendo essa sua única função; as Cortes superiores, por sua vez, têm, além dessa tarefa, outra função e outra dignidade, eminente: estão encarregadas de dizer o que é o direito e representam, na Inglaterra, o Poder Judiciário”²³⁶. Ainda segundo o mesmo autor, a *Supreme Court of Judicature* é submetida ao controle da *House of Lords*²³⁷.

A *Supreme Court of Judicature* é composta por duas instâncias: a *High Court* e a *Crown Court* (primeiro grau para causas cíveis e crimes respectivamente) e a *Court of Appeal*. Contra um pronunciamento da *High Court* ou da *Crown Court* se pode recorrer para a *Court of Appeal*. Mas o recurso não é um direito da parte sucumbente. Depende de requerimento da parte, consentimento do juiz da primeira instância, ainda, que o juiz da *Court of Appeal* consinta em rever a decisão. Segundo a regra 52.13 do *Civil Procedure Rules*, a *Court of Appeal*, no caso de um processo que já tenha sido apreciado em dois graus de jurisdição pode conceder o trânsito ao apelo apenas quando o recurso suscita uma relevante questão de direito.

²³⁶ DAVID, 1997, p. 19.

²³⁷ Ibidem, p. 20.

O sistema de apelo serve, na verdade, para produzir uma decisão mais madura e para conferir a tal decisão um maior grau de respeitabilidade. A atividade da *Court of Appeal* e do *Judicial Committee* da *House of Lords*, portanto, não é precipuamente, fazer justiça no caso concreto, mas pronunciar-se em casos nos quais são discutidas questões de princípios, ou então quando a decisão recorrida mostre-se pouco persuasiva, a ponto de justificar sua correção, antes que possa gerar incerteza. Quando a *Court of Appeal* ou, ainda, em maior medida, a *House of Lords*, pronuncia-se acerca determinada de questão, é difícil que esta mesma questão seja apresentada novamente em curto espaço de tempo. Nestas condições tem-se que a regra do direito jurisprudencial é dotada de uma notável estabilidade.

Cabível, ainda, menção ao *Judicial Committee da House of Lords*. Trata-se de uma assembléia legislativa e não de uma corte de justiça, nada obstante seu caráter jurisdicional prevaleça. Por tradição os membros do *Judicial Committee da House of Lords* não participam das reuniões da assembléia que, atualmente, exerce substancialmente funções quase consultivas e, da mesma forma, os demais membros da *House of Lords* não participam das reuniões do *Judicial Committee*. De toda forma, o *Judicial Committee* ocupa o vértice da pirâmide judiciária não só da Inglaterra, mas de todo o Reino Unido, o que faz com que seus precedentes sejam vinculantes aos demais juízes e assumam uma importância capital no direito inglês. No entanto, a *House of Lords* compreende seu papel como corretivo de decisões equivocadas, e não como criador de novas regras de direito.

De fato, entre os juízes das cortes superiores prevalece tal entendimento, especialmente na *House of Lords*, que se considera guardião da jurisprudência do Reino Unido, mais do que órgão propulsor das inovações jurídicas. Na verdade, a mais alta instância judiciária inglesa dedica-se a aprimorar seus próprios ensinamentos e evitar que as sentenças tidas como equivocadas possam causar injustiça entre as partes.

Feitas estas necessárias considerações acerca da evolução do direito inglês e sua organização judiciária, pode-se resumir a doutrina do *stare decisis* na Inglaterra, até meados do século XX, da seguinte forma: cada juiz é obrigado a seguir o precedente da corte superior, e as cortes de segunda e de sucessiva instância são vinculadas aos seus próprios precedentes.

De toda forma, a prática judiciária sempre revelou situações em que os juízes deixaram de aplicar o precedente a determinado caso concreto. Foi reconhecida pela doutrina

inglesa e pelas Cortes Superiores, relativamente às decisões das cortes inferiores, a possibilidade de *overruling*. Trata-se de hipótese em que, nada obstante tenha o julgador à sua frente, caso semelhante ao que deu ensejo a um precedente, nega a aplicação deste, emitindo um novo julgamento ou uma nova regra de direito aplicável à espécie. Verdade que em se tratando da apreciação de recurso pelas Cortes Superiores, não se pode afirmar o verdadeiro *overruling*, na medida em que os precedentes das instâncias inferiores não têm eficácia vinculante relativamente a tais Cortes. Estas sempre se mostraram mais abertas ao *overruling*, considerando que precedentes muito antigos são como o vinho: melhora com o tempo, mas até certo ponto. Depois, começa a estragar-se²³⁸.

É possível afirmar, com Luisa Deflorian, que não obstante a regra do *stare decisis* venha formalmente enunciada de forma muito rígida, no âmbito prático, atualmente, se articula com uma multiplicidade de técnicas que eliminam o automatismo e permitem uma mediação entre a certeza do direito e a flexibilidade interna do sistema²³⁹.

Por certo, a mais contundente hipótese, no direito inglês, de exceção à doutrina do *stare decisis* é a relativa à possibilidade pelas Cortes Superiores de *overruling* de seus próprios precedentes. Esta possibilidade foi reconhecida, inicialmente, pela *Court of Appeal* que afirmou o poder de reformar seus próprios precedentes nas seguintes hipóteses: (a) se os precedentes apresentasse conflito com decisão anterior da mesma Corte; (b) se incompatível com decisão da *House of Lords* e (c) se tomada com desconhecimento de uma *rule of law* estabelecida legislativa ou judicialmente.

Em 1966 a *House of Lords* editou o *Practice Statement*, para a anunciar que não estava mais vinculada a seus próprios precedentes, a par de continuar a considerá-los importantes em nome da certeza do direito. Este anúncio de parte da máxima autoridade judiciária inglesa representou o sepultamento oficial da teoria declarativa, pois a evolução da jurisprudência era incompatível com a mesma, de resto alvo de severas críticas²⁴⁰. Segundo a motivação deste ato, embora se reconhecendo a importância da regra do precedente vinculante para a certeza do direito e para o desenvolvimento do *common law*, entendiam ser o caso de rever os

²³⁸ ANZON, 1995, p. 36 e FARNSWORTH, 1963, p. 69.

²³⁹ DEFLORIAN, 1993, p. 151.

²⁴⁰ GAMBARO, SACCO, 2002, p. 129.

posicionamentos da Corte quando isso parecesse mais justo, tendo presente, a necessária cautela ao fazê-lo²⁴¹.

O ato denominado *Practice Statement* pelo qual a *House of Lords* anunciou que poderia rever seus julgamentos, entretanto, tem sido pouco aplicado. Sua relevância centra-se, na verdade, na influência no mecanismo de pensamento dos juízes ingleses²⁴². O recurso moderado ao *overruling* permite que referida Corte Superior pudesse eliminar os obstáculos ao desenvolvimento do direito e afastar precedentes injustos contrários às políticas públicas. O *Practice Statement* efetivamente ensejou que a *House of Lords* pudesse superar precedentes seus que se mostravam notadamente errados e obsoletos, dedicando maior atenção à coerência e à sistematização dos princípios jurídicos. Mas não determinou modificação no estilo dos juízes, no papel complexo dos tribunais e no sistema jurídico inglês. Tanto que no que concerne a *Court of Appeal* a revisão dos próprios precedentes ficou restrita às hipóteses já mencionadas.

Não se pode examinar o direito inglês da atualidade sem enfrentar-se a relevância alcançada pelas normas editadas pelo Parlamento: *statute law*. Afirmada a supremacia do Parlamento, tem-se a separação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, com a conseqüente formalização da dicotomia *statute law* e *common law*. O *statute law* na tradição no direito inglês era considerado um “direito especial”, desempenhando o papel de complementar as normas do *common law* e, por esta razão, foi submetido a diversas e muito restritivas regras hermenêuticas.

No século XX o parlamento editou novas regras em vários campos do direito, em especial no direito privado: no direito de propriedade houve modificações relevantes, no direito de família e no direito do trabalho. Por último, destaca-se a reforma do processo civil inglês com a edição do *Civil Procedure Rules* em 1998. Dita reforma objetiva alcançar um processo mais rápido e menos custoso, mediante medidas que conferiram às Cortes um papel mais ativo.

Este crescimento legislativo teve como conseqüência o surgimento de uma série de dificuldades na solução dos *cases* pelas Cortes. A doutrina tem afirmado que ambos

²⁴¹ ANZON, 1995, p. 39.

²⁴² BIN, 1995, p. 46.

constituem corpos normativos com características diversas e, portanto, os juízes não podem aplicar a lei como aplicam os precedentes judiciais. Vale dizer: nem sempre pode ser aplicada determinada regra do *statute law* de forma analógica²⁴³. Além disso, considerando o crescimento legislativo acima mencionado, não é mais possível interpretar o *statute law* como um “direito especial”.

Após o exame da evolução do direito inglês, conclui Gambaro que o direito expresso nas decisões emitidas pelos juízes ocupa um espaço não qualitativamente menor do que o direito expresso nas regras editadas pelo Parlamento. Isso porque os problemas casos problemáticos seguem sendo confiados às decisões das Cortes: cada vez que no campo das normas legislativas surge um problema, daí advém o espaço em que ressurge o direito tradicional, com suas categorias, seu modo de argumentar ou, em uma frase, infra-estrutura mental forjada em uma tradição secular²⁴⁴.

As decisões inglesas são motivadas com elevado *standart* de argumentação jurídica, na medida em que se entende que a motivação deve convencer outros operadores do direito. À reconstrução dos fatos é dada grande atenção nas decisões inglesas, em especial da *High Court*. Não é raro que se dediquem páginas e páginas aos fatos nas decisões proferidas pelas cortes superiores e que envolvam questões de relevo. Os juízes, de regra, fazem uma distinção entre sentenças que se referem a regras e princípios do *common law* e aquelas que se referem a problemas da lei escrita. No último caso a argumentação é mais sintética, pois o método hermenêutico adotado freqüentemente é o da interpretação literal.

Na verdade, a técnica da distinção (*distinguishing*) é fundamental no direito inglês, tanto quanto a autoridade do precedente, na medida em que é por meio de dessa técnica que o direito inglês evolui. Diz René David que o “direito inglês representa um sistema aberto; seus juristas reconhecem com franqueza que ele está sempre em vias de elaboração, que é inacabado [...] As distinções pelas quais pretende-se aperfeiçoá-lo muitas vezes tem como efeito modificá-lo”²⁴⁵. De acordo com Marino Bin, o *distinguishing*, também chamado *fashioning game* é um complexo procedimento mental, pelo qual o juiz do caso concreto expressamente declara que não aplicará determinado precedente, que seria vinculante para a

²⁴³ ANZON, 1993, p. 189.

²⁴⁴ GAMBARO, SACCO, 2002, p. 135.

²⁴⁵ DAVID, 1997, p. 15.

decisão em exame, porque não subsistem os pressupostos de fato que haviam justificado a adoção da regra anteriormente aplicada. Assim, somente por meio do *distinguishing* evita-se situações de ilogicidade e somente por meio deste e do *overruling* se conciliam o rigor do *stare decisis* com o papel inovador e criativo dos juízes²⁴⁶.

No que concerne, ainda, ao papel que vem sendo atribuído às normas legais, não se pode olvidar que o Reino Unido é integrante da comunidade européia e as áreas reguladas pelo direito comunitário vêm sendo ampliadas. A Corte de Justiça Européia tem poder de exarar decisão vinculante acerca das normas comunitárias, a fim de assegurar aplicação uniforme a todos os Estados-membros, utilizando-se das mais variadas técnicas hermenêuticas, com destaque para a interpretação teleológica e sistemática. A interpretação do direito comunitário é também confiada às cortes nacionais, o que requer uma harmonização no estilo de decidir relativamente à Corte Européia. Mas o estilo argumentativo inglês é bastante diverso do adotado nos demais países europeus, não existindo consenso entre os juristas ingleses quanto a tal problema. Para Deflorian é difícil prever quando e em quanto as diversas características das sentenças comunitárias terão tal influência na tradição inglesa, mas o direito comunitário parece capaz de constituir um dos fatores de evolução no direito inglês²⁴⁷.

Por derradeiro, convém destacar a conclusão de René David: “O direito inglês, apesar da recente importância dada à legislação e aos regulamentos, continua a se desenvolver essencialmente como direito jurisprudencial, com base em precedentes que fazem o *common law* evoluir ou especificam o sentido e o alcance dos textos legislativos e regulamentares”²⁴⁸.

4.5 Notas acerca da evolução do direito norte-americano

A administração colonial inglesa na América era regulada segundo cânones de improvisação e da desordem. O direito aplicado nas colônias que antecederam os Estados Unidos da América não era o *common law* da Inglaterra, até porque esta se absteve de impor

²⁴⁶ BIN, 1995, p. 58.

²⁴⁷ DEFLORIAN, 1993, p. 201.

²⁴⁸ DAVID, 1997, p. 19.

seu sistema, sendo, na verdade, aplicado um misto de atos e documentos paralegislativos e costumes locais formados rapidamente²⁴⁹.

Na experiência norte-americana a conquista definitiva do monopólio da jurisdição pelos juristas ocorreu apenas no século XX, época em que a recepção do direito inglês pode-se dizer completada. Ao longo do tempo necessário para completar-se esta recepção, verificou-se uma profunda reelaboração dos materiais e dos esquemas jurídicos ingleses, razão pela qual se pode dizer que a recepção do *common law* inglês nos EUA ocorreu de forma original, não se constituindo “uma recepção pura e simples”²⁵⁰.

Desde os tempos das invasões normandas até o século XX, a Inglaterra foi uma nação etnicamente compacta, com uma população estável. Já os Estados Unidos são uma nação multiétnica por excelência. A Inglaterra é um país tradicionalmente centralizado, e a preponderância do centro londrino é acentuada na administração da justiça e no exercício da profissão legal. Já os Estados Unidos constitui-se um país policêntrico. Alguns centros urbanos como, por exemplo, Nova Iorque, tiveram relevante papel histórico, mas nada comparado à hegemonia de Londres na vida inglesa.

Tendo em vista essa diversidade, seria um equívoco entender a história do direito norte-americano como um prolongamento do direito inglês. A evolução do direito norte-americano é original e não uma reprodução tardia do modelo europeu.

Se é verdade que, de um lado, a experiência jurídica norte-americana indubitavelmente copiou do *common law* inglês o próprio vocabulário jurídico de fundo e muitas noções jurídicas institucionais, de outro lado, parece certo afirmar que referida experiência reelaborou, no curso de menos de três séculos, de forma muito acelerada, a inteira experiência jurídica ocidental. Assistiu-se a uma competição entre diversos formantes do direito e uma inédita recombinação, até serem obtidas exitosas modificações relativamente à experiência européia. Por esta razão, aquela aceleração projeta a originalidade da experiência norte-americana no futuro da Europa, e não sua redução a uma repetição do passado de tal continente. Ficam aí traçadas as duas coordenadas seguidas na evolução do direito norte-

²⁴⁹ GAMBARO, SACCO, 2002, p. 170.

²⁵⁰ Ibidem, p. 170. “uma ricezione pura e semplice”

americano: (a) diferenciação da experiência inglesa e (b) acentuada dinamicidade de seu sistema²⁵¹.

4.6 Relevância da Constituição norte-americana

Ganha relevo no sistema jurídico norte-americano a existência de uma Constituição Federal escrita. Editada na penúltima década do século XVIII, trata-se, por certo, da Constituição mais antiga a vigorar nos países ocidentais. Sua estrutura pode ser lida como a busca de três pontos de equilíbrio.

O primeiro ponto de equilíbrio diz com a divisão das funções estatais, conforme a doutrina de Montesquieu, em três poderes independentes. O Poder Executivo é confiado ao Presidente da República, eleito por quatro anos, e que pode nomear seus Ministros de Estado. O Poder Legislativo é confiado ao Congresso Nacional, órgão bicameral, composto pela Câmara de Deputados e pelo Senado Federal. O Poder Judiciário federal, ao qual os constituintes não dedicaram a atenção necessária, é composto por juízes indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.

O segundo ponto de equilíbrio refere-se às competências reservadas ao poder central e aos Estados. Cada Estado integrante da federação norte-americana têm direito de eleger dois representantes para o Senado Federal. Além disso, eventual modificação na Constituição—notadamente rígida—deve ser precedida de um processo legislativo complexo e aprovada por três quartos dos Estados.

Da característica rígida da Constituição advém o fundamento do terceiro ponto de equilíbrio que os constituintes objetivaram criar, considerando a tensão existente entre o princípio da maioria democrática e a proteção dos direitos individuais, notadamente o direito de propriedade. Segundo alguns constituintes, a busca deste equilíbrio deveria ser conduzida ao nível da estrutura do sistema de governo, ou seja, este último deveria ser desenhado de modo a garantir o respeito aos direitos individuais, ainda que seus titulares representassem

²⁵¹ GAMBARO, SACCO, 2002, p. 172

interesses políticos minoritários. Tão convencidos estavam disto que omitiram no texto original da Constituição um elenco de direitos humanos invioláveis, omissão relevante se considerarmos a cultura iluminista e jusnaturalista européia.

Na verdade, a Declaração de Direitos dos Estados Unidos (*Bill of Rights*) só foi ratificada em 15 de dezembro de 1791, sendo de referir-se que apenas em 1868, após a ratificação da Emenda 14, é que constituiu-se o entendimento de que tal Declaração se aplicava também aos Estados.

Pode-se afirmar que alguns dos mais influentes constituintes norte-americanos entendiam que o direito substancial do país deveria ser o *common law* e que este deveria tutelar em grau suficiente os direitos individuais. O perigo que se apresentava era a derrogação do *common law* pela edição de legislação em cada Estado, motivada, inclusive, por motivos demagógicos. Por esta razão, foi subtraída a competência dos Estados para legislar sobre algumas matérias (como, por exemplo, limitações às obrigações derivadas do contrato), foi-lhes vedado o poder de emitir moeda e títulos de crédito, de legislar retroativamente, etc.

No que concerne ao legislador federal, considerando o processo legislativo previsto e a maioria necessária para modificações, resulta praticamente impossível a reforma do direito privado comum pela via legislativa²⁵².

Conclui, assim, Gambaro, que a Constituição norte-americana, a fim de alcançar um equilíbrio entre o princípio majoritário e a tutela dos direitos individuais da minoria política, não se comprometeu com o mito de que a vontade geral manifesta-se por meio de uma assembléia nacional. Repudiou, ainda, o mito da lei como instrumento da manifestação da onipotência da nação: pelo contrário, muito se empenhou para conter o princípio majoritário, setorizando o centro do poder legislativo²⁵³.

Mas a estrutura fundamental do sistema de governo norte-americano remanesce sendo uma democracia e, por isso, não pode refutar o primeiro corolário dessa, de que a maioria

²⁵² GAMBARO, SACCO, 2002, p. 177.

²⁵³ Ibidem, p. 177.

vence sempre. Em qualquer democracia se a maioria permanece, por um longo tempo, inalterada, o resultado é evidente: impõe suas regras e seus valores.

Durante o século XIX, o desenho feito para equilibrar a democracia com os direitos individuais da minoria mediante a estrutura do governo foi respeitado. A legislação federal era de natureza política e não civil, e pouco interferiu no desenvolvimento orgânico do sistema de direito jurisprudencial. Isso permitiu o desenvolvimento e a consolidação do *common law* como direito nacional dos Estados Unidos da América. Resultado que pode parecer paradoxal, se considerado apenas sob a ótica da fonte do direito civil, porque sob este enfoque não deve existir, e hoje efetivamente não existe, um *common law* nacional para os Estados Unidos.

No século XX emergiu, ainda, uma nova visão acerca do equilíbrio entre as razões da maioria e da minoria. Adotado o princípio pelo qual a *rule of law* é superior à vontade da maioria e inserido no texto de uma constituição rígida um elenco de direitos individuais, tem-se que estes restarão intocáveis pelos legisladores, salvo revisão constitucional.

Além disso, é tarefa dos juízes vigiar para que os legisladores não ultrapassem seus limites, invadindo território constitucional. A Constituição norte-americana não fala expressamente da possibilidade de um juízo de constitucionalidade a ser feito pelos juízes relativamente à legislação votada pelo Congresso. Esta possibilidade veio a ser consagrada no famoso caso *Marbury x Madison*²⁵⁴.

No final de seu mandato presidencial, em 1801, John Adams apontou juízes vinculados ao seu partido para postos vagos no Poder Judiciário Federal e entre eles estava William Marbury. Antes da investidura deste, tomou posse como presidente Thomas Jefferson e recusou-se a aceitar a nomeação dos juízes indicados. Marbury requereu à Suprema Corte que ordenasse ao governo que desse cumprimento ao ato de Adams, tendo sido citado o Secretário de Estado John Adams para que fizesse a defesa do governo, e a postura adotada foi de ignorar a ação. O *chief justice* da Suprema Corte John Marshall entendeu que o fundamento legal invocado por Marbury para fundamentar seu pedido era inconstitucional, porque a Suprema Corte não tinha jurisdição originária para apreciar o pedido. Embora

²⁵⁴ Julgado em 1803.

correto no mérito, o remédio jurisdicional adotado era inconstitucional. A decisão da Suprema Corte estabeleceu de modo definitivo a sindicabilidade judicial das normas legais pelo Poder Judiciário. Em que pese a crítica a este controle difuso, que pode fazer valer no âmbito de um sistema democrático a lógica antimajoritária, dito controle, sob outro ângulo, fez com que os juristas de defrontassem com a conexas problemática de aplicação e interpretação de um texto sem descurarem da dimensão constitucional.

Este último ponto é fundamental para compreender-se a experiência americana fortemente permeada, em especial no século XX, pelo problema relativo à conformidade das regras de direito com a Constituição, inclusive as regras do *common law*. Isso distancia o direito norte-americano do direito inglês, na medida em que na Inglaterra inexistente texto constitucional escrito, prevalecendo o princípio de que o Parlamento tudo pode.

Por derradeiro, cumpre destacar a importância do controle da constitucionalidade das leis feita pelo Poder Judiciário nos EUA, bem sintetizada por Lewis Mayers: “Nuestro pueblo acepta como axiomática a necesidad de que sea protegido o individuo contra el estado político por um órgano que posea completa independencia”²⁵⁵.

4.7 Distinção entre as organizações judiciárias inglesa e americana

Outro fator de distanciamento entre o direito inglês e o norte-americano é a diferença entre as organizações judiciárias. É verdade que, inicialmente, tentou-se modelar o sistema processual e a organização judiciária conforme o modelo inglês. Mas a recepção não foi completa e o modelo inglês nunca funcionou bem na distinta realidade americana. Após a independência, foi realizada uma reforma radical nos processo civil, que antecipou a reforma inglesa. Tais reformas sofreram influência da cultura iluminista, a partir da qual o processo judicial deveria ser construído em bases racionais, bases estas dificilmente perceptíveis num sistema como o inglês, construído mediante estratificação de instituições e costumes historicamente formatados. O impulso para uma democratização das instituições a partir da

²⁵⁵ MAYERS, Lewis. **El sistema legal de los Estados Unidos**. Buenos Aires: Editorial Biliográfica Argentina, 1958, p. 323.

revolução jacksoniana²⁵⁶ influenciou no processo judicial e na organização das cortes. Um exemplo desta influência foi a adoção do critério de eleição para a escolha dos juizes nos Estados, o que teve como consequência a atenuação do papel da preparação técnico-profissional na seleção dos juizes. A adoção do critério eletivo objetivou oferecer uma máquina judiciária acessível e compreensível por todos os cidadãos.

Além disso, houve reformas em cada Estado, pela via legislativa, como a adoção do Field Code²⁵⁷ que previa (a) abolição das *forms of actions* (b) fusão do *common law* e *equity*. Estas modificações precederam os *Judiciary Acts* do *common law* inglesa.

Se é verdade que o tecnicismo das regras processuais é um fato ineliminável da dialética processual, afirma Gambaro que nos Estados Unidos sempre buscou-se simplificar o processo, de modo a eliminar a barreira que o formalismo introduz no direito substancial²⁵⁸.

4.8 Papel da doutrina e dos debates acadêmicos

Outro fator que contribuiu para a diferenciação entre os dois sistemas foi a relevância que ganhou o papel da doutrina nos Estados Unidos. A partir da veiculação de obra de Blackstone nos Estados Unidos²⁵⁹, muitas obras semelhantes foram publicadas e difundidas. O papel atribuído nos Estados Unidos à literatura jurídica era desconhecido na Inglaterra. Lá a administração da justiça sempre foi fortemente centralizada em Londres, cidade na qual, naturalmente, centravam-se as discussões. Nos Estados Unidos, país de dimensão continental, salvo os operadores do direito que viviam em cidades como Nova Iorque ou Boston, a maioria dos advogados trabalhava de forma isolada, sendo a literatura a única forma de aprendizado do Direito. Além disso, na Inglaterra os juizes eram escolhidos entre advogados cultos brilhantes: bastava-lhes a discussão entre os pares²⁶⁰.

²⁵⁶ Ascensão ao poder do Partido Democrático, sendo o 7º Presidente dos Estados Unidos, em 1829, Andrew Jackson.

²⁵⁷ A denominação Field vem do nome do advogado autor da idéia e redator do Code, David Field. A reforma dói adotada em Nova Iorque e, posteriormente, em outros Estados.

²⁵⁸ GAMBARO, SACCO, 2002, p. 187.

²⁵⁹ Na segunda metade do século XVIII. Esta obra constitui-se em famosos comentários acerca do direito inglês e sua formação.

²⁶⁰ Nesse sentido, a importância atribuída à obra de Blackstone mesmo na Inglaterra foi uma exceção.

Nos Estados Unidos, na nomeação dos juízes a qualificação profissional era mais relevante no âmbito federal. Esta qualificação não era relevante para os eleitores dos juízes estaduais. Assim, em especial no século XIX, muitos juízes norte-americanos dedicavam-se ao estudo do Direito, nas obras jurídicas, apenas após a sua nomeação. Isso atribuía à doutrina jurídica um papel relevante, ainda que não explicitamente reconhecido.

4.9 Normas editadas pelo Poder Legislativo, a repartição de competências entre juízes federais e estaduais e o problema do federal common law

Na organização judiciária norte-americana coexistem a justiça federal e a justiça estadual. A Justiça Federal contempla um primeiro grau de jurisdição composto pelas *Distric Courts*, divididas conforme a população. Há também o segundo grau de jurisdição (Cortes Federais de Apelação). Por fim, tem-se a Suprema Corte Federal. As normas processuais a serem observadas na Justiça Federal são uniformes e integram o diploma denominado *Rules of Civil Procedure*, sendo de salientar-se, porém, que os Estados adaptaram a este sua legislação.

Já a justiça estadual tem sua organização regulada pela legislação de cada Estado. De regra existe o primeiro grau, as denominadas *Trial Courts* e as Cortes de Apelação (*Apellate Courts*), as quais podem rever as decisões das *Trial Courts* no que concerne aos aspectos jurídicos.

Presente esta dualidade de Justiça e, ainda, o *stare decisis*, releva compreender como ocorre a aplicação do direito estadual pelos juízes federais, inclusive aquele oriundo dos precedentes judiciais.

De plano, releva notar que, no sistema norte-americano, a produção das normas jurídicas é confiada ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. Pode-se agregar às normas por eles editadas, ainda, a edição de normas regulamentares editadas pelas agências governamentais.

A Constituição Federal estabelece competência ao Congresso Nacional para legislar acerca de determinadas matérias. Além disso, prevê a Constituição que a competência não expressamente delegada ao Congresso Nacional pertence aos Estados. Em consequência, o poder legislativo federal se estende às matérias especificamente estabelecidas na Constituição, sendo que as matérias elencadas são interpretadas com certa largueza. Todas as outras matérias são confiadas ao Poder Legislativo dos Estados, o qual ainda pode intervir nas matérias reservadas ao poder central, desde que não inteiramente regulada pela legislação federal²⁶¹.

Os juízes federais possuem jurisdição, *ratione materiae*, para todos os casos e controvérsias que estejam regulados na Constituição Federal, na legislação federal e nos tratados internacionais. Ainda têm competência *ratione personae* nos casos em que são parte embaixadores, ministros e cônsules, os Estados Unidos, nas causas em que se opõem dois Estados, nas causas em que se opõe um estrangeiro e um cidadão americano, ou, ainda, o que é mais importante, causas em que são parte dois cidadãos de Estados diversos.

Nesses casos, da competência em razão de quem é parte na causa, a Constituição norte-americana não indica qual o direito substancial aplicável. A partir de 1938 a Suprema Corte passou a decidir que nas causas apreciadas pelos juízes federais em razão da competência *ratione personae*, a aplicação da denominada *federal common law* era inconstitucional²⁶². Quando o juiz é competente para, em razão da parte na causa, apreciar uma demanda, deve aplicar o direito do Estado em que está situado, o que significa que fica vinculado às normas legais e aos precedentes judiciais ali editados, porque ambos são a expressão do modo de ser daquela comunidade²⁶³. Na decisão o juiz federal terá, segundo entendimento dominante, a mesma discricionariedade atribuída aos juízes estaduais.

Isso não significa dizer, leciona Gambaro, que inexistam um *federal common law*. Pelo contrário; juntamente com a expansão do direito federal de origem legislativa surgiram os precedentes que lhe conferiram interpretação nos casos concretos e ambos, assim, formam um corpo normativo muito desenvolvido²⁶⁴. No mesmo sentido, o entendimento de Ugo Mattei

²⁶¹ GAMBARO, SACCO, 2002, p. 203.

²⁶² Decisão proferida no caso *Erie RR versus Tompkins*.

²⁶³ GAMBARO, SACCO, op. cit., p. 207.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 207.

para quem atualmente não há mais discussão acerca da existência de um direito federal que inclui legitimamente o *judge-made-law*²⁶⁵.

Cumpra, ainda, esclarecer que em se tratando de matéria cuja competência é atribuída ao legislador federal, prevalecerá sempre a norma federal se a norma estadual for antinômica e, ainda, na aplicação do direito federal, o juiz estadual deve ater-se aos precedentes do *federal common law* e aplicá-los conforme a sua hierarquia. Assim, os precedentes exarados pela Suprema Corte são vinculantes a todos os juízes, federais ou estaduais.

Para além disso, num sistema tal como o dos Estados Unidos, é inevitável que um Estado deva receber o direito de um outro Estado, seja vinculado à legislação e aos precedentes de tal Estado²⁶⁶.

4.10 Stare decisis no sistema norte-americano atual

Acentua Gambaro, tanto no que se refere ao direito federal, quanto ao direito estadual, que se verifica uma estratificação de fontes, nascendo as normas jurídicas das leis, das regulamentações administrativas exaradas conforme autorização legal e, ainda, das decisões judiciais, ou seja, regras adotadas pelas cortes que assumem caráter universal em razão do “*stare decisis*”.

Essa vinculação aos precedentes judiciais já se mostrou mais rígida pela aplicação da mesma teoria declarativa mencionada quando do exame do direito inglês. No entanto, mesmo no seu auge a teoria nunca foi aplicada de modo absoluto nos Estados Unidos. Isso porque as Cortes de Apelação dos Estados sempre evitaram declarar-se vinculadas a seus próprios precedentes e, assim, seguiam o exemplo da Corte Suprema, que sempre afirmou seu poder de *overruling*, ou seja, poder rever suas próprias decisões. No caso da Suprema Corte, aliás, tratava-se de uma obrigatoriedade dito entendimento, considerando o poder que lhe foi atribuído, inclusive o *judicial review*.

²⁶⁵ MATTEI, Ugo. **Common law**. il diritto anglo-americano. Torino: Torinese, 2002, p. 185.

²⁶⁶ GRISWOLD, Erwin. **O direito e os advogados nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 79.

Por outro lado, proclamar a vinculação absoluta do precedente quando se trata de um país em que o direito tem origem em costumes de tempos imemoriais é muito diferente do que fazê-lo, como os Estados Unidos, no qual há uma Constituição escrita e rígida. Seria, no mínimo, perigoso ao sistema constitucional, que a Suprema Corte proclamasse que seus precedentes acerca da interpretação da Constituição fossem intangíveis. Afinal, até hoje o fato de a interpretação acerca da Constituição ser exarada, em definitivo, pela Suprema Corte continua a suscitar atritos. De toda forma, estes atritos podem ser compreendidos no âmbito do delineamento estabelecido na Constituição norte-americana para a separação entre os poderes.

Nesse sentido, a lição de Lawrence Baum: “Está sempre presente um elemento de conflito institucional quando o Congresso derruba uma decisão da Corte Suprema. Em geral os membros do Congresso são explícitos a respeito de sua intenção de combater a interpretação da Corte e, com freqüência, criticam a Corte pelo que vêem como uma visão mal-orientada da Lei. Mas este elemento de conflito não deve ser exagerado. São comuns atritos entre poderes dos governos na elaboração de políticas e nem sempre eles indicam hostilidade profunda entre elaboradores de políticas [...]”²⁶⁷ “O conflito entre a Corte e o Congresso é somente uma pequena parte de seu trabalho em tais campos. Com muito mais freqüência, eles, implícita ou explicitamente, aceitam as iniciativas um do outro.”²⁶⁸ “[...] Quando a Corte toma uma decisão sob fundamento constitucional, tal decisão em geral, é de derrubada mais difícil do que uma decisão sobre a interpretação da lei”²⁶⁹.

A regra do precedente aplica-se no âmbito da mesma esfera judiciária. Os juízes estaduais devem observar as decisões da Corte do Estado a que pertencem. Os juízes federais atentam para os precedentes das Cortes Federais da região na qual atuam no que concerne à legislação federal²⁷⁰.

²⁶⁷ BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Tradução Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, Universitária, 1987, p. 330.

²⁶⁸ Ibidem, p. 331.

²⁶⁹ Ibidem, p. 331.

²⁷⁰ ANZON, 1995, p. 46

Nas palavras de Guido Soares, a autoridade de um precedente nos EUA pode ser (a) persuasiva, relativamente a decisões de cortes paralelas (mesma hierarquia em outros Estados) (b) vinculante: cortes superiores da mesma jurisdição ou decisões da mesma corte²⁷¹.

Os precedentes da Suprema Corte vinculam a todos os demais juízes e cortes, sejam estaduais, sejam federais, na aplicação da Constituição, dos tratados e das leis da federação e, sobretudo, no exercício de controle da constitucionalidade das leis federais e estaduais. Mas a Suprema Corte não se acha vinculada a seus próprios precedentes.

Se a decisão precedente não é mais vinculante para a Suprema Corte, isso traz reflexos para as Cortes inferiores e para os juízes que ficam na base da pirâmide judiciária. Na teoria devem seguir firmemente as decisões das Cortes Superiores e assim ocorre na maioria dos casos. No entanto, a flexibilidade do sistema permite avaliar o precedente anterior e, se for o caso, modificá-lo. Se, por exemplo, existe um precedente já bastante antigo de determinada Corte estadual, alinhado com Corte de outro Estado e, posteriormente, há modificação em ambos, não havendo, contudo, um novo caso julgado, o juiz de primeiro grau pode deixar de aplicar o antigo precedente, até porque ciente de que, fosse o caso de julgamento pela Corte, esta não manteria o entendimento.

Nesse contexto, merece registro a técnica do *prospective overruling*, pela tenta-se conciliar duas exigências opostas: de um lado a justiça no caso concreto a respeito da qual a inovação jurisprudencial sempre aparece como uma *ex post facto law*, de outro, a necessidade de rever o *common law*, adequando-o. Estas duas posições se conciliam da seguinte forma segundo essa teoria: afirmada a nova regra, que revisa anterior regra firmada em precedente, aquele somente terá aplicação aos casos futuros e não àquele sob julgamento. Esta técnica, assevera Gambaro, tem um custo²⁷². Tal custo não consiste tanto no fato de evidenciar a função legislativa das cortes, o que não impressiona nos Estados Unidos, mas sim na circunstância de não feita justiça no caso concreto examinado. A parte que perde sabe que a regra aplicada é equivocada. Por isso a técnica do *prospective overruling* só é aplicada apenas em matérias como, por exemplo, propriedade e contrato, nas quais a exigência de proteção da confiança na certeza e conhecimento do direito posto é maior. Nos outros casos

²⁷¹ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: uma introdução ao direito nos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

²⁷² GAMBARO, SACCO, 2002, p. 211.

os juízes têm menos constrangimento de recorrer *overruling* usual ou discordar do precedente anterior sem o expressamente condená-lo.

Um outro fenômeno particularmente interessante é o do *anticipatory overruling*. Este consiste em discordar-se manifestamente de uma decisão de uma corte hierarquicamente superior, com fundamento de que essa não mais se constitui *good law* porque, por exemplo, rejeitada, mas não ab-rogada em uma decisão posterior exarada pela referida corte superior. Trata-se uma tácita delegação de poder de *overruling*²⁷³.

O critério do *stare decisis* é visto nos Estados Unidos como uma concretização do princípio geral da certeza e previsibilidade do direito e como tal deve ser harmonizado com outros princípios que direcionam o sistema para a justiça e coerência completas. Por isso, o respeito ao precedente não é mais uma operação mecânica, mas o resultado de um fino balanceamento entre exigências opostas, entre as quais o peso atribuído ao valor certeza varia conforme o ramo do Direito.

De acordo com Edward D. Re

a doutrina do *stare decisis* permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja o desarrazoado ou errôneo. Antes de mais nada, é necessário que o Tribunal determine se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável. Em seguida, deve decidir em que extensão o princípio será aplicado.²⁷⁴

Merece ser destacado que atualmente nos Estados Unidos assiste-se o crescimento do estilo de decisão no qual consta, de forma individualizada, o posicionamento fundamentado de cada juiz, em caso de decisão colegiada. Seja nos casos em que há divergência, seja nos casos em que há concordância com o resultado do julgamento, mas por razões distintas, tem havido motivação expressamente declinada nos votos exarados.

Por isso que, diz Gambaro, neste cenário, a pesquisa da *ratio decidendi* e da *obiter dicta* enfrentou um rápido declínio, tanto mais que as Cortes Superiores ao julgarem não pretendem, propriamente, que suas decisões tornem-se automaticamente vinculantes, passando, assim, de uma forma de argumentação jurídica que formava a regra jurídica para a

²⁷³ BIN, 1995, p. 57.

²⁷⁴ RE, 1994, p. 30.

conduta das partes, para uma forma de argumentação jurídica que formula um *standart* de valoração para o qual os juizes devem atentar em casos análogos²⁷⁵. Ainda assim, adverte Guido Fernando Silva Soares, nas decisões judiciais que criam precedentes nos Estados Unidos ainda é necessário distinguir o que é um *holding* (na Inglaterra: *ratio decidendi*)—o que foi discutido e argüido perante o juiz e mostrou-se indispensável para editar-se norma jurídica a ser aplicada ao caso—do que é um *dictum*, parte não decisiva para o deslinde na decisão²⁷⁶.

Há que se ter presente que nos Estados Unidos o Congresso sempre legislou. Portanto, o formante legislativo é atuante no panorama das fontes e sempre foi proclamada a observância do princípio da legalidade, mesmo que a edição de leis não fosse no século XIX tão intensa quanto no século XX e na atualidade, a ponto de mencionar-se a *statuification of common law*.

A maior parte da legislação, tanto nos Estados Unidos, quanto na Inglaterra, é voltada a regular a máquina estatal. Mas se é verdade que nos Estados Unidos existe um direito administrativo que se pode afirmar vagamente análogo ao dos sistemas de *civil law*, é igualmente correto dizer que, o entendimento dos tribunais considera forma muito mais restrita do que no referido sistema, a distinção entre direito público e privado. Além disso, se na Europa, por exemplo, o direito administrativo é editado como um estatuto diferenciado para a máquina estatal, nos Estados Unidos, o direito comum possui supremacia assegurada pelo fato de que o mesmo concretiza valores postos na Constituição.

Prevalece hoje o entendimento de que a jurisprudência constitucional não se destina a fazer justiça no caso concreto, mas a exarar a interpretação das normas constitucionais. Esta experiência frutifica também no campo da interpretação da lei, no qual se encontra a tendência de incluir o que é determinado pela lei no procedimento de decisão típico do direito jurisprudencial, muito atento aos êxitos factuais do procedimento hermenêutico, considerando como direito objetivo o texto da lei e a interpretação respeitável que tenha recebido.

Este ponto não é pacífico na doutrina norte-americana. A doutrina acadêmica insiste que o procedimento hermenêutico deve ser integrado por um outro elemento proveniente do

²⁷⁵ GAMBARO, SACCO, 2002, p. 212.

²⁷⁶ SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common law**: introdução ao direito nos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 43.

common law, ou seja, o controle da coerência das regras operacionais com a constelação de princípios fundamentais que regulam o sistema jurídico. Por isso que, na última década, as decisões que, no entendimento da doutrina, não são fundamentadas nos princípios, são criticadas.

O exame das fontes do direito norte-americano pode deixar a impressão de um sistema fragmentado. Todavia, trata-se de obra com força centrípeta muito forte. O direito americano, é pensado por seus protagonistas como o produto de uma experiência jurídica unitária em âmbito nacional.

É bem de ver-se que os juízes, também, modo geral, consideram-se *policy makers*, ou seja, é bem perceptível a tendência geral dos juízes americanos, notadamente aqueles eleitos, de colocarem-se como pessoas em posição de oferecer uma solução justa aos cidadãos. Aliás, o exercício da função judicial não é feito, comumente, por advogado de sucesso. Isso enseja um exercício de criatividade estranho, por exemplo, no *common law* inglês. O respeito ao critério de certeza e previsibilidade do direito, centrado na observância da lei e dos precedentes, reserva espaço à energia intelectual para encontrar a melhor solução para a comunidade.

Na avaliação de Adele Anzon, não se pode afirmar, a par das peculiaridades da aplicação do *stare decisis* na doutrina norte-americana, que referida doutrina esteja em decadência. O que inexistente é aplicação rígida dessa doutrina. No entanto, de modo geral, é necessário salientar que a aplicação da regra do *stare decisis* continua rígida para as cortes inferiores, que ainda estão vinculadas às decisões da cortes superiores e, em especial, à Corte Suprema. Apesar do dinamismo adotado pelos Cortes Superiores Estaduais, por exemplo, no tratamento de seus próprios precedentes, dinamismo desconhecido no direito inglês, o *stare decisis* conserva papel essencial e determina a forma e o modo do *judicial reasoning*. A referência a precedentes continua a ser ponto de partida obrigatório, passagem típica do *iter* decisório e os casos de *overruling* são limitados, se considerada a massa de julgamentos²⁷⁷.

De rigor, ainda hoje permanece entre os juristas norte-americanos a idéia clássica de que

²⁷⁷ ANZON, 1995, p. 54.

o sistema do *common law* consiste em aplicar a razão e a experiência. Toda a teoria que daí decorre parte da suposição de que a experiência proporcionará o fundamento mais satisfatório para os *standards* da ação e princípios de decisão. Sustenta-se, com acerto, que o direito não pode ser criado arbitrariamente [...], mas, sim, descoberto ela experiência judicial e jurídica baseada em regras e princípios que, no passado, lograram alcançar uma solução justa ou fracassaram neste intento.²⁷⁸

E de que:

Raramente um tribunal se defronta com situação na qual não possa proferir a decisão que considera justa e permanecer diante dos limites impostos pela doutrina do precedente. Pode resolver o problema adotando precedente, apesar da sua injustiça no caso particular, com o fundamento de que os motivos que justificam a doutrina são mais relevantes dos que os que falam em favor da decisão contrária.²⁷⁹

4.11 *Stare decisis e a argumentação deduzida nas decisões judiciais*

Presente o quanto acima exposto, parece certo afirmar que o modelo típico essencial do *judicial reasoning* é a argumentação por analogia, por isso que os estudiosos ingleses e americanos, ao descreverem a operação mental do juiz do *common law* na aplicação do precedente, costumam referir-se a “argumentação analógica”, considerando-a um *commonplace of English judicial procedure*²⁸⁰. Essencialmente o *iter* deste tipo de argumentação é o seguinte: (a) percepção da similitude entre o caso sob julgamento e o anterior (ou anteriores); (b) a extração da *ratio decidendi* da questão; (c) decisão sobre a aplicabilidade de tal *ratio* ao caso sob julgamento.

Deve-se enfatizar que a chave do *judicial reasoning* está, principalmente, na decisão acerca das semelhanças e diferenças entre os casos e, sobretudo, na escolha dos aspectos, dos elementos, das características e das conseqüências de assumir como final do exame a semelhança ou a diferença.

²⁷⁸ POUND, Roscoe. **The spirit of the common law**. Boston: Beacon, 1963, p. 183. “*The common law doctrine is one of reason applied to experience. It assumes that experience will afford the most satisfactory foundation for standards of action and principles of decision. It holds that law is not to be made arbitrarily [...] but is to be discovered by judicial and juristic experience of the rules and principles which in past have accomplished justice*”.

²⁷⁹ FARNSWORTH, 1963, p. 69.

²⁸⁰ ANZON, 1995, p. 56. Lugar comum no procedimento inglês.

5 É A JURISPRUDÊNCIA FONTE DO DIREITO? AS SÚMULAS VINCULANTES

5.1 Fontes do Direito: Noções Gerais

Na lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior a

teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolve-se desde o momento em que a ciência jurídica percebe o seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado²⁸¹.

No entanto, prossegue o autor, isto cria um problema teórico, na medida em que o reconhecimento do Direito como um ‘construído’ não exclui seu aspecto ‘dado’, “posto que, afinal, se o direito é feito, é obra humana, a matéria-prima não se confunde com a própria obra”²⁸². Daí a origem da divisão entre fontes formais (o construído) e fontes substanciais (o dado). As primeiras seriam os elementos materiais (biológicos, psicológicos e fisiológicos), históricos, racionais (elaboração humana sobre a experiência da vida) e elementos ideais (aspirações que configuram postulados valorativos) e, as segundas, elaboração técnica do material por meio de formas solenes (leis, decretos, etc.), na concepção de François Geny²⁸³.

Esta concepção dicotômica não escapou às críticas, pois como esclarece Ferraz, “fica difícil conceber o ordenamento como uma unidade” e, além disso, na discussão acerca das fontes “estão presentes problemas de legitimação do Direito de que, por vezes, um direito tem uma fonte formal reconhecida—uma lei, por exemplo—, mas não expressa convenientemente sua fonte material, que seria espúria”²⁸⁴. Esse tipo de discussão, de acordo com Ferraz, leva ora à supervalorização das fontes materiais, ora à supervalorização das fontes formais.

²⁸¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003, p. 223.

²⁸² *Ibidem*, p. 223

²⁸³ *Ibidem*, p. 224.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 224.

Essa última concepção encontra sua versão mais elaborada na teoria formulada por Hans Kelsen. Kelsen constatara que “Fontes do Direito” é uma expressão figurativa que tem mais de uma significação²⁸⁵. No entanto, prossegue

só costuma designar-se como ‘fonte’ o fundamento de validade jurídico-positiva do escalão superior que regula sua produção. Nesse sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas pela via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou dos direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão. Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito.²⁸⁶

Mais adiante Kelsen, de modo explícito, alude às ditas “fontes em sentido não jurídico” e não recomenda a utilização da expressão “fontes”:

Mas a expressão é também empregada num sentido não jurídico quando com ela designamos todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros. Estas fontes devem, no entanto, ser claramente distinguidas das fontes de direito positivo. A distinção reside em que estas são juridicamente vinculantes e aquelas não o são enquanto uma norma jurídica positiva não delegue nelas como fonte de Direito, isto é, as torne vinculantes. Nesse caso, porém, elas assumem o caráter de uma norma jurídica superior que determina a produção de uma norma jurídica inferior. A equivocidade ou pluralidade de significações do termo fonte do Direito fá-lo aparecer como juridicamente imprestável. É aconselhável empregar, em lugar desta imagem que facilmente induz em erro, uma expressão que inequivocamente designe o fenômeno jurídico que se tem em vista.²⁸⁷

De toda forma, ainda que a expressão “fonte do direito” seja uma “metáfora cheia de ambigüidades”²⁸⁸, o certo é que “a distinção entre fontes formais e materiais fez escola e é repetida até hoje”²⁸⁹.

Veja-se, a propósito, a lição de André Franco Montoro: “Os autores costumam distinguir as fontes formais, isto é, os fatos que dão a uma regra o caráter de direito positivo e obrigatório, das fontes materiais, representadas pelos elementos que concorrem para a

²⁸⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 259.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 259.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 259.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 225.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 225.

formação do conteúdo ou matéria da norma jurídica”²⁹⁰. Em trilha semelhante a lição de Ascensão “em sentido técnico-jurídico, as fontes do direito são modos de formação e revelação de regras jurídicas”²⁹¹.

A complexidade das fontes materiais fez com que André Franco Montoro as dividisse em duas subespécies: (a) a realidade social e os dados de fato (elemento sociológico); (b) Os valores que o Direito procura realizar, sintetizados no conceito de justiça (elemento axiológico)²⁹². De acordo com Miguel Reale, “o fato que condiciona o aparecimento de uma norma jurídica particular nunca é um acontecimento isolado, mas um conjunto de circunstâncias, estando o homem rodeado por uma série de fatores que solicitam sua atenção, provocam sua curiosidade e despertam atitudes de reação ou de aplauso, de simpatia ou repulsa”²⁹³.

Em síntese pode-se afirmar, presente a doutrina nacional que fontes substanciais ou materiais do Direito são elementos de caráter ético, sociológico, político, histórico, econômico, cultural, estético, que, num determinado momento, informam e motivam o ato de criação das normas legais²⁹⁴ e fontes formais são os canais pelos quais as normas vêm ao mundo jurídico, vale dizer, as formas de expressão do direito positivo²⁹⁵.

5.2 Fontes do Direito: O papel da jurisprudência. Mais uma vez a necessidade de uniformização

Se a distinção entre fontes formais e fontes substanciais do Direito não causa maiores discussões na atualidade, o mesmo não se pode dizer no que concerne ao elenco das fontes formais do Direito. Mais especificamente, não há acordo quanto ao papel desempenhado pela jurisprudência na teoria das fontes do Direito.

²⁹⁰ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 323.

²⁹¹ ASCENSÃO. José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Renovar, 2002, p. 242

²⁹² MONTORO, André Franco. Fontes do direito em suas modalidades fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 38, jan./mar. 1972, p. 76.

²⁹³ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2., p. 485

²⁹⁴ MANCUSO, 2002, p. 58.

²⁹⁵ DINAMARCO, Cândido. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1, p. 70.

O sistema jurídico brasileiro—como os demais sistemas pertencentes à família da *civil law*—sempre se estruturou com base na primazia da lei. A lei vem ocupando o primeiro lugar em todo o enunciado moderno de fontes do Direito²⁹⁶. Na síntese de Mancuso: “a fonte formal principal dentre nós segue sendo a norma legal, entendida esta em seu sentido mais largo, compreendendo o amplo espectro que se espria desde a Constituição Federal até as normas hierarquicamente menores”²⁹⁷.

À jurisprudência, aqui entendida como o complexo de decisões reiteradas, acerca de determinada matéria, pronunciadas por órgãos colegiados do Poder Judiciário, no efetivo exercício da atividade jurisdicional²⁹⁸, e às súmulas, têm sido negado o caráter de fonte formal do direito²⁹⁹.

Para Dinamarco: “Jurisprudência não é fonte de direito, tanto quanto o juiz não é legislador e jurisdição não é atividade criativa de direitos [...] A afirmação da jurisprudência como fonte do direito incorre, inicialmente, num desvio de perspectiva e mesmo de conceitos. Ela o seria se fosse portadora de normas gerais e abstratas com eficácia em relação aos casos futuros, atribuindo bens ou determinadas condutas e sendo vinculante em relação aos sujeitos atingidos e aos juízes que viessem julgar a respeito das situações ali previstas”³⁰⁰. Igualmente, Ferraz, embora reconheça a relevância da jurisprudência “no aparecimento de *standards* jurídicos”, afirma que a mesma não chega a ser “fonte do Direito”³⁰¹.

Enfatiza Vicente Ráo que

a lei surge como fonte direta e imediata do Direito, seguindo-se-lhe, tão-somente, com caráter mediato e direto, o costume. Além dessas, nenhuma outra fonte pode admitir-se, nem mesmo com caráter supletivo. E também se exclui a jurisprudência, isto é, a *auctoritas rerum similiter judicatarum*, porque, por maior que seja a influência dos precedentes judiciais, jamais eles adquirem o valor de uma norma obrigatória e universal, podendo, quando muito, propiciar reformas ou inovações legislativas, como também pode fazer a ciência jurídica.³⁰²

²⁹⁶ ASCENSÃO, 2002, p. 266

²⁹⁷ MANCUSO, 2002, p. 56.

²⁹⁸ Como exposto no capítulo 3.

²⁹⁹ Situação que se modifica após emenda 45/00, pelo menos no que concerne à súmula vinculante.

³⁰⁰ DINAMARCO, 2003, p. 81-83.

³⁰¹ FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 247.

³⁰² RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 303.

Embora reconheça a relevância da jurisprudência direito brasileiro, também diz Ascensão que a “a jurisprudência nunca é fonte de direito” entendida este no seu sentido formal³⁰³. Funda-se tal entendimento, igualmente, na circunstância de que a jurisprudência firmada pelos Tribunais não obriga os demais juízes de grau inferior na hierarquia judiciária³⁰⁴. Também Mancuso reconhece a importância do papel cumprido pela jurisprudência no “completar a eficácia jurídica e social da norma”³⁰⁵, mas adota a seguinte classificação quanto às fontes do direito: 1) lei, enquanto fonte formal, principal de nosso Direito Positivo; 2) analogia, equidade, princípios gerais, costumes, como fontes formais secundárias e, finalmente 3) doutrina e jurisprudência, como meios suplementares de integração do Direito, dando a este seu sentido mais abrangente, que é o da pretendida (e presumida) plenitude da ordem jurídica”³⁰⁶.

As posições até aqui enunciadas, a par de representarem o pensamento majoritário, não são unânimes. Veja-se, inicialmente, a lição de Reale:

Pela palavra jurisprudência devemos entender a forma de revelação do Direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais. [...] Para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento. [...] Criando ou não direito novo, com base nas normas vigentes, o certo é que a jurisdição é uma das forças determinantes da experiência jurídica, tendo razão Tullio Ascarelli quando afirma que, se os precedentes jurisprudenciais não exercem, nos países de tradição romanística, o papel por eles desempenhado na experiência da *common law*, nem por isso é secundária a sua importância. Pode mesmo dizer-se que o seu alcance aumenta dia a dia, como decorrência da pleora legislativa e pela necessidade de ajustar as normas legais cada vez mais genéricas ou tipológicas, como *modelos normativos abertos (standards)* às peculiaridades das relações sociais. [...] Se uma regra é, no fundo, sua interpretação, isto é aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz e dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser “de direito” no caso concreto. [...] Numa compreensão concreta da experiência jurídica, como é a teoria tridimensional do Direito, não tem sentido continuar a apresentar a jurisprudência ou o costume como fontes acessórias ou secundárias.³⁰⁷

³⁰³ ASCENSÃO, 2003, p. 310.

³⁰⁴ Ibidem, p. 299.

³⁰⁵ MANCUSO, 2002, p. 62.

³⁰⁶ Ibidem, p. 65.

³⁰⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168-169.

A par de reconhecer a precedência da lei, também Tesheiner aponta a jurisprudência como fonte do Direito:

Do ponto de vista sociológico, é certo que a jurisprudência é fonte do direito. Seria fácil apontar normas gerais que dela emergiram, ainda que contra a lei. A negação à jurisprudência, do caráter de fonte do direito, tem evidente cunho ideológico. Nega-se a produção de direito pelos tribunais, a fim de que eles não sejam tentados a produzi-lo.[...]

Não há dúvida quanto à primazia da lei, em nosso sistema jurídico. Primazia sim, não monopólio. As leis, emitidas no passado, freqüentemente vigem no presente em descompasso com as circunstâncias em que são chamadas a atuar. Há também as hipóteses de leis monstruosas e de leis tolas e seria monstruoso e constituiria tolice exigir-se que os tribunais as aplicassem tal como foram editadas. Há, ainda, o caso das leis que a sociedade rejeitou e que, por isso, não podem ser aplicadas. Há, sobretudo, a lição que os séculos nos legaram, no sentido de que o direito não se contém todo nas leis. Há, pois, que se admitir a jurisprudência como fonte do direito. Introduce-se, assim, uma certa desordem no sistema jurídico, que deixa de ser monolítico. Ressalte-se, porém, que uma ordem perfeita e absoluta não passa de um sonho, ou melhor, de um pesadelo tecnocrático, tendo mais a ver com os delírios das idéias do que com as realidades da vida.³⁰⁸

Como bem observado por Tucci,

nos horizontes do direito brasileiro, não há dúvida de que, ao longo da história, a atividade judicial sempre desempenhou um importantíssimo papel, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio aperfeiçoamento dogmático dos institutos jurídicos. Nenhum operador do direito, de época contemporânea, negaria a utilidade e a eficiência dos precedentes judiciais acerca das várias teses que deve sustentar na defesa de seu caso ou para fundamentar uma decisão.³⁰⁹

Bem por isso que Miguel Reale, na clássica obra “Lições Preliminares de Direito”, já afirmava que:

Numa compreensão concreta da experiência jurídica, como é a da teoria tridimensional do Direito, não tem sentido continuar a apresentar a jurisprudência ou o costume como “fontes acessórias ou secundárias”³¹⁰.

³⁰⁸ TESHEINER, 1991.

³⁰⁹ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 257.

³¹⁰ REALE, 2002, p. 169.

Afinal, diz, ainda, Reale, “se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se dizer ser seu significado, não há como negar à jurisprudência a categoria de fonte do Direito”³¹¹.

Na mesma linha, a análise feita por Franco Montoro:

Embora reconhecida a importância na formação do Direito, divergem os autores e os sistemas jurídicos contemporâneos na apreciação de seu valor [...]. É evidente que nossos juízes não têm, como os antigos magistrados romanos, o poder de baixar “Editos” fixando, ao serem empossados, as regras a serem observadas nos assuntos de sua competência [...]. No tocante à jurisprudência, propriamente dita, isto é, julgados uniformes dos Tribunais, é incontestável que, de fato, eles atuam como norma aplicável aos demais casos, enquanto não houver nova lei ou modificação na jurisprudência. O modo de interpretar e aplicar a norma jurídica sempre lhe afeta a extensão e o alcance [...]. É, assim, impossível, negar à jurisprudência o valor da verdadeira fonte jurídica.³¹²

O reconhecimento da jurisprudência como fonte do Direito, aliás, remonta a Hans Kelsen. Esse autor reconhece, rigorosamente, apenas uma fonte de Direito: o próprio Direito. Nas suas palavras:

Legislação ou costume são freqüentemente designados como as duas ‘fontes do Direito’, entendendo-se aqui por Direito apenas as normas gerais do Direito estadual. Mas as normas jurídicas individuais pertencem tanto ao Direito, são tanto parte integrante da ordem jurídica, como as normas jurídicas gerais com base nas quais são produzidas. Fonte do Direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. Esta designação cabe não só aos métodos acima referidos, mas a todos métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação à norma inferior cuja produção ela regula. Por isso, pode por fonte de Direito entender-se também o fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efetivamente, só costuma-se designar como ‘fonte’ o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção. Neste sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas pela via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos.³¹³

Mais adiante, tratando especificamente da jurisprudência e do poder de criar o Direito nos países de *common law*, prossegue o jurista:

³¹¹ Ibidem, p. 169.

³¹² MONTORO, 1999, p. 356.

Se os tribunais, como no domínio da *common law* anglo-americana, têm de aplicar principalmente Direito consuetudinário e, além disso, têm o poder de criar precedente, sobre um tal terreno pode surgir a teoria de que todo o Direito é Direito Jurisprudencial, quer dizer, direito criado pelos Tribunais [...] Uma tal teoria só pode ser sustentada aceitando-se que as normas aplicadas pelos tribunais não devem ser consideradas como Direito, mas como simples ‘fontes’ de Direito, empregando esta expressão figurativa para designar todos os fatores que de fato influem a decisão judicial, tais como os juízos de valor ético-políticos, pareceres técnicos e outros. Sob a impressão da importância proeminente que tem o Tribunal dentro de um sistema de Direito consuetudinário e de jurisprudência com força de precedente, esta teoria ignora a diferença essencial que existe entre ‘fontes’ do Direito juridicamente vinculantes e não juridicamente vinculantes. Erra porque desconhece que fonte de Direito, isto é, a origem ou causa do Direito, aquilo que de Direito nasce, aquilo que produz o Direito, só pode ser o Direito, pois é o Direito que regula sua própria produção. A teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no direito legislado, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito, mas apenas aplicam Direito já criado. Esta teoria implica a idéia de que só há normas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber, em regra–direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor do Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei e ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.³¹⁴

No sistema jurídico italiano, que também é de *civil law*, igualmente o precedente não tem força vinculante, razão pela qual, parte da doutrina também lhe nega o caráter de fonte formal do Direito. Veja-se, a propósito, a lição de Adele Anzon: “aqui, diz-se comumente, as decisões dos juízes, fora da controvérsia concreta a que se referem, não tem senão uma mesma autoridade de fato moral, racional, cultural, política, uma capacidade apenas persuasiva no exame de casos análogos por outros juízes”³¹⁵. No entanto, a mesma autora constata que,

na prática, a influência do precedente parece similar nos dois sistemas: enquanto no *common law* a vinculação ao precedente tem sido mais flexível, no direito codificado é constante e difundida a tendência de os juízes seguirem os precedentes. E a uma distinção no plano da teoria se contrapõe ao que concretamente ocorre, uma substancial homogeneidade.³¹⁶

³¹³ KELSEN, 2003, p. 259.

³¹⁴ KELSEN, 2003, p. 283.

³¹⁵ ANZON, 1995, p. 76. “*Qui, si dice comumente, le decisioni dei giudici, fuori della controversia concreta cui si riferiscono, non hanno che una mera autorità di fatto morale, razionale, culturale, politica; una capacità soltanto ‘persuasiva’ insomma nei confronti degli altri giudici di casi analoghi*”.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 77. “*nella realtà pratica, invece, l’influenza del precedente sarebbe assai simile entrambi i sistemi: infanti, mentre in quelli di common law – come si è visto più sopra la rule del precedente vincolante è*

Esta “sostanziale omogeneità” no universo fenomênico motiva a observação de Marino Bin no sentido de que tem sido constatado, quanto ao valor do precedente judiciário, a atenuação da diferença entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, diferença antes tida por cristalina³¹⁷.

A realidade fática ou o “direito vivido” nos países de *civil law* e da *common law* (especialmente os Estados Unidos da América) fez com que fosse repensada a dicotomia sempre apontada quanto ao valor dos precedentes: *binding authority* e *persuasive authority*³¹⁸.

Carlos Aurélio Mota de Souza destaca que por meio da jurisprudência “a lei é humanizada ou amoldada ao caso singular, de forma a ter uma eficácia verdadeira”, e esta mesma jurisprudência confere ao cidadão segurança maior do que a lei³¹⁹. Mas adiante leciona:

Diz-se jurisprudencial o Direito que se manifesta através da jurisdição; numa acepção técnica é o conjunto de pronunciamentos do Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto de modo constante, reiterado e pacífico; de fato, a jurisprudência atinge o caráter de forma de expressão do Direito, isto é, de preceito normativo, integrante do sistema jurídico [...].³²⁰

Examinando a temática da decisão judicial frente ao ordenamento jurídico espanhol, afirma Rafael de Assis Roig leciona: “A pratica do precedente e o valor normativo dos enunciados gerais é algo que possui uma relevância maior do que tradicionalmente se tem dado em nosso ordenamento, vinculada às exigências de segurança e igualdade de parte dos

divenuta (specie negli Stati Uniti d'America) sempre più flessibile, in quelli a diritto codificato è incontestabile la diffusa e costante tendenza dei giudici ad attenersi di norma ai precedenti, o comunque a tenerli in considerazione; inoltre, si fa notare, nel trattare i precedenti non dissimili sono le tecniche argomentative usate dalle rispettive categorie di giudice. Ad una distinzione sul piano della teoria si contraporrebbe così, sul piano del concreto operare dell'ordinamento, una sostanziale omogeneità”.

³¹⁷ BIN, 1995, p. 61. “studiosi di ogni provenienza hanno potuto constatare come, quanto al valore del precedente giudiziario, un’attenta osservazione della realtà faccia apparire attenuate, piene di dissolvenze e sfumature, le diversità che effettivamente separano i sistemi di *common law* dal nostro (da altri sistemi di *civil law*), a prima vista così nette”.

³¹⁸ Eficácia Vinculante e Eficácia Persuasiva dos Precedentes.

³¹⁹ MOTA, Carlos Aurélio. Direito judicial, jurisprudencial e sumular. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 80, out./nov. 1995, p. 210.

³²⁰ *Ibidem*, p. 211.

poderes públicos, assim como a tutela judicial efetiva”³²¹.

Isso porque, prossegue o mesmo autor, “apesar de que teoricamente não se pode afirmar que há sujeição ao precedente, a prática jurídica pode nos levar a afirmar o contrário”³²². Além disso, enfatiza o autor,

A concepção dos juízes como centros de produção de normas não é necessariamente incompatível com a contemplação do Direito em nosso ordenamento [...]. No ordenamento, os juízes se constituem em um centro a mais de produção normativa, igual ao Parlamento, ao Executivo, etc. se trata de uma cadeia normativa a mais. Em qualquer caso, a produção norma possui uma série de limites e, sobretudo, está vinculada, em maior ou menor medida, pelas disposições do Parlamento, que é sem dúvida o centro de produção normativa que conta com maior legitimidade.³²³

Sem prejuízo da força da jurisprudência dominante como elemento de argumentação e de fundamentação de decisões judiciais, na medida em que como bem lembra Tucci, basta verificar “que os advogados redigem as suas manifestações e os juízes as suas sentenças, invocando, muito mais do que dispositivos legais, precedentes judiciais, prática essa que, a rigor, não se afasta muito daquela utilizada pelos operadores do direito do *common law*”, não se pode olvidar a existência de recursos no ordenamento jurídico nacional que tem como pressuposto a divergência jurisprudencial. Fala-se aqui, especificamente, do recurso especial, que pode ser interposto quando há dissenso acerca da interpretação de lei federal entre os tribunais do país ou mesmo entre o tribunal que exarou o julgado e o E. STJ, e, ainda, dos embargos de divergência, cabíveis no âmbito do E. Supremo Tribunal Federal³²⁴.

³²¹ ROIG, Rafael de Assis. **Los enunciados normativos judiciales**. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 272. “*La práctica del precedente y el valor normativo de los enunciados generales es algo que posee una relevancia mayor de la tradicionalmente se ha dado en nuestro ordenamento, vinculada a las exigencias de seguridad e igualdad por parte de los poderes públicos, así como la tutela judicial efectiva*”.

³²² ROIG, 1995, p. 275. “*apesar de que desde el examen teorico puede afirmar-se que no cabe hablar tajantemente de sujeción al precedente, la práctica jurídica puede llevarnos a afirmar lo contrario*”.

³²³ Ibidem, p. 275. “*la concepción de los jueces como centros de producción de normas no es necesariamente incompatible con la contemplación del Derecho como Ordenamiento. [...] En el Ordenamiento, los jueces se constituyen en un centro más de producción normativa, igual que el Parlamento, el ejecutivo, etcétera. Se trata de una cadena normativa más. [...] Em cualquier caso, la producción normativa judicial posee una serie de límites y, sobre todo, está vinculada, en mayor o menor medida, por las disposiciones del Parlamento, que es sin lugar a dudas el centro de producción normativa que cuenta con mayor legitimidad*”.

Assim, em que pese reconhecer-se, ainda, a supremacia da lei, de modo que, como alerta Mônica Sifuentes, “mediante o processo jurisdicional apenas se produz direito nos limites consentidos pela lei, ou, em caso de sua superação, nos limites da Constituição”³²⁵, parece correto afirmar, com Tesheiner e Reale, que a jurisprudência é fonte formal do Direito.

E este reconhecimento, baseado primordialmente na realidade jurídica nacional, não prescinde da necessidade de reafirmar-se a uniformização. Afinal, o *status* de fonte formal do direito exige que a jurisprudência seja informada por critérios de racionalidade e aceitação social.

Por certo, não consulta os interesses da sociedade a idéia de fonte formal do direito da qual emanem critérios contraditórios de decisão. Nas palavras de Tesheiner:

Os Tribunais jogam um papel importante na formação da vontade social. São órgãos que representam a sociedade e em nome dela decidem. A jurisprudência apresenta-se, assim, como expressão da vontade social. Divergências, no Tribunal, quanto ao direito em tese, não constituem apenas uma contingência, decorrente dos diferentes modos de ser e de pensar de cada Juiz. Elas são desejáveis e mesmo indispensáveis para o desenvolvimento do Direito. Por outro lado, é um escândalo que vitória ou a sucumbência da parte se determine pela sorte, conforme a distribuição dos processos se faça a esta ou àquela Câmara. Se todos são iguais perante a lei (Constituição, art. 5º), não se concebe que o Tribunal trate diferente um dos outros, em identidade de circunstâncias. É verdade que a jurisprudência não se deve estratificar, a fim de se adaptar às cambiantes condições sociais, o que implica necessária aceitação de divergências, enquanto se forja nova interpretação. Contudo, a jurisprudência somente adquire pleno valor normativo quando se torna remansosa.³²⁶

Não é outra a linha de Buzaid: “A uniformização de jurisprudência impõe-se, portanto, como uma necessidade social, a fim de assegurar estabilidade da ordem jurídica. O direito perde força e autoridade se as suas disposições não obrigarem de modo regular e permanente”³²⁷.

³²⁴ Art. 496, incisos VI e VIII d CPC– Ambos os recursos serão objeto de exame específico

³²⁵ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 162.

³²⁶ TESHEINER, José Maria. Uniformização de jurisprudência. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 50, 1990, p. 179.

³²⁷ BUZAID, 1985, p. 211.

5.3 Súmula Vinculante

Se a jurisprudência pode ser reconhecida como fonte formal do Direito, com maior razão há que se atribuir este caráter à súmula vinculante. Cumpre, pois, previamente à exposição dos fundamentos de tal posição, discorrer-se sobre tal instituto, inserido no ordenamento jurídico nacional pela Emenda Constitucional nº 45/004, nos seguintes termos:

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

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

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

O ponto nodal da norma posta na Lei Maior diz respeito ao efeito vinculante, já previsto, anteriormente, no âmbito do controle direto de constitucionalidade³²⁸.

Mas o que é efeito vinculante? Como esclarecido por Gilmar Ferreira Mendes, até a edição da Emenda Constitucional nº 03/93, não era expressão comum entre nós. O autor esclarece que “trata-se de instituto jurídico desenvolvido pelo direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos determinantes”³²⁹. Assim, explica o autor, baseado na doutrina alemã, a coisa julgada de uma decisão com efeito vinculante ultrapassa os limites estritos da parte dispositiva para abranger, igualmente, “a norma decisória concreta”, isto é, “aquela idéia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de

³²⁸ A Emenda Constitucional nº 45/2004 tratou de estender, de modo expreso o efeito vinculante para as decisões prolatadas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que já encontrava previsão na Lei nº 9.868/99.

³²⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 337.

forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes”³³⁰.

A Emenda Constitucional nº 03/93 que expressamente previu o efeito vinculante para as decisões proferidas nas ações diretas de constitucionalidade (art. 102, par 2º da Constituição Federal). Posteriormente, pela Lei nº 9.868/99, esse efeito foi estendido para as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade³³¹.

No controle concentrado de constitucionalidade, o efeito vinculante tem as seguintes conseqüências para órgãos estatais não partícipes do processo: (a) ainda que não tenham integrado o processo, os órgãos constitucionais estão obrigados, na medida de suas responsabilidades e atribuições, a tomar as necessárias providências para o desfazimento do estado de ilegitimidade; (b) assim, declarada a inconstitucionalidade de uma lei estadual, ficam os órgãos constitucionais de outros Estados, nos quais vigem leis de teor idêntico, obrigados a revogar ou modificar os referidos textos legislativos; (c) também os órgãos não partícipes do processo ficam obrigados a observar, nos limites de suas atribuições, a decisão proferida, sendo-lhes vedado adotar conduta ou praticar ato de teor semelhante àquele declarado inconstitucional”³³².

Pelo efeito vinculante, pois, torna-se obrigatória a observância da decisão prolatada por todos os outros juízes de Tribunais, sendo nesse aspecto, um “plus” ao efeito *erga omnes*. Afinal, este efeito poderia não ter conseqüências práticas, a não ser para a interposição de recursos extraordinários, os quais, fatalmente, seriam providos se a decisão recorrida contrariasse o pronunciamento adotado pelo E. STF.

Este mesmo efeito vinculante foi estendido à súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal nas condições dadas pela norma constitucional retrotranscrita. O efeito vinculante conferido à súmula não é geral, em tese, mas apenas para os órgãos do Poder Judiciário e órgãos da administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal.

³³⁰ Ibidem, p. 340.

³³¹ art. 28, parágrafo único.

³³² MARTINS; MENDES, 2001, p. 341-342.

Se o efeito vinculante tem sua extensão definida a partir da doutrina alemã, sua adoção pelo constituinte derivado no concernente à súmula, motivada pela realidade inegável do acúmulo de processos no âmbito dos Tribunais Superiores³³³, tem clara inspiração na doutrina do *stare decisis* presente no *common law*.

A adoção de soluções jurídicas similares, para problemas semelhantes, em países distintos, já havia sido objeto da constatação de Mauro Cappelletti:

A extraordinária analogia de problemas e movimentos legislativos, que no curso dos dois últimos séculos verificou-se no campo do direito processual nos vários países da Europa Continental e nos de *common law*, é, na verdade, a conseqüência, por um lado, de um análogo movimento de pensamento que, abandonados finalmente os cânones escolásticos da logística apriorística formal, introduziu normas de investigação experimental e indutiva também nos vários sistemas processuais e probatórios. No mundo de hoje, todo o movimento válido de pensamento, toda a concepção que efetivamente reflita as renovadas exigências sociais tende, ainda mais do que pudesse acontecer em outros tempos, a deitar por terra os limites dos países isolados ou nacionais e a assumir um alcance de tendência universal. Em resumo, há uma profunda e irresistível tendência para a unidade e esta tendência se reflete necessariamente também no mundo do direito e de seus substitutos.³³⁴

Michele Taruffo, após advertir que não desapareceram diferenças entre os sistemas processuais da *common law* e da *civil law*, assinala que a classificação feita entre ditos sistemas não pode ser mais estática e indica a ocorrência das “interferências horizontais sistemas distintos”, ou—se se preferir—da imitação de um sistema ou modelo por outros”. Nas palavras de Taruffo:

verifica-se complexo intercâmbio de modelos, inclusive entre sistemas de *common law* e sistemas de *civil law*. São numerosíssimos os exemplos, sobretudo se se observa a influência do modelo norte-americano, mas bastará citar alguns para estabelecer o discurso: vários sistemas de *civil law* extraíram daquele modelo o júri penal (como aconteceu recentemente na Espanha), a técnica do interrogatório cruzado, a idéia de pôr limites ao

³³³ Trata-se de justificativa expressa no relatório do Deputado Aloysio Nunes Ferreira, então relator do Projeto de Reforma do Poder Judiciário: “Em verdade, todos sabemos que a situação de acúmulo de processos nas altas Cortes nacionais poderá vir a inviabilizá-las. Tal situação vem contribuindo, demais disso, para a morosidade da prestação jurisdicional em detrimento do cidadão e da credibilidade do próprio aparelho judicial”.

³³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 102.

recurso às cortes supremas, a *class action*, o uso de depoimentos escritos [...]”³³⁵.

E mais especificamente acerca da adoção da regra do *stare decisis* observou Cappelletti que embora “alheia ao espírito dos sistemas jurídicos de base romanista”³³⁶, tem sido adotada nos sistemas de *civil law*, ainda que “dentro de certos limites” e em “caráter excepcional”, constatação reiterada por Tucci quando esclarece que “a exemplo dos países dominados pela regra do *binding precedent*, parte significativa das experiências jurídicas contemporâneas da *civil law*, contemplam, com diversificada intensidade, o precedente judicial com força obrigatória”³³⁷.

Nesse contexto, não se pode desconsiderar a relevante influência dos fatores econômicos. Como registra Araken de Assis “Em todo o mundo, o predomínio econômico, político e militar dos Estados Unidos da América, filiado ao sistema do *common law*, conduziu ao reexame dos ordenamentos jurídicos da *civil law* sob novas luzes”³³⁸, sendo possível, como faz Flávio Cheim Jorge, identificar-se uma tendência que se vem notando nos sistemas de *civil law*: acolher institutos característicos do *common law*³³⁹.

Historicamente, aliás, a criação de súmulas teve por modelo o *stare decisis*, como noticia Aliomar Baleeiro: “Essa fórmula do *stare decisis et non quieta movere* custou muito a ser aceita pelo nosso Supremo Tribunal Federal, que, afinal, em 1963, atacou o problema decididamente com a Súmula, em que se compreendiam os pontos da jurisprudência predominante”³⁴⁰.

De referir-se, contudo, a posição contrária de Lênio Streck:

Antes de tudo, é necessário afastar a tese, tida por parte considerável da doutrina como pacífica, de que a instituição do efeito vinculante deita fundamento na figura do precedente e no instituto do *stare decisis* do direito

³³⁵ TARUFFO, Michele. Observações sobre os Modelos Processuais de *Civil Law* e de *Common Law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 110, 2005, p. 153.

³³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 83.

³³⁷ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 250.

³³⁸ ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 111, jul./set. 2003, p. 18.

³³⁹ CHEIM JORGE, Flávio et al. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

³⁴⁰ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 100.

anglo-americano. Penso não ser adequado esse raciocínio, a começar pelo fato de que, nos Estados Unidos, a força do precedente reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer nas leis, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício. No direito norte americano, as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, são emanadas para solver disputas entre os litigantes de um determinado caso concreto. Nesse sentido, vem bem a assertiva de Dennis Lloyd, para quem a própria doutrina no *stare decisis* já não tem sido aplicada de forma rígida nos Estados Unidos e mesmo na Inglaterra vem sendo flexibilizada: o princípio do *stare decisis* é inimigo do desenvolvimento científico do direito.³⁴¹

Embora se possa, do ponto de vista histórico, afirmar que o instituto dos assentos, teve influência no estabelecimento de mecanismos de uniformização de jurisprudência no Brasil (v.g. recurso de revista e, após, o próprio incidente de uniformização), merece ser referido que, em Portugal, os assentos tinham eficácia vinculante perante todos, não sendo restritos apenas às autoridades públicas e aos julgadores como as súmulas. Ademais, a história recente de Portugal revela que naquele sistema foi reconhecida a inconstitucionalidade dos assentos e a reforma processual acabou por extingui-los, revogando os dispositivos que no Código de Processo regulavam a matéria, bem como o artigo 2º do Código Civil, que conferia força obrigatória geral aos mesmos.

Lênio Streck expressa, na verdade, sua discordância quanto à adoção da súmula vinculante, até porque entende que a mesma é incompatível com a Constituição Federal de 1988:

Ao editar uma súmula com efeito vinculante, oponível *erga omnes*, o Supremo Tribunal Federal passa a exercer poder maior do que o reservado ao Poder Legislativo, uma vez que assume funções legiferantes, agregando ao produto legislado a prévia interpretação, o que, no mínimo, viola a cláusula da divisão de poderes inscrita na Constituição Federal. A institucionalização das súmulas com efeito vinculante atropela vários princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como a divisão de atribuição de poderes, a formação democrática da lei a partir da vontade geral representada pelo parlamento, a independência de parte do Poder Judiciário, além de colocar em risco o sustentáculo do modelo de direito firmado na lei adotado em nossa Constituição (sistema romano-germânico).³⁴²

³⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional. Da revisão constitucional de 1993 à reforma do Judiciário. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.) **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 152-153.

³⁴² STRECK, 2005, p. 156.

Esta crítica não é isolada. Oscar Vilhena Vieira, igualmente, faz severa crítica à adoção da súmula vinculante, pois no seu entender, além de afrontar as normas constitucionais indicadas por Streck, nada resolverá do ponto de vista pragmático: Caso o juiz discorde da súmula, poderá deixar de aplicá-la, o que causará muitas reclamações ao E. STF³⁴³.

Ovídio Baptista da Silva, partindo da afirmação de que “o recurso constitui necessariamente a expressão da desconfiança do julgador” e que “em nosso sistema pode ser identificado como expressão de uma ideologia centralizadora e autoritária” também se manifesta contrariamente à súmula vinculante³⁴⁴. Para Ovídio:

No ponto mais elevado da escala, encontra-se uma magistratura altamente legitimada, contra a qual o sistema político abre mão dos recursos. À medida que descemos na escala hierárquica, reduz-se a legitimidade dos magistrados e avolumam-se os recursos, até atingirmos a jurisdição de primeiro grau, que o sistema literalmente destruiu, sufocando-a com uma infernal cadeia recursal que lhe retira a própria ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor de algum poder decisório.³⁴⁵

Segundo esse autor, ainda, o processo civil tem sido pautado pelo paradigma racionalista. O racionalismo, segundo ele, “procurou transformar o direito em uma ciência lógica, tão exata e demonstrável quanto uma equação algébrica”³⁴⁶ e “o fundamento que preside nosso interminável sistema de recursos é, sem dúvida, a crença iluminista de que o legislador possa produzir um texto com tal simplicidade e transparência capaz de gerar univocidade de sentido”³⁴⁷. A partir desses pressupostos, o autor afirma que a súmula vinculante mostra-se desaconselhável por duas razões básicas: (a) sua base teórica tem como pressuposto metodológico a uniformidade abstrata dos julgados, com a implícita recusa do poder criador da jurisprudência e, portanto, igualmente pressuposta negação do caráter hermenêutico do direito; (b) a súmula vinculante contribui para aprisionar o sistema jurídico ao passado, impedindo que a elaboração jurisprudencial lhe permita progredir, em convivência com a constantemente transformada realidade social³⁴⁸.

³⁴³ VILHENA, Oscar Vieira. Que reforma? **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 195-207, 2004.

³⁴⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 240.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 58.

³⁴⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 110, 2005, p. 32.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 255.

Prossegue Ovídio asseverando que: “A súmula obrigatória – como o regime dos assentos praticado em Portugal–reproduz a concepção iluminista, que a segunda metade do século XX superou, que reivindicava para a lei um ilusório sentido de univocidade a que poderão, talvez, aspirar as ciências ditas exatas, nunca uma ciência essencialmente hermenêutica, como o Direito”³⁴⁹ [...]”a moderna função dos tribunais supremos há de ser a de um instrumento voltado para o futuro, que vise à unidade do Direito, não à uniformidade da jurisprudência”³⁵⁰.

No direito português o instituto dos assentos também era alvo de críticas. Consta no acórdão 810/93 exarado pelo Tribunal Constitucional de Portugal, a partir do qual, a vinculação dos assentos foi considerada inconstitucional,

com base no instituto dos assentos, ao Supremo Tribunal de Justiça, confrontado com um conflito de jurisprudência, que respeite os requisitos processualmente definidos, é imposta a obrigação de o resolver definitivamente através da enunciação de prescrição jurídica que, embora resultado da solução dada àquele conflito ou sendo a síntese dessa solução, passa a valer para o futuro como preceito normativo geral e abstracto e dotado de força obrigatória geral.³⁵¹

Para Castanheira Neves esse instituto afrontava o princípio da separação e independência entre os poderes. Em que pese reconhecer que inexistia separação absoluta entre as funções estatais, afirma que

não se deve deixar de reconhecer um núcleo não superado do princípio, justamente na distinção, ou não na confusão, entre os poderes políticos *stricto sensu* (nos quais se inclui decerto o poder legislativo) e o poder judicial definido essencialmente pela função jurisdicional. [...] Pelo que no Estado de Direito será assim tão inaceitável conferir uma qualquer função legislativa ao poder jurisdicional como atribuir uma qualquer função jurisdicional ao poder legislativo que nos leva a pensar que podemos reproduzir aqui o que no nosso estudo dissemos quanto à validade, neste contexto, da competência judicial dos assentos. Com efeito, as considerações enunciadas são suficientes para vermos ‘não apenas constitucionalmente anômala, mas mesmo contrária a irrecusáveis princípios constitucionais, a função legislativa exercida pelo Supremo Tribunal através dos assentos’³⁵².

³⁴⁸ SILVA, O., op. cit., p. 257.

³⁴⁹ SILVA, O., 2004, p. 257.

³⁵⁰ Ibidem, p. 258.

³⁵¹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O problema da constitucionalidade dos assentos**: comentário ao Acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 30.

³⁵² Ibidem, p. 119.

De registrar-se, ainda, a posição de Carmem Lúcia Antunes Rocha para quem o STF pode, enquanto órgão encarregado de apreciar temas constitucionais, por meio da súmula vinculante, que fixa determinada interpretação, proceder a verdadeira reforma constitucional³⁵³.

De fato, têm sido fortes as reações contra a súmula vinculante, notadamente no âmbito do Poder Judiciário. Veja-se, exemplificativamente, manifestação dos juízes integrantes do Núcleo de Estudos Críticos de Direito (NEC):

Assim, nós, juízes integrantes do Núcleo de Estudos Críticos de Direito (NEC), denunciemos que a súmula de efeito vinculante representa um controle sobre as instâncias inferiores do Poder Judiciário e pretende ser uma tentativa de universalização conceitual que desconsidera a singularidade dos casos e impede a necessária alteridade hermenêutica, implicando na eliminação do pluralismo e da vitalidade do direito, enquanto instrumento de mediação entre a dominação e a liberdade.³⁵⁴

Os argumentos contrários à súmula vinculante podem ser assim sintetizados: (a) falta de legitimação do Poder Judiciário; (b) violação ao princípio da tripartição dos poderes; (c) violação à independência do juiz; (d) obstaculização ao desenvolvimento do Direito.

Passa-se, pois, presente a necessária dialética, a elencar os argumentos favoráveis, sem prejuízo da advertência feita por Teresa Wambier e Medina:

A perspectiva da adoção do sistema da súmula vinculante em nosso país sempre nos preocupou e a toda comunidade jurídica. Parece impossível, todavia, à questão, no sentido de ser positiva (vantajosa) a adoção desse sistema, responder pura e simplesmente, de modo lacônico, sim ou não. Está-se aqui, diante de tema polêmico. Apesar de nos parecer que soluções radicais, fruto de 'paixões' nesse terreno não seriam apropriadas, o fato é que a maioria dos autores se posiciona categoricamente ou contra ou a favor a adoção desse sistema.³⁵⁵

Inicia-se pelo princípio da separação e independência entre os poderes.

³⁵³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 210, 1997, p.137.

³⁵⁴ Disponível em: <<http://www.forumjuizes.net>> Acesso em: 26 jan. 2005, 9:44.

³⁵⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repercussão geral e súmula vinculante**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 378.

Como referido quando conceituada função jurisdicional, a doutrina da repartição do poder estatal foi desenvolvida por Montesquieu e tornou-se importantíssimo instrumento de oposição ao absolutismo. Isso porque, na formulação definitiva de sua teoria Montesquieu objetivou, de rigor, estabelecer limites aos poderes dos governantes e não uma forma de organização estatal na qual as diferentes funções fossem completamente estanques³⁵⁶. É o que se infere do excerto a seguir transcrito:

A liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais (sic) ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.³⁵⁷

A separação rigorosa entre os Poderes ou funções estatais pode ser aplicada apenas numa concepção mínima de Estado, vale dizer, na versão liberal do Estado de Direito, que tem como premissa a absoluta separação entre Estado e sociedade. Esta visão de Estado, presente no século XIX, não mais subsistiu a partir do século XX. O Estado passou a ser agente da construção de uma ordem social justa e adequada. Como anotado por Alexandre Santos de Aragão

o pluralismo e complexidade da sociedade, agregados ao número cada vez maior de atividades dotadas de grandes particularidades técnicas a serem, se não prestadas diretamente pelo Estado, por ele reguladas, inviabilizou o ideal liberal oitocentista, racional e formalmente igualitário, de um ordenamento monocêntrico uniforme que, concebido de maneira inteiramente geral e abstrata abrangesse todas as atividades e atores sociais sem levar em conta as suas particularidades.³⁵⁸

³⁵⁶ COUTO E SILVA, Almiro. Restrição à propriedade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 234, 2003, p. 371.

³⁵⁷ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 167-168.

³⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre. **Agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 379.

De toda forma, num exame comparativo pode-se afirmar que em toda parte do mundo o princípio da separação dos poderes não é compreendido de forma absoluta. Na França, por exemplo, os órgãos públicos não são submetidos à justiça comum, mas a tribunais administrativos³⁵⁹.

As atribuições concedidas aos Poderes estão postas na Constituição Federal. É no texto maior de um Estado Democrático de Direito que se deve buscar os contornos do princípio da separação e independência entre os poderes. E nesse sentido, são valiosas as considerações do Ministro Cezar Peluso no voto que proferiu na ADIn nº 3367, na qual foi apreciada a inconstitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça:

Ajustando-se às tradições culturais, à realidade política ao próprio arcabouço institucional de cada país, o grau de autonomia dos poderes e os mecanismos possíveis de controle recíproco variam muito em cada um dos sistemas jurídico-constitucionais que adotam o postulado político da separação, oscilando, especialmente, entre os modelos integrados à tradição do constitucionalismo francês e do norte-americano. [...]

Mas a afirmação do princípio como ingrediente axiomático da definição e estrutura dos Estados democráticos, essa sobrevive às diferenças sociais e aos rumos da evolução política, a despeito das variações que lhe determinam tais vicissitudes históricas. Diante dessas premissas, é preciso, então, apurar as feições particulares que tomou o princípio em nossa Constituição Federal. Ora, é o confronto analítico dos preceitos relativos à organização e ao funcionamento de cada uma dessas funções públicas que permite extrair o conteúdo e a extensão de que se reveste a teoria da separação em nosso sistema jurídico-constitucional. Noutras palavras, é seu tratamento normativo, através de todo o corpo constitucional, que nos dá o sentido e os limites dos predicados da independência e da harmonia, previstos no art. 2º. E o que se lhe vê é que o constituinte desenhou a estrutura institucional dos Poderes de modo a garantir-lhes a independência no exercício das funções típicas, mediante previsão de alto grau de autonomia orgânica, administrativa e financeira. Mas tempera-o com a prescrição doutras atribuições, muitas das quais de controle recíproco, e cujo conjunto forma, com as regras primárias, verdadeiro sistema de integração e cooperação, preordenado a assegurar equilíbrio dinâmico entre os órgãos, em benefício do escopo último, que é a garantia da liberdade.

Esse quadro normativo constitui expressão natural do princípio na arquitetura política dos freios e contrapesos. À Constituição repugna-lhe toda exegese que reduza a independência dos Poderes a termos absolutos, os quais, aliás de todo estranhos aos teóricos de sua fórmula, seriam contraditórios, com a idéia que a concebeu como instrumento político-liberal. Confirma-o rápido percurso pelo texto constitucional. Não são poucos os institutos cuja disciplina revela ostensiva existência de mecanismos predispostos ao controle mútuo entre os Poderes e, até, ao desempenho anômalo, por um deles, de função típica de outro. Basta mencionar o veto (art. 66, § 1º, e 84, inc. V), o *impeachment* (arts. 52, 85 e

³⁵⁹ COUTO E SILVA, 2003, p. 371

86), o controle de constitucionalidade das leis (arts. 102, I, letra a, e 103), as medidas provisórias (art. 62), as leis delegadas (art. 68), o poder conferido ao Legislativo de sustar atos normativos do Executivo (art. 49, inc. V), bem como de lhe fiscalizar e controlar os atos (inc. X), o controle das contas públicas pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas (arts. 70, 71, cc. 49, inc. IX), o Conselho da República (art. 89) [...]No que concerne à vida orgânica do Judiciário, merece atenção especial a competência do Executivo para nomear parte dos membros do Poder, como se dá com integrantes da Justiça Eleitoral (arts. 119, inc. II, e 120, inc. III), dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais estaduais e do Distrito Federal, por via do chamado quinto constitucional (art. 94), e dos próprios Ministros desta Casa, cuja investidura depende ainda de aprovação do Senado (art. 101, § único). Todos esses exemplos provam, *ad rem*, que a incorporação privilegiada do princípio da separação na ordem constitucional não significa de modo algum que a distribuição primária das funções típicas e a independência formal dos Poderes excluam regras doutro teor, que, suposto excepcionais na aparência, tendem, no fundo, a reafirmar a natureza unitária das funções estatais, a cuja repartição orgânica é imanente a vocação conjunta de instrumentos da liberdade e da cidadania. Tal arrumação normativa está longe de fraturar ou empobrecer o núcleo político e jurídico do sistema, que só estará mortalmente ferido lá onde se caracterizar, à luz de sua inspiração primordial, usurpação de funções típicas ou aniquilamento prático da autonomia de cada Poder. É essa, de certo modo, a opinião comum dos constitucionalistas pátrios”.

Presente que as feições do princípio da separação e independência entre os poderes não é absoluta, mas dependem da conformação constitucional, parece certo afirmar que a adoção da súmula vinculante não descaracteriza dito princípio, ainda que se possa reconhecer a atribuição de poder com caráter normativo ao Poder Judiciário, como o faz Mauro Cappelletti:

O que afirmei a propósito da “natureza” do processo jurisdicional, não significa que no mundo da realidade elementos típicos daquele processo não estejam, ou não devam estar, mesclados com elementos típicos de outra natureza. Os tribunais, especialmente os superiores bem podem ter, por exemplo, poderes de regulação processual, como de fato ocorre freqüentemente nos países de *common law*. [...] Resta, todavia, o fato de que os juízes, quando exercem tais poderes de regulação, agem como legisladores, e não como juízes. Eles operam, igualmente, numa competência muito mais administrativa que judiciária, até quando chamados a emitir pareceres, a invés de decisões, como sucede em certos tribunais superiores no Canadá, Índia, Suécia, Finlândia e em pelo menos uma dezena dos cinquenta estados dos EUA. E, mais uma vez, operam com competência legislativa, ao invés de judiciária quando exercem, como na hipótese das cortes supremas dos países da Europa oriental, o poder de emanar “diretivas” gerais em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto. De resto, não hesitarei em atribuir caráter legislativo, muito mais que judiciário, também aos *obiter dicta* prolatados por certas cortes superiores dos países de *Common Law*, no caso em que por definição ultrapassam o pedido da parte e

não são necessários para a decisão do caso concreto – terminem por assumir, pelo menos de fato, eficácia vinculante *erga omnes*.³⁶⁰

Nesta mesma obra, aliás, Cappelletti como das “enfermidades” da função jurisdicional o fato de o direito daí advindo ser

descontínuo e, em grande medida, depende da sorte de determinados casos concretos. [...] É certo, portanto, que mesmo os juízes mais criativos nunca devem, perder de vista esta primeira “enfermidade” ou “debilidade” do direito jurisprudencial. Na verdade, eles poderiam facilmente objetar que também o direito legislado, codificado ou não, nunca é completo, nem privado de ambigüidades ou tampouco facilmente acessível a todos. As dificuldades de informação constituem, em particular, obstáculo ao pleno acesso ao direito, em todos os sistemas jurídicos, o que se mostra especialmente verdadeiro para os indivíduos ou para os grupos menos privilegiados. Mas também este constitui um problema de quantidade, não de substância, e parece bastante razoável sustentar que o direito judiciário, como regra generalíssima apresenta aquelas dificuldades em medida (muito ou pouco) maior que o direito legislativo. Objeção bem mais forte, que os juízes criativos podem fazer contra quem lhe invoque a mencionada “enfermidade” do direito de criação judiciária, consiste, pelo contrário, observar que, geralmente, os ordenamentos jurídicos têm sabido atenuar, senão propriamente eliminar, aquele defeito do direito jurisprudencial, mediante regras e mecanismos de vários gêneros, como o princípio do vínculo aos precedentes, a assistência judiciária gratuita aos menos privilegiados, e eficiente sistema de coleções sistemática das decisões judiciárias, hoje talvez também computadorizadas.³⁶¹

De notar-se, aliás, que a atribuição de funções, que não a essencialmente de julgar ao Poder Judiciário, era aceita pela doutrina, inclusive sem amparo constitucional expreso. Veja-se a propósito o que escreveu Lênio Streck:

Por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há, ou deveria haver, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. [...] E se faltarem vagas na rede pública: pergunta o Juiz de Direito Urbano Ruiz. Pois na cidade de Rio Claro, o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criá-las para que no ano letivo de 98 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo ou função pública por cinco anos. O juiz determinou, liminarmente, a criação de vagas. Não

³⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre. Fabris, 1993, p. 81.

³⁶¹ CAPPELLETTI, 1993, p. 84.

houve contestação por parte da prefeitura. Esse fato, complementa Ruiz, mostrou que é possível utilizar o Poder Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, por meio dele é possível exigir das autoridades que cumpram seus deveres, que tomem atitudes. [...] Outros casos poderiam ser aqui elencados como as ações civis públicas obrigando o fornecimento de remédios a pessoas portadoras de doenças crônicas e a construção de locais condizentes para abrigos de menores.³⁶²

Lênio Streck esclarece que a Constituição não deixa espaço a que o Poder Judiciário dite “políticas públicas” *lato sensu* para depois asseverar que “a mudança dos operadores jurídicos, agindo em várias áreas de políticas públicas deixadas ao largo pelo Poder Executivo, já por si só provoca(ria) discussões que levariam os Poderes Legislativo e Executivo à reformulação de suas linhas de atuação”³⁶³.

Veja-se que este “agir” nas políticas públicas não está autorizado na Constituição e, mesmo assim, vem sendo aceito pela doutrina, com custo elevadíssimo para sociedade. Estranha, pois, tamanha resistência ao reconhecimento da legitimidade do Poder Judiciário para editar súmulas vinculantes, mormente havendo autorização constitucional.

No direito português, Castanheira Neves, modo expresso, admitia a possibilidade da edição dos assentos se houvesse previsão constitucional. Após concluir pela inconstitucionalidade dos assentos, diz Castanheira Neves:

Conclusão esta que apenas teria de ceder perante a expressa atribuição pela Constituição, àquele tribunal dessa função ou competência – o que não deixaria de implicar, diga-se, desde já, uma profunda alteração tanto do sentido normativo dos princípios, como do alcance jurídico das normas constitucionais invocados, por exigência dos princípios hermenêuticos da unidade (normativa) e da coerência (prático-teleológica) da Constituição.³⁶⁴

A atribuição de poder normativo à Magistratura não se constitui novidade no direito brasileiro, como lembra Dinamarco: “A teor do vigente artigo 114, nas circunstâncias ali previstas poderá a Justiça do Trabalho ‘estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais de proteção ao trabalho’, com vistas a compor os dissídios coletivos não compostos por ato negocial das categorias envolvidas”³⁶⁵.

³⁶² STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 46-47.

³⁶³ Ibidem, p. 47.

³⁶⁴ CASTANHEIRA NEVES, 1994, p. 119.

³⁶⁵ DINAMARCO, 2003a, p. 178.

E como destaca Hermes Zaneti Junior alguns dispositivos do direito anterior já apontavam para a valorização daquilo que restara decidido modo pacífico pelos Tribunais como, por exemplo, o artigo 557 do CPC, permitindo que a decisão tenha por base a jurisprudência dominante³⁶⁶.

No que concerne à necessária e imprescindível independência funcional da Magistratura, tem-se que, da mesma forma, não fica maculada com a súmula vinculante. Acerca do tema convém rememorar, inicialmente, a lição de Mauro Cappelletti para quem a independência dos juízes não representa um fim em si mesmo, mas um valor instrumental de modo a preservar outro valor–conexo, diverso e bem mais importante do que o primeiro: a imparcialidade do juiz. O valor ‘final’ – a ‘essência’ ou a ‘natureza’, por assim dizer–da função judiciária, de acordo com Cappelletti, é a tomada de decisão por um terceiro imparcial, *tertius super partes*, depois que as partes tenham tido a possibilidade de apresentar e defender o seu caso [...]³⁶⁷.

Na mesma linha Luiz Flávio Gomes: “concebemos a independência judicial desse modo, não como um fim em si mesmo, senão como um meio, um conceito instrumental em relação à imparcialidade, a serviço da idéia de que o juiz deve sempre atuar como terceiro na composição dos interesses em conflito, com a lei como ponto de referência indiscutível”³⁶⁸.

A independência do Magistrado não está ligada à necessidade de inexistir obrigatoriedade de observância de decisões da mais alta Corte do país. Cappelletti, após afirmar que tanto juízes quanto legisladores criam direito, embora mediante método notoriamente diverso, assinala que a característica distintiva da “criação judicial” deve ser, necessariamente: (a) conexão de sua atividade decisória com as partes; (b) atitude de imparcialidade do juiz que não deve ser chamado a decidir *in re sua*, devendo assegurar às partes o direito de serem ouvidas e (c) deve ter, de sua vez, grau suficiente de independência

³⁶⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do Processo. **A Virada do Paradigma Racional e Político no Processo Civil Brasileiro do Estado Democrático Constitucional**. Tese de Doutorado. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nov 2005. p 325-358.

³⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis**. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 32.

³⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.42.

em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes do poder político”³⁶⁹. Registra, outrossim, que a independência e a imparcialidade somente podem ser realidades relativas e não absolutas³⁷⁰.

Na mesma esteira a descrição de Owen Fiss: “Há muito reconhecida como uma das características do constitucionalismo norte-americano, a independência do juiz, pode tomar diferentes formas, todas essenciais para um bom julgamento, mas nenhuma absoluta”³⁷¹. Destaca três formas de independência.

A primeira diz respeito à neutralidade judicial, isto é, a necessária equidistância que o juiz deve ter das partes. Alerta, contudo, que afinidades culturais e ideológicas não podem ser prevenidas, pelo que esta forma de independência é uma realidade ideal. A segunda forma de independência requer que o juiz não seja limitado por pressões corporativas ou institucionais ao decidir questões de fato ou de direito. Igualmente esta forma é parcialmente realizada, na medida em que

espera-se que todos os juízes mantenham-se fiéis às decisões precedentes de outros juízes em razão da doutrina do *stare decisis*. Os juízes de cortes de grau inferior são ainda mais limitados: estão sujeitos à revisão em sede de recurso e, mais recentemente, ao controle burocrático. A terceira forma refere-se ao princípio da independência e da separação dos poderes, salientando a complexidade desta forma e a sua relativização diante da nomeação de magistrados pelo Presidente da República.³⁷²

Há que se reconhecer, assim, dada a instrumentalidade da independência dos Magistrados e, ainda, a necessária convivência da referida prerrogativa com os princípios da isonomia e da segurança jurídica, mormente em um país cujos recursos públicos são escassos, impondo a prestação do serviço público jurisdição do modo mais eficaz, que a súmula vinculante não abala o princípio da independência, mostrando-se, oportuno, reproduzir, aqui a lição enfática de Calmon de Passos:

Talvez só porque, infelizmente, no Brasil pós 88 se adquiriu a urticária do ‘autonomismo’, e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tornado

³⁶⁹ CAPPELLETTI, 1993, p. 75.

³⁷⁰ Ibidem, p. 75.

³⁷¹ FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 153

³⁷² FISS, 2004, p. 153-154.

passional o problema da súmula vinculante. E isso eu percebi muito cedo quando, falando para juízes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, um deles, jovem, inteligente, vibrante, me interpelou: Prof. Calmon, onde fica minha liberdade de consciência e meu sentido de justiça? Respondi-lhe, na oportunidade, o que aqui consigno. Esta mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juízes poderiam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança jurídica aos jurisdicionados?³⁷³

Cumpre, agora, enfrentar-se o argumento referido à falta de legitimidade para o exercício do poder normativo mediante a edição de súmula vinculantes.

Inicia-se com os ensinamentos de Mauro Cappelletti acerca do tema. O autor italiano assim situa o problema tratando dos limites da criação judicial do Direito:

Uma limitação ainda maior da criatividade judiciária, a constituir provavelmente a mais forte objeção contra tal criatividade, concerne ao seu alegado caráter não majoritário e, portanto, antidemocrático, especialmente, mas não apenas, quando a criatividade se exerce no âmbito do controle judiciário das leis. [...] Trata-se, em minha opinião, de problema que não se pode resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade,—ou, para ser mais preciso, alto grau de criatividade, pois bem vimos como se trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa—, pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais denominada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade.³⁷⁴

Alerta Cappelletti que de há muito dissipou-se a “utopia ocidental” que tinha como possível a perfeita capacidade dos poderes políticos de alcançar o consenso entre os governados, ou pelo menos de sua maioria. Não há paradigma perfeito de democracia representativa e, isso sim, uma complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre os vários centros de poder. O que daí resulta não representa, necessariamente, a vontade da maioria³⁷⁵.

O quanto acima aduzido acerca da democracia contemporânea não importa afirmar que se deva renunciar à luta por seu aperfeiçoamento. Muito pelo contrário. A legitimação

³⁷³ PASSOS, Calmon de. Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional da 1ª Região*, v. 9, n. 1., jan./mar. 1997, p. 176.

³⁷⁴ CAPPELLETTI, 1993, p. 92.

democrática deve ser perseguida em todas as formas de criação do Direito, sendo de reconhecer-se, contudo, que o Poder Judiciário não é de todo despido de representatividade. Esta representatividade, embora mais acentuada nos países de *common law*, está presente, pelo menos em parte, nos países nos quais as Cortes Supremas têm seus juízes nomeados politicamente. Além disso, a motivação das decisões foi erigida a garantia constitucional, seja no Brasil, seja na Itália. Vale dizer: “os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de exposição ao público e de controle por parte da coletividade, que também pode torná-los, de forma indireta, bem mais responsáveis perante a comunidade do que muitos entes administrativos”³⁷⁶.

É claro que, alerta Cappelletti,

também os juízes podem se transformar em burocratas distantes, isolados do seu tempo e da sociedade, mas, quando isto ocorre, um sadio sistema democrático tem a capacidade de intervir e corrigir a situação patológica, mediante instrumentos de controle recíprocos. Em particular, a norma inaceitável, judicialmente criada, pode ser corrigida ou ab-rogada mediante um ato legislativo, e, no limite, até por meio de uma revisão constitucional.³⁷⁷

Diz, ainda, Cappelletti, que é justamente na natureza do processo jurisdicional que os juízes devem encontrar o antídoto mais formidável contra o perigo de se distanciarem da comunidade na qual funcionam, ainda quando chamados a decidir disputas de amplo significado político social. Nas palavras do autor:

Lembro, mais uma vez, as regras fundamentais de antiga sapiência, que imprimem ao processo judiciário a sua natureza única: a regra, segundo a qual, a função jurisdicional não pode ser exercida senão a pedido da parte, e aquela, segundo a qual, o juiz não pode ficar sujeito a pressões parcializadas e deve garantir o contraditório das partes. Pois bem, entendo que justamente no respeito a essas regras fundamentais está a melhor garantia da legitimidade democrática da função judiciária.³⁷⁸

Dinamarco confere ao óbice da legitimidade política tratamento cáustico: “soa cínico ou ao menos ingênuo o discurso voltado a impugnação da legitimidade política dos membros do Poder Judiciário para emitir normas jurídicas com algum caráter de generalidade e

³⁷⁵ Ibidem, p. 95.

³⁷⁶ Ibidem, p. 98

³⁷⁷ CAPPELLETTI, 1993, p. 100.

³⁷⁸ Ibidem, p. 102.

abstração. Não exercendo poder outorgado pelo voto, já se disse, eles não seriam portadores de adequada representatividade que os legitimasse a legislar³⁷⁹.

E prossegue afirmando que as súmulas vinculantes não podem ser equiparadas a lei, pelo que os juízes não podem se transformar em autênticos legisladores. De resto, lembra o autor que “o sistema brasileiro de recrutamento e seleção de juízes é eminentemente democrático, na grande maioria dos casos mediante concurso e critérios suficientemente objetivos”³⁸⁰. Registra, por derradeiro, que “uma suposta e eventual submissão dos ministros do Supremo Tribunal Federal à vontade do Poder Executivo não tem sido sequer objeto de queixas significativas; nem o Supremo Tribunal Federal pode, no contexto de suas atividades, ao longo da história, ser tachado de dócil ou submisso”³⁸¹, sendo que a Excelsa Corte já detinha poder normativo antes da EC 45/2004, na competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de atos normativos federais, cassando-lhes ou determinando a cassação de sua eficácia.

Resta, ainda, o argumento alusivo à obstaculização do desenvolvimento do Direito. Sem dúvida uma das mais importantes virtudes da jurisprudência sempre foi a capacidade de adaptar-se às mudanças sócio-econômicas do país e esta constatação, decorrência mesmo das características da função jurisdicional, não parece ficar afastada pela atribuição de caráter vinculante às súmulas. Trata-se, antes, do reconhecimento do produto do exercício da jurisdição de modo compatível com a estabilidade e segurança das relações jurídicas. A superação das contradições no seio do Poder Judiciário, aliás, tem como lógica consequência seu fortalecimento.

Além disso, por evidente que não são todas as controvérsias que ensejam a edição de súmula com efeito vinculante. Na lição de Wambier, Wambier e Medina:

As Súmulas só podem dizer respeito a situações capazes de se repetir ao longo do tempo de modo absolutamente idêntico. Em princípio, não se poderia, por exemplo, sumular tese jurídica relativa a direito de família, porque situações de família nunca são idênticas. Diferentemente do que ocorre no plano do direito tributário, em que um *leasing* é sempre um

³⁷⁹ DINAMARCO, 2003, p. 179.

³⁸⁰ Ibidem, p. 179.

³⁸¹ Ibidem, p. 179

leasing, e se deve saber com certeza se se trata, ou não, de atividade tributável.³⁸²

Na verdade, a doutrina sempre preconizara que a adoção da súmula vinculante fosse “estruturada na conciliação das necessidades contraditórias, uma de estabilidade e outra de transformação”³⁸³. E esta conciliação parece ter sido alcançada de forma razoável: as súmulas podem ser objeto de revisão e de cancelamento, mediante procedimento próprio, merecendo ser enfatizado seu cabimento apenas em matéria constitucional.

De acordo com Roberto Rosas o efeito vinculante da súmula “não se torna uma garra, um torniquete, porque há possibilidade da aplicação ou não ao caso concreto, desde que não seja aplicável. [...] Como as súmulas, que podem ser alteradas, por nova legislação ou nova interpretação, também o efeito vinculante pode ser alterado ou cassado”³⁸⁴.

Lembra Tesheiner que as súmulas serão “objeto de interpretação e, portanto, de controvérsia. Haverá questões a responder: É constitucional a súmula que se pretende aplicar? Incidiu no caso concreto? Qual seu exato significado? Ocorreram transformações no mundo dos fatos ou do Direito a impor sua desconsideração?”³⁸⁵.

De resto, a correta aplicação da súmula de modo a não impedir o desenvolvimento da jurisprudência é tarefa que compete aos juristas dos quais se exigirá, leciona Zaneti,

Uma preocupação renovada com o método (não só no fórum, mas também no ensino jurídico). São temas que deverão fazer parte do nosso cotidiano: a *ratio decidendi*, sem a qual se torna inaplicável na prática da jurisprudência dos precedentes; o *distinguished*, que trata da distinção entre casos julgados e o caso em julgamento; e, o *overruled*, alertando para a possibilidade de superação dos precedentes anteriores.³⁸⁶

Sendo objetivo deste trabalho demonstrar a relevância da uniformização de jurisprudência, e sendo a súmula expressão de entendimento reiterado de determinado tribunal, há de se tomar posição favorável à súmula vinculante com o seguinte registro: Havendo súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal ou mesmo sendo reiterado seu

³⁸² WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 384.

³⁸³ LIMA, Diomar. Bezerra. Súmula vinculante: uma necessidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 106, abr./jun. 2002, p. 218.

³⁸⁴ ROSAS, Roberto. Efetividade e instrumentalidade: estruturação processual: caminhos de uma reforma. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 85, jan./mar. 1997, p. 20.

³⁸⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. **Reforma do judiciário**. Disponível em: <www.tex.pro.br> Acesso em: 19 abr. 2005.

³⁸⁶ ZANETI JUNIOR, 2005, p 325-358.

entendimento acerca de determinada matéria, a observância pelas Cortes inferiores de Justiça e pela Administração Pública deveria ser lógica decorrência do sistema e da competência constitucionalmente deferida às Cortes Superiores, sem a necessidade de reforma constitucional impondo o efeito vinculante.

Era este o entendimento, aliás, de Calmon de Passos:

os precedentes vinculam em razão do modo de operatividade do sistema judiciário, sem que para tanto haja necessidade de previsão expressa. É que ao Supremo Tribunal Federal a Constituição deferiu o mister de velar pela autoridade, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da *Lex Mater*. Da mesma forma ao Superior Tribunal de Justiça quanto à lei federal. Isso já mostra que o intérprete natural de tais normas, com o encargo de cometer o último equívoco são as referidas cortes.³⁸⁷

De toda forma, tendo sido necessária reforma constitucional para dizer o que deveria decorrer da “operatividade do sistema”, há que se acatar a súmula vinculante, até porque, como diz Tesheiner é certo que as ditas súmula podem contribuir para a uniformização da jurisprudência e que facilitam o trabalho dos juízes³⁸⁸.

Se era possível reconhecer-se o caráter de fonte formal do Direito à jurisprudência dominante, com muito maior razão há que se reconhecer esse *status* à figura da súmula vinculante introduzida pela EC 45/2004 na esteira do que preconiza Zaneti: “Ora, a reforma constitucional do Poder Judiciário, Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, acresceu um importante dado na construção que vínhamos elaborando até aqui. Ao criar a possibilidade das súmulas vinculantes, abriu espaço para a consolidação do *stare decisis, et non quieta movere* [...] O fato está aí, a jurisprudência vinculando a uma determinada interpretação do direito, quer fortemente (como nas súmulas e nas decisões de controle de constitucionalidade), quer de maneira mais suave, argumentativa (como na possibilidade de julgamento conforme a jurisprudência vinculante), denota que a criação dos tribunais é hoje, no Brasil, fonte primária do direito”³⁸⁹, sendo no mesmo sentido a lição de Sifuentes segundo a qual as súmulas vinculantes podem ser classificadas como “verdadeiras fontes de direito”³⁹⁰.

³⁸⁷ PASSOS, 1997, p. 171-176.

³⁸⁸ TESHEINER, 2005, às 20:00

³⁸⁹ ZANETI, 2005, p 325-358.

³⁹⁰ SIFUENTES, 2005, p. 161.

O reconhecimento de que a súmula vinculante é fonte formal de Direito não significa, em absoluto, equipará-la à norma emitida pelo Poder Legislativo. Não mesmo. A lei e a jurisprudência são fontes do direito, mas fontes distintas, com metódica diversa para a solução das controvérsias jurídicas³⁹¹. Trata-se, pois, a súmula vinculante de ato jurisdicional (exarado por órgão do Poder Judiciário), a que a Constituição Federal atribuiu a capacidade de extrapolar as fronteiras da lide para alcançar aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

A par de ser possível reconhecer a atribuição de poder normativo ao STF, eis que reconhecida a possibilidade de atribuir-se eficácia vinculante às suas decisões, as súmulas representam entendimento consolidado a partir de julgamentos de casos concretos, situando-se “num plano intermediário entre o abstrato da lei e o concreto das decisões em casos concretos”³⁹². Na lição de Bermudes: “é preponderantemente jurisdicional a função, conferida pela Emenda ao Supremo, de baixar súmulas vinculantes porque elas não constituem lei em si mesmas, porém modo obrigatório de aplicar a lei”³⁹³.

É na edição das súmulas vinculantes que se poderá obter a síntese entre a uniformidade da aplicação das leis e o da criação jurisprudencial de normas jurídicas. Invocando-se, uma vez mais a lição de Tesheiner: “as leis editadas só raramente são modificadas ou reformadas. Enquanto isso, porém processam-se profundas transformações sociais e não menos profundas modificações na valoração dos fatos sociais. O legislador de normas abstratas pode ignorá-las. O juiz não [...]. Surge, assim, ao lado da norma legal, a norma jurisprudencial, não menos dotada de juridicidade”³⁹⁴.

Presente o atual texto da Lei Maior, a expressão de há muito cunhada por Tesheiner-norma jurisprudencial- parece sintetizar a natureza da súmula vinculante.

³⁹¹ ZANETI, 2005, p.325-358.

³⁹² DINAMARCO, 2005, p. 179.

³⁹³ BERMUDES, Sérgio. **A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional nº 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 118.

³⁹⁴ TESHEINER, José Maria. Uniformização e criação judicial do direito. Revista da **AJURIS**, Porto Alegre, v. 8, n. 21, mar. 1981, p. 70.

De referir-se que ficou pendente de aprovação, no Congresso Nacional, a atribuição de efeito impeditivo de recurso às súmulas que forem editadas pelo Superior Tribunal de Justiça, após aprovação de dois terços de seus membros e reiteradas decisões sobre a matéria.

6 INSTRUMENTOS DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

6.1 *Classificação: Instrumentos Constitucionais e Infraconstitucionais*

Sustenta-se no âmbito deste trabalho a necessidade de ser uniformizada a jurisprudência, necessidade esta que, além de consultar o interesse social, decorre de princípios constitucionais. Mais do que isso, o ordenamento jurídico brasileiro prevê vários instrumentos destinados a tornar uniforme o entendimento dos tribunais. Nas palavras de Mancuso:

se o ordenamento processual segue mantendo impugnações que têm a divergência jurisprudencial como fundamento precípua, há de ser porque o legislador considera que essa divergência, quando extrapola certos lindes ou não venha justificada por importante alteração superveniente nas fontes substanciais ou formais do Direito, na verdade deixa de ser tolerável, passando a contrariar valores e interesses particularmente relevantes a saber: 1) o sentimento comum de justiça, dominante na sociedade civil, o qual não se compadece com a desigualdade contemporânea nas respostas judiciais sobre um mesmo assunto; 2) respeitabilidade do Direito, do Processo e da Jurisdição, trinômio necessário à estabilidade das relações entre os jurisdicionados e na interação destes com o Estado; 3) imperiosidade de uma resposta judicial de boa qualidade, vale dizer, justa, jurídica, tempestiva e econômica, poder-dever indeclinável, que a Constituição Federal comete ao braço judiciário do Estado.³⁹⁵

A previsão no ordenamento jurídico de vários mecanismos voltados à preservação da inteireza do direito objetivo foi constatada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, após discorrer acerca do respeito à segurança jurídica presente em nosso sistema conclui que:

Constituem exemplos dessa predisposição, no direito brasileiro, o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, o recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade e o instituto da uniformização jurisprudência. Em tais hipóteses, embora em jogo o direito da parte, subjaz no fundo o interesse estatal, seja pela coordenação do conteúdo dos julgamentos, seja pela declaração de ilegitimidade das leis infraconstitucionais, tudo para diminuir as possibilidades de erros e contradições, incrementando, assim, mediante o aperfeiçoamento da distribuição de justiça, a confiança do cidadão na autoridade do Estado.³⁹⁶

³⁹⁵ MANCUSO, 2002, p. 303.

³⁹⁶ OLIVEIRA, 2003, p. 67.

Esses instrumentos de uniformização não se esgotam, como ficará demonstrado, no incidente de uniformização de jurisprudência ou nos embargos de divergência. Na verdade, procurou-se catalogar todos os instrumentos que conduzem à superação da divergência jurisprudencial. O objetivo deste capítulo é enumerar tais instrumentos e discorrer acerca de suas características principais.

Antes de passar-se ao exame dos mesmos, cabe explicitar a classificação adotada. Considerando os inúmeros instrumentos existentes, propõe-se uma classificação com base na hierarquia dos textos nos quais estão previstos. Assim, para instrumentos previstos na Constituição Federal, ainda que seu detalhamento possa constar na legislação ordinária, atribuiu-se a denominação Instrumentos Constitucionais. Para os instrumentos previstos na legislação ordinária, atribuiu-se a denominação de Instrumentos Infraconstitucionais. Cumpre, pois, examiná-los.

6.2 Instrumentos Constitucionais de Uniformização de Jurisprudência

6.2.1 Controle Concentrado de Constitucionalidade

No que concerne ao aspecto subjetivo do controle jurisdicional de constitucionalidade Mauro Cappelletti aponta “dois grandes tipos de sistema”: (a) o sistema difuso, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e (b) o sistema concentrado, em que o poder de controle se concentra em um único órgão judiciário³⁹⁷. O controle no sistema concentrado pode ser denominado, ainda, de controle direto ou abstrato de constitucionalidade.

No Brasil, desde anteriormente à Constituição Federal de 1988, adotou-se um sistema denominado “misto” de controle de constitucionalidade. Nada obstante, até a edição daquela Carta existia forte acento no controle difuso, sendo o controle concentrado acidental e

³⁹⁷ CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 67.

episódico. Com o advento da Carta Magna de 1988 este panorama modificou-se como observa Ives Gandra Martins da Silva:

Deve assinalar-se que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil sofreu uma substancial reforma com o advento da Constituição de 1988. A ruptura do chamado monopólio da ação direta outorgado ao Procurador-Geral da República e a substituição daquele modelo exclusivista por um amplíssimo direito de propositura configuram fatores que sinalizam para a introdução de uma mudança radical em todo sistema de controle de constitucionalidade. Embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional ‘incidental’ ou ‘difuso’, é certo que a adoção de novos instrumentos por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivos e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade.³⁹⁸

Na visão de Cappelletti a introdução nos sistemas de *civil law* do controle difuso

levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional por alguns juízes, enquanto poderia ao invés, ser aplicada não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional.³⁹⁹

Essa constatação demonstra a relevância do controle direto ou abstrato de constitucionalidade enquanto instrumento de uniformização da jurisprudência, desempenhando o que Gilmar Mendes denominou de “função corretiva do modelo incidente ou difuso”:

Pode-se afirmar, pois, que o controle abstrato de normas preenchia, nos modelos constitucionais de 1946, após a Emenda n. 16, de 1965, e de 1967/69, uma função supletiva e uma função corretiva do ‘modelo incidental ou difuso’. Ele possibilitava a aferição de constitucionalidade de leis que, pela via incidental, jamais teriam a sua constitucionalidade examinada judicialmente por não se mostrarem aptas, em princípio, a ser submetidas, como questão preliminar, numa controvérsia concreta. O controle abstrato de normas desempenhava, também, uma função corretiva, na medida em que, mediante decisão direta e definitiva do Supremo Tribunal Federal, permitia superar a situação de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças

³⁹⁸ MARTINS; MENDES, 2001, p. 19

³⁹⁹ CAPELLETTI, 1999, p. 77.

decorrentes da multiplicidade e da contraditoriedade dos julgados proferidos pelos diferentes juízes ou Tribunais sobre a mesma matéria.⁴⁰⁰

O controle direto ou abstrato de inconstitucionalidade exercido no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, compreende a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, as quais serão objeto de exame a seguir. Antes, porém, tratar-se-á de característica comum às decisões proferidas em tais demandas e fundamental à inserção das mesmas entre os instrumentos de uniformização de jurisprudência: a eficácia vinculante de suas decisões.

6.2.1.1 Efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade: possibilidade de Reclamação

A construção dos contornos do processo de controle direto de constitucionalidade deve-se, em grande parte, às próprias decisões da Excelsa Corte, como anota Mendes:

De anotar, porém, que o maior mérito da jurisprudência do Supremo Tribunal federal, sob o império das Constituições de 1946 (Emenda nº 16, de 1965) e de 1967/69), está relacionado com a definição da natureza jurídico-processual do processo de controle abstrato. A identificação da natureza objetiva desse processo, a caracterização da iniciativa do Procurador-Geral da República como simples impulso processual e o reconhecimento da eficácia *erga omnes* das decisões proferidas nesses processos pelo Supremo Tribunal Federal configuraram, sem dúvida, conquistas fundamentais para o mais efetivo desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil.⁴⁰¹

A tese da nulidade da lei inconstitucional tornou-se praticamente um dogma no Brasil⁴⁰². Ao lado da tese da nulidade e, portanto, da retirada *ex tunc* da lei do ordenamento jurídico tinha-se, como lógica decorrência, a aplicação a todos da decisão de inconstitucionalidade.

Trata-se de lição baseada na doutrina norte-americana segundo a qual “*the unconstitutional statute is not law at all*”, mas que não encontrava, no direito brasileiro fundamento jurídico, como constatado por Lúcio Bittencourt:

⁴⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77.

⁴⁰¹ Ibidem, p. 77.

⁴⁰² Ibidem, p. 288.

as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta ou colateral da decisão declaratória de inconstitucionalidade, porque embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça, não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.⁴⁰³

Se no direito norte-americano a doutrina do *stare decisis* conferia efeito vinculante às decisões da Suprema Corte, aqui a doutrina limitava-se a repetir a nulidade da lei declarada inconstitucional e a necessidade de os órgãos estatais deixarem de aplicá-la⁴⁰⁴. Na Constituição de 1934 foi introduzida a chamada suspensão da execução das leis mediante atuação do Senado Federal, a fim de emprestar-se força normativa às declarações de inconstitucionalidade incidentalmente proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. O mesmo instituto foi mantido na Constituição de 1946, de 1967/69 e de 1988.

Inicialmente, o E. STF comunicava ao Senado Federal as decisões de inconstitucionalidade proferidas no controle abstrato e no controle incidental. Somente em 1977 o Supremo Tribunal Federal afirmou que a decisão exarada no âmbito do controle direto de constitucionalidade era dotada de eficácia *erga omnes*. Em resposta à consulta formulada pelo Senado Federal, entendeu a Excelsa Corte que a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato estava vinculada, fundamentalmente, à natureza do processo e, portanto, prescindia de fundamento legal.⁴⁰⁵

Assim, conforme orientação do E. STF, “a lei declarada inconstitucional sem ressalvas é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso jure* e *ex tunc*“, não mais podendo ser aplicada, seja no comércio jurídico privada, seja na esfera estatal⁴⁰⁶.

Na lição de Jorge Miranda em nome da supremacia da Constituição como fundamento de validade dos atos surgidos na sua vigência, logicamente a decisão de inconstitucionalidade deveria adquirir eficácia retroativa ou *ex tunc*. No entanto, alerta o mesmo autor, “nem sempre

⁴⁰³ BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 140-141.

⁴⁰⁴ MENDES, 2004, p. 290.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 291.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 292.

o direito positivo consagra este postulado, podendo estabelecer eficácia só para o futuro ou *ex tunc*⁴⁰⁷.

De fato, embora tenha ganhado foros de verdade axiomática, a eficácia *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade foi, por assim dizer, timidamente questionada no âmbito do STF, em voto proferido pelo Ministro Leitão de Abreu:

Hans Kelsen, enfrentando o problema, ha sua general *Theory of Law and State* inclina-se pela opinião que dá pela anulabilidade, não pela nulidade da lei inconstitucional. [...] Com base nessa orientação jurisprudencial, escreve o famoso teórico do direito: ‘a decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo *ab initio*, porque preenche os requisitos da nulidade determinados pela ordem jurídica, é um ato constitutivo possui um efeito legal definido; sem esse ato e antes dele o fenômeno em questão não pode ser considerado nulo. Donde não se tratar de decisão declaratória, não constituindo, como se afigura, declaração de nulidade: é uma verdadeira anulação [...]’ Acertado se me afigura, também, o entendimento de que não se deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade [...].⁴⁰⁸

Na ocasião, contudo, o Min. Leitão de Abreu não limitou os efeitos pretéritos da declaração de inconstitucionalidade.

Como esclarece Mendes esta reflexão do Min. Leitão de Abreu não provocou mudança no entendimento do E. STF quanto à eficácia *ex tunc*. Tanto que, prossegue o autor, antes do advento da Lei nº 9.868/99, o STF talvez fosse o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁴⁰⁹.

De acordo com o artigo 27 da referida Lei nº 9.868/99, o E. STF, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá, 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 a ser fixado. Na esteira na lição de Jorge Miranda, trata-se de solução legislativa que privilegia a segurança jurídica até porque, como adverte Tesheiner, “o postulado da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia

⁴⁰⁷ MIRANDA, Jorge. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 18, mar./abr. 2003, p. 39.

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 79.343. Relator: Min. Leitão de Abreu. j. em 02 maio 1977. **D.J** 31 ago. 1977.

⁴⁰⁹ MENDES, 2004, p. 303.

constitucional. Isso, porém, não impede o desenvolvimento de fórmulas intermediárias (como as que se converteram em lei)⁴¹⁰.

Além da eficácia *ex tunc* e *erga omnes* das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, há que se mencionar outro efeito, este sim mais importante do ponto de vista da uniformidade da jurisprudência, das decisões proferidas em sede de controle abstrato: o efeito vinculante.

Como referido quando se abordou a súmula vinculante, trata-se de instituto desenvolvido no direito alemão. Pelo efeito vinculante as decisões proferidas em sede de controle direto tornam-se de obrigatória observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo (*rectius*: administração pública).

O efeito vinculante em sede de controle abstrato foi previsto, inicialmente, como atributo das decisões proferidas nas ações diretas de constitucionalidade, introduzidas em nosso sistema pela Emenda Constitucional nº 03/93. Tal ação visou afirmar *a priori* a constitucionalidade de lei ou ato normativo, enfatizando a busca incessante do sistema por segurança jurídica. Entendeu o legislador constituinte que, em determinadas hipóteses, não era possível aguardar a uniformização de jurisprudência advinda depois de longas discussões nos Tribunais, sendo necessário, antes disso, verificar a compatibilidade de lei ou ato normativo federal com a Carta Magna, prevenindo interpretações contraditórias.

De fato, pela eficácia *erga omnes* até então reconhecida às decisões proferidas no controle direto, vale dizer, eficácia que atingia a todos, não ficava obstado às demais instâncias do Poder Judiciário julgarem de maneira distinta, ficando as partes prejudicadas até que conhecido e provido eventual recurso extraordinário contra decisão que desbordava do entendimento do E. STF. E justamente para enfrentar esse problema é que foi agregado o efeito vinculante: é esse efeito que permite ao prejudicado, se for o caso e, prontamente, restabelecer a segurança jurídica pela via da reclamação.

A compatibilidade da Emenda Constitucional nº 03/93 no que concerne à introdução no ordenamento jurídico da ação direta de constitucionalidade foi objeto de exame em questão

⁴¹⁰ TESHEINER, José Maria Rosa. Ação direta de inconstitucionalidade e declaratória da constitucionalidade. **Revista Jurídica**, v. 52, n. 352, nov. 2004, p. 85.

de ordem suscitada de ofício na Ação Direta de Constitucionalidade nº 01-01⁴¹¹. Também o efeito vinculante foi objeto de exame pelos Ministros na referida ADC, considerando os argumentos suscitados pela Associação Brasileira dos Magistrados: supressão da função judicial criadora e de garantias fundamentais intangíveis como o acesso ao Poder Judiciário, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e, ainda, o princípio da separação entre os Poderes. Cabe, pois, transcrever alguns excertos do acórdão que resumem o debate.

O relator, Min. Moreira Alves, após referir a justificativa da emenda baseada justamente no fato de que “um dos aspectos que mais têm preocupado o país, pelo prisma da nova ordem constitucional, é a valorização dos juizados de 1ª instância louvável conquista da cidadania – sem a contrapartida de um instrumento processual de uniformização célere, omissão incompreensível do constituinte na conformação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade”, explica que a eficácia *erga omnes* conferida às decisões proferidas em ADIn não impedia a “possibilidade de o Poder Judiciário, por suas instâncias inferiores, poder continuar a julgar em contrário, hipótese em que às partes prejudicadas nos casos concretos, só restará, em recurso extraordinário, ver respeitada, pelo Supremo Tribunal Federal, sua decisão em ação direta de inconstitucionalidade”. Contudo, relativamente, ao efeito vinculante previsto para as decisões na ADC, há um *plus*, qual seja, o efeito vinculante, que permite à parte “valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal”, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão”. Para o Ministro relator, contudo, esse efeito vinculante irradia-se apenas com relação ao dispositivo da decisão, não atingindo a motivação.

Acerca da alegação de supressão da independência dos Magistrados assim manifestou-se, na ocasião, o Min. Moreira Alves:

Mesmo nos países em que só se admite o controle concentrado de constitucionalidade exercido por Corte Constitucional, nunca se sustentou que, com ele se retirou a independência da magistratura. Essa crítica—que não decorreria da criação da ação declaratória de constitucionalidade, mas que poderia ser feita quanto à ação direta de inconstitucionalidade—é tanto mais improcedente quanto certo que, no Brasil, o órgão que exercita esse controle concentrado, em face da Constituição Federal é, por força dela mesma, o Supremo Tribunal Federal, que não apenas integra o Poder Judiciário, mas se encontra no ápice de sua hierarquia. [...] Por fim, é

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 01-01-DF. Relator: Min. Moreira Alves, j. em 27 out. 1993. **D.J** de 16 jun. 1995.

também inteiramente improcedente a alegação de que essa ação converteria o Poder Judiciário em legislador, tornando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é ínsito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexista controvérsia que ponha em risco essa presunção e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, que deverá ser demonstrada com a inicial, afluem, inclusive, os argumentos pró e contra a constitucionalidade, ou não, do ato normativo em causa, possibilitando a esta Corte o conhecimento deles e de como têm sido eles apreciados judicialmente. Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo. Não há, assim, evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação de Poderes.

Para o Ministro Sepúlveda Pertence a convivência no sistema do controle difuso e do controle concentrado de constitucionalidade

não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade dos processos que, inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centena de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

No que concerne ao efeito vinculante, mais especificamente, consta do voto do Min. Francisco Rezek:

Outro ponto—quero ser bastante sumário—é o que diz respeito ao efeito vinculante da decisão. [...] Quanto a mim, a única coisa que me pergunto é por que esse efeito vinculante não preexiste, por que já não vínhamos trabalhando com ele na ação declaratória de inconstitucionalidade. Insiste-se em que dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à revelia, se for o caso, do que tenham dito tribunais a ele superiores. Isso faz algum sentido na medida em que é ilimitado o índice de variedade das situações concretas: não há um processo igual a outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores. Houve uma época – membros mais antigos

deste Tribunal o recordam – em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo Tribunal tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se a prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada ‘liberdade de convencimento’, própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de uma lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar coisas novas. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso...só nessa circunstância infeliz a rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Com todo o respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma contemporizar. 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 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?

Já o Ministro Néri da Silveira assim se manifestou:

Não há, em realidade, na espécie, avocação das causas concernentes à aplicação da lei ou ato normativo federal, objeto da ação, em processamento perante outros juízos ou Tribunais, mas tão-só, a sujeição imediata, ao Supremo Tribunal Federal, do litígio de inconstitucionalidade, em abstrato, que já esteja instaurado e em curso perante instâncias inferiores, em ordem a que, de forma mais expedida a Corte, a quem cabe a guarda da Constituição e o pronunciamento derradeiro sobre a validade da norma, conheça da controvérsia e lhe dê, desde logo, a solução ditada pela Lei Magna, pacificando-se, em âmbito nacional, em princípio, o litígio que lavra nos órgãos inferiores do Poder Judiciário. Com isso, torna-se, em mais breve tempo, certa e definitiva a decisão do Poder Judiciário sobre o tema constitucional em discussão.

O efeito vinculante, para o Min. Paulo Brossard,

é uma medida de utilidade, que o legislador entendeu oportuno adotar. É uma medida de utilidade porque, por essa ou aquela razão, acontece entre nós o que não acontece em outros países de diferente tradição histórica e jurídica, em que uma decisão de Tribunal Superior, não pela lei, mas pela teoria do *stare decisis*, se faz respeitável e respeitada. Não há lei que

determine o respeito a um acórdão da Suprema Corte. Entre nós, por essa ou por aquela razão, durante decênios se controverte sobre um tema, e não chega a termo o dissenso. [...] É possível arrolar mil decisões num sentido e mil e uma em sentido inverso. Ora, isto não pode continuar indefinidamente. O princípio da utilidade tem de se fazer sentir, ainda que isso importe, aqui ou ali, em certas situações menos confortáveis, mas é como o limite dos recursos: um, três, cinco, dez recursos; esgotados os recursos, o feito tem de ter fim, e com ele as divergências. É um princípio de utilidade jurídica, social, política, utilidade no seu sentido mais amplo.⁴¹²

O único voto pela inconstitucionalidade das disposições alusivas à ADC e ao efeito vinculante foi do Min. Marco Aurélio:

Com a ação de inconstitucionalidade e o efeito vinculante do provimento positivo do Supremo, as lides em andamento são apanhadas e aí os desfechos respectivos decorrerão de simples e obrigatória observância do decidido, sem dele ter participado os verdadeiramente interessados e que integram uma minoria. [...] Sr. Presidente, sob a minha óptica e com a vênua dos que pensam em contrário, a Emenda Constitucional nº 03, no que acabou por dispor, como o fez, sobre mais uma ação de controle concentrado de constitucionalidade e, portanto, a ser apreciada em processo objetivo, não era merecedora de deliberação, porquanto acabaria por abolir o direito e as garantias individuais do cidadão de somente ter a liberdade ou bem que lhe pertença alcançados mediante o devido processo legal, ensejando, assim, julgamento sob o pálio do livre convencimento.

Rendidas as devidas homenagens ao Min. Marco Aurélio, parece certo afirmar correto o entendimento da maioria, presentes os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Pela Emenda Constitucional 03/93 o efeito vinculante estava contemplado apenas no concernente à ação direta de constitucionalidade. Contudo, a doutrina sempre reconheceu este efeito também nas decisões finais proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. Assim, a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

aceita a idéia de que a ação declaratória configura uma Adin com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou equivalente, afigura-se difícil não admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade tenha efeitos ou conseqüências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade. [...] Observe-se, ademais que, se entendermos que o efeito vinculante de uma decisão está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário não está impedido de atribuir essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte. Em verdade, o efeito vinculante decorre do papel político-institucional desempenhado

⁴¹² excerto do voto do Min. Paulo Brossard.

pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.⁴¹³

Esse entendimento encontrava guarida em vozes autorizadas no E. STF, como a do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da Reclamação nº 167: “quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade”⁴¹⁴.

A eficácia *erga omnes* e vinculante das decisões definitivas proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade passou a ser previsto, de forma expressa, no artigo 28 da Lei Federal nº 9.868/99. Ao depois, referido efeito veio a ser contemplado também na Emenda Constitucional nº 45/2004, no par. 2º do artigo 102 da Lei Maior: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Assim, uma vez proferida a decisão final de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pelo E. STF haverá obrigatória vinculação em relação a todos os órgãos do Poder Executivo e demais órgãos do Poder Judiciário, que deverão pautar o exercício de suas funções na interpretação constitucional dada pela Corte Suprema, afastando-se, inclusive, a possibilidade de controle difuso por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário⁴¹⁵.

Nada obstante o entendimento de Streck no sentido de que o artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, foi parcialmente revogado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, já que esta não contemplou dito efeito para decisões que fixam “interpretação conforme”⁴¹⁶, a nulidade parcial e o efeito invertido na ADI e na ADC”, entende-se que dita norma foi plenamente recepcionada.

⁴¹³ MARTINS; MENDES, 2001, p. 344

⁴¹⁴ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Reclamação nº. 167. j. em 26.09.84. **DJ** 23 nov. 1984, p. 19.922 O E. STF reconheceu, na ADC nº 04, efeito vinculante à decisão proferida em cautelar, mesmo no silêncio constitucional.

⁴¹⁵ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

⁴¹⁶ STRECK, 2005, p. 122.

Primeiro porque a vinculação, a par de prevista em lei, decorre da própria racionalidade do sistema concentrado de constitucionalidade, no qual compete ao E. STF, por força da escolha política do constituinte, a guarda da Constituição Federal. O desrespeito às decisões finais proferidas em controle concentrado importaria em desconsideração da função constitucional assegurada ao E. STF e seria, conforme Gilmar Ferreira Mendes, “grave violação do dever funcional pelo juiz”⁴¹⁷.

Segundo, porque, como mesmo ensina Lênio Streck, a interpretação conforme a Constituição é também denominada de decisão interpretativa de rejeição, que ocorre quando uma norma é julgada inconstitucional pelo Tribunal *a quo* (decisão positiva) é considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, desde que haja sido interpretada num sentido conforme a Constituição (interpretação adequada), diferente do atribuído pelo tribunal recorrido [...]. Já a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto—também conhecida na Itália como decisão interpretativa de acolhimento (ou de acolhimento parcial), ou inconstitucionalidade parcial qualitativa, ideal, ou vertical, ou, ainda, decisão redutiva qualitativa—é o inverso da anterior (interpretação conforme)”⁴¹⁸. E, mais adiante, conclui, Streck: “Desse modo, quando ocorre uma interpretação conforme a Constituição, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade. É uma decisão de rejeição. Na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, um dos sentidos é expungido do sistema; portanto, há uma decisão de acolhimento, ficando, entretanto, válidos os demais sentidos não alcançados pela decisão”⁴¹⁹.

Ora, se assim é, tanto a decisão que fixa interpretação conforme a Constituição, quanto aquela que declara inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, são decisões definitivas de mérito proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, portanto, enquadradas no par. 2º do artigo 102 da Lei Maior na redação que lhe conferiu a Emenda Constitucional 45/2004.

No que concerne ao efeito invertido na ADIn e na ADC é necessário lembrar, igualmente, a lição de Mendes no sentido de que ambas ações têm caráter dúplice e

⁴¹⁷ MARTINS; MENDES, 2001, p. 343.

⁴¹⁸ STRECK, 2005, p. 165-66.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 166.

equivalente, o que, de resto, foi explicitado pela Lei nº 9.868/99⁴²⁰ e já era entendimento da Corte Excelsa. Além disso, na jurisprudência do E. STF reconhecia-se que na Adin “a causa petendi não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, mas abarca todas as normas que integram a Constituição Federal”⁴²¹. No ponto, pertinentes, também, são os ensinamentos de Néri da Silveira:

Não há, pois, como é óbvio, entender que a decisão, que julgar improcedente a ação declaratória de constitucionalidade, não terá efeito, quanto ao juízo de não validade da lei ou ato normativo federal. À evidência, opera a sentença, com idêntica eficácia, quer ao dar pela procedência, já ao reconhecer a improcedência da ação. Nem seria admissível compreender que, no exercício da função jurisdicional a rescisão da Corte houvesse de proferir-se, tão-só, em uma direção, qual seja, no sentido da pretensão do requerente da declaração de inconstitucionalidade. [...] É de registrar, inclusive, que, já na disciplina da ação direta de inconstitucionalidade, o Regimento Interno do E. STF dispõe, em seu art. 174: ‘Proclamada a constitucionalidade na forma do artigo anterior julgar-se-á improcedente a representação’.⁴²²

A vinculação obrigatória ocorrerá, portanto, na declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, inclusive nas decisões em que houver interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

O efeito vinculante das decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade parece excluir o Supremo Tribunal Federal, seja pela referência “aos demais órgãos do Poder Judiciário”, seja porque isso poderia “significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da constituição, afazer iminente aos órgãos de jurisdição constitucional”⁴²³. O Poder Legislativo não foi referido pela norma constitucional. No ponto, parece pertinente a lição de Jorge Miranda no sentido de que a edição de lei idêntica à declarada inconstitucional—na constância dos mesmos pressupostos constitucionais—é o caminho mais curto para o indesejável conflito entre poderes, nociva para unidade de qualquer Estado⁴²⁴.

⁴²⁰ Art. 24 da Lei nº 9.868/99- Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 01-01-DF. Relator Min. Moreira Alves. j. em 27 out. 1993. **D.J.** 16 jun. 1995.

⁴²² excerto do voto prolatado na ADC 01-01, D.J. de 16.06.95.

⁴²³ MARTINS; MENDES, 2001, p. 343.

⁴²⁴ MIRANDA, 2003, p. 39.

No controle direto de constitucionalidade o efeito vinculante das decisões proferidas foi adotado por outros ordenamentos do *civil law*, como observa Tucci ao destacar que na França as decisões da *Assemblée Plénière* da Corte de Cassação francesa vinculam todos os demais tribunais nos julgamentos de casos análogos e que os precedentes judiciais oriundos de câmaras isoladas de cassação. Na Alemanha, a Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) e a Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*), situadas em Karlsruhe, têm, respectivamente, por objetivo precípua o controle de constitucionalidade das leis e a aplicação uniforme do direito infraconstitucional. O julgamento declaratório da inconstitucionalidade de um texto legislativo, seja no âmbito do controle preventivo (*Vorlageverfahren*), seja na esfera do controle difuso, mediante recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), é publicado no diário oficial e passa a ter eficácia de lei, vinculando não apenas o juiz do caso concreto, a quem é devolvida a questão para exame do *meritum causae*, mas todos os julgamentos futuros. No modelo espanhol, da mesma forma, os julgamentos do Tribunal Constitucional devem ser observados pelos demais órgãos jurisdicionais⁴²⁵.

Em Portugal, é certo que os assentos perderam a força vinculante após a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil, mas as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, no âmbito do controle direto ou difuso de inconstitucionalidade e da ilegalidade, ainda têm força vinculante⁴²⁶. Por isso que, constata Mônica Sifuentes, há em Portugal um ambiente propício à uniformidade da jurisprudência⁴²⁷.

Eventual descumprimento de decisões definitivas proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade ou constitucionalidade rende ensejo à propositura de Reclamação perante o E. STF, pois fica caracterizada, neste caso, inegável lesão à autoridade de seu julgado (art. 102, inciso I, “I” da Lei Maior)⁴²⁸. Esta solução foi sustentada pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da ADC-1-DF: “se os demais órgãos do Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada pode valer-se do instituto da reclamação perante o E. Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão”.

⁴²⁵ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 252

⁴²⁶ Ibidem, p. 253.

⁴²⁷ SIFUENTES, 2005, p. 272.

⁴²⁸ MARTINS; MENDES, 2001, p. 343.

Verdade que o e. STF, em decisões antigas, não admitia reclamação para assegurar a inobservância de decisão proferida em ação direta, considerando a natureza objetiva da demanda e a impossibilidade de execução da mencionada decisão. No entanto, esse entendimento foi modificado. O E. STF entendeu possível a reclamação para assegurar a eficácia de decisão proferida em ADIn, desde que requerida por quem foi parte na referida ação direta⁴²⁹. Na Reclamação 1091⁴³⁰ entendeu-se que poderia o governador reclamar o cumprimento de decisão do E. STF proferida em ADIn ajuizada por outro governador, na medida em que, naquele caso, também estaria legitimado para, se fosse o caso, propor ação direta de inconstitucionalidade contra o ato normativo considerado inconstitucional.

Mais recentemente, foi reconhecida legitimidade a terceiro prejudicado para reclamar contra desrespeito à decisão de mérito em ação direta de inconstitucionalidade⁴³¹.

A reclamação pode ter efeito de cassar a “decisão exorbitante” do julgado do E. STF ou mesmo determinar subida imediata de eventual recurso extraordinário para apreciação e provimento imediato. Segundo orientação pacificada do STF, sintetizada na Súmula nº 734, não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal o que, pelo menos até eventual modificação na orientação, importa na necessidade de interposição do recurso cabível contra a decisão que desrespeitar o efeito vinculante⁴³².

Por derradeiro, cumpre referir que também no concernente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) existe a previsão de “eficácia contra todos e efeito vinculante” relativamente aos demais órgãos do Poder Público, nos termos do art. 8º, § 2º, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999.

Referida lei prevê, ainda, a possibilidade de medida liminar que poderá “consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou efeito de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”.

⁴²⁹ BRASIL. STF. Reclamação 399, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 07.03.93, **DJ** 24.03.93.

⁴³⁰ BRASIL. STF. Reclamação nº 1091. Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. em 22.05.2002, **DJ** de 16.08.2002.

⁴³¹ Brasil. STF, Reclamação nº 2304, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15.04.2003, **DJ** de 28.04.2003.

⁴³² Recomendável seria, à luz da EC 45/2004, revisão da súmula 734, a fim de que a reclamação pudesse ser a única via a ser utilizada contra decisão judicial ou administrativa que desafiasse as decisões vinculantes, em nome da economia processual.

de acordo com o art. 5º, par. 3º. Esta norma foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade nº 2231-8. Em 05.12.2001, o Min. Néri da Silveira deferiu a medida liminar para suspendê-la, ficando o julgamento suspenso em razão de pedido de vista. Nada obstante a referida ADIn nº 2231, a Lei nº 9.882/99 vem sendo aplicada pelo STF, inclusive com deferimento de medidas liminares nos termos do par. 3º do art. 3º.

Entende-se que efeito vinculante da ADPF tem a mesma extensão subjetiva do efeito vinculante previsto na ação direta de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

O papel desempenhado pela ADPF no âmbito da uniformização de jurisprudência decorre não apenas do tratamento legal que lhe foi conferido, como também da compreensão que tem da referida demanda o STF:

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar ameaça a preceito fundamental (pelo menos ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva.⁴³³

Presente o efeito vinculante das decisões proferidas em ADIn, ADC e ADPF, parece certo afirmar a relevância do controle direto de constitucionalidade na uniformidade da jurisprudência, seja para corrigir eventual divergência, seja para preveni-la. Nas palavras de Mancuso:

Não resta dúvida, pois, que o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, na medida em que propicia uma resposta judiciária definitiva e unitária, em modo vinculativo e *erga omnes*, revela-se um eficiente antídoto à proliferação de ações e recursos repetitivos, mostrando-se, outrossim, útil no controle preventivo da divergência jurisprudencial, na medida em que permite a outorga de um tratamento judicial isonômico a todos jurisdicionados.⁴³⁴

⁴³³ Excerto do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes, na ADPF 33-PA, liminar julgada em 29 out. 2003. DJ de 06 ago. 2004.

⁴³⁴ MANCUSO, 2002, p. 418.

6.2.1.2 O tratamento legal dispensado à Ação Direta de Inconstitucionalidade, à Ação Direta de Constitucionalidade e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

6.2.1.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)

Prevista na Constituição de 1988 (artigo 102, I, “a”) a ação direta de inconstitucionalidade teve seus contornos delineados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vindo a ganhar tratamento legislativo ao final de 1999, com a edição da Lei nº 9.868/99.

Podem ser objeto de ADIn leis ou atos normativos federais ou estaduais. Também é admissível a aferição do denominado direito constitucional secundário, na medida em que a reforma constitucional deve observar não só as exigências formais (art. 60, I, II, III e §§ 1º, 2º e 3º) da CF, como também as cláusulas pétreas (art. 60, par. 4º).

A possibilidade de controle pela via da Adin, no que concerne ao direito federal, estende-se a leis formais ou atos normativos federais, medidas provisórias, decreto legislativo que aprova tratados internacionais, decretos do Poder Executivo que promulgam estes tratados, decretos legislativos que suspendem a execução de atos do Poder Executivo, atos de cunho normativo exarados pelas pessoas jurídicas de direito público criadas pela União, bem como os regimentos dos Tribunais Superiores. Ainda poderão ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade os decretos legislativos que tenham por escopo sustar atos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar⁴³⁵.

No que se refere ao direito estadual, podem ser submetidos ao controle de constitucionalidade pela via da ação direta de inconstitucionalidade as disposições das Constituições Estaduais, as leis estaduais, decretos estaduais, regimento interno dos Tribunais estaduais, regimento das assembleias legislativas e atos normativos expedidos por pessoas jurídicas de direito público criadas pelo ente publico, o mesmo podendo afirmar-se quanto às leis ou atos normativos editados no âmbito do Distrito Federal.

⁴³⁵ MARTINS; MENDES, 2001, p. 115-116.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considera-se inadmissível o conhecimento de ADIn relativamente a leis ou atos normativos de efeitos concretos. Assim, não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade Decretos expropriatórios e leis orçamentárias. Igualmente segundo a jurisprudência do E. STF, a ADIn pode ser ajuizada relativamente a normas editadas posteriormente à Constituição que lhe deva servir de parâmetro. Assim, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deve ser resolvida segundo regras do direito intertemporal.

Os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade constam do artigo 13 da Lei nº 9.868/99 e do artigo 103 da Constituição Federal. Como lembra Tesheiner “dentre os legitimados alguns o são qualquer que seja a norma impugnada. São os legitimados universais. De outros, o Supremo Tribunal Federal tem exigido ‘relação de pertinência’ entre a natureza do requerente e a matéria debatida. São os legitimados especiais”⁴³⁶. Entre os primeiros figuram os partidos políticos representados por seus territórios nacionais, o Presidente da República e o Conselho Federal da OAB. Entre os segundos figuram os Governadores e as confederações sindicais de âmbito nacional.

Os requisitos da petição inicial constam no artigo 3º da Lei nº 9.868/99. A par da necessidade de indicação dos fundamentos jurídicos na petição inicial, não fica o E. STF adstrito a eles na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados⁴³⁷. É admitido o aditamento em caso de medidas provisórias reeditadas ou convertidas em lei. Proposta a ação, não é admitida desistência (art. 5º) e a petição inepta ou mal fundamentada será indeferida (artigo 4º), sendo esta decisão passível de agravo.

De acordo com o artigo 6º da Lei nº 9.868/99, o relator pedirá informações aos órgãos que emanaram o ato ou a lei impugnada, as quais devem ser prestadas no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento do pedido. Decorrido este prazo, são ouvidos o Advogado-Geral da União, a quem competirá sempre a defesa da norma ou do ato normativo, e o Procurador-Geral da República, na qualidade de *custos legis*, ainda quando autor da ação.

Novidade introduzida pela Lei nº 9.868/99 consta nos parágrafos do artigo 9º da Lei nº 9.868/99: em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de

⁴³⁶ TESHEINER, 2004, p. 79-80.

⁴³⁷ MARTINS; MENDES, 2001, p. 147.

notória insuficiência de informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Poderá, ainda, o relator solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Na ação direta de inconstitucionalidade não é admitida a intervenção de terceiros, mas o relator poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de órgãos ou entidades, se a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes assim recomendarem (art. 7º e par. 2º da Lei nº 9.868/99).

Admite-se medida cautelar em sede de ADIn, nos termos do artigo da Lei nº 9.868/99: "Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22⁴³⁸, após audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se em 15 (quinze) dias". De acordo com o parágrafo primeiro, a medida tem eficácia *ex nunc*, salvo deliberação em contrário.

Para a decisão em ADIn é necessário quorum mínimo de 8 (oito) ministros, sendo necessário que pelo menos seis votem pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade da norma, o mesmo valendo para a ADC. A decisão proferida em ADIn é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos de declaração, não podendo ser objeto de ação rescisória. Terá eficácia contra todos e efeito vinculante, antes explicitado.

Regra geral, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são *ex tunc*, mas a critério da maioria de 2/3 (dois terços) dos Ministros, e tendo em vista razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, esta eficácia poderá ser restringida, ter efeitos a contar do trânsito em julgado ou do momento em que o Tribunal determinar.

⁴³⁸ Quórum de pelo menos oito ministros.

6.2.1.2.2 Ação Direta de Constitucionalidade (ADC)

Também prevista na Constituição Federal (artigo 102, inciso I, “a”) a ação direta de constitucionalidade ganhou tratamento legislativo semelhante à ação direta de inconstitucionalidade também na Lei nº 9.868/99. Há distinções a serem apontadas, todavia.

Diferentemente da ADIn, somente pode ser ajuizada ação declaratória de constitucionalidade relativamente a lei ou ato normativo federal. Na petição inicial, além do pedido e das especificações e da indicação dos fundamentos jurídicos do pedido, deve ser demonstrada a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Trata-se de controvérsia judicial, o que afasta a doutrinária, como lembra Tesheiner⁴³⁹. De acordo com Mendes: “a exigência de demonstração de controvérsia judicial há de ser entendida, nesse contexto, como relativa à existência de controvérsia jurídica relevante capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa”⁴⁴⁰.

A petição inicial inepta ou mal fundamentada também pode ser indeferida, mediante decisão passível de recurso (art. 15 e parágrafo único da Lei nº 9.868/99).

Por força do artigo 103 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, os legitimados para a ação direta de constitucionalidade são os mesmo da ação direta de inconstitucionalidade. Não há intervenção de terceiros na ADC.

Igualmente na ADC poderão ser solicitados esclarecimentos quanto às circunstâncias de fato e acerca da aplicação da norma por outros Tribunais (art. 20 e pars da Lei nº 9.868/99). Mas na ADC tem atuação apenas o Procurador-Geral da República.

A medida cautelar na ADC tem peculiaridade própria e relevante: poderá consistir na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que

⁴³⁹ TESHEINER, 2004, p. 81.

⁴⁴⁰ MARTINS; MENDES, 2001, p. 27

envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, medida esta que terá eficácia máxima de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da publicação da referida decisão no Diário Oficial da União.

Nas palavras de Martins

Na ação direta de inconstitucionalidade, a concessão de medida liminar atua sobre a eficácia da norma ou do ato; na declaratória, torna a eficácia do ato ou da norma impossível de apreciação pelos demais magistrados, pois a liminar implica a suspensão do julgamento de todos os processos. Há, portanto, efeito vinculante na decisão que concede cautelar nas ações declaratórias de constitucionalidade, que exige comportamento das instâncias inferiores conforme o decidido.⁴⁴¹

No que concerne à decisão final da ADC tem o mesmo tratamento conferido à decisão a proferida na ADIn, inclusive quanto ao *quorum*.

6.2.1.2.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF):

Prevista no artigo 102, par. 1º da Constituição Federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi regulamentada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Esta ação, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 9.882, de 03.12.99, tem por objeto evitar ou reparar lesão a direito fundamental resultante de ato do poder público. No parágrafo único desta mesma lei, consta que caberá a arguição quando “for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Pela leitura dessa disposição é possível inferir-se que a ação permite o exame de lei ou ato normativo municipal, perante preceito fundamental, exame este inviável no âmbito das ações direta de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Permite, ainda, o exame do direito editado anteriormente à Carta Magna em vigor, o que também não era admitido pela jurisprudência do E. STF no âmbito da ADIn.

⁴⁴¹ MARTINS; MENDES, 2001, p. 275.

Cumpra-se iniciar o exame da ADPF pelo parâmetro de controle. Trata-se de identificar o que seja preceito fundamental. Não há acordo na doutrina quanto ao tema. Alguns identificam como preceito fundamental toda norma constante da Constituição Federal; Para outros são somente os princípios fundamentais dos artigos 1º a 4º. Porém, para a maior parte dos estudiosos da matéria, preceitos fundamentais são as cláusulas pétreas e os princípios fundamentais – explícitos ou implícitos (decorrentes) – esculpidos na Carta bem como todas as normas constitucionais de conteúdo principiológico.

Para José Afonso da Silva "preceitos fundamentais não é expressão sinônima de princípios fundamentais. É mais ampla, abrange a estas e todas prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais"⁴⁴².

Nada obstante tenha sido a Lei 9.882/99 objeto de ação direta de inconstitucionalidade ainda não julgada, esse diploma vem sendo aplicado pela Excelsa Corte na apreciação das arguições que lhe são apresentadas, razão pela qual, já possível obter, em tais decisões os contornos a noção de preceito fundamental.

É bem verdade que mesmo entre os Ministros do STF não há acordo pleno do que seja preceito fundamental. Por ocasião da apreciação da medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 33-5 (Pará)⁴⁴³, houve o deferimento da medida liminar e exame do tema pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes⁴⁴⁴:

É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento de arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do artigo 60, par. 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de

⁴⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 530.

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MC na ADPF nº 33. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. j. em 29 out. 2003. **D.J.** de 06 ago. 2004.

⁴⁴⁴ Na ocasião, os Ministros Carlos Ayres Brito e Sepúlveda Pertence deixaram claro que deferiam a medida cautelar sem se comprometer integralmente com a concepção do Relator.

Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um ‘engessamento da ordem constitucional’, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado. [...] Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva. [...] Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos [...]. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas cláusulas pétreas, parecem despidos de conteúdo específico. O que significa, efetivamente, ‘separação de poderes’ ou ‘forma federativa’? O que é um ‘Estado de Direito Democrático’? Qual a dimensão do ‘princípio federativo’? Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio. [...] É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. [...] Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional”.

Sinteticamente, pois, pode-se afirmar que preceitos fundamentais são os princípios fundamentais (v.g. separação entre os poderes, forma federativa de Estado, direitos e garantias individuais) e todas as demais normas que lhe confirmam densidade normativa ou significado específico.

Outro ponto importante no que concerne a ADPF diz com a denominada “cláusula de subsidiariedade” inserta no artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99, segundo o qual não será admitida ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Mais uma vez invocando-se Gilmar Ferreira Mendes:

o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. [...] Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da argüição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade.⁴⁴⁵

Conforme se verifica, a argüição de descumprimento de preceito fundamental terá cabimento sempre que não se mostrar adequado à espécie o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Além disso, como salientado pelo Min. Maurício Correa no exame da referida ADPF nº 33:

A existência de processos ordinários e recursos extraordinários de que eventualmente possa dispor a parte não se constitui meio eficaz de modo a produzir efeitos imediatos e evitem ou reparem a lesão provocada pelo descumprimento dos preceitos fundamentais invocados com a aplicação da norma impugnada, pelos limites de sua abrangência, dado que situam no campo restrito das partes, e que não sendo vinculantes, princípio hoje assegurado no controle de normas abstratas pelo Supremo Tribunal Federal (Leis nºs 9.868/99, artigo 28, parágrafo único e 9.882/99, art. 10, par. 3º, não oferecem a desejada e indispensável segurança jurídica e a imediatidade reclamadas.

São legitimados para a ADPF os mesmos legitimados para a ADIn (art. 2º da Lei nº 9.882/99), sendo que poderão os interessados representar ao Procurador-Geral da República para que proceda à argüição (art. 2º, par. 1º da Lei nº 9.882/99).

Os requisitos da petição inicial vêm elencados no artigo 3º da Lei nº 9.882/99, sendo de destacar-se a necessidade de comprovar-se, se for o caso, a existência do controvérsia judicial relevante acerca do preceito fundamental apontado como violado (art. 3º, V), sendo recomendável, ainda, a demonstração da inexistência de outro meio eficaz a sanar a lesividade, observados os parâmetros acima expostos.

⁴⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental-demonstração de inexistência de outro meio eficaz**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>> Acesso em: 10 jan. 2006.

A medida liminar poderá ser deferida por maioria absoluta dos membros do E. STF, liminar que poderá consistir, como se viu, na suspensão do andamento dos processos ou efeitos de decisões judiciais relacionados com o preceito fundamental apontado como violado, ressalvando-se os efeitos decorrentes da coisa julgada, de acordo com o artigo 5º, par. 3º da Lei nº 9.882/99. Esta norma foi inquinada de inconstitucional. No entanto, até a presente a data não foi concluída a apreciação da medida liminar na ADin respectiva⁴⁴⁶.

A decisão final acerca da ADPF deverá ser tomada por dois terços dos Ministros (artigo 8º), podendo ter seus efeitos temporais fixados a apenas a contar do trânsito em julgado ou de outro momento, se presente interesse social excepcional ou razões de segurança jurídica. Trata-se de decisão irrecurável, admitindo-se, contudo, em nome do sistema, embargos de declaração.

O efeito vinculante da decisão fica assentado no § 3º do artigo 10, sendo expressa na Lei nº 9.882/99, ainda, a viabilidade de reclamação contra eventual descumprimento.

6.2.2 Controle Difuso de Constitucionalidade no âmbito dos Tribunais

6.2.2.1 Efeito da Decisão Proferida no Incidente de Inconstitucionalidade

Acentuou-se anteriormente neste trabalho que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é misto, nada obstante o controle direto ou abstrato tenha ganhado notável vigor com a Carta Magna de 1988 e com a Emenda Constitucional 03/93. Cumpre, agora, examinar o sistema de controle difuso de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais, esclarecendo-se que, apesar da disciplina inserta no Código de Processo Civil, dito controle também tem sua raiz constitucional, daí porque a classificação ora adotada de instrumento constitucional de uniformização de jurisprudência.

⁴⁴⁶ ADin 2231, na qual houve voto do Relator, Min. Néri da Silveira, pela suspensão da eficácia da norma.

Segundo o artigo 97 da Lei Maior, somente pela maioria dos votos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. No âmbito infraconstitucional o sistema de controle difuso de constitucionalidade vem disciplinado do Código de Processo Civil (artigos 480-482) e no Regimento Interno dos Tribunais.

O artigo 481 do CPC, em conformidade com a norma contida no artigo 97 da Lei Maior, determina seja a argüição de inconstitucionalidade submetida ao tribunal pleno.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o incidente de inconstitucionalidade está previsto nos artigos 101 e 176 a 178 do Regimento Interno. Pelo artigo 101 do Regimento Interno, em vigor mesmo antes da Lei nº 9.756/98, a declaração de inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo pronunciada por maioria qualificada aplicava-se aos novos feitos submetidos ao plenário ou às turmas, salvo revisão de entendimento. Trata-se, pois, de previsão regimental de espécie de “efeito vinculante”, sendo interessante notar que a disposição regimental referida (art. 101) encontra-se justamente na sessão alusiva à jurisprudência.

A partir dessa norma regimental (art. 101) o E. STF foi orientando-se no sentido da desnecessidade de submeter-se ao órgão competente no âmbito de cada Tribunal o incidente de inconstitucionalidade suscitado durante determinado julgamento se a mesma questão já houvesse sido apreciada pelo órgão competente. Nesse sentido, veja-se o entendimento do Min. Ilmar Galvão, prolatado no RE 190.728:

Esta nova e salutar rotina que, aos poucos vai tomando corpo—com aquela anteriormente assinalada, fundamentada na esteira da orientação consagrada no art. 101 do RI/STF, onde está prescrito que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário—além de, por igual, não merecer a censura de ser afrontosa ao princípio insculpido no artigo 97, da CF, está em perfeita consonância com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira. Tudo, portanto, a indicar que se está diante de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas ao revés, tendo-se em mira a

finalidade objetivada, o que permite elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial.⁴⁴⁷

Tal entendimento havia sido, igualmente, adotado pela 2ª Turma no AgRgAI 168.149, Relator o Min. Marco Aurélio, D.J de 04.08.95.

A orientação ganhou reforço na apreciação do RE 191.898:

a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeito *erga omnes*, elide a presunção de constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário.⁴⁴⁸

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, além de racionalizar o procedimento relativo ao controle de constitucionalidade no âmbito dos tribunais,

esse entendimento jurisprudencial marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, ainda que de forma tímida, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle concreto e abstrato. A decisão do E. STF, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do órgão especial a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.⁴⁴⁹

A orientação do E. STF terminou por ser adotada na via legislativa, eis que a Lei nº 9.756/98 acrescentou parágrafo único ao artigo 481, segundo o qual há havendo pronunciamento de (in)constitucionalidade do órgão especial ou pleno ou do plenário do E. STF, torna-se desnecessário submeter, novamente, a questão ao órgão competente nos termos regimentais. Desde a edição dessa lei o E. STF “vem entendendo dispensável, em qualquer

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, RE 190.728. Relator: Min Ilmar Galvão, j. em 27.06.2005 **D.J** 30 maio 1997.

⁴⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 191.898. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. em 27.06.97. **DJ** 22 ago. 1997.

⁴⁴⁹ MARTINS; MENDES, 2001, Controle, 351. Hoje o art. 481, par. único do CPC dispensa os órgãos fracionários de suscitarem o incidente de inconstitucionalidade se já houver pronunciamento de seu órgão especial ou do E. STF acerca do tema.

tribunal, a submissão da questão ao respectivo plenário ou órgão especial), inclusive nos casos em que o pronunciamento da Corte Suprema haja sido emitido incidentalmente”⁴⁵⁰.

Presente este efeito vinculante no âmbito de cada Corte dos julgados proferidos em sede de controle difuso de constitucionalidade⁴⁵¹, pode-se afirmar que também o incidente de inconstitucionalidade previsto nos arts. 480-482 do CPC atua como instrumento para a uniformização da jurisprudência. Por essa razão Mancuso, após destacar o efeito uniformizador do controle direto leciona que

algo semelhante se passa também no âmbito do controle difuso ou incidental, quando este ocorre perante o E. STF, porque aí não há como reter a eficácia do pronunciamento judicial apenas entre as partes, seja em virtude da proeminência do julgador (o STF é o “guarda da Constituição”, CF, art. 102, *caput*), seja pela garantia da isonomia de todos perante a lei (Cf, art. 5º, *caput*), a qual deve abranger não apenas a norma legislada, senão a norma julgada. De fato, aquela garantia não seria de todo efetiva se o sistema jurídico nacional comportasse a virtualidade de uma norma, dada por inconstitucional⁴⁵².

No que concerne, ainda, aos efeitos da decisão no controle incidental, é bem de ver-se que são produzidos no caso concreto, dependendo a suspensão da eficácia da norma de ato do Senado Federal, nos termos do artigo 52, X da Lei Maior. Assim, no âmbito interno de cada Corte existe a vinculação e é desnecessária nova manifestação do órgão fracionário que suscitou o incidente de inconstitucionalidade quando já houve decisão do órgão competente sobre o mesmo. A decisão será observada nos casos semelhantes que forem submetidos ao Tribunal. Mas a retirada da eficácia da norma em caráter geral depende de ato do Senado Federal.

⁴⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 43-44.

⁴⁵¹ No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a decisão declaratória ou denegatória de inconstitucionalidade, se proferida por maioria de dois terços, deve ser de aplicação obrigatória (art. 211 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

⁴⁵² MANCUSO, 2002, p. 406

6.2.2.2 O tratamento conferido pelo Código de Processo Civil ao incidente de inconstitucionalidade

No âmbito dos Tribunais, argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá o tema ao órgão julgador a que pertencer (turma ou câmara) encarregado do julgamento do caso concreto (recurso de apelação, agravo, embargos infringentes, ação rescisória, etc).

Esta argüição, que ocorre durante um processo submetido a julgamento por órgão fracionário do Tribunal, pode ser feita pelas partes, pelo Ministério Público ou, ainda, de ofício pelo relator, pelo revisor ou qualquer componente do órgão, mormente porque se trata de matéria de direito⁴⁵³. A argüição pode ser feita na peça inicial, no recurso, nas contrarrazões, em memoriais, em petição durante o processamento do recurso.

Uma vez argüida a inconstitucionalidade, deve ser ouvido o agente ministerial com atuação no órgão perante o qual tramita o feito. Posteriormente, na forma regimental, deliberará o órgão julgador sobre o processamento da argüição. Se a alegação de inconstitucionalidade for rejeitada, prosseguirá o julgamento. Acaso acolhida, lavrar-se-á acórdão a ser submetido ao tribunal pleno ou ao órgão especial na forma do regimento. Vale lembrar que nos termos do parágrafo único do artigo 481: “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Atendidas as formalidades prévias necessárias poderá haver manifestação (a) do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, na forma regimental (b) das pessoas legitimadas à propositura de ADIn ou ADC (art. 103 da CF/88), inclusive com apresentação de memoriais e documentos, se for o caso (c) de outras entidades, considerada sua representatividade e a relevância do tema, a critério do relator⁴⁵⁴.

⁴⁵³ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 37.

⁴⁵⁴ Art. 482 e §§, com a redação dada pela Lei nº 9.868/99.

Para que possa deliberar, é indispensável que no órgão incumbido a tanto (pleno ou especial) votem juízes em número acima da metade do total. Se o número de votantes coincide com a maioria absoluta, e todos votam pela inconstitucionalidade, tal pode ser declarada. Nas palavras de Barbosa Moreira: “Por ‘maioria absoluta’ entende-se qualquer número de votos superior à metade do número total de juízes, não necessariamente ‘a metade mais um’, como às vezes se afirma”⁴⁵⁵. Dito de outro modo: se o órgão se compõe de 15 (quinze) juízes, por exemplo, haverá maioria absoluta com 08 (oito) votos no mesmo sentido.

Ainda, de acordo com Barbosa Moreira, “quer na hipótese de ser vitoriosa na votação (por maioria absoluta ou simples) a tese da constitucionalidade, quer na de ser vitoriosa, mas só por maioria simples, a tese da inconstitucionalidade, é idêntico o resultado prático. Incidem os arts. 556, 563 e 564”⁴⁵⁶.

O pronunciamento do órgão encarregado de julgar a arguição (pleno ou especial) é irrecorrível, salvo embargos de declaração. Eventual recurso somente mostrar-se-á cabível quando o julgamento do feito no qual foi suscitado o incidente for completado.

6.2.3 O *iter* previsto para Súmula Vinculante. A reclamação (artigo 103-A e parágrafos da Constituição Federal)

A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu em nosso ordenamento jurídico a Súmula Vinculante. Esse instituto foi examinado no Capítulo 4, no qual foi abordado o intenso debate acerca de sua adoção em nosso sistema. Por certo, a edição de súmula vinculante é instrumento de uniformização de jurisprudência relevantíssimo, talvez o mais importante. Neste momento abordar-se-á o *iter* e as condições previstos na EC 45/2004 para sua edição.

De plano, merece ser destacado que apenas ao E. STF foi atribuída legitimidade para a edição de súmula vinculante, em matéria constitucional, desde que (a) haja aprovação de 2/3 (dois terços) de seus membros; (b) existam reiteradas decisões no mesmo sentido.

⁴⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 48.

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 48.

A matéria objeto da súmula, portanto, deverá sempre tocar o “plano constitucional”, nada obstante possa ser tanto de direito processual, quanto de direito material. No exemplo formulado por Mancuso: “Por exemplo, a questão das custas processuais concerne à matéria processual, matéria de lei ordinária, mas pode dar-se que tal seja o equívoco perpetrado na decisão recorrida, que se deflagre uma repercussão geral da questão (CF, art. 102, § 3º), configurando-se ferimento à garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), desafiando a competência recursal, extraordinária, do STF (art. 102, III, *a*)”⁴⁵⁷. Vale, contudo, a advertência de Bermudes: “Em termos científicos, não se pode sustentar que basta que o STF edite a súmula vinculante para tornar constitucional a matéria objeto dela [...]”⁴⁵⁸.

A decisão que oportuniza a edição da súmula deve somar-se a outras anteriores, de semelhante teor, de modo a ficar caracterizada iterativa jurisprudência. É necessário que o entendimento do Tribunal acerca do tema seja predominante, não se exigindo a unanimidade. É requisito essencial para a aprovação da súmula, contudo, o voto favorável de 2/3 dos membros da Corte, que decidirão a matéria no seu plenário. A fração relativa ao quórum deve ser calculada sobre o número de juízes investidos, abstraindo-se eventuais vagas abertas⁴⁵⁹.

A súmula vinculante, em matéria constitucional, deve ter por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual, entre órgãos judiciários e entre esses e a administração, controvérsia que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação dos processos sobre questão idêntica. As normas determinadas podem ser de direito material ou processual e, ainda, quanto à origem, editadas pela União, pelos Estados-membros e pelos Municípios. Obviamente a discussão feita em juízo deve contrapor tais normas às normas constitucionais. A rigor, portanto, quaisquer normas que suscitem controvérsia relativa à interpretação, validade ou eficácia poderão ser objeto de deliberação vinculante, desde que configurada querela constitucional⁴⁶⁰.

A controvérsia deve ser atual, isto é, não pode restar superada. Parece que aqui foi privilegiado o critério utilidade. De nada adianta da uniformização tardia, após anos e anos de discussão. A segurança jurídica deve ser alcançada tão logo quanto possível.

⁴⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo. Súmula Vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord): **Reforma do judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 708.

⁴⁵⁸ BERMUDES, 2005, p. 120.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 119.

⁴⁶⁰ MUSCARI, Marco Antônio Botto Muscari. **Súmula vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 93.

Somente a atualidade não basta: deve estar instaurada entre órgãos do Poder Judiciário ou entre órgãos deste e da administração pública. Não é difícil compreender-se a motivação da norma: a maior parte das demandas que alcançam ao STF, mediante recurso extraordinário, contém pessoa jurídica integrante da administração pública em um dos pólos.

E há de ser controversia relevante. De intensidade capaz de abalar a segurança jurídica e causar relevante multiplicação dos processos. De acordo com Dinamarco, esta exigência é de “absoluta coerência com os fundamentos de toda a coletivização da tutela jurisdicional, a qual é invariavelmente apoiada no impacto de massa causado pelas situações a debelar e pelos pronunciamentos judiciais a seu respeito. Ainda que haja discrepância entre os julgados, deixa de existir uma razão social para o empenho em uniformizar mediante súmulas de eficácia *erga omnes*, enquanto da divergência não resultarem incômodos a um número significativo de pessoas”⁴⁶¹.

Relevante, no ponto, ainda, a advertência de Streck sobre insegurança jurídica: “A atribuição de sentido acerca do significado da aludida expressão não poderá desbordar do conjunto de preceitos e princípios constitucionais que conformam o Estado Democrático de Direito inscrito na Constituição Federal inscrito na Constituição do Brasil. Dito de outro modo, o sentido do que seja ‘grave insegurança jurídica’ não poderá ser produto de discricionariedades do Poder Judiciário ou do Poder Executivo e tampouco da doutrina”⁴⁶². Na visão de Lênio, a insegurança há de ser real e grave, não sendo qualquer crise que poderá preencherá o conteúdo, a toda evidência, vago e ambíguo, do enunciado”⁴⁶³.

A súmula, ainda por determinação do constituinte derivado, deverá ter por objetivo a validade, interpretação e a eficácia de normas determinadas. Uma norma pode estar em vigor e não ter validade: uma lei somente tem validade se estiver em conformidade com a Constituição, o que significa dizer que, no caso,

a discussão no Supremo Tribunal Federal deverá versar sobre juízos negativos ou positivos feitos pelos tribunais acerca da validade de um determinado dispositivo. Ou seja, para que se vislumbre a possibilidade da edição de uma súmula destinada a resolver o problema de validade uma lei

⁴⁶¹ DINAMARCO, Cândido. Súmulas vinculantes. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 347, jul./set. 1999, p. 63.

⁴⁶² STRECK, 2005, p. 182.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 182.

ou de um dispositivo de lei, é necessário que alguns tribunais estejam declarando a norma invalidada (isto é, inconstitucional) e outros não.⁴⁶⁴

Interpretação vem a ser o “resultado final, alcançado pela função nomofilática da Corte, isto é, a avaliação que o STF, como guarda da Constituição (art. 102, *caput*) faz sobre a compreensão-extensão da norma indigitada”⁴⁶⁵.

A eficácia diz respeito às perspectivas temporal e espacial da norma, ou seja, sua operacionalidade no tempo e no espaço, mais precisamente matéria de direito intertemporal⁴⁶⁶. Trata-se da capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos, não importando se tais efeitos são produzidos no mundo dos fatos⁴⁶⁷.

A súmula pode ser editada de ofício ou por provocação daqueles legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sendo de destacar-se a observação feita por Bermudes no sentido de que “a jurisprudência do E. STF permite antever a exigência da ‘pertinência temática’ também para o requerimento de que trata o § 2º do art. 103-A. A lei ordinária poderá estabelecer outros legitimados”.

A mesma lei ordinária tratará da revisão ou do cancelamento da súmula, mas nos termos do § 2º do artigo 103-A, a aprovação, revisão ou cancelamento poderá ser proposta pelos legitimados constitucionalmente a fazê-lo.

O efeito vinculante será produzido apenas a publicação no Diário Oficial da União. Nada impede que o E. STF edite súmulas não vinculante e, ainda, que empreste efeito vinculante às súmulas já editadas, desde que (a) atendam os pressupostos da emenda; (b) sejam ratificadas pelo quórum de 2/3 (dois terços dos ministros; e (c) sejam igualmente publicadas.

Como visto por ocasião do exame das súmulas como fonte de direito, as súmulas disciplinadas na EC 45/2004 têm efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

⁴⁶⁴ STRECK, 2005, p. 164.

⁴⁶⁵ MANCUSO, 2005, p. 709

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 710

⁴⁶⁷ STRECK, op. cit., p. 176.

6.2.3.1 Reclamação

De nada adiantaria emprestar-se efeito vinculante às súmulas editadas pelo STF se inexistisse um instrumento eficaz e célere a garantir a observância das mesmas. Assim, nos termos do artigo 103, § 3º, da CF, “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

A reclamação tem sede constitucional: Nos termos do art. 102, inciso I, alínea I, da Carta Magna, compete ao E. STF julgar a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. Antes, esse instrumento já se encontrava inserido no Regimento Interno do E. STF e, ainda, na Lei nº 8.038/90. Embora o debate na doutrina acerca de sua natureza jurídica, vem sendo firmado entendimento no sentido de que “tem natureza jurídica de ação”⁴⁶⁸. Tal entendimento ganhou reforço com a EC 45/2004, considerando que o constituinte derivado utilizou o termo “procedência” para designar a reclamação acolhida, termo adotado para ações, como é cediço.

Nos termos do artigo 103-A, § 3º, a reclamação poderá ser proposta para reprimir ou para impugnar o desafio à súmula vinculante. Tal desafio pode configurar-se “por não ter sido aplicada essa súmula, ou por ter sido aplicada indevidamente, ou por ter sido distorcido seu conteúdo, ou por terem sido desbordados os seus limites, ou por ter sido interpretada inadequadamente”⁴⁶⁹.

De notar-se que o constituinte originário tratou diferentemente a reclamação contra ato jurisdicional e ato administrativo. Segundo Bermudes:

O provimento da reclamação interposta contra ato administrativo contrário à súmula vinculante limitar-se-á, conforme o parágrafo, à anulação. Apagado o ato, fica a critério da Administração praticar outro, obediente da súmula,

⁴⁶⁸ MORATO, Leonardo Lins. A reclamação e sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante. *In*: In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord): **Reforma do judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 395.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 398.

ou optar por critério diferente, da escolha dela, como, v.g., pura e simplesmente deixar de praticar qualquer ato. Provedo, no entanto, a reclamação contra ato jurisdicional, o Supremo Tribunal cassará o ato, como diz o § 3º, usando verbo em sentido precário, em todo caso significativo de anular. Mas o STF não profere outro ato. Num juízo de reenvio, determina que outra decisão (o pronome outra, no feminino, refere-se a decisão judicial) seja proferida ‘com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso’. Casos pode haver em que a cassação do ato seja suficiente para assegurar a efetividade da súmula, como quando a anulação do ato contrário à súmula fizer com que prevaleça outro, proferido de acordo com ela (imagine-se a hipótese de provimento de recurso intempestivo para reformar a decisão dada segundo a súmula, e substituí-la por outra, contrária ao enunciado).⁴⁷⁰

A par disso, nos termos da redação inserida pela EC 45/2004, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se ao administrador na prática de novo ato em conformidade com a súmula. Mas é certo que o sistema jurídico possui outras formas de efetivá-lo como, por exemplo, a sanção prevista no artigo 14, § único do CPC, cujo pagamento será feito, se for o caso, pela autoridade que resiste à prática do ato.

Sendo a reclamação uma ação, parece correto afirmar que “deve possuir, como qualquer outra modalidade de ação, os seus elementos (partes, pedido e causa de pedir), as suas condições (interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido), além dos pressupostos processuais”⁴⁷¹.

O pedido, nos termos da EC 45/2004, deve, necessariamente, ser a anulação do ato administrativo ou cassação da decisão judicial. Se for o caso, a prolatação de nova decisão. A causa de pedir é o desafio à súmula, na forma acima exposta.

Tem legitimidade para propor a reclamação, nos termos do artigo 13 da Lei nº 8.038/90 e do art. 156 do RISTF, o interessado ou o Ministério Público⁴⁷². O interessado será aquele que pretenda reivindicar a aplicabilidade ou a inaplicabilidade da súmula por ter sido atingido, de forma direta, pela decisão judicial ou ato administrativo que a desafiou. O Ministério Público Estadual ou Federal poderá ser autor de reclamação, desde que no exercício de suas funções primárias, quais sejam, as decorrentes do artigo 127 da Carta Magna. De toda forma, não sendo autor, sua intervenção na reclamação é obrigatória, na qualidade de *custos legis*.

⁴⁷⁰ BERMUDEZ, 2005, p. 125.

⁴⁷¹ MORATO, 2005, p. 400.

⁴⁷² No caso do Regimento Interno do STF, o Ministério Público Federal.

A decisão de procedência ou de improcedência da reclamação será decisão de mérito. No caso de reclamação relativa à súmula vinculante, a procedência importará na imposição do que já houvera sido decidido. Além de importar na “negação do poder do órgão inferior”⁴⁷³ para decidir o tema de forma diversa do que já havia sido determinado pelo STF, a decisão na reclamação importa em uma “ordem” para que outra decisão judicial seja proferida, se for o caso.

A reclamação deverá ser ajuizada perante o E. STF, cabendo ao relator apreciar pedido de liminar (art. 14, II da Lei 8.038/90 e 158 do RISTF). Considerando a gravidade do desrespeito à sumula vinculante, parece certo afirmar, que “o relator não está adstrito ao que prescreve a lei, isto é, somente suspender o processo ou o ato impugnado – que são hipóteses exemplificativas e não taxativas-, sendo certo que pode, também, lançar mão de outra medida liminar que seja pertinente para evitar o dano irreparável ou de difícil reparação”⁴⁷⁴.

A lei assegura à autoridade indicada na inicial como responsável pelo desrespeito à súmula o prazo de dez dias para prestação de informações. Não sendo o Ministério Público o autor da reclamação e findo o prazo decenal, será aberta vista pelo prazo de 5(cinco) dias. O julgamento da reclamação, em se tratando de desafio à súmula vinculante, terá que ser pelo plenário, órgão encarregado de sua edição.

Nada obsta, no entanto, a aplicação, por analogia, do disposto no artigo 557, §1º-A, do CPC, que permite ao relator, monocraticamente, prover recurso quando em desconformidade a decisão recorrida com a jurisprudência de Tribunal Superior, solução esta proposta no julgamento da Reclamação nº 1.880, pelo então Min. Maurício Corrêa⁴⁷⁵. Para aplicação dessa solução, contudo, parece recomendável que, anteriormente, tenha havido apreciação de reclamação semelhante pelo Plenário.

Durante o processamento da reclamação, caberá agravo regimental contra as decisões que causarem gravame à parte. Da decisão final do Plenário somente serão cabíveis embargos

⁴⁷³ DINAMARCO, Cândido. A reclamação no processo civil brasileiro. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.) **Aspectos Polêmicos e atuais de recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

⁴⁷⁴ MORATO, 2005, p. 208.

⁴⁷⁵ Julgada em 06 nov. 2002.

de declaração, nos termos do artigo 535 do CPC. Se houver decisão nos termos do artigo 557, §. 1º, A, será cabível o agravo previsto no artigo 557, § 1º.

6.2.4 Recursos Especial e Extraordinário

6.2.4.1 Origem histórica e Finalidade Uniformizadora

Na classificação proposta, figuram os recursos especial e extraordinário como instrumentos constitucionais de uniformização de jurisprudência. A par de serem tratados no Código de Processo Civil⁴⁷⁶, verifica-se que o legislador reportou-se à Lei Maior ao aludir ao cabimento dos recursos especial e extraordinário enfatizando, pois, importância e o papel de tais recursos, tendo presente que não poderia eliminar, restringir ou mesmo aumentar a área do cabimento dos mesmos, justamente porque previstos na Lei Maior.

Ambos os recursos, especial e extraordinário, guardam natureza excepcional, em razão da rigidez procedimental que apresentam, e o recurso especial, na expressão de José Carlos Barbosa Moreira, “é inovação da Carta da República de 1988, que lhe transferiu parte das funções exercidas pelo recurso extraordinário, agora utilizável com exclusividade, em matéria constitucional”⁴⁷⁷.

A origem histórica do recurso extraordinário está no direito saxônico, como sintetiza José Afonso da Silva:

Controverteu-se a respeito da origem do recurso extraordinário. Alguns viram sua fonte mais remota na Suplicação do Direito antigo português, e sua fonte próxima na Revista, que, no direito brasileiro pré-republicano, interpunha-se em caso de nulidade ou injustiça notória, para o então Supremo Tribunal de Justiça. Não se pode negar, com efeito, certa afinidade entre o recurso extraordinário e esses recursos; e bem poderia ser uma evolução deles. Assim, porém, não se deu. Nos termos em que o recurso

⁴⁷⁶ Na seção II do Capítulo VI do Título IX do Livro I trata o Código de Processo Civil do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, dispondo, o artigo 541, do CPC, que os mesmos são interpostos nos casos previstos na Constituição, perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas.

⁴⁷⁷ BARBOSA MOREIRA, 2002, v. 5, p. 574.

extraordinário entrou na legislação nacional, reconhece-se, nitidamente, sua filiação ao direito saxônico, através do *writ of error* dos americanos.⁴⁷⁸

Havendo vários órgãos estaduais com jurisdição, a uniformidade na aplicação do direito federal afigurava-se impossível, razão pela qual foi instituído o *writ of error* no direito norte-americano pelo *Judiciary Act* de 1789. De destacar-se que no direito inglês o *writ of error* não detinha essa função uniformizadora, distinguindo-se do *appeal* apenas porque poderia versar exclusivamente acerca de matéria de direito. Foram os americanos que acrescentaram a discussão da “questão federal controvertida”, atribuindo-lhe a missão de sustentar a supremacia da Constituição e das leis federais em face das justiças dos Estados-membros⁴⁷⁹.

O *writ of error* era cabível nas seguintes hipóteses: (a) questionamento acerca da validade de um tratado ou lei da União ou da legitimidade de sua autoridade e a decisão recorrida é contra a sua validade; (b) questionamento acerca da validade de uma lei estadual ou da autoridade exercida pelo Estado, em face da Constituição, leis ou tratados dos Estados Unidos, e a decisão é a favor da validade; (c) questionamento acerca título, direito ou privilégio ou isenção reclamada com fundamento na Constituição, tratado ou lei ou concessão, e a decisão for contra o título, direito privilégio ou isenção.

O *writ of error* recebeu nova designação por meio do *Judiciary Act* de 1925, passando a denominar-se *appeal*. Esse, juntamente com o *writ of certiorari*, poderia ser endereçado à Suprema Corte com vistas a revisão das decisões das Cortes Estaduais. No entanto, com relação ao *appeal* (designação conferida ao *writ of certiorari*) o conhecimento por parte da Suprema Corte era obrigatório. Já em relação ao *writ of certiorari* o conhecimento dependia do exame discricionário da Corte, mediante o voto afirmativo de conhecimento de quatro juízes. Contudo, em 1988, com a edição do *Supreme Court Case Selections Act*, foi restringido o uso do *appeal*, remanescendo praticamente o *writ of certiorari* cujo conhecimento é sujeito à plena discricionariedade da Suprema Corte.

Uma vez proclamada a República no Brasil e instituída entre nós a forma federativa de Estado, surgiu a necessidade de outorgar à União um meio de manter a uniformidade do

⁴⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 26-27

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 29

direito federal, razão pela qual, traduziu-se, quase literalmente, as disposições do *Judiciary act* de 1789 e leis posteriores, que regulavam o instituto, tendo sido desprezado o recurso de revista do direito luso-brasileiro que até certo ponto, lembra José Afonso da Silva, tinha função semelhante, já que se destinava à defesa da lei em tese e ao respeito ao seu império, de seu preceito abstrato, indefinido, sem se envolver diretamente na questão privada ou no interesse das partes litigantes⁴⁸⁰.

O recurso extraordinário surgiu no Brasil com o Decreto nº 848, de 24.10.1890, guardando, pois, similaridade com o *writ of error* e, ainda, com o recurso extraordinário argentino, também baseado no modelo norte-americano⁴⁸¹. Atualmente o recurso extraordinário parece guardar mais proximidade, pois, com o *writ of certiorari*.

A finalidade uniformizadora do *writ of error*, contudo, diretamente ligada à forma federativa de Estado, permanece relativamente aos recursos extraordinário e especial. No particular a lição de José Afonso da Silva, ainda antes da Constituição Federal de 1988, acerca do recurso extraordinário:

O Supremo Tribunal Federal ao julgá-lo, exerce função jurisdicional, mas com finalidade diversa dos outros órgãos jurisdicionais. Recurso Extraordinário e Supremo Tribunal Federal têm escopo comum. Este, como instância de superposição tem como função primordial sustentar a supremacia da Constituição, a integridade do Direito federal, a uniformidade de sua interpretação; em suma, manter a unidade do direito nacional; e aquele é instrumento com que o armou a Lei Fundamental para o cumprimento desta finalidade.⁴⁸²

Na clássica lição de Pontes de Miranda, trata-se do interesse estatal de assegurar “a inteireza positiva, a autoridade e a uniformidade de interpretação. Visa, pois, manter incólume o prestígio da Lei Maior, o princípio da lei federal e a uniformidade da jurisprudência”⁴⁸³.

A doutrina tem atribuído a mesma finalidade uniformizadora ao recurso especial. Vale conferir, a propósito, as lições de Antônio Pádua Ribeiro:

⁴⁸⁰ SILVA, J., 1963, p. 29

⁴⁸¹ MEDINA, 2002, p. 112.

⁴⁸² SILVA, J., op. cit., p. 106

⁴⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsói, 1946, v. 3, p. 58.

De início, para boa compreensão do recurso especial, é importante entender a sua filosofia, a razão de sua existência. A sua razão precípua é dar prevalência à tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses dos litigantes. [...] Tanto quanto nos países europeus em que há juízos de cassação e de revisão, parte o nosso sistema jurídico de que, para a satisfação dos anseios dos litigantes são suficientes dois graus de jurisdição: a sentença de primeira instância e o julgamento do Tribunal. Por isso, ao apreciar o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, mais do que o exame do direito das partes, estará a exercer o controle da legalidade do julgado proferido pelo Tribunal *a quo*. Em suma, a função do recurso especial é tutelar a autoridade e unidade da lei federal.⁴⁸⁴

E de Sálvio Figueiredo Teixeira:

Trata-se de modalidade de recurso extraordinário *lato sensu*, destinado, por previsão constitucional, a preservar a unidade e a autoridade do direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação da lei, deve prevalecer sobre os interesses das partes. Ao lado do seu objetivo de ensejar o reexame da causa, avulta sua finalidade precípua, que é a defesa do direito federal e a unificação da jurisprudência. [...] Na alínea “c” situa-se a mais importante função do recurso especial: uniformizar a interpretação do direito federal no País, quando haja manifesta divergência envolvendo tribunais diferentes, um dos quais poderá ser o próprio Superior Tribunal de Justiça.⁴⁸⁵

O E. Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas oportunidades, tem afirmado a relevância da uniformização da interpretação do direito federal:

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 que o E. STJ é o 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 às nossas instituições.⁴⁸⁶

EMBARGOS DECLARATÓRIOS—EFEITOS MODIFICATIVOS—ADIN 1.851-4/AL—ICMS— SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA —FATO GERADOR PRESUMIDO—VENDA EFETIVADA MEDIANTE PREÇO MENOR QUE O DA PAUTA FISCAL—RESTITUIÇÃO INDEVIDA.

⁴⁸⁴ RIBEIRO, Antônio Pádua de. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 112.

⁴⁸⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 69-70.

⁴⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 228.432-RS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 01.02.2002, **DJ** 18 mar. 2002.

1. Definiu-se que, em razão de substituição tributária, não é devida a repetição do excesso pago pela diferença entre os créditos oriundos de base de cálculo presumida (da pauta fiscal) e aqueles obtidos pela base de cálculo real (da venda efetivada). (ADIn 1.851-4/AL, rel. Min. Ilmar Galvão).
2. A decisão do STF em ADIn deve ser observada de forma vinculante (cf. § 2º, do art. 102, da CF). Já o fez a Primeira Turma da Casa (cf. RESP 270.612/FALCÃO).
3. A teimosia na adoção de teses já vencidas, além de militar em desfavor à função uniformizadora dos Tribunais Superiores, só faz crescer a plethora de processos que se amontoam sobre o Judiciário.
4. Embargos recebidos, com efeitos modificativos. Prejudicados os embargos da empresa.⁴⁸⁷

6.2.4.2 Características comuns

A bipartição do antigo recurso extraordinário, diz José Carlos Barbosa Moreira, perfeitamente explicável à luz da reestruturação da cúpula do Poder Judiciário, não deixou de causar problemas de ordem prática⁴⁸⁸.

De acordo com o referido autor, não parece muito feliz “opção do legislador de disciplinar sempre em conjunto o recurso extraordinário e o recurso especial”⁴⁸⁹, como se ambos necessariamente tivessem que ser interpostos. De toda forma, existem características comuns entre o recurso extraordinário e especial a justificar o tratamento conjunto.

A primeira característica comum refere-se ao prévio esgotamento das instâncias ordinárias. Tanto o recurso extraordinário, quanto o recurso especial são cabíveis, em tese, contra decisões proferidas em única ou última instância.

Esta exigência já era feita sob a égide da anterior Constituição Federal, tanto que relativamente ao recurso extraordinário previsto em tal Carta o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 281⁴⁹⁰:

⁴⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS 14274 / MT. 1ª Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. j. em 18 fev. 2003. **DJ** 07 abr. 2003, p.223.

⁴⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 576.

⁴⁸⁹ Ibidem, p. 576.

⁴⁹⁰ Naturalmente, sendo o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial dirigidos a Tribunais Superiores da Federação, tendo o Recurso Especial surgido a partir de atribuição antes afeta ao STF-controle e interpretação do direito federal-comum-compreende-se que as Súmulas ainda em vigor editadas pelo STF relativamente ao “antigo” recurso extraordinário e compatíveis com a atual Constituição Federal tenham aplicação no juízo de admissibilidade do Recurso Especial.

É inadmissível o recurso extraordinário quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada. A explicação desta exigência, ensina Mancuso, “está em que o STF e o STJ são órgãos da cúpula judiciária, espraçando suas decisões por todo o território nacional. Em tais circunstâncias, compreende-se que as Cortes Superiores apenas devam pronunciar-se sobre questões federais (STJ) ou constitucionais (STF)- que podem até ser prejudiciais numa lide que esteja totalmente dirimida nas instâncias inferiores. Se os Tribunais da Federação darão a última palavra, de acordo com as suas atribuições, compreende-se que o interesse do recorrente depende de que já tenham sido experimentadas todas as possibilidades de impugnação que antes se lhe abriram.”⁴⁹¹

De referir-se que o esgotamento das instâncias ordinárias precedentes pode ocorrer porque efetivamente exercitados todos os recursos cabíveis, mesmo que exista apenas uma possibilidade como no caso dos juizados especiais cíveis – art. 42 da Lei nº 9.099/95-, e está referido às possibilidades recursais propriamente ditas, não se estendendo à ação rescisória.

Releva no exame deste tema o conceito de “causas decididas”. Parece haver acordo na doutrina⁴⁹² no sentido de que a expressão “causas decididas” deve ser compreendida em sentido amplo, vale dizer, abrangendo inclusive aquelas hipóteses em que não houve exame do mérito. A decisão pode ter sido proferida em processo cautelar ou mesmo de jurisdição voluntária. Desimporta a natureza ou o tipo de processo.

Acerca do tema, é oportuna a lição de Athos Gusmão Carneiro:

O conceito de causa, quer em tema de recurso extraordinário *scritto sensu*, como de recurso especial, é o mais amplo: abrange a totalidade dos processos em que tenha sido proferida decisão jurisdicional, tanto em jurisdição contenciosa, como na denominada jurisdição voluntária.⁴⁹³

Depois de ressaltar que existem hipóteses controvertidas, como nos “processos de dúvida suscitada por oficial do registro público” (RTJ 84/151; 90/913; 97/1250), nos procedimentos de reclamação ou correição parcial, “onde predomina a tese do descabimento”, conclui:

⁴⁹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.100.

⁴⁹² Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 578 e MANCUSO, 2001, p. 114.

⁴⁹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 654, abr. 1990, p. 10.

À evidência não cabe recurso extremo contra decisões tipicamente administrativas, ainda que em procedimentos censórios, proferidos pelos tribunais no exercício de sua atividade de autogoverno no Poder Judiciário e da magistratura. Igualmente descabe o recurso extraordinário de decisões proferidas por ‘Tribunais’ administrativos, como o Tribunal Marítimo, os Conselhos de Contribuintes, etc., cuja atividade é tipicamente de administração e sujeita ao controle do Judiciário.⁴⁹⁴

Em que pese na maioria das vezes os recursos excepcionais serem interpostos contra acórdãos proferidos em recurso de apelação, hoje não mais se discute seu cabimento contra acórdãos proferidos em sede de agravo de instrumento, na medida em que, de forma expressa, o artigo 542, par. 3º, do CPC prevê esta possibilidade ao aludir a decisões interlocutórias⁴⁹⁵.

Pode-se, afirmar, pois, que para efeito de recurso especial ou extraordinário, importa que tenham sido exercitados os recursos ordinários cabíveis.⁴⁹⁶ Atendido este item, a causa em questão não sofre limitação quanto à natureza do processo (de conhecimento, execução ou cautelar), nem quanto à qualidade da decisão (definitiva, terminativa, interlocutória), nem quanto ao tipo de jurisdição em que foi prolatada (contenciosa ou voluntária). Pode tratar-se de causa de competência originária do Tribunal (v.g. ação rescisória), do julgamento de recurso, seja qual for, ou ainda de qualquer dos casos de revisão obrigatória em segundo grau (art. 475 do CPC).

Contudo, verificando-se o incidente de inconstitucionalidade, não é o pronunciamento do tribunal pleno sobre tal incidente que poderá constituir objeto de recurso extraordinário, mas o acórdão do órgão fracionário que decidir à espécie à luz daquele pronunciamento⁴⁹⁷, valendo a mesma observação, para o incidente de uniformização de jurisprudência.

De outra parte, é bem de ver-se que o artigo 102 da Constituição Federal ao referir o cabimento do recurso extraordinário alude às causas decididas em última ou única instância, sem mencionar o órgão prolator. Já o artigo 105 da mesma Carta traz textualmente “causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

⁴⁹⁴ CARNEIRO, 1190, p. 10.

⁴⁹⁵ Já a Súmula 86 do E. STJ de forma expressa admitia a interposição de recurso especial contra decisão prolatada em sede de agravo de instrumento.

⁴⁹⁶ Súmula 207 do E. STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem.”

⁴⁹⁷ Nesse sentido a Súmula 513 do E. STF. Se a questão constitucional for a única, o órgão especial ou tribunal pleno deverá julgar a causa e, aí sim, caberá recurso desta decisão para as instâncias superiores.

Partindo-se da premissa de que a Constituição não contém palavras inúteis, parece certo afirmar que o constituinte quis estabelecer uma distinção. Para fins de recurso extraordinário, a locução causa decidida significa uma ação julgada extinta, com ou sem julgamento do mérito, ordinariamente revista por Tribunal. Mas não pode ser descartada a hipótese de o recurso extraordinário ser manejado em face de ação extinta em instância única como, por exemplo, no caso da decisão proferida nos juizados especiais (art. 41 e segs da Lei nº 9.099/95), desde que tenha havido discussão acerca de matéria constitucional. E esta interpretação não fica afastada pela circunstância de o artigo 541 do CPC, aludir à interposição de recurso extraordinário perante o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal, como se infere da decisão do E. STF a seguir transcrita:

Procede a reclamação contra decisão de juiz presidente do Colégio Recursal de Juizado Especial Cível que negou processamento e conseqüente remessa de agravo de instrumento que, interposto da denegação de recurso extraordinário no juízo ‘a quo’, é da competência privativa do STF.⁴⁹⁸

No que concerne ao recurso especial, tendo a Constituição Federal atrelado o qualificativo “Tribunal” à “causa decidida”, então “causa decidida” será aquela que em instância única ou última instância for julgada por Tribunal (= órgão judiciário de 2º grau). Vale dizer: não há possibilidade de se interpor recurso especial a partir de sentença, ainda que prolatada em instância única. Nesse sentido a Súmula 203 do E. STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

A segunda característica comum diz respeito à impossibilidade de os recursos especial e extraordinário serem interpostos com intuito de corrigir decisões injustas, característica de certa forma já enfrentada acima, quando abordada a finalidade dos recursos especial e extraordinário. Como afirma Mancuso:

dizer que o recurso especial e extraordinário não se destinam precipuamente à revisão de decisões injustas é afirmação que, à primeira vista, pode chocar, mas que é compreensível, dentro do sistema. Assim como o E. STF não é simplesmente mais um Tribunal Superior, e sim a Corte Suprema, encarregada de manter o império e a unidade do direito constitucional, também o recurso extraordinário não configura mais uma possibilidade de impugnação, e sim o remédio de cunho político-constitucional (seus

⁴⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 1.051-ES. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. j. em 06 maio 1999, **D.J.** 11 jun. 1999, p. 8.

pressupostos não estão na lei processual) que permite ao STF dar cumprimento à elevada missão de guarda da Constituição (art. 102, *caput*)⁴⁹⁹.

A simples situação de sucumbência, de prejuízo, que basta para a interposição dos recursos comuns, não é suficiente para embasar os recursos de índole excepcional, que exigem, isso sim, a invocação de questões de direito federal ou constitucional e não a simples injustiça da decisão recorrida.

Pode-se afirmar, assim, que o recurso extraordinário e o recurso especial possuem dupla conotação: Vistos pelo ângulo do recorrente objetivam solução de uma situação jurídica individual. Vistos pelo ângulo dos Tribunais Superiores, tais recursos permitem que tais Cortes desempenhem sua missão constitucional de resguardar a observância à Constituição ou à lei federal e, no desempenho desta missão, resolvam situação jurídica individual. Mas estes planos são perfeitamente harmonizáveis, como pondera Barbosa Moreira:

O recurso extraordinário (como o especial, ramificação dele), não dá ensejo a novo reexame da causa, análogo ao que propicia a apelação. Com as ressalvas que a seu tempo há de consignar-se, nele unicamente se discutem a *quaestiones iuris*, e destas apenas as relativas ao direito federal. No seu âmbito, contudo, parece excessivo negar que sirva de instrumento à tutela dos direitos subjetivos das partes ou de terceiros prejudicados⁵⁰⁰.

Esta dúplice função já havia sido identificada por Piero Calamandrei relativamente ao recurso de cassação previsto no direito italiano: “o meio permite à corte de cassação fazer que marchem, em igual, passo o interesse individual da justiça no caso singular e o interesse público na interpretação exata da lei em abstrato, e o recurso de cassação”⁵⁰¹.

Como terceira característica comum pode ser apontada a impossibilidade de, no âmbito da apreciação dos recursos especial e extraordinário, ser revisada a matéria de fato. Presume-se, a tanto, que a matéria de fato tenha sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção dos fatos às normas de regência.

⁴⁹⁹ MANCUSO, 2001, p. 117.

⁵⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 575.

⁵⁰¹ CALAMANDREI, Piero. **Casación civil**. Buenos Aires: Europa-America, 1959, p. 16. “*El medio permite a la Corte de casación hacer que marchen a igual paso el interes individual em la justicia del caso singular y el interes público em la interpretación exacta de la lei em abstracto, es el recurso de casación*”.

Nem sempre é fácil, todavia, traçar os limites precisos entre o que seja matéria de fato e matéria jurídica, sendo pertinente, no ponto a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier:

Parece-nos que a questão será predominantemente fática, do ponto de vista técnico, se, para que se redecida a matéria, ‘houver a necessidade de se reexaminarem as provas,’ ou seja, de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido, em função da análise do material probatório produzido.⁵⁰²

Em princípio, a valoração da prova se insere no campo da matéria fática. De acordo com José Afonso da Silva, se o juiz se engana na apreciação dos fatos, condutas e provas erra na questão de fato; se na valoração das normas jurídicas positivas, aplicáveis aos fatos provados, ou seja, na escolha das normas cuja aplicação determina, comete erro na questão de direito.⁵⁰³ Em decorrência, o E. STF editou a Súmula 279 asseverando que “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, sendo no mesmo sentido, quanto ao recurso especial, a Súmula 07 do E. STJ⁵⁰⁴.

Conforme Mancuso:

compreende-se que os recursos excepcionais não sejam vocacionados à mera revisão da matéria de fato: é que indigitada injustiça daí defluente teria por causa uma afirmada má subsunção do fato à norma, erronia essa, todavia, corrigível pelos recursos comuns; ao passo que o móvel dos recursos extraordinários e especial se restringe à readequação do julgado recorrido aos parâmetros constitucionais ou de direito federal, respectivamente, portanto no plano do direito estrito.⁵⁰⁵

Parece sustentável, segundo o mesmo autor, que nessa operação exegética se devem “incluir os textos legais que contenham os chamados conceitos vagos ou indeterminados, como por exemplo, união estável, bom pai de família, castigar imoderadamente, interesse público, relevância nacional”, sendo no mesmo sentido o entendimento de Lucia Helena Ferreira Palmeiro da Fontoura, com a ressalva de que o reexame da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados não poderá ser feita se o juiz dos fatos houver “formulado

⁵⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e de direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 74, nov. 1998, p. 266.

⁵⁰³ SILVA. J., 1963, p. 151.

⁵⁰⁴ A pretensão de simples reexame da prova não enseja recurso especial.

⁵⁰⁵ MANCUSO, 2001, p. 1287.

premissa maior de alcance meramente casuístico,” [...] ou aplicou conceitos jurídicos de grau e de medida, que não tenham reflexo exemplificador senão para o caso singular”⁵⁰⁶.

O E. STF tem considerado que constituem questões de fato: o *quantum* da indenização em desapropriação ou na ação de responsabilidade civil e a afirmação de que não se configurou a mora⁵⁰⁷.

Segundo a jurisprudência do E. STJ afirmando o acórdão recorrido a desnecessidade de produção de outras provas, não há como desconstituir-se essa assertiva sem readentrar no campo fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, a teor do enunciado da Súmula 7 do referido Tribunal Superior .

Não tem sido considerada como “questão de fato”, todavia, a valorização jurídica da prova, assim explicitada por Athos Gusmão Carneiro: “A valorização da prova que autoriza o apelo extremo e se caracteriza como ‘questão federal’, diz respeito ao erro de direito quanto ao valor de determinada prova abstratamente considerada [...]”⁵⁰⁸.

Como quarta característica comum tem-se o juízo de admissibilidade bipartido. O juízo de admissibilidade é feito tanto pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal *a quo*, quanto pelo relator a quem for distribuído o recurso especial ou extraordinário, não ficando este último vinculado à decisão do Tribunal *a quo*. Em outras palavras: mesmo que o presidente ou vice-presidente do Tribunal tenha admitido o recurso especial e o recurso extraordinário, tais recursos poderão ter seguimento negado pelo relator a quem tais recursos tiverem sido distribuídos.

A existência de fundamentos específicos de admissibilidade previstos na Constituição Federal e não no Código de Processo Civil, da mesma forma, constitui característica comum a ambos os recursos. E, por derradeiro, como fator comum entre os dois recursos pode-se identificar o efeito devolutivo, salvante a hipótese de deferimento de medida cautelar para atribuição de efeito suspensivo.

⁵⁰⁶ FONTOURA, Lúcia Helena Ferreira Palmeiro da Fontoura. **Recurso especial:** Questão de Fato/Questão de Direito. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 73.

⁵⁰⁷ MANCUSO, 2001, p. 129

⁵⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 7258-RJ. Relator: Min. Athos Gusmão Carneiro, j. em 23 out. 1991. **D.J** 25 nov. 1991, p. 17.078.

6.2.4.4 Cabimento

A interposição de recurso especial e extraordinário depende, a exemplo dos outros recursos, dos pressupostos gerais aplicáveis aos recursos ditos comuns. Tais pressupostos, na lição de Ovídio Baptista da Silva, classificam-se entre intrínsecos e extrínsecos. Diz o autor:

Entre os primeiros estão: (a) cabimento do recurso, ou seja, a existência num dado sistema jurídico, de um provimento judicial capaz de ser atacado por meio de recurso; b) legitimação do recorrente para interpô-lo; c) interesse no recurso; 4) a inexistência de algum fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. São requisitos extrínsecos: a) a tempestividade; b) a regularidade formal; e c) o preparo ⁵⁰⁹.

Em se tratando dos recursos especial e extraordinário, a admissibilidade não é assegurada apenas pelo implemento de tais pressupostos. Devem estar presentes as hipóteses específicas previstas na Constituição Federal.

Segundo o artigo 102, inciso III da Constituição Federal são três as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário: quando a decisão recorrida (a) contrariar dispositivo da Constituição Federal (b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal⁵¹⁰. E, de acordo com o artigo 105, inciso III da mesma Carta, é cabível o recurso especial quando a decisão recorrida (a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

6.2.3.4.1 Do cabimento do recurso especial

A primeira hipótese de cabimento do recurso especial, nos termos do art. 105, inciso III, alínea *a* da Constituição Federal se dá quando a decisão recorrida contrariar tratado e lei federal ou negar-lhe vigência.

⁵⁰⁹ SILVA. O., 1991, p. 350.

⁵¹⁰ Alínea acrescentada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Considerando que no que concerne ao recurso extraordinário, a Constituição Federal fez alusão apenas à contrariedade às suas normas, cumpre, inicialmente, esclarecer o alcance das expressões “contrariar” ou “negar vigência”, inclusive se há diferença entre ambas.

Examinando as hipóteses de cabimento do recurso especial e extraordinário com fundamento nos artigos 102, III, *a* e 105, III, *a* da Constituição Federal Mancuso assevera que

contrariar um texto é mais do que negar-lhe vigência. Em primeiro lugar, a extensão daquele termo é maior, chegando mesmo a abarcar a certos respeitos, o outro; segundo, a compreensão dessas alocações é diversa: ‘contrariar tem uma conotação mais difusa, menos contundente; já ‘negar vigência’ sugere algo mais estrito, mais rígido. Contrariamos a lei quando nos distanciamos da *mens legislatoris*, ou da finalidade que lhe inspirou o advento; e bem assim quando interpretamos mal e lhe desvirtuamos o conteúdo. Negamos-lhe vigência, porém, quando declinamos de aplicá-la, ou aplicamos outra, aberrante da *fattispecie*.⁵¹¹

O tema mereceu o seguinte comentário de Carlos Mário da Silva Velloso:

A Constituição Federal de 1988, ao estatuir, na letra *a*, do inciso III do art. 105, como pressuposto do recurso especial não somente negar vigência a tratado ou lei federal, mas, também, contrariar tratado ou lei federal, pôs termo a qualquer controvérsia que ainda pudesse existir, deixando nítida a intenção de alargar, conforme falamos, o raio de ação do recurso extraordinário, que denomina de recurso especial e que será julgado pelo STJ.⁵¹²

A controvérsia a que alude o comentário, esclarece Roberto Carvalho de Souza,

é a que lavrou, durante algum tempo, no E. STF, e que diz respeito à interpretação das palavras ‘negar vigência’, as quais tanta celeuma causaram a ponto de, no Recurso Extraordinário nº 45.255, proveniente do Estado de Goiás, aquela Corte ter procurado dirimir as dúvidas exegéticas, entendendo que ‘nega vigência à lei federal não só a decisão que afirma não estar ela em vigor, porque já não vigora, ou ainda não vigora, mas também a que não aplica, quando ela é aplicável, ou pretendendo ou fingindo aplicá-la faz o frontalmente oposto do que diz, na letra e no espírito, o texto traído.’⁵¹³

⁵¹¹ MANCUSO, 2001, p. 162.

⁵¹² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 638, 1990, p. 21 et seq.

⁵¹³ SOUZA, Roberto Carvalho de. **Recurso especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 76-77.

No ponto, decidiu o E. STF que tanto vulnera a lei o provimento judicial que implica exclusão do campo de aplicação de hipótese contemplada como o que inclui exigência que se lhe mostra estranha⁵¹⁴.

O Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, quando, examinando a alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Lei Maior diz que o constituinte de 1988:

preferiu usar expressão mais ampla, dirimindo de antemão discussões sobre o alcance das expressões ‘contrariar’ e ‘negar vigência’, em face da desuniformidade existente até então nos textos anteriores. O sentido, porém, é um só, evitar a inobservância do direito federal, o seu descumprimento, contrariar a lei é, em última análise, o mesmo que tê-la por inexistente, negar-lhe vigência, deixar de aplicá-la ou violá-la.⁵¹⁵

Nada obstante se possa reconhecer que foi um só o objetivo do legislador constituinte ao empregar duas expressões distintas na alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal (“contrariar” ou “negar vigência”), parece certo afirmar, como o faz Rodolfo Mancuso, que a distinção é de “atualidade e interesse”, até porque da mesma decorre, na lição de Roberto Carvalho de Souza, a superação da Súmula 400 do E. STF:

De qualquer sorte entra em jogo, nesta questão interpretativa, o disposto na Súmula 400, daquele órgão colegiado. Declarando que não autoriza a interposição de recurso extraordinário, pela letra *a*, do art. 101, III, da Constituição (o dispositivo é da Carta de 1946), ‘decisão que deu interpretação razoável à lei, ainda que não seja a melhor’, a Súmula refere-se à contrariedade à lei federal, não propiciando, pois, sua aplicação à matéria constitucional. Mas tal síntese da jurisprudência predominante na mais alta Corte judiciária do país mereceu severíssimas críticas. Seu nítido objeto era restringir a admissibilidade do recurso extraordinário. Todavia, os efeitos desastrosos da Súmula foram tão imprevisíveis que ela quase conseguiu eliminar duas das principais hipóteses de cabimento do recurso extremo, pois, se é de considerar razoável a interpretação dada à lei pelo acórdão recorrido (letra *a*) não haveria como admitir-se tampouco o recurso pelo dissídio (letra *c*). Toda esta querela resta superada, como pondera Carlos Mário da Silva Velloso, porque ‘quando a Constituição fixa, como pressuposto do recurso especial pela letra *a* do art. 105, III, haja a decisão recorrida contrariado ou negado vigência à lei, não me parece possível contentar-se o Tribunal, para não conhecer do recurso, com a simples razoabilidade da decisão recorrida, ainda que essa interpretação simplesmente não seja a melhor’⁵¹⁶.

⁵¹⁴ MANCUSO, 2001, p. 174.

⁵¹⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 48, mar. 1990, p. 7 et seq.

⁵¹⁶ SOUZA, 1995, p. 77.

Neste mesmo sentido, o pensamento de Rodolfo Camargo Mancuso:

A questão da ‘razoabilidade da interpretação do direito’, agora volta à baila, porque o permissivo constitucional relativo ao extraordinário (CF, 102, III), refere-se na alínea *a* à contrariedade à Constituição, ao passo que no tocante ao recurso especial, o art. 105, III, alínea *a*, fala em contrariar ou negar vigência à lei federal. Ora, ‘contrariar’ e ‘negar vigência’ não são expressões sinônimas, e assim se põe o problema de saber se subsiste a controvertida Súmula 400 do E. STF [...]. Na síntese de Vicente Greco Filho, ‘contrariar a lei significa desatender seu preceito, sua vontade; negar vigência significa declarar revogada ou deixar de aplicar a norma legal federal.’ Por outras palavras, quando é a ‘contrariedade’ que aparece como pressuposto do recurso, não se pode, em boa lógica, inadmiti-lo ao argumento de que o julgado recorrido deu ‘razoável interpretação’ à Constituição. [...] Nesse caso, também o STJ não poderá deixar de conhecer recurso especial invocando a Súmula 400, na medida em que só ele é o exegeta maior e definitivo do direito federal infraconstitucional, e não pode abdicar dessa competência, ou dividi-la com os Tribunais locais ou regionais.⁵¹⁷

Desta forma, presente a máxima interpretativa no sentido de que a Constituição Federal não contém palavras inúteis, que a expressão “contrariar” à lei federal cumpre justamente o papel de impedir eventual interpretação restritiva que poderia ser conferida ao termo “negar vigência”, como preleciona Vicente Greco Filho:

A intenção do constituinte, pois, revigorando a expressão *contrariar a lei*, foi de ampliar o cabimento do recurso ao Superior Tribunal de Justiça, atendendo aos reclamos de certas correntes que lamentavam a excessiva rigidez do cabimento do recurso extraordinário.⁵¹⁸

A citada Súmula 400 do STF, atualmente, tem sido invocada raras vezes pelo E. STJ para não conhecimento do recurso especial, tendo, efetivamente, decidido aquela Corte Especial de Justiça que: “O enunciado n° 400 da Súmula STF é incompatível com a teleologia do sistema recursal introduzido pela Constituição de 1988”⁵¹⁹.

Prosseguindo-se no exame do cabimento do recurso especial pela alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, necessário verificar o que se entende por lei federal para fins de recurso especial. Mancuso oferece a seguinte sistematização acerca do direito federal comum (infraconstitucional) apto a autorizar o manejo do recurso especial:

⁵¹⁷ MANCUSO, 2001, p. 190 et seq.

⁵¹⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 335.

⁵¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, Recurso Especial n° 5.936-PR. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. j. em 04 jun. 1991. v.u. DJU 07 jan. 1991. p. 13.971.

A) as leis federais por definição, isto é: aquelas relativas às matérias que a CF deixa à competência legislativa da União, de forma privativa (art. 22); e bem assim, as outras formas de expressão do direito federal (leis; decretos e regulamentos-RTJ 44/467); relativas aos assuntos que a CF considera de interesse da União (art. 21), como a declaração de guerra (inciso II) ou a emissão de moeda (inciso VII).

B) as leis sobre matérias que, conquanto deixadas pela CF à competência comum (art. 23), ou concorrente (art. 24), entre União e outros entes políticos, vêm a ser editadas pela União.

C) o direito estrangeiro que tenha sido incorporado ao nosso direito interno (RTJ 101/1.149; RF 284/157), como v.g., sucedeu com as Convenções de Genebra em matéria de Títulos de Crédito⁵²⁰.

O item “C” da sistematização oferecida por Mancuso bem demonstra que a menção a tratados internacionais feita no dispositivo seria até repetitiva. Com efeito. Cediço que no Brasil adotou-se a teoria dualista acerca da eficácia dos tratados internacionais no direito interno do país. Para que os tratados tenham eficácia no âmbito interno, torna-se necessária ratificação pelo Congresso Nacional, bem como sua promulgação por Decreto do Poder Executivo⁵²¹.

Para o E. STF os tratados internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias.⁵²² Por isso mesmo, diz Perseu Gentil Negrão:

Os tratados e convenções são celebrados pelo Poder Executivo; assim, para que tenham validade no Brasil, necessitam de ratificação pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo). Ora, elaborada esta ratificação, torna-se lei, e, portanto, desnecessária a menção no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.⁵²³

⁵²⁰ MANCUSO, 2001, p. 187-188

⁵²¹ Nesse sentido, o entendimento unânime do Plenário do E. STF na Carta Rogatória (AgRg) nº 8.279-Argentina, rel. Min. Celso de Mello, jun/1998, ementa publicada no Informativo nº 196, de agosto de 2000.

⁵²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 1480. Relator: Min. Celso de Mello. Maioria. *DJU*, n. 91-E, 18 maio 2001, p. 429.

⁵²³ NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso especial**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 30.

Ainda no que pertine à afronta aos tratados internacionais, diz Mancuso que a “decisão recorrida” que a contém deve ser um acórdão prolatado pelos Tribunais Regionais Federais, na medida em que é destes a competência, para, em grau de recurso, julgar as causas decididas pelos juízes federais fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.⁵²⁴

No entanto, rogando-se a mais respeitosa *venia* a esse autor, tem-se que também os Tribunais Estaduais podem prolatar decisões que, em tese, contrariam tratados internacionais quando, por exemplo, negam, aplicação de cláusula que, segundo entendimento sustentado por uma das partes, poderia conferir benefício fiscal em matéria de tributo estadual, v.g., o ICMS.

Ainda no que se refere à expressão “tratados internacionais”, é pertinente a lição de Sérgio Rizzi no sentido de que “O tratado comparece no direito brasileiro sob inúmeras designações: convenções, ajuste, pactos[...], mas sempre deverá ter o mesmo tratamento de lei federal”⁵²⁵.

Examinado o conteúdo das expressões “lei federal” e “tratados internacionais”, tem-se que por exclusão, não se consideram lei federal cuja afronta autorizaria, em tese, a interposição de recurso especial: o regimento interno dos tribunais (Súmula 399 do E. STF; STJ, Recurso Especial 41.745-RS, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 14.03.94, D.J. U 18.04.94, p. 8.505); o ato normativo, a portaria interministerial; a resolução de autarquia, o provimento da Ordem dos Advogados do Brasil; lei dirigida exclusivamente ao distrito federal.

Ovídio Baptista da Silva sustenta, ainda, ser cabível o recurso especial com fundamento na alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Lei Maior quando houver violação a “princípio jurídico”. Em parecer exarado em face de certa demanda envolvendo cooperativa e ex-associada aduz ser “entendimento aceito pela doutrina que os princípios quando presidam um certo setor do fenômeno jurídico, dando-lhes organicidade e sentido próprio, como no caso sob exame, podem ser objeto de recursos extraordinários, sempre que se alegue negativa de sua vigência.” E, ao final, conclui:

⁵²⁴ MANCUSO, 2001, p. 183.

⁵²⁵ RIZZI, Sérgio. Do recurso extraordinário. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 27, fev. 1989, p.43-44.

É possível haver violação de direito federal quando se nega aplicação a determinado princípio recebido pelo ordenamento jurídico, como critério retor no domínio da hermenêutica legal. A condição para que o princípio, cuja aplicação tenha sido recusada, seja apreciada em recurso especial é a existência, na causa, de controvérsia sobre o direito federal. Para determinação deste conflito hermenêutico, porém é indispensável ter presente que, na doutrina contemporânea, assim como nos outros ordenamentos jurídicos, direito federal não é a mesma coisa que lei federal, concebido este conceito como a doutrina clássica o revelara. Daí a razão pela qual não temos a menor dúvida em afirmar que o acórdão sob análise negou aplicação a normas e princípios de direito cooperativo, cuja incidência se mostrava manifesta.⁵²⁶

Presente o conceito de lei federal antes explicitado, tem-se por inviável a discussão de direito local (estadual, municipal ou distrital) em sede de recurso especial, aplicando-se, aí, com a devida adequação, os termos da Súmula 280 do E. STF: “Por ofensa ao direito local não cabe recurso extraordinário”, sendo no mesmo sentido os precedentes exarados pela 1ª Turma do E. STJ: “Não cabe recurso especial se a referência ao direito local afluiu, no curso do julgamento, como simples reforço de argumento, na interpretação de lei estadual”⁵²⁷ e “Não se conhece do recurso especial quando se alega violação à lei federal, mas que esse exame passa, necessariamente, pela apreciação de lei local”⁵²⁸.

Antes de examinarem-se as demais hipóteses de cabimento do recurso especial, é de ser mencionado que no entendimento da doutrina, basta que o recorrente alegue a contrariedade à lei ou tratado federal para que, presentes os demais requisitos, seja o mesmo admitido pelo Presidência ou Vice-Presidência do Tribunal local e conhecido pelo E. STJ. Veja-se, a propósito, o que diz José Carlos Barbosa Moreira:

Do ponto de vista do cabimento, o recurso especial é admissível desde que o recorrente alegue a contrariedade. Tal alegação bastará para que se conheça do recurso; em etapa posterior, conforme ela seja procedente ou não, o resultado será o provimento ou desprovimento.⁵²⁹

Conforme já foi dito, o recurso especial, em linha de princípio, é refratário a questões de direito local. Mas se a demanda em que prolatada a decisão recorrida estiver qualificada

⁵²⁶ SILVA, Ovídio Baptista. Recurso especial por violação de princípio jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 738, abr. 1997, p. 101 et seq.

⁵²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 6.318-RJ. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. j. em 05 ago. 1992. **DJ** 14 set. 1992, não conheceram, v.u., p. 14.937.

⁵²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 46.303-2-SP. Relator: Min. César Asfor Rocha. j. em 1 jun. 1994. **DJ** 27 ju. 1994, não conheceram, v.u., p. 16.918.

⁵²⁹ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 581-582.

por um contraste entre a lei federal e o ato de governo local, abre-se ensejo ao exame da decisão respectiva pelo E. STJ, nos termos da alínea *b*, do inciso III do artigo 105 da Lei Maior.

Inicialmente, é bem de ver-se que esta alínea teve redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Pela redação anterior era da competência do E. Superior Tribunal de Justiça a apreciação de recursos especiais contra decisões que julgassem válidos lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal.

Por “lei ou ato de governo local” deve entender-se aqueles que podem provir dos Estados e dos Municípios, seja em forma de normas legais *lato sensu* (leis, decretos, portarias, regulamentos), seja em forma de atos: do governador, prefeitos, secretários, diretores de órgãos públicos, reitores etc, enfim, agentes públicos dotados de certa parcela de poder. Segundo Mancuso:

essas normas e esses atos bem podem ser emanados do Executivo, como do Legislativo ou até do Judiciário, ressalvados, neste último caso, os atos puramente jurisdicionais, ou seja, os atos do juiz passíveis de recurso por *error in procedendo* ou *in iudicando* (sentenças, despachos interlocutórios—CPC, art. 162 e §§), já que tais provimentos jurisdicionais, por óbvio, não cabem na rubrica ‘lei ou ato de governo local’⁵³⁰.

No exame do recurso especial com fundamento na alínea *b* do inciso III do artigo 105 da Lei Maior, na redação anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004, sempre houve dificuldade de saber-se se era afrontado apenas o direito federal *scripto sensu* ou se antes já o teria sido a própria Lei Maior, como registrado por Rita Vasconcelos:

na disciplina constitucional anterior, a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza—federal ou constitucional—da questão autorizava a incidência do princípio da fungibilidade, ante a dúvida objetiva da parte entre o cabimento de recurso especial, invocando a contrariedade à lei federal, ou de recurso extraordinário, arguindo a competência para legislar, estabelecida na Constituição Federal.⁵³¹

Para o Min. Moreira Alves:

⁵³⁰ MANCUSO, 2001, p. 210.

⁵³¹ VASCONCELOS, Rita. **Nova competência do STF para o recurso extraordinário**: (CF, art. 102, III, *d*). primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 650

as questões de validade de lei ou ato normativo de governo local em face de lei federal não são questões de natureza legal, mas, sim, constitucional, porque se resolvem pelo exame da existência, ou não, de invasão de competência da União, ou, se for o caso, do Estado.⁵³²

Já o entendimento manifestado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, na Questão de Ordem assentada no Recurso Extraordinário nº 117.809-4-PR era diverso:

Quando entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, a decisão optar por entender que a norma central regulou matéria de competência local, é evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta à admissão do recurso extraordinário pela letra *b* do art. 102, III, da Constituição. Ao recurso especial, assim coerentemente com sua destinação, o que tocará é a outra hipótese, a do cotejo entre lei federal e lei local, sem que se questione a validade da primeira, mas apenas a compatibilidade ou não com ela, a lei federal, da norma estadual ou municipal.⁵³³

A coerência lógica desse raciocínio é inegável. Contudo, não afastou as dúvidas pertinentes ao tema, como identificado por José Miguel Garcia Medina: “nem sempre será possível distinguir-se a violação da Constituição Federal da violação da lei federal”⁵³⁴. Além disso, para se distinguir entre as duas hipóteses, o Tribunal dificilmente deixaria de investigar o mérito do recurso”⁵³⁵.

As dificuldades de interpretação da antiga competência do E. STJ agravaram-se em face da orientação adotada pelo E. STF no sentido de que apenas a ofensa direta renderia ensejo ao recurso extraordinário⁵³⁶. Daí por que a lição de Nelson Pinto no sentido de que apenas decisão baseada em declaração incidental de inconstitucionalidade de lei federal poderia render ensejo a recurso extraordinário nos termos do artigo 102, III, “b” da Lei Maior.

⁵³² MOREIRA ALVES, José Carlos. O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição: questões e perspectivas. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, jun./set. 1989.

⁵³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no RE 117809-PR. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. j. em 14 jun. 1989. **DJU** 04 ago. 1989, p. 12.612. “Nem sempre a discussão de validade de lei ou ato de governo local em face de lei federal se resolve numa questão constitucional de invasão de competência, podendo reduzir-se a interpretação da lei federal e da lei ou ato local para saber de sua recíproca compatibilidade. Se, entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, a decisão optar pela aplicação da última por entender que a norma central regulou matéria de competência local, é evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta a admissão do recurso extraordinário pela letra *b* do art. 102, III, da Constituição. Ao recurso especial (art. 105, III, *b*), coerentemente com a sua destinação, tocara à outra hipótese a do cotejo entre lei federal e lei local, sem que se questione a validade da primeira, mas apenas a compatibilidade material com ela, a lei federal, de norma abstrata ou do ato concreto estadual ou municipal. Questão de ordem que se resolve pela competência exclusiva do STF para apreciar o recurso, dado que se afastou a aplicação da lei federal por inconstitucionalidade.

⁵³⁴ MEDINA, 2002, p. 39

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 39

⁵³⁶ Cita-se, exemplificativamente, o julgamento proferido pela 2ª Turma, no agravo regimental no agravo de instrumento 366984-MG, rel. Min. Celso de Mello, j. em 08.06.2004, **D.J.** 25 jun. 2004.

Se o Tribunal local tivesse simplesmente afastado a lei federal por entender que o legislador local era competente para dispor acerca do tema, mostrava-se cabível o recurso especial para manter a autoridade do direito federal⁵³⁷.

As soluções da jurisprudência não eram pacíficas. Havia decisões no sentido de ser cabível o recurso especial sempre que a solução a ser dada ao caso dispensasse declaração de inconstitucionalidade de lei municipal⁵³⁸. Outros julgados consideravam cabível o recurso extraordinário, sendo a questão puramente constitucional, dado que envolvia competência dos entes políticos.

Esse último entendimento prevaleceu na disciplina adotada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Atualmente, será competente o STF apenas quando a questão posta no recurso extraordinário versar sobre a validade de lei local contestada em face de lei federal, mantida a competência do E. STJ para o recurso especial relativo a validade de ato de governo local contestado em face de lei federal.

Veja-se que o entendimento do Min. Moreira Alves logo acima explicitado poderia ter dado ensejo a transferir para o E. STF também a competência para apreciar recursos contra decisões envolvendo conflito entre lei federal e atos de governo local (atos infralegais). Mas houve opção política diversa, tendo havido a separação pela espécie que conflita com a lei federal: se foi lei local será competência do E. STF. Se se tratar de ato infralegal, do E. STJ.

A hipótese contemplada na alínea *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal diz com a existência de divergência jurisprudencial acerca da interpretação de lei. Prevê dita alínea possibilidade de interposição de recurso especial quando o acórdão recorrido houver dado à lei federal interpretação diversa da adotada por outro Tribunal. O objetivo, como antes visto, foi o de possibilitar a unidade de interpretação da lei federal em todo o território nacional, pois, como observa José Afonso da Silva, pouco adiantaria existir recurso como “instrumento da validade ou da autoridade de lei federal, se se deixasse a interpretação das

⁵³⁷ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso especial para o STJ**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 124.

⁵³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 239.065-MS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. j. em 10 out. 2000. **D.J.** 04 nov. 2000.

normas jurídicas ao descontrolo, entregues às inclinações pessoais ou regionais dos julgadores”⁵³⁹.

Para ensejar a interposição do recurso especial com fundamento na alínea *c* do inciso III do artigo 105 a divergência entre o acórdão recorrido e o acórdão de outro Tribunal há que referir-se à interpretação de um mesmo texto de lei federal. Em outras palavras, só há dissídio quando são diversas as soluções para a mesma questão e não quando há soluções idênticas para questões diferentes.

Por outro lado, se a questão discutida na causa disser respeito exclusivamente a direito local, igualmente não viabiliza o recurso especial por dissídio jurisprudencial. Não raras vezes discute-se acerca da interpretação de determinado diploma estadual que encontra similar em outro Estado da Federação. Eventuais decisões divergentes acerca da interpretação de norma local similar não viabilizarão a interposição de recurso especial com fundamento na alínea *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

Igualmente não renderá ensejo ao recurso especial por dissídio jurisprudencial se as decisões divergentes estiverem assentadas em normas e princípios constitucionais, eis que cabível, aí, se for o caso, o recurso extraordinário.

Se a divergência jurisprudencial carecer de atualidade, estando a decisão recorrida de acordo com o entendimento que veio a ser adotado pelo E. STJ no pertinente à questão federal debatida, descabe a interposição mediante a alegação do dissídio. Assim os termos da Súmula 83 do E. STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

Esta súmula, aliás, tem servido de fundamento para justificar o não conhecimento de recursos especiais interpostos com fundamento na alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal. Afinal, se já estabelecida interpretação pelo E. STJ, modo pacífico, de determinada norma federal, esta não poderá ser considerada afrontada se o Tribunal local decidir em conformidade com tal interpretação.

⁵³⁹ SILVA, J., 1963, p. 229.

Conforme ensina Vicente Greco Filho:

Não se trata de problema ligado à antigüidade da decisão. Esta pode ter sido proferida há muitos anos e será adequada para o confronto se se referir ao mesmo texto legal. O que não se admite é a utilização de jurisprudência ultrapassada, quando o tema já foi interpretado de maneira diferente no próprio Tribunal, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça.⁵⁴⁰

Na hipótese contrária, isto é, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou com a jurisprudência dominante do Tribunal, o relator poderá dar provimento ao recurso de forma monocrática.

De outra parte, a demonstração da existência de dissídio jurisprudencial atual acerca de determinada norma de direito federal constitui, também, reforço para a alegação de violação a mesma norma, razão pela qual assiste razão a Flávio Cheim Jorge quando afirma:

por entendermos que o recurso especial pela divergência jurisprudencial corresponde, na verdade, a um apoio ao recurso pela letra *a*, III, do art. 105 da Constituição Federal de 1988, somos da opinião de que, para se admitir o recurso pela letra *c*, ter-se-á, também que admiti-lo pela letra *a*.⁵⁴¹

Trata-se de afirmar, na espécie sob exame, que a norma, segundo a interpretação oferecida como paradigma foi, em tese, violada pela decisão recorrida. Também é incabível o recurso especial se a divergência jurisprudencial se estabelece entre órgãos fracionários do mesmo Tribunal *a quo*, como, aliás, restou assentado pela Súmula 13 do E. STJ: “A divergência de julgados do mesmo Tribunal não enseja Recurso Especial”. Nem poderia ser diferente, diante dos termos postos no art. 105, III, alínea *c* da Lei Maior que refere-se “a outro Tribunal.”

De outra parte, como sustenta Flávio Cheim Jorge, também o E. STJ, o STF e mesmo o antigo TFR “estão inseridos na alínea *c*, inciso III do art. 105 da Constituição Federal, visto que o Superior Tribunal de Justiça é, em relação ao que decidiu a causa, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal, ‘outro Tribunal’”. No que se refere ao uso de arestos do extinto Tribunal Federal de Recursos R diz o autor que antes havia dissenso entre as 1ª e 2ª Turma do

⁵⁴⁰ GRECO FILHO, 1999, p. 336.

⁵⁴¹ CHEIM JORGE, Flávio. Recurso Especial com fundamento na divergência jurisprudencial. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnações às decisões judiciais**. São Paulo: Saraiva, 1991.

STJ, mas aos depois, no julgamento dos embargos de divergência do REsp 896-2-RJ, rel. Min. Peçanha Martins, j. em 27.09.94, alcançou-se esta conclusão: “O entendimento agora harmonizado, das 1ª e 2ª Turmas, especializadas em direito público, integrantes desta E. Primeira Seção é no sentido de que os acórdãos do antigo Tribunal Federal de Recursos servem de paradigma para fins de interposição de recurso especial”⁵⁴².

Há que se ponderar, porém, que a divergência quanto à interpretação de lei federal a partir de confronto com decisão do E. STF deve ser examinada com rigor, na medida em que, presente a competência do STJ e a formação de sua própria jurisprudência, haverá a possibilidade de superação do entendimento da Excelsa Corte.

Ainda no que se refere ao cabimento do recurso especial, cumpre examinar a hipótese em que a lei federal configura, na realidade, reprodução do dispositivo constitucional. Essa situação pode ocorrer, por exemplo, em relação aos temas concernentes à Administração Pública, constante dos incisos do art. 37 da CF (com as alterações advindas das Emendas 19 e 20/98), caso em que o STJ tem reconhecido uma sorte de *vis attractiva* em prol do E. STF⁵⁴³.

Contudo, existe decisão do E. STF no sentido de que “Embora a Constituição mencione a garantia do direito adquirido, o conceito de expressão é regulado pela Lei de Introdução. Não cabe, assim, recurso extraordinário, posto que a alegação da violação operaria por via reflexa”. Assim, parece certo afirmar ser de todo recomendável a interposição simultânea de recurso especial e extraordinário, na hipótese e, se for o caso de não conhecimento do recurso especial considerando entendimento de que a norma legal reproduz norma constitucional, contra esta decisão interpor novo recurso extraordinário, aí por afronta ao artigo 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal.

Aliás, será sempre caso de interposição simultânea dos recursos especial e extraordinário se, no caso concreto, a decisão recorrida assentar-se em dois fundamentos, um de natureza constitucional e outro de natureza infraconstitucional, sendo cada um deles suficiente para embasar tal decisão. Este entendimento já sumulado no âmbito dos tribunais superiores como lembra Mancuso:

⁵⁴² CHEIM JORGE, 1991, p. 400.

⁵⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 164329-RS. Relator: Min. Ari Pargendler. j. em 18 fev. 1999. DJ 29 mar. 1999, p. 150.

A seara própria do recurso especial é o direito federal infraconstitucional; se, todavia, também se lobra no caso concreto outra questão, esta de cunho constitucional, então o caso será, naturalmente, de interposição simultânea desses dois recursos excepcionais (CPC, art. 543). É que no caso incide o princípio da eventualidade e o seu corolário—a preclusão consumativa—que estão à base dos enunciados seguintes: STF 283: ‘É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.’ STJ 126: ‘É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.’⁵⁴⁴

De notar-se que, diferentemente do que ocorre no que se refere à alínea *a*, nas letras *b* e *c*, a descrição do tipo é axiologicamente neutra: uma decisão pode ser correta ainda quando julgue válido ato de governo local contestado em face de lei federal, ou quando dê à lei federal interpretação divergente da adotada em outro julgamento. Nesses casos, é mais transparente a distinção entre a admissibilidade e o mérito do recurso especial—o que não significa, em absoluto, que o Superior Tribunal de Justiça esteja autorizado a desprezá-la no caso da alínea *a*.⁵⁴⁵

É oportuno recordar, ainda, que ao apreciar o recurso especial interposto, pode o E. STJ, como qualquer outro Tribunal, suscitar o incidente de inconstitucionalidade, na forma dos arts. 199 e 200 de seu Regimento Interno, sendo de salientar-se que nos termos do art. 481 do CPC “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

6.2.3.4.2 Do cabimento do recurso extraordinário

Nos termos do artigo 102, inciso III, alínea *a* da Lei Maior é cabível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal.

⁵⁴⁴ MANCUSO, 2001, p. 180.

⁵⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 582.

Enfatiza-se aqui o quanto exposto acerca da expressão contrariar por ocasião do exame do cabimento do recurso especial com fundamento no art. 105, III, alínea *a* da Constituição.

Para Mancuso:

contrariar a lei ou a Constituição Federal implica afrontar de forma relevante o conteúdo desses textos, o que, para o STF se dá ‘não só quando a decisão denega sua vigência, como quando enquadra erroneamente o texto legal à hipótese em julgamento.’⁵⁴⁶

A ofensa à Constituição para ensejar o recurso extraordinário há de ser direta e frontal, jamais por via reflexa.

Gilmar Ferreira Mendes suscita duas interessantes indagações acerca do tema: a decisão judicial que se ressentir de fundamento legal poderia ser considerada como contrária à Constituição Federal para efeito de recurso extraordinário e, ainda, se a aplicação equivocada do direito infraconstitucional poderia dar ensejo ao mesmo recurso. No entendimento desse autor ambas questões merecem resposta positiva. No primeiro caso, uma decisão que, sem fundamento legal, afete situação individual releva-se contrária à ordem constitucional. No segundo caso, a idéia de que a não observância do direito ordinário pode configurar uma afronta ao próprio direito constitucional tem aplicação também entre nós: “esse entendimento aplica-se integralmente ao nosso modelo constitucional, que consagra não apenas a legalidade como princípio fundamental (art. 5º, II), mas exige também que os regulamentos observem os limites estabelecidos pela lei (CF, art. 84, IV)”⁵⁴⁷.

A segunda hipótese de cabimento do recurso extraordinário, prevista na alínea *b* do inciso III do art. 102 da Lei Maior, refere-se à decisão que declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Inicialmente, releva notar que a decisão hostilizada há de ser, não propriamente, o acórdão em que declarada a inconstitucionalidade, mas o subsequente, de órgão fracionário, vinculado ao julgamento do Plenário ou do Órgão Especial do tribunal *a quo*. É o que consta da Súmula 513: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário

⁵⁴⁶ MANCUSO, 2001, p. 167-168.

⁵⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Contrariedade à Constituição e recurso extraordinário: aspectos inexplorados. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 195, jan./mar. 1994, p. 48-50.

não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”⁵⁴⁸.

Evidente que se o órgão fracionário, a despeito do artigo 480 do CPC e do art. 97 da Lei Maior, apreciar determinada demanda declarando a inconstitucionalidade de norma de direito federal, sem suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nas hipóteses em que cabível, a decisão proferida renderá ensejo a recurso especial por afronta ao referido artigo 480 do CPC e recurso extraordinário por ofensa ao também referido art. 97 da Lei Maior.

Todavia, presente o entendimento de que não é possível declarar-se, mesmo em incidente de inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade de determinada lei que se tornou incompatível em razão de superveniente ordem constitucional, poderá, em tese, ser determinada norma considerada inconstitucional pelo órgão fracionário no julgamento de um recurso. Esta decisão, igualmente, desafia recurso extraordinário, nos termos do seguinte julgado da 1ª Turma do E. STJ:

O Tribunal, quando verifica a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente, exercita evidente controle de constitucionalidade. Acórdão que examina a revogação por inconstitucionalidade expõe-se, tão-somente, a recurso extraordinário. Recurso Especial é instrumento impróprio para o enfrentar.⁵⁴⁹

Também cabível o recurso extraordinário, de acordo com a alínea *c* do inciso III do art. 102 da Lei Maior quando a decisão recorrida julgar lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. Em tal caso vale as mesmas considerações feitas quanto ao conceito de lei ou de ato de governo local quando do exame do artigo 105, inciso III, alínea *b* da Lei Maior.

O recurso extraordinário na espécie será cabível se uma norma constitucional for preterida em favor de norma ou ato locais, vale dizer, a decisão entendeu infundada a alegada desconformidade da lei/ato local em face da Constituição Federal.

⁵⁴⁸ Considerando que, em tese, é cabível recurso extraordinário contra decisões singulares quando as mesmas são proferidas em única instância, se houver em tal tipo de decisão a declaração de inconstitucionalidade de norma federal *incidenter tantum*, poderá ser interposto o recurso extraordinário com fundamento na alínea “b”.

⁵⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 68.143-SP. j. em 06 nov. 1995. DJU 11 dez. 1995.

Pertinente quanto ao tema, uma vez mais, a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

Note-se que não é homogênea a técnica empregada pelo legislador constituinte nas várias letras do art. 102, n° III. Nas letras *b* e *c*, ele se ateve a uma descrição axiologicamente neutra: a realização do ‘tipo’ constitucional não implica de modo necessário que o recorrente tenha razão. Uma decisão pode perfeitamente ser correta e merecer ‘confirmação’ apesar de haver declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgado válida uma lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. Quer isso dizer que nas letras *b* e *c* se usou técnica bem adequada à fixação de pressupostos de cabimento do recurso extraordinário, isto é de circunstâncias cuja presença importa para que dele se conheça, mas cuja relevância não ultrapassa esse nível, deixando intacta a questão de saber se ele deve ou não ser provido. Já na letra *a*, muito ao contrário, a descrição do texto contém um juízo de valor: a decisão que contrarie dispositivo constitucional é decisão, à evidência, incorreta e, como tal, merecedora de reforma.⁵⁵⁰

Para esse autor, a par de a Lei Maior ter aludido a “contrariar” e não a “quando a decisão recorrida for impugnada sob a alegação de contrariar dispositivo” da mesma Constituição, o requisito de admissibilidade será “mera ocorrência hipotética de contrariedade”.

Por derradeiro, merece registro o acréscimo de competência decorrente da Emenda 45/2004 já referido acima. Nos termos da alínea “d” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988, cabe recurso extraordinário quando a decisão julgar válida lei local contestada em face de lei federal, alínea acrescida pela referida emenda e que já foi objeto de comentário acima.

No recurso extraordinário não cabe o reexame de direito local e, muito menos, de matéria fática ou de prova, tudo dos termos das Súmulas 279 e 280 do E. STF⁵⁵¹.

De acordo com o posicionamento Mancuso, baseado em precedentes jurisprudenciais, a Súmula 400 do STF não tem aplicação quando se trata de recurso extraordinário. Diz o autor: “Para ter acesso ao Supremo, ‘basta mostrar que a Lei Magna não foi cumprida, em sua letra ou em seu espírito’ (RT 445/279), ou ‘no seu sistema’ (RTJ 64/204). Aliás, o Min.

⁵⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 578.

⁵⁵¹ Súmula 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Súmula 280: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

Moreira Alves, do STF, quando Procurador-Geral da República, já sustentava que a Súmula 400 não era aplicável havendo alegação de ofensa à Constituição (RTJ 105/445, 1ª col)⁵⁵².

Havendo matéria constitucional é cabível o recurso extraordinário contra decisões do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral. Igualmente cabível recurso extraordinário contra acórdão do E. STJ por afronta ao artigo 105, inciso III, quando àquela Corte exarar decisão que, em tese, contiver proposição contrária aos pressupostos típicos de admissibilidade que aquele preceito constitucional define. Afigura-se correto afirmar, ainda, que se a decisão proferida pelo E. STJ reformar a decisão no que se refere ao mérito e houver matéria de direito constitucional debatida, poderá ser interposto recurso extraordinário contra tal decisão, se atendidos um dos pressupostos do artigo 102, III da Lei Maior.

6.2.3.4.2.1 Da necessidade de demonstração da repercussão geral- artigo 102, par. 3º da Constituição Federal

Uma das inovações relevantes da Emenda Constitucional nº 45/2004 refere-se à interposição do recurso extraordinário. Diz o parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição Federal⁵⁵³:

§ 3º No recuso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços dos seus membros.

Recorde-se, inicialmente, que o recurso extraordinário tutela, de forma precípua, o direito objetivo, tendo o E. STF o relevante papel de intérprete maior da Constituição Federal e função uniformizadora. Em face dessa natureza, era de esperar lhe fossem submetidas apenas questões relevantes e de graves reflexos para a sociedade. Não é o que ocorre. Sucedem-se notícias acerca do volume de feitos que aportam na Corte Excelsa. Daí a origem da disposição constitucional que insere mais esse requisito a ser demonstrado pela parte que pretende recorrer extraordinariamente.

⁵⁵² MANCUSO, 2001, p. 194.

⁵⁵³ Parágrafo 3º inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Mas o que são causas de repercussão geral? Apenas para iniciar-se o desenvolvimento do tema, pode-se dizer que são causas cuja decisão, envolvendo, naturalmente, matéria constitucional, alcançará inúmeras situações semelhantes e, por esta razão, os reflexos da decisão, de certo modo, ultrapassam a esfera jurídica do litigante. Nas palavras de Rodrigo Baroni:

Trata-se de opção política do constituinte derivado, no sentido de limitar a atividade jurisdicional da Suprema Corte, reservando-a aos casos de repercussão geral, de modo que a interpretação constitucional realizada no recurso extraordinário forme precedente que refletirá em outros casos idênticos. A repercussão geral significa o transbordamento dos limites subjetivos do caso submetido ao STF por força do recurso extraordinário, que encontrará eco em outras demandas similares para as quais a Suprema Corte necessita formar jurisprudência.⁵⁵⁴

Antes de prosseguir-se no exame do instituto jurídico da repercussão geral, cumpre fazer breve investigação acerca da admissibilidade de recursos análogos, vale dizer, de recursos endereçados à Corte Suprema em outros países.

Na Alemanha, a apreciação dos recursos pela Suprema Corte dependerá da existência de “significação fundamental”, cujo reconhecimento é questão de índole política.

Nos Estados Unidos o acesso à Suprema Corte ocorre, principalmente, pela via do *writ of certiorari*, sendo raras as admissões do recurso denominado *appeal*⁵⁵⁵. O direito norte-americano disciplina este tema nas *Rules of the Supreme Court of United State*, mais precisamente na *Rule 19*. Nessa regra fica claro que (a) a avaliação do cabimento da revisão por intermédio do *certiorari* não é matéria de direito; (b) tal revisão será admitida por questões importantes; (c) as diretrizes antes fixadas não têm por finalidade limitar a atuação da Corte; O quórum para se admitir a relevância da questão é de, pelo menos, 4 votos em 9, e a maioria das *petitions of certiorari* é rejeitada.

No direito argentino, o recurso extraordinário somente se justifica se a questão tiver gravidade institucional. Em outras palavras: a questão em exame deve ultrapassar as fronteiras

⁵⁵⁴ BARONI, Rodrigo. O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Reforma do judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 722.

⁵⁵⁵ O *appeal* é disciplinado em cada Estado federado. Em alguns é interposto contra julgamentos finais, em outros admitido contra decisões interlocutórias.

do caso concreto. Adotou-se, no Japão, sistema semelhante ao dos Estados Unidos da América. No referido país oriental admite-se recurso à Suprema Corte relativo às questões constitucionais ou graves erros de procedimento expressamente enumerados. Tirante isso, fica a critério da Corte.

De rigor, como assevera Dinamarco, “em todos os países existe um sistema de seleção de causas e questões com acesso à Corte Suprema”⁵⁵⁶.

No âmbito do ordenamento jurídico nacional, mais precisamente no campo do direito processual do trabalho, pode ser encontrada disposição análoga. Nos termos do artigo 896-A da Consolidação das Leis do Trabalho “O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos de natureza econômica, política social ou jurídica”. Esta disposição, decorrente de medida provisória, acabou ganhando caráter permanente em razão da EC 32/2001⁵⁵⁷.

Também não se pode deixar de reconhecer que a demonstração de repercussão geral guarda similaridade com a antiga “arguição de relevância de questão federal”. A arguição de relevância de questão federal também era necessária para a admissão do recurso extraordinário na vigência da Constituição de 1967. Constatada essa similaridade, é possível afirmar-se que a repercussão geral dá nova vida à arguição de relevância de questão federal? A resposta a essa indagação parte da análise da mencionada arguição.

O acúmulo de processos no Supremo Tribunal Federal não é fato recente. Na vigência da Constituição de 1967 tornou-se muito comum a interposição de recurso extraordinário com fundamento nas alíneas *a* e *d* do inciso III do artigo 119 da mencionada Carta. Em decorrência, constata Arruda Alvim, as restrições à interposição deste recurso foram sendo estabelecidas “paulatinamente, e, de forma intencionalmente compensatória, ou seja, em proporção, razoavelmente direta, tendo em vista a continuidade do aumento do serviço”⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ DINAMARCO, Cândido A função das Cortes Supremas na América Latina. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 342, 1990, p. 5.

⁵⁵⁷ Art. 2º da EC 32/2001: As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

⁵⁵⁸ ARRUDA ALVIM, José Manoel. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 23.

Tanto é assim que, por força da Emenda Constitucional nº 7, de 13.04.77, passou a estabelecer o artigo 119, § 1º, da Constituição Federal de 1967: “As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d* deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal federal no Regimento Interno, que atenderá à sua natureza, espécie e valor pecuniário da questão federal”. Por meio desta norma indicou a Lei Maior então vigente, ao E. STF, elementos-base para a avaliação de uma causa ou de uma questão federal no que pertine à sua relevância⁵⁵⁹.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, anteriormente à Constituição Federal de 1988, continha elenco no artigo 325, incisos I a X, das hipóteses em que cabível o recurso extraordinário. Fora dessas hipóteses, apenas o que fosse considerado relevante poderia comportar recurso extraordinário.

No artigo 325, incisos I a X, do Regimento Interno, o E. STF exercendo, de certo modo e autorizado pela Constituição, função legislativa, elencou rigidamente os casos de cabimento de recurso extraordinário. De acordo com Arruda Alvim, a mencionada norma regimental utilizou-se da “linguagem do tipo fechado, ou rígido”, na qual “não há maior dificuldades na subsunção”. Nas palavras do autor: “a análise desses incisos do artigo 325 espelha que, operado o enquadramento da hipótese também na previsão de cabimento do RE, em nível regimental, além da subsunção à CF, será caso de cabimento do RE”⁵⁶⁰.

E, segundo o mesmo autor, “com linguagem e função jurídica diferentes”, estabelece o artigo 327, § 1º do Regimento Interno: “Entende-se por relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

Não houve, pois,

uma definição do que sejam os elementos constitutivos da relevância; houve apenas, em realidade, uma indicação de quais os valores suscetíveis de tutela, pelo STF, para o fim de poder ser argüida e, eventualmente acolhida, a relevância da questão federal. [...] Vale dizer, os elementos do ‘conceito’, componentes desta norma, são vagos, e o que existe, no caso, é menos uma ‘definição’, mas uma ‘referência’, com o sentido do que se designa como a

⁵⁵⁹ ARRUDA ALVIM, 1988, p. 24.

⁵⁶⁰ Ibidem, p. 51.

‘relação orientada, no mais das vezes não determinada (mas determinável), que se estabelece (ou é reconhecida) entre duas grandezas quaisquer⁵⁶¹.

A norma do artigo 327, par. 1º do Regimento Interno do E. STF contém conceitos vagos, indicando elementos que podem conduzir a um juízo de valor, o qual era feito pelo E. STF. Trata-se, de acordo com Arruda Alvim,

do tipo de norma que enseja individualização, na aplicação do Direito, para o caso concreto, ou seja, norma que releva a preocupação particular do legislador de ‘acertar no caso concreto’. [...] Estas normas criam condições e espaço deliberado a uma verdadeira ‘dimensão criadora da atividade judicial’, com claro reconhecimento da inserção de ‘argumentação política’⁵⁶².

Presente o crescimento da base do Poder Judiciário, motivado pelo aumento de demandas, verificou-se uma total desproporção entre os órgãos inferiores do Poder Judiciário e o número de juízes que compunham a sua mais alta cúpula. Essa desproporção revelou a necessidade de compatibilizar os seguintes aspectos (a) não deixar que valores fundamentais para a sociedade tivessem o crivo do Poder Judiciário encerrado nos Tribunais de segundo grau; (b) como *modus faciendi*, foi necessário fazer-se uma triagem nas causas e questões justificadoras do acesso a tais Cortes e, “eleitas” as causas, ou mesmo só as questões juridicamente relevantes-seja *priori*, por meio de previsão legal expressa, em que o acesso seja, desde logo admitido; seja, *a posteriori*, vale dizer, mercê de um critério, previsto em conceito vago, aplicável em virtude de complexa e meditada interpretação da regra e, igual labor incidente sobre os aludidos valores, na realidade social⁵⁶³.

Por isso, conclui Arruda Alvim, o controle dos valores fundamentais, na ocasião, era total:

apesar do aumento de volume do serviço do Judiciário, não se ter abdicado de se fazer poder exercer controle sobre todo o direito federal relevante, para o que, pois, evidenciou-se necessária a discriminação entre ‘direito federal relevante’ e ‘direito federal irrelevante’. Isso quer significar que quando estiverem em jogo aqueles valores reputados vitais para a sociedade, não pode deixar de caber o RE, apesar dos obstáculos postos ao crescente acesso à cúpula do Poder Judiciário. Para isto, portanto, afasta-se o veto regimental e, ainda que a causa ou a questão—se fossem somente consideradas em face do texto constitucional e do artigo 325, incisos I/X não comportassem RE já

⁵⁶¹ ARRUDA ALVIM, 1988, p. 52.

⁵⁶² Ibidem, p. 66-67.

⁵⁶³ Ibidem, p. 60.

pelo comparecimento de um, ou de mais de um, dos valores a que alude o art. 327, § 1º, a repercutirem na ordem jurídica (quando nessa causa ou questão estejam instalados, um ou mais dos valores indicados no RI STF), tal circunstância, revelará a sua relevância jurídica, nesse caso concreto.⁵⁶⁴

Importante destacar que na temática dos conceitos vagos existe uma impossibilidade de estabelecimento *a priori* da “fisionomia real do valor ou dos valores que, concretamente se pretendam sejam realizados. Pode-se dizer que a ordem histórico-cultural, situada no espaço e determinada no tempo, apresenta as condições imprescindíveis à efetiva e operacional realização dos conceitos vagos”⁵⁶⁵. Assim, o STF, no exame da repercussão dirá se determinado valor encontra-se ou não imantado em determinada questão federal.

E este exame, de acordo com o delineamento posto na norma regimental era tópico. A tópica, no seu aspecto mais relevante, constitui uma técnica de pensamento orientada para o problema, ou seja, uma técnica de pensamento problemático. Em outras palavras na tópica, parte-se de um problema e, a partir do problema posto, exigem-se as indagações, com vistas à solução. Na argüição de relevância de questão federal prevista anteriormente à Constituição de 1988, conforme Arruda Alvim, o raciocínio mais adequado à identificação das hipóteses que constituam questões federais relevantes e, no que proporcionam elas, enquanto paradigmas, haver-se-á mercê de dedução, a partir desses enunciados”⁵⁶⁶.

Pelo quanto até aqui exposto tem-se que, conforme positivada a argüição de relevância de questão federal no direito anterior (a) não estavam elencadas na regra regimental as questões relevantes, mas apenas valores a serem protegidos; (b) cumpria ao E. STF, mediante exame tópico, identificar quais as causas que apresentavam-se relevantes, em apreciação que continha inafastável conteúdo político.

O incidente relativo à relevância era distribuído aos 11(onze) ministros, não havendo relator. Era apreciado antes do recurso extraordinário ou do agravo de instrumento, em sessão de Conselho, por votação secreta, sendo irrecorrível a decisão então tomada, da qual não havia fundamentação e possibilidade de embargos de declaração. Para que fosse acolhida a argüição, o voto de 4 (quatro) ministros era suficiente.

⁵⁶⁴ ARRUDA ALVIM, p. 62.

⁵⁶⁵ Ibidem, p. 91.

⁵⁶⁶ Ibidem, p. 91.

Foi apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que a argüição de relevância deixou o ordenamento brasileiro. Veja-se que dita Carta: (a) passou a prever distintas situações ensejadoras do recurso extraordinário, até porque criou o recurso especial; (b) retirou a força de lei até então atribuída ao Regimento do E. STF.

Feitas essas constatações acerca da argüição de relevância do antigo recurso extraordinário é possível iniciar-se a resposta à indagação antes formulada.

Inicialmente constata-se, considerando as normas da Constituição de 1988, em especial as contidas nos arts. 5º, incisos LV e LIV e 93, incisos IX e X, que não há mais a possibilidade de decisões judiciais serem proferidas sem fundamentação, em sessão secreta e sem a viabilidade de, pelo menos, serem objeto de embargos de declaração⁵⁶⁷.

De fato, como assinalado por Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, em conformidade com o contexto atual do direito brasileiro (art. 93, inciso IX), da CF)

não se pode mais conceber que a decisão acerca de a questão ter ou não ter repercussão geral se dê em sessão secreta, como ocorria com a argüição de relevância. A justificativa para que a decisão fosse proferida em sessão secreta e não fosse fundamentada era a de que não se tratava de ato jurisdicional, mas de ato de natureza legislativa, já que com isso os Ministros que estabeleciam as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário no regimento interno estariam pura e simplesmente ‘acrescentando como que mais um inciso’ ao art. 325, em cujo *caput* se previam os casos em que cabia o recurso extraordinário.[...] A explicação não convencia, e as críticas ao instituto eram ferozes.⁵⁶⁸

Por isso que “os argumentos que devem levar o tribunal a entender que a questão tem repercussão geral devem constar do próprio recurso e serão analisados quando do juízo de admissibilidade deste, portanto, em sessão pública. [...] Muito provavelmente, esta decisão será irrecorrível, salvo embargos de declaração”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ LAMY, Eduardo de Avelar. A volta da argüição de relevância? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Reforma do Judiciário**: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 170.

⁵⁶⁸ MEDINA; WAMBIER; 2005, p. 377.

⁵⁶⁹ Ibidem, p. 377.

Se na lição acima colacionada são cabíveis embargos de declaração, pressupõe-se, além do julgamento em sessão pública, fundamentação subjacente à decisão. A desnecessidade de fundamentação “é menos compreensível no sistema vigente, considerando as garantias consagradas de um devido processo legal”⁵⁷⁰ e, portanto, não há que ser aceito, na lição de Flávio Cheim Jorge, o total arbítrio do E. STF. Nada obstante, a fundamentação poderá ser sucinta, de modo a não tornar a apreciação da repercussão geral outro fato de incremento excessivo de trabalho para a Corte Excelsa⁵⁷¹.

A impossibilidade de decidir-se em sessão secreta, a necessidade de fundamentação da decisão respectiva e a viabilidade da interposição de embargos de declaração são os fatores que distanciam a arguição de relevância da questão federal e o instituto da repercussão geral.

A par dessas diferenças uma aproximação é inegável. No tratamento da arguição de relevância de questão federal, prevista anteriormente à Constituição de 1988, foi adotada a técnica do conceito jurídico vago ou indeterminado. Pois bem. Também esta a técnica utilizada pelo constituinte derivado. “Repercussão geral” é conceito cujo conteúdo semântico não é tão nítido e carece de contornos claros. Em outras palavras: como identificar as causas que detêm repercussão geral?

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, muitas vezes, exatamente porque o conceito é fluido, é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isso, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. De toda forma, o mesmo autor alerta que ditos conceitos são imprecisos apenas em abstrato e que, ainda assim, tem sempre um conteúdo determinável⁵⁷². No mesmo sentido, a lição de Humberto Ávila quando afirma que “o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem, devendo a atividade de interpretação ter como ponto de partida os textos normativos”⁵⁷³.

O legislador constituinte afirmou a imprescindibilidade da prova da demonstração da existência de repercussão geral, assim entendida como o transbordamento dos limites

⁵⁷⁰ CHEIM JORGE, et al., 2005, p. 186.

⁵⁷¹ Ibidem, p. 187.

⁵⁷² BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 28-29.

⁵⁷³ ÁVILA, 2003, p. 25.

subjetivos do caso submetido ao E. STF, mas não indicou os critérios para sua identificação nem a quem compete o estabelecimento de tais critérios.

Examinando a norma inserida no artigo 102, par. 3º da Lei Maior, Lênio Streck assevera que o ponto central do dispositivo “são as condições para que se comprove a repercussão geral” e que em se tratando de limitação ao acesso à justiça, a matéria deve ser tratada de forma a evitar o agravamento das questões já existentes de acesso ao Tribunal Constitucional”. Desse modo, segundo o autor,

não é possível concordar com algumas teses que apontam para o fato de que, por ser o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, deve ser deixado à discricionariedade deste a definição das causas que vai ou não julgar. E a razão dessa discordância está assentada na supremacia da democracia representativa, isto é, quando o constituinte exigiu a lei regulamentadora, manteve em favor da vontade geral a atribuição de sentido do que seja ‘repercussão geral das questões constitucionais.’ [...] ao parlamento é que caberá, por reserva constitucional, a definição dos requisitos para que ocorra a repercussão geral das questões constitucionais. Há que se ter o cuidado de não estabelecer conceitos universalizantes que, mais tarde, poderão servir para o escondimento de especificidades dos casos.⁵⁷⁴

Em sentido diverso, o entendimento de Arruda Alvim:

não nos parece que o legislador ordinário haja de regulamentar a repercussão geral, em si mesma, e, conforme faça, poderia mesmo resvalar para a inconstitucionalidade, na medida em que viesse a atrofiar o significado da repercussão geral [...] parece-nos que se deveria deixar uma válvula plena para o E. STF, para, mesmo em face de definição negativa, admitir num dado caso a repercussão geral, pois do contrário norma ordinária estaria limitando a norma constitucional.⁵⁷⁵

Parece assistir razão a este último autor, mormente se considerarmos que o conteúdo daquilo que se entenda por repercussão geral pode variar no tempo. De toda forma, admitindo-se que a decisão acerca da repercussão geral de eventual controvérsia constitucional fique para análise tópica da Corte Suprema, cumpre sejam feitas algumas ponderações acerca da natureza de tal decisão.

⁵⁷⁴ STRECK, 2005, p. 134, p. 136-138.

⁵⁷⁵ ARRUDA ALVIM, José Manoel. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 93.

Deve-se afastar a idéia de que estar-se-ia diante de uma decisão discricionária, tal como compreendida no âmbito do direito administrativo. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier “a decisão judicial tomada com base em norma que contenha conceito vago não conta com nenhum tipo de tolerância do sistema, de modo a fazer com que o controle que a parte tenha sobre ela ocorra de modo menos incisivo, como ocorre na discricionariedade administrativa”⁵⁷⁶.

No âmbito administrativo, a discricionariedade implica uma margem de tolerância no erro das apreciações, que deve ser reconhecida em favor da autoridade administrativa. Portanto, faz sentido falar-se em discricionariedade da administração, cujos atos são controláveis pelo Poder Judiciário, justamente para que se possa dizer, do ato do administrador que, se ficou dentro do quadro da pluralidade das decisões possíveis ou equivalentes, sua decisão é imune ao controle.

Mas, no âmbito judicial, diz Teresa Wambier, “o juiz não age com discricionariedade nem mesmo quando decide com base em princípios, que encampam valores, que representam o *ethos* dominante, que o juiz tem o dever de encontrar e que são fornecidos pela Constituição”⁵⁷⁷. No entender da autora, se um conceito vago permite que sob o agasalho da norma se incluam casos em que o legislador poderia não ter pensado, isso não afasta a obrigatoriedade de o juiz encontrar a melhor e uma única solução para o caso concreto⁵⁷⁸.

Também diferenciando a discricionariedade administrativa e judicial, tem-se a lição de Arruda Alvim:

O *discrimen* que se nos afigura fundamental, no que diz com a aplicação de conceitos vagos, na esfera jurisdicional e, destes, e os da discricionariedade, no direito administrativo: a) no direito administrativo, efetivamente, chega-se ao ponto de se admitirem diversas soluções, como igualmente válidas, pela circunstância de que, quando se pauta o agir da administração pela oportunidade e conveniência, ajuizáveis pelo administrador, (dentro da legalidade, é certo) e, com escopo final, colimando a consecução do bem comum, as soluções práticas e concretas (ou seja, a concretização da norma) poderão variar, sem que, com isto, ocorra lesão à regra de Direito, nem necessário extravasamento dos limites, ainda que imprecisos ou tenuamente desenhados, desde que assim preveja a norma em questão. Se se tratar de conceito vago, este demandará do administrador a tarefa de interpretá-lo; b)

⁵⁷⁶ WAMBIER, 2001, p. 377.

⁵⁷⁷ Ibidem, p. 386

⁵⁷⁸ Ibidem, p. 387.

já, diversamente, na esfera jurisdicional (e, também, no direito administrativo, se assim o indicar a norma com conceito vago sem ser discricionária), parece-nos que a solução ‘intencionalmente desejada’ pelo legislador, ao estabelecer que o destinatário aplicador da norma realize juízo jurídico de valor, conducente à necessidade de a solução ser uma só: a norma alberga ou não o fato.⁵⁷⁹

Tendo-se presente a ausência de definição precisa das situações que se afiguram de “repercussão geral”, há que se considerar que se trata de um “problema eminentemente jurídico e, por isso, deve ser resolvido juridicamente”: o resultado do raciocínio não pode ser a declaração de que se está diante de uma situação duvidosa⁵⁸⁰.

Não se pode perder de vista que “quando o juiz interpreta um conceito vago, deve valer-se, necessariamente, de parâmetros razoavelmente objetivos, intimamente ligados aos valores que impregnam o *ethos* dominante[...]” Admitir que o E. STF adote uma conduta inescrupulosa na definição daquilo que deva ou não ser considerado questão de repercussão geral é negar a própria idéia de Direito⁵⁸¹.

Em que pese se possa reconhecer uma certa margem de avaliação política na apreciação da existência de repercussão geral, por certo esta apreciação deve observar o sistema jurídico, notadamente os objetivos do Estado Democrático de Direito que se constitui o Brasil (art. 1º da CF) e os seus objetivos (art. 3º da CF).

Até porque o conceito “repercussão geral” apesar de ser vago, carecendo de “uma descrição completa de seu conteúdo” e gerando “riqueza, fertilidade e variedade das hipóteses nele compreendidas”, em decorrência de sua “duradoura utilização”, “é perfeitamente inteligível⁵⁸². Por isso que as decisões do E. STF acerca de existência ou não de repercussão geral devem sempre ser compreendidas pela sociedade e pelos operadores do direito.

Por outro lado, assiste razão a Lênio Streck quando constata que “há um conjunto de questões que, por sua natureza, apontam para um juízo positivo de ‘repercussão geral’, desde que envolvam questão constitucional”. Arrola, o autor, os seguintes exemplos: discussão de

⁵⁷⁹ ARRUDA ALVIM, 1988, p. 84.

⁵⁸⁰ MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, 2005, p. 377.

⁵⁸¹ Ibidem, p. 377.

⁵⁸² ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 95.

direitos protegidos por cláusulas pétreas, causas envolvendo ações coletivas e o direito tributário, discussão do número de vereadores⁵⁸³.

Diante destas lições, parece certo afirmar que poderá o legislador ordinário listar alguns temas, entendidos como de “repercussão geral presumida”, deixando, contudo, margem ao E. STF para reconhecer a existência desta repercussão geral em outras situações em que houvesse graves reflexos no âmbito social, econômico, político e estritamente jurídico ou, mesmo, de forma fundamentada e de acordo com pressupostos definidos, deixar de reconhecer mesmo nos casos listados como de repercussão presumida. Isso ensejaria que, na avaliação do que seria repercussão geral, pudessem os Ministros considerar sempre os *standards* da comunidade na ocasião.

Assim, atualmente, a repercussão jurídica existiria, por exemplo, quando estivesse em jogo o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito, de modo que aquela decisão, se mantida, pudesse abalar, por exemplo, o conceito de direito adquirido. Relevância social haveria na discussão de questão constitucional pertinente à moradia. Relevância econômica teria que ser reconhecida quando a matéria constitucional envolvida fosse alusiva à concessão de serviços públicos. E, por fim, relevância política poderia ser reconhecida quando de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais⁵⁸⁴.

Haveria, nesse contexto, espaço a análise tópica que era feita ao tempo da arguição de relevância de questão federal, firmando-se, a partir daí, entendimentos da Corte Excelsa que podem ser aplicados nos casos semelhantes subsequentes.

No mais, a lei disciplinadora haverá de disciplinar o procedimento a ser observado, com observância aos parâmetros preestabelecidos na norma constitucional.

⁵⁸³ STRECK, 2005, p. 140.

⁵⁸⁴ MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, 2005, p. 377.

É bem de ver-se que o exame da repercussão geral deve ser procedido pelo Supremo Tribunal Federal e, a par da respeitável posição em sentido contrário de Sérgio Bermudes⁵⁸⁵, o exame deve ser feito pelo plenário.

O *quorum* estabelecido para o afastamento da alegação de repercussão geral é de dois terços. Não foi esclarecido pelo constituinte derivado se esta fração refere-se aos ministros presentes na sessão de julgamento ou a todos os ministros que integram a Corte. Considerando a relevância do exame e, ainda, a circunstância de a análise tópica ensejar decisões a serem aplicadas ao futuro, parece ser recomendável que a opção do legislador seja estabelecer um quórum de dois terços da integralidade dos Ministros.

Não poderão integrar o quórum, naturalmente, os ministros impedidos ou suspeitos para a apreciação do recurso extraordinário. Além disso, se o tribunal, eventualmente, estiver com dez ou menos membros no espaço de tempo compreendido entre a saída de um Ministro do cargo e do ingresso de outro, o quórum fica proporcionalmente reduzido. Admitindo-se a atividade dos 11 ministros, o afastamento da repercussão geral poderá ocorrer apenas com o voto de pelo menos oito⁵⁸⁶.

Havendo jurisprudência firme do órgão plenário no sentido de que determinada questão não tem repercussão geral, recursos extraordinários futuros que versem acerca de controvérsias jurídicas idênticas poderão ser rejeitados por uma das Turmas do E. STF ou pelo próprio Relator do recurso, nos termos do artigo 557 do CPC. Tudo recomenda, contudo, que a rejeição pela Turma ou pelo relator seja, igualmente, disciplinada na lei que tratará do instituto.

6.2.4.4 Prequestionamento

Examinaram-se os pressupostos constitucionais específicos para o cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário. Existe, ainda, outro requisito de admissibilidade:

⁵⁸⁵ De acordo com este doutrinador, deve-se entender por “Tribunal, não o plenário da Corte, mas o órgão competente para o recurso (No STF, uma das duas turmas, onde o terço, por aproximação, será de três ministros, ressalvados os casos de remessa de recurso ao plenário); BERMUDES, 2005, p. 57.

⁵⁸⁶ BARONI, 2005, p. 726-727.

é o chamado “prequestionamento” que pode ser definido como o desenvolvimento ou debate da questão federal ou constitucional “ao longo de todo o procedimento, antes da interposição do recurso e não apenas por ocasião desta. Essa última hipótese (apenas por ocasião da interposição do recurso) equivale somente ao questionamento. Prequestionar é questionar antes”⁵⁸⁷.

Acerca do tema é relevante a lição de José Miguel Garcia Medina:

Prequestionamento, como se viu, decorre da manifestação das partes, manifestação esta que deve ocorrer perante o órgão julgante para que este se manifeste sobre a questão constitucional ou federal, determinando o cabimento do recurso extraordinário e especial em relação a tal pronunciamento. Daí se inferir que o prequestionamento deve ocorrer, necessariamente, antes da decisão recorrida. Na decisão recorrida deverá estar refletida a questão constitucional ou federal, apta a ensejar o cabimento do recurso extraordinário ou especial. Mas, em decorrência da aplicação do princípio dispositivo, o órgão julgador somente se pronuncia sobre as matérias prequestionadas, ou seja, aquelas levantadas pelas partes perante o referido órgão, ressalvadas as situações em que a manifestação acerca da questão constitucional ou federal decorra do próprio julgamento.⁵⁸⁸

Mais adiante, diz o mesmo autor:

Podem as partes, perante a instância ordinária, levantar determinada questão constitucional ou federal, prequestionando-a, portanto. Mesmo assim, contudo, o juiz ou o Tribunal pode não conhecer da referida questão, mantendo-se omissos. Nesse caso, por não existir questão constitucional.⁵⁸⁹

Conforme se verifica, o prequestionamento, no conceito de Medina, diz com a atividade das partes. Mas segundo entendimento do E. STF “o prequestionamento exige que o acórdão recorrido tenha se manifestado de maneira clara sobre a matéria constitucional objeto do recurso extraordinário”⁵⁹⁰.

No mesmo sentido, o entendimento do E. STJ: Não supre o prequestionamento o fato de os temas suscitados no especial terem sido objeto de apelação e dos embargos de declaração (STJ-RT 784/214), sendo necessário que o tribunal inferior emita juízo acerca da questão federal a ser suscitada no recurso excepcional (RSTJ 92/121).

⁵⁸⁷ SOUZA, 1995, p. 64

⁵⁸⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 316-317.

⁵⁸⁹ Ibidem, p. 317.

⁵⁹⁰ BRASIL. STF. AgRg no AI nº 145.680-SP. Rel. Min. Celso de Melo. J. em 13 abr. 1993. DJ 16 abr. 1993.

Para os Tribunais Superiores, portanto, por prequestionamento entende-se tanto a atividade das partes no sentido de suscitar durante o feito as questões de direito constitucional e de direito federal infraconstitucional, quanto o enfrentamento destas questões na decisão recorrida. A partir desta compreensão o prequestionamento vem tratado nas seguintes súmulas:

Súmula 282 do E. STF: "É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

Súmula 356 do E. STF: "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram interpostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento;

Súmula 98 do E. STJ: "Embargos de Declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".

Súmula 211 do E. STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*."

A Súmula de nº 282, alusiva à necessidade de ser a questão federal ou constitucional "ventilada" na decisão recorrida suscita debate acerca da necessidade de o prequestionamento ser explícito ou implícito. Segundo Medina há, na doutrina e na jurisprudência, pelo menos duas concepções acerca do que se deva considerar prequestionamento implícito e explícito:

Para uma concepção, prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada e, prequestionamento explícito quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida. Para outro entendimento, há prequestionamento implícito quando a questão foi posta em discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa, implicitamente. Explícito, assim, seria o prequestionamento quando houvesse decisão expressa da matéria do acórdão⁵⁹¹.

Considerando o entendimento colacionado, tem-se que no E. Supremo Tribunal Federal é admitido apenas o prequestionamento explícito, nos termos da segunda concepção exposta por Medina, isto é, deve haver no acórdão recorrido enfrentamento da matéria

⁵⁹¹ MEDINA, 2002, p. 318.

constitucional invocada no recurso extraordinário. De toda forma, a exigência de prequestionamento não significa que o artigo da Constituição Federal tenha de ser mencionado no acórdão recorrido. O prequestionamento deve ser explícito quanto à matéria objeto do preceito constitucional. Assim o entendimento da Primeira Turma do E. STF:

Só se dispensa, para efeito de prequestionamento de questão constitucional, a indicação do dispositivo constitucional em causa quando o acórdão recorrido, embora sem referi-lo, julga a questão constitucional a ele relativa porque é ela a questão que foi discutida no recurso objeto de seu julgamento.⁵⁹²

No mesmo sentido, o entendimento do E. STJ: “O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado”⁵⁹³.

Desta forma, tem-se que, para os Tribunais Superiores, em que pese dispensada a menção aos dispositivos legais e constitucionais, para que haja prequestionamento, é imprescindível que a matéria legal ou constitucional tenha sido debatida no acórdão modo explícito, não sendo suficiente rejeição implícita ou tácita das questões constitucionais e legais suscitadas pelas partes.

Já no exame das Súmulas 356 do E. STF, 98 e 211 do E. STJ, evidencia-se o procedimento a ser adotado pela parte de forma a viabilizar o prequestionamento ou, em outras palavras, havendo omissão na decisão recorrida quanto a matérias expressamente suscitadas de natureza legal ou constitucional, qual a medida a ser adotada.

Omissa a decisão quanto a questões federais ou constitucionais suscitadas pelas partes, cumpre às mesmas opor embargos de declaração, com fundamento no artigo 535, inciso II, do CPC, inclusive com fins expressos de prequestionamento. É evidente que o cabimento dos embargos de declaração, na hipótese, pressupõe que a parte embargante tenha, anteriormente à decisão embargada, suscitado questões constitucionais e legais.

⁵⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 221.355-6-SP-AgRg, Relator: Min. Moreira Alves. j. em 14 dez. 1998, DJU 05 mar. 1999, negaram provimento, v.u., p. 7.

⁵⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ED no REsp 162.608-SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 16 jun. 1999, receberam os embargos, v.u., DJU 16 jun. 1999, p. 37

E em que pese resistência sempre manifestada pelos órgãos do Poder Judiciário ao exame desse recurso, parece certo afirmar que a Corte Especial de Justiça, ao editar a Súmula 98, expressamente admitiu que os embargos de declaração podem versar acerca de omissões sobre matéria constitucional e legal que a parte pretende discutir no seu recurso especial e extraordinário. Nas palavras de Nelson Luiz Pinto: “se a interposição de embargos de declaração com objetivo exclusivamente de presquestionamento da matéria legal ou constitucional é a imposição até mesmo de súmula do E. STF, não pode sua utilização ser considerada de caráter procrastinatório”⁵⁹⁴ e de Athos Gusmão Carneiro: “Difícil, acrescentamos, é conceituar com precisão o que se deva entender como prequestionamento implícito, e esta dificuldade indica ao advogado, em casos tais, a alta conveniência na interposição de embargos de declaração.”⁵⁹⁵

Segundo decisões mais recentes do E. STJ a interposição de embargos de declaração faz-se necessária ainda que a afronta tenha ocorrido no próprio acórdão: “Nos termos do mais recente pronunciamento da Corte Especial deste Tribunal, ainda que a questão federal surja no acórdão recorrido, é imprescindível a oposição de embargos declaratórios, com vistas ao prequestionamento”⁵⁹⁶.

Ocorre, porém, não raras vezes, a rejeição pelos Tribunais locais dos embargos de declaração opostos com o fim de prequestionamento, cumprindo indagar, pois, de que forma pode ser viabilizado o acesso às instâncias superiores.

A 1ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal tem o seguinte entendimento:

O que, a teor da Súmula 356, se reputa carente de presquestionamento, é o ponto que, indevidamente omitido pelo v. acórdão, não foi objeto de embargos de declaração. Mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entende-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.⁵⁹⁷

⁵⁹⁴ PINTO, Nelson Luis. **Manual dos recursos cíveis**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 223.

⁵⁹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnações às decisões judiciais**. São Paulo: Saraiva, 1991.

⁵⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 238.129-PB. Relator: Min. Fernando Gonçalves. j. em 08 fev. 2000, **DJ** 28 fev. 2000, p. 133.

⁵⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 210638. Relator o Min. Sepúlveda Pertence, j. em 14 abr. 1998, **DJ** de 19 jul. 1998.

Já a 2ª Turma do E. STF entendia que, rejeitados os embargos de declaração, deveria ser suscitada a nulidade do acórdão recorrido, para que outro fosse proferido com enfrentamento das omissões suscitadas. Veja-se, nessa senda, a seguinte decisão: “Omisso o provimento judicial e, em que pese a interposição de embargos declaratórios, persistindo o vício na arte de proceder, forçoso é assentar a configuração da nulidade”⁵⁹⁸.

Essa divergência foi superada pela Súmula 211 do STJ acima referida. Segundo esta súmula, como se viu, rejeitados os embargos de declaração não resta atendido o requisito do prequestionamento e, portanto, não poderá a parte interpor recurso especial versando acerca da questão federal sobre a qual foi omissa a decisão. Terá, isso sim, que interpor recurso especial suscitando contrariedade ao art. 535, II do CPC.

A par de reconhecer a existência de contradição entre o entendimento da 1ª Turma do E. STF e a Súmula 211 do E. STJ, a Excelsa Corte entendeu que esta última súmula não afrontava garantias constitucionais:

A falta de manifestação do tribunal *a quo* sobre normas discutidas no recurso extraordinário não impede, em princípio, o seu exame pelo STF, se a parte buscou o suprimento da omissão mediante embargos de declaração (Súmula 356 do STF); mas o entendimento, adotado no E. STJ, de que a oposição dos embargos não afasta em tais hipóteses, a falta de prequestionamento, devendo a parte, caso persista a omissão, suscitar contrariedade ao artigo 535 do CPC, embora conflitante com a orientação refletida na Súmula 356 do E. STF—e por via de conseqüência, com sua fonte normativa (CF, 102, III e 105, III)—não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, únicas invocadas no recurso extraordinário.⁵⁹⁹

Pertinente, ainda, referir que para a 1ª Turma do STF não é cabível recurso extraordinário para a revisão dos pressupostos dos embargos de declaração⁶⁰⁰ e nem se admite alegação de ofensa à Lei Maior por vícios processuais⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 158655 Relator Min. Marco Aurélio, j. em 20 ago. 1996, **DJ** 02 maio 1997, p. 1657.

⁵⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 198.631-1PA- AgRg. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. j. em 11 nov. 1997, **DJ** 19 dez. 1997, negaram provimento, v.u., p. 48.

⁶⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 229.136.-1-PE. Relator: Min. Octávio Galotti. j. em 14 dez. 1998, **DJ** 04 jul. 1999, negaram provimento, p. 9.

⁶⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 130.702-1-RJ Ag. Relator: Min. Sydney Sanches. j. em 21 mar. 1995, **DJ** 22 set. 1995, negaram provimento, v.u., p. 30.566.

Presente esse quadro, tem-se como prudente a lição de Medina:

Enquanto essa divergência jurisprudencial não for eliminada, considerando que, ao interpor recurso extraordinário, o recorrente não sabe a qual das Turmas será distribuído seu recurso e, portanto, não conhece o entendimento jurisprudencial adotado pelo relator ou Turma que analisará seu recurso, compete ao mesmo postular, no recurso extraordinário, a anulação da decisão recorrida, diante da não integração da omissão apontada nos embargos de declaração—e, para tanto, poderá valer-se dos fundamentos constitucionais retro—e, cumulativamente, para o caso de se entender que a simples interposição de embargos de declaração foi suficiente para se fazer suprir os requisitos referidos nas Súmulas 282 e 356, postular a reforma da decisão recorrida, no ponto relativo à questão constitucional supostamente prequestionada.⁶⁰²

Por derradeiro, merece ser registrado que a exigência do prequestionamento persiste ainda que o recurso especial tenha sido interposto com fundamento do artigo 105, III, alínea *c* da Constituição Federal, na medida em que “é impossível haver divergência sobre determinada questão federal se o acórdão recorrido nem sequer chegou a emitir juízo acerca da matéria jurídica”⁶⁰³.

6.3 Instrumentos Infraconstitucionais

6.3.1 O Incidente de Uniformização de Jurisprudência previsto nos arts. 476 a 479 do CPC

6.3.1.1 Considerações Gerais

Seguindo-se a classificação proposta neste trabalho, cumpre iniciar o exame dos instrumentos infraconstitucionais de uniformização de jurisprudência. O primeiro instrumento a ser examinado é o denominado “Incidente de Uniformização de Jurisprudência”, para adotar-se a designação que lhe dá, entre outros, Barbosa Moreira, ao asseverar que “o instituto

⁶⁰² MEDINA, 2002, p.390.

⁶⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 146.834-SP. Relator: Min. Adhemar Maciel, j. em 01 dez. 1997, DJ 2 fev. 1998, p. 96.

consagrado no art. 476 não tem a natureza de recurso”, na medida em que, o que está previsto no artigo 476 e seguintes é “a disciplina de incidente suscetível de ocorrer em julgamento de tribunal.

Esse incidente, aliás, não tem lugar apenas quando se trate de julgamento de recurso: cabe também no de causa da competência originária do tribunal”⁶⁰⁴. Trata-se de instrumento de notável importância, na medida em que sua disciplina prevê a edição de súmulas pelos Tribunais⁶⁰⁵. Tais súmulas são adotadas pelos Tribunais que as editaram no julgamento de casos futuros, ensejando inegável racionalização da prestação jurisdicional⁶⁰⁶. Presente a sua relevância abordar-se-á, em tópico específico, os antecedentes históricos do instituto.

6.3.1.2 *Nota histórica*

Segundo Buzaid “a idéia de uniformizar a jurisprudência vem de longe. Procurou o legislador português realizá-la há vários séculos, utilizando a figura do assento [...]”⁶⁰⁷. E a figura do assento tem sua origem no século XII, com o instituto das “façanhas”. As façanhas, ensina Tucci, eram “sentenças, casos julgados notáveis e duvidosos, cuja força vinculante decorrida da autoridade reconhecida a quem as proferia e aprovava, bem como da exemplaridade do caso. Ficavam, assim, servindo como aresto para se imitar e seguir como lei quando outra vez ocorresse. [...] Julgar por façanha seria o mesmo que julgar de acordo com a solução adotada num caso exemplar, que é tomado como paradigma”⁶⁰⁸.

De toda forma, os assentos do atual direito português têm sua origem direta nos antigos assentos da Casa da Suplicação, criados no século XVI. Como também esclarece Tucci “prevalecia no ordenamento português, já no início da monarquia, o princípio de que a interpretação autêntica das leis constituía prerrogativa exclusiva do monarca, que a exercia mediante a publicação de leis interpretativas ou ‘em Relação’, ou seja, quando proferia

⁶⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 9

⁶⁰⁵ De observar-se, desde já, que no E. STF não tem vindo sendo admitida a instauração deste incidente.

⁶⁰⁶ Tais súmulas, deve-se advertir desde já, não tem o efeito vinculante previsto no artigo 103-A da Constituição Federal.

⁶⁰⁷ BUZAID, 1985, p. 193

⁶⁰⁸ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 120.

juízo presidindo as sessões da Casa da Suplicação ou, eventualmente, da Casa do Cível”⁶⁰⁹.

Contudo, considerando as inúmeras atribuições do titular do poder real, D. Manuel delegou a realização da interpretação ao tribunal superior do reino, a Casa da Suplicação, reservando-se, apenas “a interpretação daquelas dúvidas sobre cujo esclarecimento a Casa da Suplicação se mantivesse hesitante e que o respectivo regedor, por isso mesmo, entendesse deverem ser levadas à apreciação régia”⁶¹⁰.

De outro lado, Mônica Sifuentes, reportando-se à lição de Manuel Espanha assevera que a situação em Portugal, no século XVI

era, em todos os sentidos, caótica. Manuel Espanha, registra a propósito, serem pouco ‘lisonjeiros’ os testemunhos sobre o estado da prática jurídica portuguesa na segunda metade do século XVI: ‘São de facto, muitos aqueles que se queixam de falta de segurança da prática jurídica, da incerteza dos julgamentos, do arrastar das questões, da indisciplina da orientação, da confusão dos padrões de decisão.[...] Moralistas, poetas e juristas são unânimes em qualificar de caótica a situação, remetendo a responsabilidade do que acontecia, não para as leis em si, mas para o mau uso que uma doutrina jurídica desregrada—dizem-no eles—venal fazia deles’⁶¹¹.

Uma das formas de superar este quadro foi com a edição de assentos pela Casa da Suplicação, pelos quais determinava-se a interpretação da lei, quando a seu respeito houvesse divergências⁶¹².

Nas Ordenações Manuelinas constava que:

E assim, havemos por bem que, quando os Desembargadores que forem no despacho de algum feito, todos ou alguns deles tiverem alguma dúvida.Nossa ordenação do entendimento dela vão com a dita dúvida ao regedor, o qual na Mesa Grande com os desembargadores que lhe bem parecer a determinará e segundo o que aí for determinado se porá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao regedor pareça que é bom de no-lo fazer saber, para a nos logo determinarmos, para nos isso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossa ordenação ou derem sentença em algum feito, tendo algum deles dúvida no

⁶⁰⁹ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 133.

⁶¹⁰ Ibidem, p. 133.

⁶¹¹ SIFUENTES, 2005, p. 188.

⁶¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 5, p. 5.

entendimento da dita ordenação, sem irem ao Regedor, como dito e, serão suspensos até nossa mercê. E a determinação que sobre o entendimento da dita ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho para depois não vir em dúvida.⁶¹³

A partir desta norma, portanto: (1) em caso de dúvida quanto à aplicação da lei, esta dúvida deveria ser submetida ao regedor da Corte que, por sua vez, deveria submetê-la a alguns desembargadores perante a mesa grande; (2) persistindo a dúvida, deveria ser submetida ao Rei; (3) a decisão ficava registrada para casos futuros e se algum juiz desobedecesse, sem recorrer ao regedor, seria suspenso até que fosse remido pelo rei⁶¹⁴.

Os julgamentos que então eram efetivados à luz desta norma e devidamente registrados no “livrinho”, logo tomaram o nome de “assentos”, contendo valor jurídico idêntico ao das leis interpretadas, inclusive com eficácia vinculativa para casos futuros semelhantes. O Livrinho passou a ser chamado de Livro dos Assentos ou Livro Verde e, mais tarde, Livro dos Assentos da Relação. O primeiro assento de que se tem notícia data de 1523 e vedava a marca de ferro no rosto⁶¹⁵. O valor vinculativo dos assentos da Casa da Suplicação foi reiterado nas Ordenações Filipinas.

De mencionar-se, ainda, que, tanto nas Ordenações Afonsinas, como nas Ordenações Manuelinas, eram arrolados como fontes do Direito os “Estilos” da Casa da Suplicação. O Estilo consistia na jurisprudência constante e uniforme dos tribunais superiores (Casa da Suplicação, Casa Cível, mais tarde, das Relações). Poderia, assim, haver a fixação, por meio de Assento, de estilo já adotado pela Casa da Suplicação⁶¹⁶.

Dentro do espírito iluminista do século XVIII foi editada, em Portugal, a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1869. Esta Lei evidenciava a função da Casa da Suplicação de proceder à interpretação autêntica da lei. Os estilos pela mesma Lei só teriam valor legal quando aprovados mediante assentos da Casa da Suplicação.

De esclarecer-se que, de 1528 até 1582, apenas a Casa da Suplicação tinha o poder de editar assentos. Mas em 1582, Filipe I transferiu para o Porto a “Casa do Cível”, que passou a

⁶¹³ Ordenações Manuelinas, Liv V, Tit 58, par. 1º apud BUZUID, 1985, p. 195. TUCCI esclarece que esta norma foi incorporada nas Ordenações Manuelinas, mas já existia antes, no alvará de 10 de dezembro de 1518.

⁶¹⁴ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 134.

⁶¹⁵ SIFUENTES, 2005, p. 189.

⁶¹⁶ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 138.

dispor da mesma competência, passando a denominar-se mais tarde de Relação do Porto. Em decorrência, também os desembagadores das Relações ultramarinas (da Bahia e do Rio de Janeiro, por exemplo), entenderam possível editar assentos com força de lei. Mas com a Lei da Boa Razão reiterou-se que tal função era atribuída apenas à Casa da Suplicação.

Os assentos da Casa da Suplicação podiam ser divididos em (a) assentos derivados de dúvidas de interpretação e (b) assentos por efeito de glosas do chanceler. Estes eram editados quando o Chanceler da casa da Suplicação, no momento em que devia selar os julgamentos da Corte, levantava dúvida sobre a legalidade destes, por lhe parecerem contrários ao texto das ordenações ou do direito subsidiário. Aposta a glosa, o caso era reapreciado. Mantida a dúvida, o regedor providenciava novo julgamento⁶¹⁷.

Feita essa digressão acerca do Direito Português, cumpre lembrar que ao tempo das capitanias hereditárias, entre 1534 e 1536, as cartas de doação respectivas outorgavam ao capitão e ao governador a organização da sua justiça. Esta situação foi modificada, todavia, com a nomeação dos governadores gerais, com o poder de revogar tudo o quanto nas Cartas de Doação das capitanias contrariasse as ordenações. A partir de meados do século XVI a organização judiciária brasileira passou a ser regulada pelas leis do Reino de Portugal, criando-se, no Brasil, todavia, uma série de cargos (juízes, ouvidores, corregedores, provedores), cujos titulares eram incumbidos de proferir decisões judiciais, não raro com interpretações diversas para as mesmas situações⁶¹⁸.

Diante disso, a Coroa decidiu chamar a si a unidade do Direito na Colônia, criando dois órgãos de segunda instância, quais sejam, os Tribunais de Relação do Rio de Janeiro e da Bahia, submetidos, como se viu, aos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, pela Lei da Razão, de 1769.

Com a independência e a Constituição imperial de 1824, a uniformização da jurisprudência passou a ser questão importante na manutenção da unidade nacional. No entanto, essa Carta outorgava ao Poder Legislativo o poder de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las ou revogá-las. O Superior Tribunal de Justiça limitava-se, na forma da

⁶¹⁷ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 142.

⁶¹⁸ SIFUENTES, 2005, p. 230.

mencionada Carta, a apreciar os recursos de revista, verificando apenas a legalidade das decisões.

E, na omissão do Poder Legislativo, o Conselho de Estado, instituído em 1841, passou a ser o órgão interpretativo da lei⁶¹⁹. Os juízes, despreparados em sua maioria, suscitavam inúmeras dúvidas, submetendo os feitos ao Conselho de Estado. E mesmo com a edição do Regulamento nº 737, de 1850, o qual veiculava norma acerca da organização judiciária e de processo civil, não houve previsão legal acerca dos precedentes judiciais.

Contudo, com o advento do Decreto nº 2.684, de 23.10.1875, foi reconhecido o valor dos assentos da Casa da Suplicação de Portugal e do Brasil (Rio de Janeiro). Nos termos do art. 2º, par. 3º, do mencionado Decreto, os assentos poderiam ser editados pelo Supremo Tribunal de Justiça, desde que aprovados por dois terços de seus membros. Os assentos tinham força de lei, sendo, inclusive, inseridos na coleção de leis de cada ano.

Esse regime de assentos com força vinculante perdurou até a República. De acordo com Prado Kelly, o Supremo Tribunal Federal, desde a fundação da República, reputou inconstitucionais os assentos da antiga Casa da Suplicação, na medida em que o poder de editá-los não estava previsto nem no art. 59 da Constituição de 1891, nem no Decreto nº 843, de 1890⁶²⁰.

Contudo, observa Buzaid que, com o advento da República, os assentos desapareceram, “mas não o ideal de uniformizar a jurisprudência”⁶²¹, nada obstante os instrumentos a partir daí adotados tenham maior influência do *common law*, como antes visto, no exame da súmula vinculante.

Por meio da Emenda Constitucional de 03.09.1926, passou o Supremo Tribunal Federal, instalado em 1891, a ter a função de uniformizar a interpretação da Constituição e das leis federais. O instrumento a tanto criado foi o recurso extraordinário, inspirado no modelo norte-americano. E na época a doutrina mais abalizada sustentava a relevância dos

⁶¹⁹ SIFUENTES, 2005, p. 232

⁶²⁰ KELLY, Prado. Súmula –1. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo, 1977, v. 71, p. 317

⁶²¹ BUZAID, 1985, p. 198.

precedentes judiciais⁶²². Referindo-se à Revisão Constitucional de 1925-1926, ressalta Pontes de Miranda que “por tal modo ressaltaram os inconvenientes das variações de jurisprudência entre os tribunais, locais e federais, que a Revisão de 1925-1926, teve de volver vista para o problema—que a Constituição de 1934 mais cuidadosamente resolveu, sendo seguida pela de 1937, pela de 1945 e pela de 1967”⁶²³.

Além do recurso extraordinário, as legislações dos Estados passaram a prever outros institutos com o objetivo de uniformizar os julgados como, por exemplo, o recurso de revista e o prejulgado os quais foram “criados pela lei de Organização Judiciária do antigo Distrito Federal (Decreto nº 16.273, de 2.12.23, arts. 103 e 108), tendo sido acolhidos pelo Código de Processo Civil do Estado de São Paulo art. 1.126) e mantidos pela lei federal n. 319, de 25.11.36 (art. 2º) e pelo Código de Processo Civil de 1939 (art. 891)”⁶²⁴.

O recurso de revista era cabível toda vez que divergissem em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, turmas ou grupos de Câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese, ou, ainda, quando fosse contrariado outro julgado das Câmaras civis reunidas. Em virtude da interposição de recurso de revista, pronunciava-se o tribunal sobre a ‘tese de direito’ controvertida e, se acolhida a impugnação do recorrente, procedia-se a novo julgamento quanto ao mérito da causa⁶²⁵.

Pelo mecanismo do prejulgado, a decisão sobre uma *quaestio juris* controvertida, no âmbito dos órgãos fracionários do tribunal, era submetida apreciação de todos os integrantes daquele, reunidos em plenário. Esta técnica foi adotada, como se disse, pela Lei ° 319/36, mas aí para todo o território nacional. Nos termos do artigo 2º da mencionada Lei: “A requerimento de qualquer de seus juízes, a câmara ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio da Corte Plena sobre a matéria, de que dependa decisão de algum feito, ou envolvida nessa decisão, desde que reconheça que sobre ela ocorre, ou pode ocorrer, divergência de decisões, ou de jurisprudência, entre câmaras ou turmas”.

⁶²² CRUZ E TUCCI, 2004, p. 234.

⁶²³ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 4, p. 89.

⁶²⁴ BUZAID, 1985, p. 196-197. De referir-se que à época cada Estado poderia legislar acerca de processo.

⁶²⁵ SIFUENTES, 2005, p. 234.

Na forma do Regimento Interno de cada Tribunal, o acórdão proferido pelo órgão plenário acerca da questão de direito suscitada pela câmara ou turma, consubstanciava-se no prejudgado e deveria, então, ser inserido no Livro dos Prejulgados⁶²⁶. De acordo com a Lei nº 319, o prejudgado possuía eficácia horizontal, isto é, no âmbito de cada Tribunal. Se uma das Turmas contrariasse a tese jurídica fixada anteriormente pelo tribunal era cabível o recurso de revista.

Eficácia vinculante vertical possuía o prejudgado instituído pelo art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho, cujo parágrafo 1º dispunha: “Uma vez estabelecido o prejudgado, os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes de Direito investidos na jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo”⁶²⁷. Tratava-se, o prejudgado trabalhista, de decisão *in abstracto* sobre matéria polêmica, na qual fixava-se a regra para casos futuros. O prejudgado trabalhista foi revogado pela Lei nº 7.033/82⁶²⁸.

Uma vez restabelecida a competência da União para legislar, exclusivamente, em matéria processual, foi editado o Código de Processo Civil de 1939, que no artigo 861, manteve o prejudgado, igualmente com objetivo de uniformizar a jurisprudência, sem, contudo, manter o recurso de revista contra decisão da turma que o contrariasse, razão pela qual, observa TUCCI, o prejudgado sob a égide de 1939, não era dotado de eficácia vinculante⁶²⁹.

Posteriormente, em 1963, houve modificação no Regimento Interno do E. STF, que passou a prever a “súmula da jurisprudência dominante”. As primeiras 370 Súmulas do E. STF foram aprovadas em 1964, tendo, contudo, apenas eficácia persuasiva. O Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) também admitiu o prejudgado, atribuindo-lhe, porém, efeito vinculante.

No anteprojeto do Código de Processo Civil (art. 516-520), foi previsto um procedimento de uniformização de jurisprudência, perante o STF, que culminava com a edição de assento com força de lei no território nacional, atribuindo-se aos legisladores

⁶²⁶ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 238.

⁶²⁷ Sifuentes aponta aí a origem nacional do efeito vinculante.

⁶²⁸ O prejudgado trabalhista sempre teve a constitucionalidade controvertida.

⁶²⁹ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 243.

estaduais a possibilidade de instituição do mesmo procedimento para os Tribunais locais. Esta versão foi completamente modificada.

O instituto contemplado nos arts. 476-479 tem por escopo produzir “precedente de uniformização da interpretação e aplicação do Direito”, precedente este despido de efeito vinculante *inter alios*⁶³⁰.

6.3.1.3 A disciplina legal do Incidente de Uniformização de Jurisprudência

Instituto processual decorrente no antigo prejulgado, a instauração do incidente de uniformização de jurisprudência não tem sido considerada obrigatória pelo E. STJ⁶³¹.

De outro lado, é de ser mencionada a posição de TUCCI, no sentido da existência de “um dever”, estabelecido em “prol do interesse público de certeza do Direito”⁶³², sendo na mesma linha o entendimento de Vigliar, ao asseverar que “a atividade jurisdicional não pode apoiar-se num pretensioso, e por vezes, desmedido, abuso de um juízo de conveniência e oportunidade, que o cidadão não lhe concedeu e imaginar, de forma equivocada, que detém discricionariedade para aqui uniformizar a jurisprudência desconfortável e, num outro assunto, não uniformizá-la”⁶³³.

Igual posição já era defendida de há muito por Sydnei Sanches, a expressão “competir” contida no art. 476 do CPC traduz “dever de ofício, e não mera faculdade ou arbítrio”⁶³⁴ e por José Ignácio Botelho de Mesquita, para quem “verificando-se no processo que ocorre divergência, já não caberá mais ao órgão fracionário optar entre as teses divergentes. Competir-lhe-á solicitar o pronunciamento prévio do tribunal pleno, para que este dê a interpretação que deverá ser observada”⁶³⁵.

⁶³⁰ BUZAID, 1985, p. 245.

⁶³¹ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 3561-RS. Relator: Min. Barros Monteiro. j. em 02 out. 1990, **DJ** 29 out. 1990. 17/452 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 9.086-SP. Relator: Min. Adhemar Maciel. **DJ** de 05 ago. 1996.

⁶³² CRUZ E TUCCI, 2004, p. 259.

⁶³³ VIGLIAR, 2003, p. 181.

⁶³⁴ SANCHES, Sydnei. **Uniformização de Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, pág. 21.

⁶³⁵ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da uniformização de jurisprudência. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 613, nov. 1986, p. 16.

Entre o dever estrito e a total liberdade na instauração do incidente, é de se trilhar caminho que privilegie a segurança jurídica e isonomia. Constatada a divergência, cabe ao órgão judicial competente instaurar o incidente de uniformização, salvo relevante razão, expressamente declinada, como, por exemplo, a indefinição das Cortes Superiores acerca do tema, em se tratando de matéria constitucional ou que envolva o direito federal.

O incidente previsto no art. 476 do CPC tem dois pressupostos. O primeiro é a existência de julgamento em curso perante órgão de tribunal.

Não, porém, qualquer órgão, adverte Barbosa Moreira: "somente turma, câmara ou grupo de câmaras, acrescentem-se as seções. Descabe, pois, o incidente, se o corpo do julgador é o plenário do Tribunal ou o órgão especial previsto no art. 93, XI, da Carta da República"⁶³⁶. E o órgão pode suscitá-lo na apreciação de recurso ou causa de competência originária do tribunal.

A divergência suscitada há de ser acerca da interpretação de norma(s) jurídica(s), mas não necessariamente acerca do mérito da controvérsia em julgamento.

Considerando os objetivos dos embargos de declaração, mostra-se descabida a suscitação, pelo interessado, do incidente de uniformização de jurisprudência. Mas poder-se-á pleitear a uniformização mesmo no processamento desse recurso se a tese controversa for relativa ao mesmo.

O segundo pressuposto é a existência de divergência na interpretação do direito. É o que consta, de modo genérico, no inciso I do artigo 476 do CPC, sem especificação de que decisões há de se cogitar para o confronto, daí porque a assertiva de Barbosa Moreira no sentido de que possível é a suscitação do incidente em causas de competência originária do Tribunal. Mais do que isso: a norma enseja a interpretação de que "se no próprio curso do julgamento já se chega à certeza de que a decisão adotará tese incompatível com a de outra (emanada de órgão diverso), tanto basta para que o incidente se torne suscetível"⁶³⁷.

⁶³⁶ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 9.

⁶³⁷ Ibidem, p. 12.

Já o inciso II do mesmo dispositivo refere-se, modo específico, à “diversidade de interpretações dadas à mesma regra jurídica pela decisão da qual se recorreu para o órgão julgador, e por alguma decisão anterior ou posterior, de outra turma, de outra câmara, de outro grupo ou câmaras cíveis reunidas (ou de seção)”⁶³⁸.

Além dos pressupostos acima elencados, é necessário frisar que o dissídio deve ocorrer no âmbito de um mesmo tribunal e acerca de questão jurídica. Como adverte Barbosa Moreira, de modo algum se justifica a suscitação o fato de se decidirem diversamente espécies análogas por se considerar bastante a prova num dos casos e insuficiente em outro⁶³⁹.

Têm legitimidade para a suscitação do incidente as partes, o recorrente (ainda que como terceiro prejudicado) e o recorrido, sem prejuízo, por evidente, da competência para suscitação que detém qualquer magistrado que vota no julgamento no âmbito do órgão colegiado. A norma refere “qualquer juiz” com competência “para dar o voto na turma, câmara ou grupo de câmaras”⁶⁴⁰. Para Sifuentes poderá o Ministério Público, seja como parte, seja como *custos legis*, postular a instauração do incidente⁶⁴¹, dado o evidente interesse público existente na uniformização.

Sendo hipótese de recurso, a postulação deve ser feita nas razões de interposição e, se for o caso, em contra-razões. A lei processual admite seja feito o pleito de instauração do incidente em petição avulsa. Em qualquer hipótese a divergência há de ser provada.

O pleito de instauração do incidente será, necessariamente, submetido ao colegiado competente para o julgamento. Reconhecida a divergência, em decisão fundamentada e irrecorrível⁶⁴², a qual constará de acórdão, haverá a suspensão do julgamento no qual suscitado o incidente.

Na omissão do CPC, os regimentos internos dos Tribunais disciplinam a tramitação do incidente de uniformização de jurisprudência a partir de então: distribuição, órgão

⁶³⁸ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 11.

⁶³⁹ Ibidem, p. 11.

⁶⁴⁰ Art. 476 do CPC.

⁶⁴¹ SIFUENTES, 2005, p. 240.

⁶⁴² Salvo embargos de declaração.

encarregado do julgamento, etc. Atuará, necessariamente, o Ministério Público, na qualidade de *custos legis*⁶⁴³.

Se o órgão encarregado regimentalmente da apreciação do incidente reconhecer a divergência, decidirá qual a tese a ser adotada. Caso contrário, restituirá os autos, ao órgão suscitante. Verifica-se, pois, que o juízo originário acerca da divergência não vincula o órgão incumbido da uniformização.

Uma vez reconhecida a divergência, o colegiado competente deve limitar-se a decidir a tese jurídica a ser adotada. Nada mais. Por isso que, salvo embargos de declaração, a decisão proferida será irrecorrível, ressalvada a hipótese de embargos de declaração. O julgamento somente será completado no órgão fracionário no qual foi solicitada a uniformização. Retomado o julgamento, podem ser examinadas outras questões, mas no que tange à matéria que foi objeto do incidente de uniformização, “a solução dada a *quaestio juris* pelo tribunal incorpora-se como premissa inafastável”⁶⁴⁴.

Contra a decisão do órgão que postulou a uniformização e que, necessariamente, aplicou a tese jurídica adotada, é que caberá eventual recurso às instâncias superiores.

6.3.1.4 A edição de súmulas

Nem sempre a uniformização de jurisprudência, vale dizer, eleição pelo órgão encarregado a tanto no âmbito do Tribunal, nem sempre, importará em edição de súmula. Para tanto, nos termos do artigo 479 do CPC⁶⁴⁵, é preciso que a decisão por determinada tese jurídica seja tomada por maioria absoluta do órgão fracionário respectivo. Em resumo, diz Barbosa Moreira,

⁶⁴³ No ponto é genérico o CPC: “Art. 477: reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao Presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juizes cópia do v. acórdão.

⁶⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, 2005, p. 23.

⁶⁴⁵ Art. 479 do CPC: O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula, e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

a norma do artigo 479, *caput*, não impõe que participem do julgamento membros em número superior à metade do total, mas exclui a produção do efeito ali indicado que na hipótese de não votarem, a tantos membros, quer, ainda, na de a tese vitoriosa não obter o sufrágio da maioria em que o incidente houver sido suscitado: o órgão suscitante tem de julgar o recurso o recurso ou a causa à luz da solução dada pelo tribunal à *quaestio juris*, mas nenhum outro efeito se produz.⁶⁴⁶

De ressaltar-se que as súmulas editadas nos termos do artigo 479 do CPC devem ser devidamente publicadas, na forma que dispuser o regimento interno de cada Tribunal, mas não terão eficácia vinculante perante os demais órgãos do Poder Judiciário. Explica-se: é comum nos regimentos internos a existência de disposição obrigando os órgãos fracionários do Tribunal a adotarem a súmula enquanto vigente. Mas trata-se de obrigatoriedade no âmbito do Tribunal, não vinculando, por exemplo, os juízes de primeiro grau. Além disso, é bem de ver-se que inexistente, no âmbito legal ou constitucional, instrumento específico como, por exemplo, a reclamação, para atacar eventual decisão que desborde da súmula, mesmo no âmbito do Tribunal que a editou.

De toda forma, é correto afirmar que as súmulas editadas pelos Tribunais, ainda que sem eficácia vinculante, privativa das súmulas editadas pelo E. STF em matéria constitucional, na forma do artigo 103-A da Lei Maior, com a redação conferida pela EC 45/2004, gozam de vigorosa força persuasiva, tanto que autorizam o Relator a negar seguimento, de forma monocrática, a recurso interposto contra decisão que esteja em conformidade com o enunciado das mesmas⁶⁴⁷.

Cabe ser referido, ainda, que no âmbito do E. STJ e do E. STF é possível a edição de súmulas quando, ao invés de divergência, houver entendimento pacificado acerca de determinada questão de direito⁶⁴⁸.

No âmbito do E. STF, o regimento interno prevê a necessidade de *quorum* qualificado para edição de súmula, alteração ou cancelamento (arts. 102 e 103).

⁶⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, 2005, p. 26.

⁶⁴⁷ Artigo 557, *caput*, do CPC.

⁶⁴⁸ O Regimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul prevê um incidente de jurisprudência dominante, relativo a matérias que tenham sido decididas em três julgamentos sucessivos, pela maioria absoluta dos membros do órgão especial, Turmas ou Grupos (art. 249).

No Superior Tribunal de Justiça, autoriza-se a inscrição em súmula dos enunciados retirados das decisões firmadas pela Corte Especial ou Seção quando (a) o julgamento de um caso concreto em determinado sentido for unânime; (b) quando, em dois julgamentos no mesmo sentido, o resultado ocorrer pela maioria absoluta dos membros da Seção ou da Corte Especial. Além disso, qualquer Ministro poderá propor, na Turma, a remessa do feito à Corte Especial, ou à Seção, para o fim de ser compendiada em súmula a jurisprudência do Tribunal, quando verificar que as Turmas não divergem na interpretação do direito⁶⁴⁹.

Tais súmulas, editadas a partir da orientação uniforme, também não têm efeito vinculante, *status* conferido apenas às Súmulas de que trata o artigo 103-A da Constituição Federal. Autorizam, entretanto, nos termos da Lei nº 11.276/2006, que o juiz deixe de receber o recurso de apelação⁶⁵⁰.

6.3.2 O mecanismo de superação dos dissídios jurisprudenciais previsto no art. 555, §1º do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352/2001

De acordo com o § 1º do artigo 555 do CPC, “Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre as Câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor que seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

A inovação legislativa reafirma que o sistema objetiva a uniformização da jurisprudência. Trata-se, sem dúvida, de mais um instrumento criado no ordenamento para combater “a divergência de entendimentos em meio aos órgãos do Poder Judiciário—especialmente aquela que se manifesta *interna corporis* nos tribunais”⁶⁵¹. Isso porque, segundo Juvêncio Viana, tal divergência “constitui algo nefasto e combatido pelo sistema; um mal que se busca, ao máximo possível, debelar. É fato que a ninguém interessa a denominada

⁶⁴⁹ Art. 126 do Regimento Interno do STJ

⁶⁵⁰ Art. 518, par. 1º do CPC, com redação dada pela Lei Federal nº 11276/2006, que entrará em vigor em 90 dias a contar de 08.02.2006.

⁶⁵¹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Uma nova uniformização de jurisprudência: comentários ao §1º do art. 555 do CPC. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 10, 2004, p. 35.

‘jurisprudência lotérica’⁶⁵². Na mesma linha Carreira Alvim: “O objetivo buscado é sobretudo a praticidade e a rapidez no julgamento dos recursos, porquanto, muitas vezes, a turma (órgão originário) não se ajusta à orientação do grupo de turma (órgão superior), julgando sistematicamente contra o entendimento de um órgão superior do Tribunal”⁶⁵³.

A norma retrotranscrita traz inovação em termos de legislação processual civil, embora já existissem incidentes semelhantes no Regimento Interno do E. STJ e do E. STJ, incidentes estes que serviram de inspiração ao legislador, como se depreende da exposição de motivos do projeto de lei que deu origem à Lei nº 10.352/2001:

Já o §1º é proposto para o fim de permitir, em tais recursos, o uso a técnica consagrada no RISTJ, art. 14, inciso II, e art. 12, parágrafo único, inciso II—remessa do recurso a um colegiado maior, buscando compor ou prevenir divergência entre Turmas ou Câmaras relevantes questões de direito. Tal colegiado julgará plenamente o recurso e a decisão, em consequência, irá impor-se como precedente jurisprudencial a ser tomado em conta pelo tribunal nos subseqüentes julgamentos sobre a mesma matéria. [...] Diga-se, igualmente, que o E. STF, prevê, nesses casos possa a Turma transferir ao Plenário a competência para julgamento do feito-art. 22, parágrafo único, alíneas ‘a’ e ‘b’”.

Esse novo instrumento de uniformização, possível de ser aplicado igualmente nos tribunais locais, tem uma peculiaridade a ser destacada: objetiva definir a jurisprudência do Tribunal em questões relevantes de direito, sobre temas de interesse público⁶⁵⁴. Dinamarco enumera exemplos de verificação do interesse público: quantidade significativa de causas pendentes, direitos transindividuais, repercussão macroeconômica e tema processual repetitivo⁶⁵⁵.

O Código de Processo Civil deixa em aberto que órgão do Tribunal seria encarregado da uniformização, pelo que deverá ser definido pelo regimento interno dos Tribunais. Para Dinamarco:

não é o caso de remeter o julgamento a algum grupo de câmaras, havendo dois ou vários deles no Tribunal, porque cada grupo não é representativo do tribunal como um todo e o julgamento que fizesse não impediria nem

⁶⁵² VIANA, 2004, p. 35.

⁶⁵³ CARREIRA ALVIM, J. E. **Código de Processo Civil reformado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 255.

⁶⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 136.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 137.

comporia satisfatoriamente os conflitos jurisprudenciais que a lei debelar. Nem seria oportuno enviar o caso ao órgão especial ou ao plenário, existindo seções especializadas, porque aqueles colegiados são compostos também por juízes aos quais não tocará julgar casos futuros com a mesma tese.⁶⁵⁶

Quatro pressupostos são necessários para adoção do instrumento previsto no art. 555, par. 1º: (a) existência de uma questão de direito; (b) seja tal questão relevante, passível de transcender os interesses em conflito; (c) ocorrência ou risco de ocorrer divergência interna na corte; (d) proposição e aprovação do incidente pelo órgão julgador, decisão esta que não vincula o órgão julgador competente para uniformizar.

O ponto distintivo principal entre a “uniformização clássica” prevista nos arts. 476-479 do CPC e a previsão contida no par. 1º do art. 555, diz respeito à ausência de cisão do julgamento: Nos termos do art. 555, par. 1º, “faz-se tudo de uma vez só (uniformiza-se e julga-se incontinenti o recurso, que teve sua competência deslocada)”⁶⁵⁷. Daí por que os recursos cabíveis deverão ser interpostos contra a decisão do órgão para o qual foi afetado o julgamento.

De destacar-se, ainda, que o regramento do novo instrumento é expresso no sentido de que a proposição de superação da divergência fica a critério do Tribunal (conveniência), o que reforça o entendimento de que no incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos arts. 476-479 do CPC há de ser justificada a não instauração.

No que concerne à legitimidade para a proposição do deslocamento da competência, tem-se, nos termos do par. 1º do art. 555 do CPC, ser prerrogativa do relator, diferentemente da disciplina do incidente de uniformização disciplinado nos arts. 476 e 479 do CPC. Verifica-se, outrossim, presente o “caput” do artigo 555, que a proposição encontra espaço apenas no julgamento do agravo ou da apelação, sendo de registrar-se, contudo, a existência de entendimento que considera possível a ampliação da legitimidade⁶⁵⁸ e a extensão da proposição também às causas de competência originária⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ DINAMARCO, 2002, p. 141-142.

⁶⁵⁷ VIANA, 2004, p. 43.

⁶⁵⁸ JULIANI, Cristiano. A nova redação do art. 555 do CPC e a uniformização de jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 111, set. 2003, p. 144.

⁶⁵⁹ DINAMARCO, op. cit., p. 143.

6.3.3 A uniformização de jurisprudência no âmbito dos juizados especiais federais—art. 14 da Lei nº 10.259/2001

Na Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que institui os Juizados Especiais Federais, foram previstos dois mecanismos para superação de eventual divergência entre as turmas recursais sobre questões de direito material.

O primeiro diz respeito à divergência entre Turmas da mesma Região⁶⁶⁰, quando então o pedido de uniformização deve ser julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito. A tanto foi criada a “Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência”, que tem a natureza de um órgão *ad hoc*, funcionando quando houver conflito. O Coordenador dos Juizados Especiais em cada região (art. 22, *caput* da Lei nº 10.259/2001) convocará e presidirá reunião conjunta das Turmas em conflito, objetivando superar o dissídio⁶⁶¹.

O segundo mecanismo refere-se à divergência entre Turmas de Regiões distintas ou entre decisões das Turmas e a jurisprudência dominante ou Súmula do E. Superior Tribunal de Justiça⁶⁶².

Nesse caso, a superação da divergência caberá à Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, com sede em Brasília. A Turma reúne-se em Brasília, sob a presidência de um Ministro do E. STJ, competindo-lhe julgar o incidente de uniformização de interpretação de lei federal, em questões de direito material, fundado em divergências entre decisões das Turmas recursais de diferentes regiões ou em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Deve julgar, ainda, incidente de uniformização de jurisprudência suscitado quando houver conflito entre decisões das Turmas Regionais de Uniformização de Jurisprudência e quando tais decisões contrariarem a súmula ou a jurisprudência dominante do STJ.

⁶⁶⁰ A Justiça Federal no País estrutura-se em cinco regiões.

⁶⁶¹ Art. 14, *caput* e par. 1º, da Lei nº 10.259/2001.

⁶⁶² Art. 14, par. 2º, da Lei nº 10.259/2001.

Ambas as Turmas apreciam apenas questões de direito material, não havendo permissão legal para o exame de questões processuais, salvo a realização de consulta, formulada sem efeito suspensivo, pelos coordenadores das Turmas Recursais ou Regionais.

Prevê, ainda, a Lei nº 10.259/2001, a possibilidade de a parte provocar o STJ, quando, em questões de direito material, houver contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante daquele Tribunal⁶⁶³.

É possível afirmar-se, por outro lado, que as decisões proferidas pela Turma Nacional tem caráter vinculante no âmbito dos demais órgãos do juizado especial federal, considerando a disciplina conferida pela Resolução nº 330, de 05.09.003, do Presidente do Conselho da Justiça Federal: (a) se o incidente versar sobre a questão já apreciada pela Turma Nacional, seu Presidente poderá devolver os autos à Turma Recursal de origem, para que lá ocorra a adequação do julgado à jurisprudência, caso em que sequer haverá distribuição (art. 5º, IV, da Res. 330/2003); (b) havendo distribuição o relator, verificando que se trata de matéria pacificada, poderá decidir de forma monocrática ou determinar retorno à origem para que lá haja adequação (art. 6º, VII, da Res. 330/2003) (c) a resolução estabelece, ainda, que o incidente de uniformização sequer deve ser admitido quando houver decisão da Turma Nacional (art. 9º, § 1º, da Res. 330/2003)⁶⁶⁴.

6.3.4 Embargos de Divergência

6.3.4.1 Considerações Gerais

A finalidade do recurso de embargos de divergência é identificada por Barbosa Moreira como sendo “análoga a do recurso de revista do direito anterior: propiciar a uniformização da jurisprudência interna do tribunal quanto à interpretação do direito em tese”⁶⁶⁵.

⁶⁶³ art. 14, par. 4º, da Lei nº 10.259/2001

⁶⁶⁴ SIFUENTES, 2005, p. 249-250.

⁶⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 616.

O recorrente, mais precisamente, o embargante deve demonstrar a divergência jurisprudencial no âmbito interno do E. STF ou do E. STJ. Não basta o interesse em recorrer.

A origem dos embargos de divergência “prende-se ao fato de o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, e na época, negar cabimento ao ‘recurso de revista’ (CPC de 1939, art. 833), sob o argumento de que a regra que previa a ‘uniformização interna’ da jurisprudência era aplicável apenas aos tribunais estaduais. Face a esse posicionamento, restou editada a Lei nº 623, de 19.01.49, que acrescentou ao art. 833 um parágrafo único, com a seguinte redação: “Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si”⁶⁶⁶.

Tendo sido inserido no CPC por norma legal os embargos de divergência, na classificação proposta neste trabalho, constituem instrumento de uniformização de jurisprudência infraconstitucional.

6.3.4.2 Disciplina Legal

A Lei nº 8.951/94 inseriu no elenco de recursos previstos no Código de Processo Civil os embargos de divergência, mediante o inciso VIII do artigo 496 do CPC. Este inciso restou explicitado no artigo 546, do mesmo diploma legal, segundo o qual: “É embargável a decisão da turma que: I – em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; II – em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário”.

Dito recurso não encontrou previsão no anteprojeto de lei elaborado por Alfredo Buzaid e nem no projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional, que deu origem ao CPC de 1973. Resultou de emenda apresentada ao projeto no Senado Federal, a regra que, no primitivo texto do Código, os previa. A Lei nº 8.038/90, no artigo 44, revogou, entre outros,

⁶⁶⁶ ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. **Recursos no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 1997, p. 208.

todo o artigo 546 do CPC. E a par de ter consagrado recurso semelhante, o reservou apenas para os acórdãos do E. STJ⁶⁶⁷.

A Lei n° 8.951/94 estendeu, em termos expressos, o cabimento dos embargos de divergência contra acórdãos do STF em recurso extraordinário, acabando com as dúvidas que pairavam quanto ao cabimento. Como a Lei n° 8.038/90 houvera reservado dito remédio ao recurso especial, houve dissenso na doutrina.

De acordo com Barbosa Moreira, embora a omissão da Lei n° 8.038/90, considerou-se que no E. STF “os embargos de divergência subsistiam com suporte no regimento interno”⁶⁶⁸. Já Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery “norma regimental administrativa não poderia criar recurso, matéria de direito processual estrito, cuja competência é do Poder Legislativo na União federal e não do STF (CF, art. 22, I)”⁶⁶⁹, razão pela qual os embargos de divergência mostravam-se cabíveis apenas no E. STJ.

De toda forma, há ainda parcial descompasso entre o regimento interno do E. STF e o texto legal: o primeiro admite embargos de divergência contra decisões proferidas em agravo de instrumento, enquanto o segundo limita o cabimento à divergência constatada no âmbito do recurso extraordinário. Segundo entendimento consagrado na Súmula 599, do próprio STF, “são incabíveis embargos de divergência de decisão de turma em agravo regimental”. Igualmente incabíveis, registra Barbosa Moreira, são os embargos, se a divergência ocorrer entre acórdão de turma e decisão do relator que nega seguimento ao recurso extraordinário⁶⁷⁰.

Merece registro a posição sustentada em artigo de doutrina pelo Ministro Milton Luiz Pereira, do E. STJ, afirmando o cabimento dos embargos de divergência contra decisão proferida pelo relator nos termos do artigo 557 e par. 1°-A do CPC, posição esta que ainda não encontra guarida no âmbito das Cortes Superiores⁶⁷¹. No âmbito do E. STJ, aliás, restou assentado o descabimento dos embargos de divergência contra a decisão do relator nos termos do artigo 557 do CPC e, ainda, o cabimento contra decisão proferida em agravo regimental

⁶⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 617.

⁶⁶⁸ Ibidem, p. 617.

⁶⁶⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, nota 2 ao art. 29 da Lei n° 8.038/90

⁶⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, op. cit, p. 618.

⁶⁷¹ PEREIRA, Milton Luiz. Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 101, p. 81-87, jan./mar. 2001.

interposto contra decisão que nega seguimento a agravo de instrumento interposto com fundamento no artigo 544 do CPC⁶⁷².

Admitem-se, de outra parte, os embargos de divergência quando as decisões confrontadas são da mesma turma, mostrando-se “razoável e lógico este entendimento, em razão de a mudança de enfoque sobre a *quaestio juris* justificar o confronto e estar merecendo a devida e correta apreciação do Plenário da Corte”⁶⁷³.

No que concerne aos efeitos dos embargos de divergência, diverge o regimento interno do E. STJ e o entendimento do E. STF. O regimento interno do E. STJ afirma que dito recurso não terá efeito suspensivo. Já a jurisprudência do E. STF é no sentido de atribuir efeito suspensivo aos embargos de divergência. Na linha do que sustenta Roecnick: “Parece que o posicionamento do STF é correto, pois se o acórdão embargado conheceu do recurso extraordinário e deu-lhe provimento, e indica-se outro aresto divergente, é prudente, sem dúvida, que se resolva a respeito, apontando-se qual a tese mais correta. Até lá é conveniente que se suspenda a eficácia do acórdão recorrido. [...] Mas, ressalte-se que quando o acórdão recorrido negou provimento ao recurso extraordinário ou especial, não há porque se cogitar de atribuir efeito suspensivo aos embargos de divergência que forem interpostos”⁶⁷⁴.

O prazo para a interposição dos embargos de divergência é de 15 (quinze) dias. Distribuídos os embargos a um relator, vão os autos conclusos a estes, a quem compete apreciar a admissibilidade do recurso. Admitidos e, no E. STF, efetuado o preparo, abre-se vista ao embargado, para responder. O prazo para resposta é de 15 dias. Não há revisão.

Impugnados os embargos, ou decorrido *in albis* o prazo para resposta, o relator determinará a inclusão em pauta de julgamento. No STF, a competência será do Plenário. Já no E. STJ, é da seção correspondente, quando a divergência ocorrer entre as respectivas turmas ou entre elas e a seção. Todavia, competirá à Corte Especial julgar os embargos, quando dita divergência ocorrer entre turmas de seções distintas, ou entre uma turma e outra seção, ou, ainda, entre uma turma e a própria Corte Especial.

⁶⁷² Nesse sentido e respectivamente: Súmulas 315 e 316 do STJ.

⁶⁷³ ROENICK, 1997, p. 208.

⁶⁷⁴ Ibidem, p. 212-213.

Constatada a divergência, o órgão julgador elegerá a tese jurídica aplicável. No âmbito do E. STF, o acórdão não comportará nenhum recurso, exceção feita aos embargos de declaração. Já da decisão proferida pelo E. STJ poderá caber, se for o caso, recurso ao E. STF.

A divergência quanto à interpretação da lei deve ser demonstrada de forma analítica, tal como se exige para o recurso especial⁶⁷⁵.

6.3.5 Embargos Infringentes

6.3.5.1 Considerações Gerais

Pressuposto dos mais importantes à utilização de qualquer via recursal é o “interesse em recorrer”⁶⁷⁶, decorrente da existência de ato jurisdicional deflagrador de situação de sucumbência. Nas palavras de Nelson Nery Junior, deve o recorrente “ter a necessidade de interpor o recurso, como único meio para obter, naquele processo, o que pretende contra a decisão impugnada”⁶⁷⁷. Em alguns recursos denominados ordinários⁶⁷⁸, basta que se demonstre, modo genérico, o interesse de recorrer. É o caso, v.g., do recurso de apelação.

Na classificação proposta por José Carlos Barbosa Moreira, trata-se de recursos de “fundamentação livre”, em contraposição aos recursos de fundamentação vinculada, nos quais existe a necessidade de demonstrarem-se outros requisitos além do interesse no recurso. Essa classificação também é adotada na doutrina italiana, que alude a “critica libera” e “critica vincolata”. Na primeira hipótese, dizem Comoglio, Ferri e Taruffo, a parte sucumbente é livre para fundamentar seu recurso; na segunda hipótese, o recurso somente será cabível nas hipóteses taxativamente elencadas em lei⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ FORNIACIARI JUNIOR, Clito. **A reforma processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 145.

⁶⁷⁶ SILVA, O., 1991, v. 1, p. 350

⁶⁷⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 111.

⁶⁷⁸ Em contraposição aos recursos denominados excepcionais (recursos especial e extraordinário) no qual não basta demonstrar-se a injustiça da decisão, mas deve-se demonstrar a existência dos requisitos constitucionais–arts.102 e 105 da Lei Maior.

⁶⁷⁹ COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 1995, p. 782 e p. 836. “*la parte soccombente e perfettamente libera di sottoporre all’esame del giudice dell’impugnazione motivi, no limitati, non tipici e che tendono a individuare*

Um dos motivos ou requisitos que podem ser elencados pela lei de modo a “vincular” a fundamentação do recurso é justamente a existência de divergência jurisprudencial que tanto pode acontecer: (a) internamente no órgão fracionário (existência de um voto vencido em uma decisão colegiada); (b) mediante contraste externo (divergência de entendimento verificada entre órgãos fracionários no STF e STJ ou entre Tribunais diversos)⁶⁸⁰.

Como todo recurso fundado em divergência de entendimento quanto à questão posta em juízo, constata-se, na lição de Mancuso “o interesse superior do próprio Estado-juiz, em conhecer as diversas interpretações que um dado texto legal vem suscitando, principalmente em ordem à consecução de uma desejável harmonização entre as exegeses sustentadas, inclusive, se possível chegando a uma uniformização, mediante a emissão de certos extratos da jurisprudência assentada”⁶⁸¹.

Em se tratando de divergência interna, o enfrentamento do dissídio pretoriano baseia-se, de um lado, na necessidade de assegurar uma resposta isonômica entre as partes e, de outro, na conveniência da própria Corte em harmonizar as teses jurídicas em debate ao interior de seus órgãos fracionários ou de seu Plenário/Órgão Especial. Trata-se do “poder-dever” que têm os Tribunais de buscar a harmonização das teses debatidas em seus órgãos internos, até porque “ainda se concedendo que a verdade processual possa ser relativa e, em que pese seja abstrato e autônomo o direito de ação, daí não se extrai que as lides devam ficar sujeitas a decisões aleatórias, à mercê da eventualidade de seu encaminhamento a este ou àquele órgão judicial, ou da distribuição do recurso a este ou àquele órgão fracionário do Tribunal”⁶⁸².

A uniformização da jurisprudência via recurso no âmbito interno de cada Corte é mais do que justificada: (a) permite ao próprio Tribunal (Pleno ou Órgão Especial, onde haja), ou a algum de seus órgãos fracionários conhecer e, eventualmente, rever os posicionamentos que estão sendo tomados, com evidente proveito para os seus integrantes, na medida em que se abre o debate acerca de pontos ainda controvertidos nas diversas matérias que compõem a

l'ingiustizia della sentenza, ingiustizia che può essere fondata sull'esistenza di errori del giudice, o di difetti del procedimento, di erronia valutazione del materiale probatorio, di errori nell'interpretazione e nell'applicazione della norma”. Na segunda hipótese, que tem como exemplo clássico *o ricorso in cassazione, tem-se que tal “può essere proposto soltanto per uno dei motivi tassativamente elencati dall'art. 360*.

⁶⁸⁰ As hipóteses contempladas na alínea *b* são objeto de enfrentamento específico em itens próprios que tratam do recurso especial e dos embargos de divergência.

⁶⁸¹ MANCUSO, 2001, p. 268.

⁶⁸² *Ibidem*, p. 271.

competência da Corte (b) esse processo de amadurecimento a que ficam submetidas as matérias sob julgamento aproveita também ao jurisdicionado, pois o debate permite uma resposta judiciária de melhor qualidade (c) mesmo que esta resposta não venha a ser objeto de súmula vinculante aos integrantes da Corte, é de esperar-se que os mesmos sigam a decisão tomada pela maioria em caráter uniformizador, de modo que, “aliviados da sobrecarga representada pelos recursos repetitivos ou de massa, possam os julgadores dedicarem-se ao estudo dos casos efetivamente complexos, merecedores de uma análise judiciária bem fundamentada e capaz de outorgar o bom direito ao jurisdicionado que a mereça”⁶⁸³.

Feitos estes registros introdutórios, cumpre iniciar o exame dos embargos infringentes, os quais por encontrarem previsão no Código de Processo Civil, arts. 530 a 534 do CPC, merecem enquadramento na categoria de instrumento infraconstitucional de jurisprudência.

6.3.5.2 Disciplina legal

Os embargos infringentes têm origem nos denominados pedidos de reconsideração, surgidos no direito português em decorrência das dificuldades havidas na utilização da apelação nos anos iniciais da monarquia⁶⁸⁴. Ausentes no direito romano, os embargos infringentes foram extintos no direito português, encontrando previsão, atualmente, apenas no direito brasileiro⁶⁸⁵.

No Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, o Prof. Alfredo Buzaid havia suprimido os antigos embargos de nulidade e infringentes previstos no artigo 833 do Código de Processo Civil de 1939, ao argumento de que a existência de voto vencido não poderia servir de fundamentos para tal recurso, pois, em assim sendo, ter-se-ia que admitir uma sucessão de eventuais embargos, sempre que presente discordância na decisão. Todavia, durante os trabalhos legislativos os embargos infringentes foram novamente incluídos⁶⁸⁶.

⁶⁸³ MANCUSO, 2001, p. 277.

⁶⁸⁴ CRUZ, João Claudino de Oliveira e. **Dos recursos no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 165.

⁶⁸⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Inovações nos embargos infringentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 108, out./dez. 2002, p. 85.

⁶⁸⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Embargos infringentes e questões de ordem pública de natureza processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 67, 2000, p.27.

Parte da doutrina não tem poupado críticas a essa inserção. Sérgio Bermudes afirma inexistir qualquer utilidade em tal recurso, taxando-o de “anacrônico e desnecessário”⁶⁸⁷ e Paulo Afonso de Souza Sant’anna assevera que “os embargos infringentes não atendem aos proclamados anseios de simplificação objetivados pela nova Lei nº 10.352/2001, que assim perdeu uma ótima oportunidade para extingui-los”⁶⁸⁸. Já Sérgio Saione Fadel admite os embargos como uma espécie fadada à extinção, nada obstante registrar que essa via recursal “vem superando obstáculos que se lhes antepõem e resistindo ao tempo, como um recurso de grande importância nos tribunais”⁶⁸⁹.

Para José Carlos Barbosa Moreira, com a manutenção dos embargos infringentes, “não há como contestar o inconveniente da procrastinação dos feitos”, mas a experiência judicante demonstrou ser conveniente sua manutenção, com as sugestões “que vieram a ser acolhidas pela Lei nº 10.352”, quais sejam excluir o recurso em caso de “apelação interposta contra sentença terminativa e também o de haver o tribunal confirmado (embora por maioria de votos) a sentença apelada”⁶⁹⁰.

Na linha sustentada neste trabalho, no sentido de que a uniformização do entendimento dos julgadores é indispensável à preservação de princípios relevantes como a isonomia e a segurança jurídica, entende-se, com Luiz Rodrigues Wambier, que os “embargos infringentes têm cumprido relevante papel na sistemática recursal adotada pelo Código de Processo Civil vigente, proporcionando a busca do aperfeiçoamento dos provimentos contidos nos acórdãos, sempre que a discrepância de opiniões entre os julgadores indicara existência de justificação plausível para teses discordantes”⁶⁹¹.

Prossegue o autor afirmando ser injusto atribuir aos embargos infringentes a demora na tramitação nos feitos quando tal situação está muito mais vinculada a fatores de ordem estrutural:

⁶⁸⁷ BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, v. 2, p. 201.

⁶⁸⁸ SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Uma nova visão dos embargos infringentes de acordo com a Lei nº 10.352/2001. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 107, jul./ago. 2002, p. 194.

⁶⁸⁹ FADEL, Sérgio Saione. **Código de Processo Civil Comentado**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 209.

⁶⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, 2002, v. 5, p. 515-516.

⁶⁹¹ WAMBIER, L., 2000, p. 27.

Enquanto o advogado levar dias, ou até mesmo meses para preparar a petição inicial; enquanto o Poder Judiciário não estiver plenamente consciente de que não têm objeto em si mesmo, mas que seus fins estão visceralmente ligados ao anseio comunitário de justiça, soa ridículo culpar pela demora dos processos, um tipo de recurso que se presta justamente a tentar estabelecer um decisório uniforme, mais aprimorado e fruto de reflexão mais apurada.⁶⁹²

E conclui: “Por essa via o embargante busca a prevalência do resultado que lhe foi favorável no voto vencido. Como tal, serve à ordem jurídica na busca do aperfeiçoamento do serviço jurisdicional”⁶⁹³.

Nos termos do artigo 530 do CPC, cabem embargos infringentes “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência”⁶⁹⁴.

No que concerne aos acórdãos resultantes da apreciação do recurso de apelação, a partir da Lei nº 10.352/2001 passou a haver exigência no sentido de que houvesse modificação da sentença, que deve ser de mérito. Acerca da modificação, pertinente o magistério de José Carlos Barbosa Moreira:

O art. 530 compreendia assim os acórdãos que conhecessem do recurso, julgando-o no mérito, como os que dele não conhecessem, em virtude do acolhimento de preliminar da própria apelação. Se o órgão julgador conhecesse da apelação, ou lhe negara conhecimento por maioria de votos—portanto, com divergência no tocante a alguma preliminar do recurso (hipótese inconfundível com a de divergência no julgamento de agravo retido)—, tanto bastava ao cabimento dos embargos, podendo caber ainda outro recurso da mesma espécie, interponível pelo mesmo litigante ou não, se também *de meritis* não houvesse sido unânime o julgamento. Semelhante disciplina sofreu alteração de monta com a Lei nº 10.352, que excluiu a embargabilidade quando o acórdão de segundo grau não haja reformado a sentença, ou quando esta não tenha decidido o *meritum causae*. Nada importa, registre-se, que no julgamento da apelação se haja conhecido da apelação e não tenha entrado na sentença vício capaz de invalidá-la. Se não conheceu da apelação por lhe faltar algum requisito de admissibilidade, o órgão de segundo grau não chegou a apreciar-lhe o mérito, nem podia, por conseguinte, pronunciar-se sobre a correção ou incorreção da decisão apelada. Se esta continha vício invalidante (por exemplo: incompetência absoluta do juízo *a quo*, julgamento *extrapetita*), a única via aberta ao

⁶⁹² WAMBIER, L., 2000, p. 27.

⁶⁹³ WAMBIER, 2002, p. 28.

⁶⁹⁴ Redação dada pela Lei nº 10.352/2001, que entrou em vigor 3 meses após a publicação, ocorrida a 27.12.2001.

tribunal seria de anular a sentença—o que de modo nenhum se identifica com reformá-la.⁶⁹⁵

Elegeu-se o critério da dupla conformidade para inviabilizar os embargos infringentes. Manifestado determinado entendimento, mantido pelo Tribunal, não mais se mostra cabível a interposição de mais um recurso no âmbito interno do tribunal que tenha como objetivo o rejuízo da causa⁶⁹⁶. Dito em outras palavras: deve haver desacordo entre o juízo *a quo* e o juízo *ad quem* no que diz respeito à lide. Assim, por exemplo, tendo sido decretada a improcedência de determinada demanda no juízo *a quo* e sendo 2x1 o resultado do recurso da apelação, tendo-se como resultado a extinção do feito sem apreciação do mérito por ausência de legitimidade ativa (02 votos), sendo o voto vencido pela legitimidade, descabem os embargos infringentes porque não houve propriamente reforma da sentença⁶⁹⁷.

A necessidade de a sentença examinada no recurso de apelação ser de mérito sofreu crítica da doutrina. Flávio Cheim Jorge, Fredier Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues afirmam que eleger dito critério “significa, em última análise”, proporcionar uma série de inquietações e indagações de ordem doutrinária e jurisprudencial⁶⁹⁸. Isso porque, segundo tais autores, é possível que o juiz venha a extinguir o processo ‘sem julgamento do mérito’, com base no artigo 267, mas inequivocamente esteja extinguindo o processo com julgamento de mérito (art. 269)”.

Efetivamente, existe polêmica acerca da definição do que seria sentença de mérito no cenário jurídico nacional, como identifica Tesheiner: “É sentença de mérito a que extingue o processo por falta de condição da ação? O Código de Processo Civil diz que não. Contudo, há doutrina e jurisprudência afirmando que sim. [...] Podemos detectar na doutrina não duas, mas três correntes a respeito do assunto[...]”⁶⁹⁹. O mesmo autor, contudo, oferece critério que permite identificar sentença de mérito: trata-se da sentença capaz de produzir coisa julgada material. Nas palavras de Tesheiner: “As condições da ação constituem parcela de mérito, pois não dizem respeito à relação processual. Mas é parcela que é recortada do mérito, atribuindo-se-lhe denominação diferente e tratamento jurídico diferenciado: a carência de

⁶⁹⁵ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 519-520.

⁶⁹⁶ CUNHA, 2002, p. 95.

⁶⁹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.

⁶⁹⁸ CHEIM JORGE, et al, 2003, p. 187

⁶⁹⁹ TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

ação exclui a coisa julgada. Pode-se, pois, definir as condições da ação como a parcela do mérito imune à coisa julgada. O que se pretende, com a afirmação de que falta condição da ação, é afirmar a possibilidade de renovação da mesma ação, sem o óbice da coisa julgada”⁷⁰⁰.

Pertinente indagar, presente a necessidade de a sentença ser de mérito, se são cabíveis os embargos infringentes na hipótese de aplicação do novo § 3º acrescido ao artigo 515, igualmente, pela Lei nº 10.352/2001, que assim dispõe: “Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

Várias situações podem ocorrer a partir da aplicação desta disposição no julgamento do recurso de apelação contra sentença terminativa⁷⁰¹: (a) não conhecimento da apelação; (b) conhecimento da apelação e manutenção da sentença; (c) conhecimento da apelação para anulação da sentença; (d) conhecimento da apelação para reformar a sentença terminativa, determinando-se, contudo, o retorno dos autos ao juízo de primeira instância para prosseguir no julgamento, caso seja necessária mais de uma prova ou a questão não seja exclusivamente de direito; (e) conhecimento da apelação para reformar a sentença terminativa, julgando desde logo a lide.

Nas hipóteses elencadas nas alíneas *a* a *d*, não são cabíveis os embargos infringentes, pois não verificada sentença de mérito. Resta examinar a hipótese contida na alínea *e*.

O artigo 530 do CPC menciona de forma expressa a necessidade de a sentença de mérito ser reformada. Na hipótese em análise, o acórdão resulta da apreciação de sentença terminativa. A doutrina divide-se quanto à solução.

Leonardo José Carneiro Cunha afirma cabíveis os embargos infringentes com a seguinte argumentação:

cumpre atentar para a *mens legis*: ao restringir o cabimento dos embargos infringentes, o novel diploma legal busca a existência de uma confirmação do julgado. Ora, se o juiz decidiu, quanto ao mérito, num sentido e o tribunal, por maioria em sentido diverso, admitem-se os embargos

⁷⁰⁰ TESHEINER, 2002, p. 32.

⁷⁰¹ Por maioria.

infringentes para que haja a confirmação de um dos dois entendimentos. No caso ora aventado, o espírito da norma estará sendo atendido, exatamente porque o acórdão do tribunal que, afastando a extinção prematura do feito, prosseguir no exame da lide, constituirá a primeira decisão de mérito. E vindo a ser proferido por maioria de votos, há um dissenso acerca do tema, devendo, em nome da segurança jurídica, haver, pelo menos, uma confirmação no âmbito da jurisdição ordinária. Admissíveis, em razão disso, os embargos infringentes, na hipótese de o tribunal aplicar o §3º do art. 515 e julgar, por maioria de votos, o mérito da causa.⁷⁰²

Na mesma linha o entendimento de Flávio Cheim Jorge:

Note-se que não existe a necessidade da presença de dois pronunciamentos (primeiro e segundo grau) a respeito do mérito. O imprescindível é apenas a apreciação do pedido autoral, mesmo que uma única vez e, conseqüentemente possa incidir o instituto da coisa julgada. Por isso é que, mesmo que a sentença monocrática seja processual, caso o tribunal julgue diretamente o pedido, nos termos do parágrafo 3º do artigo 515, cabíveis serão os embargos infringentes. Haverá nesse caso pronunciamento de mérito, e estaremos diante de dois pronunciamentos em sentidos distintos, dando ensejo, então, ao afastamento da dupla conformidade.⁷⁰³

Em sentido contrário, o entendimento de Wambier e Wambier: “Interessante observar-se que no caso de incidir o artigo 515, par. 3º, jamais caberão embargos infringentes, já que um dos pressupostos da incidência dessa nova regra é ter havido sentença de mérito”⁷⁰⁴. Essa é também a posição de Dinamarco⁷⁰⁵ e, efetivamente, parece ser o melhor entendimento, considerando os termos do já mencionado artigo 530 do CPC.

Afinal, se é para considerar-se a *mens legis*, deve-se notar que a intenção da reforma foi justamente restringir as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes. Tendo havido a modificação do artigo 530 e a inserção do par. 3º do art. 515 pelo mesmo diploma legislativo— a Lei nº 10.352/2001— a interpretação proposta por Cunha e Cheim Jorge somente seria possível se tivesse havido alguma ressalva legal.

No que concerne à ação rescisória, o órgão no tribunal encarregado de apreciá-la poderá (a) não admiti-la (b) julgar improcedente o pedido formulado pelo autor ou (c) acolher o pedido contido na petição inicial. As hipóteses contempladas nas alíneas *a* e *b* não autorizam o manejo dos embargos infringentes.

⁷⁰² CUNHA, 2002, p. 98.

⁷⁰³ CHEIM JORGE, et al, 2003, p. 188.

⁷⁰⁴ WAMBIER; WAMBIER, 2002, p. 177

⁷⁰⁵ DINAMARCO, 2002, p. 204.

A interposição de embargos infringentes estará viabilizada apenas se a sentença tiver sido rescindida por maioria. É bem de ver-se que quando a lei se refere ao julgamento de procedência da ação rescisória está a referir-se ao juízo *rescindens*, e não ao juízo *rescisorium*, como lecionam Wambier e Wambier:

Não havendo decisão de procedência da rescisória neste primeiro seguimento lógico, ou seja, sendo negativa a resposta à questão no sentido de dever a sentença de mérito transitada em julgado ser rescindida, não haverá que se falar em decisão relativa ao segundo pedido, o que diz respeito ao juízo *rescisorium*. Em casos assim, não há que se falar em possibilidade de interposição de embargos infringentes.⁷⁰⁶

É certo que nem sempre o segundo pedido é formulado. Exemplo disso é a ação rescisória vir fundamentada no artigo 485, inciso IV do CPC, isto é, na ofensa à coisa julgada. Não há pedido para nova decisão, por evidente, e a procedência do pedido de desconstituição da sentença é tudo que a parte pode querer obter. Vale dizer: acolhido o pedido, será procedente a ação rescisória. E, em sendo por maioria, mostrar-se-ão cabíveis os embargos infringentes. Invocando-se, uma vez mais, a lição de Cheim Jorge:

Objetiva-se, assim, da mesma forma, que existam entendimentos diversos sobre a mesma questão, o proferido pela decisão rescindenda e o versado no julgamento da ação rescisória. Se assim é, o imprescindível é que com o julgamento da ação rescisória surja, em relação à decisão rescindenda, posição diametralmente oposta. Na ação rescisória em que somente exista o pedido de rescisão (*iudicium rescindens*), os embargos serão cabíveis se procedente essa pretensão. É o que pode ocorrer quando se aponta ofensa à coisa julgada. Já quando existe formulação não apenas do pedido de rescisão, mas também do de novo julgamento (*iudicium rescisorium*), a divergência caracterizadora dos embargos infringentes somente vai ser pertinente se verificada neste último. Assim, se o Tribunal rescinde, por maioria de votos, a sentença proferida por juiz impedido (art. 485, II, do CPC), mas mantém a conclusão da decisão rescindenda, os embargos infringentes não terão cabimento, mesmo que a ação rescisória tenha sido decidida por maioria de votos.⁷⁰⁷

Presente que os embargos infringentes objetivam a superação de divergência interna, mediante a revisão da decisão tomada sem unanimidade é compreensível que sua extensão

se meça pela extensão da divergência. Se o desacordo foi total, o embargante poderá pedir a reapreciação total da matéria apreciada no acórdão. Se foi parcial tudo aquilo em que houve unanimidade escapa ao âmbito dos

⁷⁰⁶ WAMBIER; WAMBIER, 2002, p. 177.

⁷⁰⁷ CHEIM JORGE, et al., 2003, p. 189

embargos. [...] Caso o embargante, em seu recurso, exceda os lindes próprios, para pleitear solução mais favorável que a do voto vencido, deve o julgador *ad quem* limitar sua cognição à área coberta pela divergência.⁷⁰⁸

Há exceção, contudo. Tratando-se de matéria de ordem pública, é possível seu conhecimento no âmbito dos embargos infringentes, ainda que nada tenha constado acerca do tema no voto vencido. Nesse sentido, a lição de Luiz Rodrigues Wambier:

Embora os embargos infringentes se constituam em recurso de efeito devolutivo restrito, haja vista que somente a matéria limitada pela divergência nos votos do julgamento da apelação, da ação rescisória, ou do reexame necessário, é que pode ser objeto do pedido de revisão, é certo que ocorrendo questão de ordem pública, detectada pelo Tribunal, é possível sua declaração pelo juízo infringente.⁷⁰⁹

Relevante, ainda, o tema referido na lição de Luiz Wambier acima transcrita, qual seja, o cabimento de embargos infringentes em se tratando de reexame necessário decidido por maioria.

A doutrina tem-se inclinado pela possibilidade. Araken de Assis sustenta serem cabíveis embargos infringentes na remessa necessária porque tratar-se-ia, de rigor, de uma verdadeira apelação *ex officio*⁷¹⁰. De fato, se o reexame necessário produz os mesmos efeitos do recurso de apelação, principalmente o de provocar o reexame da sentença, da forma mais ampla possível, não é crível inadmitir-se a possibilidade da utilização dos embargos só porque o ato não tem a denominação de apelação, muito embora possua suas características⁷¹¹.

O E. STJ, entretanto, pacificou entendimento em sentido diverso:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE.
1. Sucumbente o Poder Público, não lhe suprime o reexame obrigatório a apelação voluntária, apta a ensejar-lhe os embargos infringentes, como foi sempre comum da defesa dos interesses dos entes públicos em geral, aplicando-se, à espécie, o adágio latino *dormientibus non succurrit ius*.
2. As normas do reexame necessário, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio

⁷⁰⁸ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 524.

⁷⁰⁹ WAMBIER, L., 2002, p. 33.

⁷¹⁰ ASSIS, Araken de. **Admissibilidade dos embargos infringentes em reexame necessário**: doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 335-355

⁷¹¹ BORGES, Marcos Afonso. **Embargos infringentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 84.

dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos ou a aprofundamentos intoleráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.

3. Inaplicabilidade da Súmula nº 77/TFR.

4. Embargos de divergência acolhidos.⁷¹²

Publicado o acórdão e enquadrando-se a decisão nele contida nos termos do artigo 530 do CPC, são cabíveis embargos infringentes no prazo de 15 (quinze) dias. Uma vez interpostos os embargos infringentes, será oportunizada a apresentação de contra-razões ao embargado, em idêntico prazo. Com ou sem a apresentação de contra-razões, os embargos infringentes serão submetidos ao juízo de admissibilidade do relator do acórdão embargado que, aí, contará com maiores elementos para o exame prévio⁷¹³.

Nos termos do artigo 532 do CPC, da decisão que não admitir os embargos caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão competente para o julgamento do recurso. Esta redação foi conferida ao mencionado artigo 532 pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994. O prazo para o recurso foi aumentado de 48 horas para 5 dias. Tal recurso tomou a designação específica de agravo, processando-se nos próprios autos principais, sem a formação de instrumento e sem audiência da parte contrária. E, como o recurso é de agravo, o prolator da decisão poderá reconsiderá-la.

Na lição da Carreira Alvim:

Optou o legislador por denominar agravo ao recurso que os tribunais denominam, nos seus regimentos internos, agravo regimental”. Prossegue o autor afirmando que “embora entenda Sérgio Bermudes que o § 2º do artigo 532 continua em vigor porque não foi expressa, nem tacitamente revogado, não tem razão o jurista, porquanto está ele efetivamente revogado, na medida em que a Lei nº 8.950/94 deu-lhe nova redação sem qualquer ressalva. Melhor exegese se colhe em Cândido Dinamarco quando afirma que, no art. 532, ficou somente a regra do recurso cabível contra a decisão prolatora de juízo de admissibilidade dos embargos infringentes. Destarte, restou revogado o dispositivo que excluía o voto do relator do acórdão embargado no agravo contra sua decisão negativa (art. 532, § 2º, redação antiga), ficando para o regimento interno dos tribunais a definição da turma julgadora.⁷¹⁴

⁷¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 168837-RJ. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, j. em 08 nov. 2000, **D.J.** 05 mar. 2001, p. 126.

⁷¹³ DINAMARCO, 2002, p. 206.

⁷¹⁴ CARREIRA ALVIM, 2003, p. 255.

Diverge a doutrina acerca dos poderes do relator no exame deste agravo, mais especificamente, quanto à aplicabilidade do artigo 557 e par. 1º-A do CPC⁷¹⁵.

Para Wambier e Wambier

caso se lhe apresente situação de manifesta inadmissibilidade, improcedência, caso esteja o recurso em desacordo com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal ou de Tribunal Superior, incide o artigo 557, *caput*, podendo o relator negar seguimento ao recurso. [...] De qualquer modo, ao que parece, não havendo ressalva na lei, recebidos os embargos, o relator pode decidir conforme o regime do artigo 531 e seguintes ou, dependendo do caso, com base no artigo 557, *caput* ou §1º⁷¹⁶.

Em sentido contrário, o entendimento de Fabiano Carvalho⁷¹⁷ e de Leonardo Cunha para quem: “O artigo 557 do CPC somente poderá ser aplicado, no caso dos embargos infringentes, quando forem manifestamente improcedentes, intempestivos ou não atenderem os requisitos inscritos no artigo 530 do CPC. Não se lhes poderá ser negado seguimento por contrariar entendimento jurisprudencial dominante [...]”⁷¹⁸.

Parece mais adequado este último entendimento, na esteira do julgado do E. STJ cuja ementa é esta: “Embargos Infringentes. Relator. Decisão monocrática. CPC, art. 557. Ao relator da apelação, impugnada por embargos infringentes, cabe apenas o exame dos requisitos de admissibilidade desse recurso. Não lhe é dado negar seguimento aos embargos com fundamento em que improcedente ou por contrariar entendimento sumulado”⁷¹⁹.

Igualmente, não poderá o relator dar imediato provimento aos embargos infringentes em decisão singular, forte no art. 557, § 1º-A. Tal procedimento afigura-se incompatível com a sistemática dos embargos infringentes. Estes devem, necessariamente, ser julgados por colegiado, de modo que o entendimento minoritário se transforme, ou não, em majoritário, sempre com vistas à uniformidade e superação da divergência interna.

⁷¹⁵ Vale lembrar que o relator, sendo distinto do que anteriormente houvera sido designado, deve ser, se possível, julgador não participou da decisão anterior.

⁷¹⁶ WAMBIER; WAMBIER, 2002, p. 183.

⁷¹⁷ CARVALHO, Fabiano. Os poderes do relator nos embargos infringentes. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 223.

⁷¹⁸ CUNHA, 2002, p. 100.

⁷¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 226.748-MA. Relator: Min. Nilson Naves. Relator: para acórdão Min. Eduardo Ribeiro. j. em 13 jun. 2000. **D.J.** 11 set. 2000. p. 250.

Admitidos, serão processados e julgados conforme dispuser o regimento interno valendo lembrar que os embargos infringentes possuem efeito devolutivo e suspensivo, sendo pertinente a lição de Barbosa Moreira, segundo a qual aplica-se:

por analogia, o disposto no art. 515, *caput*, relativamente à apelação. Como o recurso não é cabível fora dos lindes da divergência ocorrida, segue-se que a extensão máxima da devolução se apura pela diferença entre o decidido no acórdão e a solução preconizada no voto vencido.[...]

Quanto ao efeito suspensivo, entende-se, no silêncio da lei, que os embargos infringentes o têm; já era essa, aliás, a tese consagrada na doutrina, sob o regime anterior. [...] A interposição dos embargos obsta, pois, à produção dos efeitos do acórdão embargado, quer proferido em grau de apelação, quer em ação rescisória. Não inclui na eficácia da sentença apelada: se a apelação fora recebida somente no efeito devolutivo e, por isso, tornara-se possível, a título provisório, a execução, tal exequibilidade provisória não se vê atingida pela interposição dos embargos. [...] É intuitivo que só se suspende a eficácia do acórdão naquilo que constitua objeto dos embargos.⁷²⁰

O preparo nos embargos infringentes, quando previsto no regimento interno, a exemplo do que ocorre com os demais recursos, deve ser feito no momento da interposição, de acordo com a regra do artigo 511 do CPC. A supressão da referência ao preparo decorre, justamente, da diversidade de tratamento dado ao tema nos Tribunais locais: Alguns exigem preparo, outros não. Naqueles em que se exige o preparo, o prazo será o do disposto no artigo 511, do CPC⁷²¹.

6.3.6 Controle da divergência jurisprudencial: os poderes do relator e os poderes do juiz

6.3.6.1 Poderes do Relator e o agravo previsto no artigo 557, § 1º-A, do CPC

O termo agravo no direito processual brasileiro aplica-se a várias modalidades recursais. É denominação genericamente adotada pelo artigo 496 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.950/94.

⁷²⁰ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 530-531.

⁷²¹ FORNIACIARI JUNIOR, 1996, p. 125.

O agravo pode ser utilizado para atacar decisão interlocutória proferida por juiz de primeiro grau, quando pode assumir a forma retida ou ensejar a formação de instrumento⁷²². Verifica-se, ainda, que as decisões prolatáveis pelos Tribunais também podem ser hostilizadas pela via do agravo: despacho do relator que inadmite embargos infringentes (CPC, art. 532); despacho do presidente ou vice, no Tribunal *a quo*, que nega seguimento ao recurso especial ou extraordinário (CPC, artigo 544); despacho do Relator, no STF ou no STJ, que inadmite o agravo interposto contra aquela decisão denegatória (CPC, art. 545; RISTF, art. 317; RISTJ, art. 258); despacho do Presidente que, em ações movidas contra o Poder Público, suspende a execução da liminar (art. 4º e § 3º da Lei nº 8.437/92), despacho do Relator que nega “seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou de Tribunal Superior (CPC, art. 557 e § 1º, nos termos da Lei nº 9.756/98; Lei nº 8.038/90, art. 38; RISTJ, art. 266, par. 3º).

Esse último agravo, justamente na hipótese em que a decisão monocrática foi tomada com base na jurisprudência dominante, será examinado no presente trabalho, na medida em que, como assevera Mancuso, “acaba operando como fator de uniformização de jurisprudência, na medida em que possibilita que o entendimento esposado por um órgão monocrático do Tribunal (Relator, Presidente, Vice-Presidente) venha a ser debatido pelo colegiado, assim contribuindo para a estabilização interna da jurisprudência”⁷²³. E estando previsto no CPC, pode-se afirmar ser instrumento infraconstitucional de uniformização de jurisprudência.

Antes de se seguir no exame das normas processuais antes citadas, merece ser referido a introdução no cenário jurídico nacional da possibilidade de decisão monocrática revela nova tendência que, de certa forma, flexibiliza o princípio do duplo grau de jurisdição.

Esse sempre foi tido pela doutrina como uma forma de legitimação do poder do Estado-juiz. Se o Estado-juiz está autorizado a intervir na esfera privada dos cidadãos, esses detêm oportunidade de questionar a correção da decisão tomada. Mas não basta o simples reexame. Segundo nossa tradição jurídica, tal reexame deve ser feito por órgão colegiado. Nesse sentido, a clássica lição de Cintra, Grinover e Dinamarco: “Os tribunais de segundo

⁷²² Tudo nos termos do artigo 522 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.139/95.

⁷²³ MANCUSO, 2002, p. 281.

grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança”⁷²⁴.

Já para Néelson Nery Júnior “o duplo grau de jurisdição é erigido à categoria de garantia fundamental da boa justiça”⁷²⁵, por isso que “segundo a Constituição Federal vigente, há previsão para o princípio do duplo grau de jurisdição, quando se estabelece que os tribunais do país terão competência para julgar causas originariamente e em grau de recurso”⁷²⁶.

Conforme anota José Carlos Baptista Puoli, visto estar estabelecida a regra da colegialidade para decisão dos recursos submetidos aos tribunais superiores, nosso sistema processual, tradicionalmente, dedicava ao relator funções diretamente ligadas ao processamento no feito no segundo grau e preparação para julgamento⁷²⁷. Tais funções, prossegue o autor, a par de relevantes, mostravam-se secundárias comparativamente à função de decisão, que incumbia ao colegiado.

Este quadro modificou-se na reforma processual. Entre os diversos diplomas legislativos⁷²⁸ que atribuíram maiores poderes ao relator, ao final de 1998 foi editada a Lei n° 9.756/98, que deu nova redação ao mencionado artigo 557 do CPC e acresceu-lhe dois parágrafos, possibilitando que monocraticamente, em hipóteses estabelecidas na lei, fossem providos ou improvidos os recursos.

Segundo Dinamarco a Lei n° 9.756/98 “representa uma escalada que vem da colegialidade quase absoluta e aponta para a singularização dos julgamentos nos tribunais”⁷²⁹, sendo na mesma linha o registro feito por Barbosa Moreira no sentido de que “não se afigura temerário conjecturar que, mais dia menos dias, a manter-se inalterado o rumo, o relator se

⁷²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 75.

⁷²⁵ NERY JÚNIOR, 1991, p. 247.

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 249.

⁷²⁷ PUOLI, João Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001, p. 196.

⁷²⁸ Leis n°s 8.038/90, 8.950/94 e 9.139/95.

⁷²⁹ DINAMARCO, Cândido. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 131

verá investido do poder de decidir, por si, qualquer recurso”⁷³⁰. Presente essa tendência Eduardo Talamini, após reafirmar a tradição brasileira da colegialidade, assevera que o aumento dos poderes do relator deve ser visto com cautela, para não acabar por consistir em inconstitucionalidade⁷³¹.

Embora se reconheça o duplo grau de jurisdição como princípio, intrinsecamente ligado à colegialidade, é certo que referido princípio não tem incidência ilimitada⁷³².

A par da notícia trazida por Dinamarco de que na Itália a reforma processual ganhou sentido inverso⁷³³, releva no caso o prestígio da jurisprudência dominante, da celeridade e a necessidade de desafogar os serviços judiciários. No dizer de Puoli: “Assim, em troca da segurança propiciada pelo debate, passa o legislador a acenar com a possibilidade de julgamentos monocráticos, mais rápidos e que não perderão tanto no quesito segurança, em virtude de tal possibilidade somente ser aberta nas hipóteses em que já se tenha posição no mesmo sentido (cristalizada em verbete sumulado pelo tribunal) ou, pelo menos, em jurisprudência dominante da própria corte ou de tribunal superior”⁷³⁴.

Esta valorização da jurisprudência dominante ou sumulada, no entender do autor, a par de representar uma aproximação com o sistema do *common law*, não representa afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição⁷³⁵.

6.3.6.2 Disciplina legal do agravo previsto no art. 557, §1º-A

Segundo as normas dos arts. 557 e par. 1º-A do CPC, o relator designado para apreciação de determinado recurso (a) negará seguimento ao recurso quando manifestamente

⁷³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei nº 9.756 em matéria de recursos civis. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 324.

⁷³¹ TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes de tribunais: legitimidade e controle. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁷³² NERY JUNIOR, 1997, p. 249.

⁷³³ DINAMARCO, 1999, p. 131.

⁷³⁴ PUOLI, 2001, p. 199.

⁷³⁵ *Ibidem*, p. 200.

inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior; (b) poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

De plano, é de destacar-se a distinção entre as duas hipóteses: o recurso terá seguimento negado se em confronto com a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal. Mas não pode ser provido nessa mesma hipótese.

Por outro lado, o recurso não poderá ser provido, de forma monocrática se houver desarmonia entre a jurisprudência dominante do respectivo tribunal e dos Tribunais Superiores, sob pena de frustrar a possibilidade de estes à uniformização da interpretação do direito federal (constitucional e legal), tarefa que lhes foi atribuída pela Constituição Federal.

Contra a decisão do relator—que negar seguimento ou prover o recurso de forma monocrática- caberá, na forma do §1º do mencionado artigo 557, o recurso de agravo. Em tal agravo, necessariamente, o recorrente terá que demonstrar que (a) no caso de negativa de seguimento por confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior que inexistente esse confronto ou que a jurisprudência do tribunal local conflita com a do E. STF e a do E. STJ; (b) no caso de provimento, que a decisão recorrida não confronta com súmula ou com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Evidente que, como diz Barbosa Moreira “deve o relator ter extremo cuidado com as razões de recurso: é sempre possível que aí haja argumentos novos, até então não considerados. Preferível suportar algum peso a mais na carga de trabalho dos tribunais a contribuir para a fossilização da jurisprudência”⁷³⁶.

Ademais, diz o mencionado autor, “para satisfazer a exigência da fundamentação, não basta ao relator afirmar, digamos, que o recurso é inadmissível ou improcedente: faz-se necessário que ele explicita as razões pelas quais disso está convencido. Se afirma que tal ou

⁷³⁶ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 657.

qual jurisprudência é dominante, há de documentar o asserto. A fundamentação precisa conter tudo aquilo que teria que figurar no acórdão do colegiado, se porventura até ele chegasse o recurso”⁷³⁷. Isso possibilitará a adequada interposição do recurso de agravo interno.

Em ambas hipóteses—provimento ou desprovimento do recurso com base de jurisprudência dominante—o agravo, necessariamente, deve ser instruído com decisões judiciais hábeis às demonstrações antes aludidas, não sendo demasiado afirmar que deve ser procedido ao confronto analítico entre a decisão monocrática e o(s) acórdão(s) trazido(s) como paradigma(s).

É de cinco dias o prazo para interposição do agravo⁷³⁸, perante o relator, que não poderá indeferir o recurso. Há possibilidade de retratação, mas não há previsão para a oferta de resposta ou mesmo designação de revisor. Pode o colegiado não conhecer do agravo, provê-lo ou desprovê-lo. Na hipótese de provimento, continuará a tramitar, de acordo com as regras pertinentes, aquele recurso originariamente interposto, que se submeterá oportunamente ao exame do órgão *ad quem* (art. 557, par. 1º)⁷³⁹.

Por derradeiro, merece ser referido que o parágrafo segundo do artigo 557 do CPC contempla a possibilidade de aplicação de multa ao agravante nas hipóteses de o agravo ser manifestamente inadmissível ou infundado, multa esta que poderá variar de um a dez por cento sobre o valor atualizado da causa, ficando interposição de novo recurso condicionada ao recolhimento do respectivo valor.

6.3.6.3 Poderes do juiz: a possibilidade contida no artigo 518, § 1º, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.576/2006

Na linha da crescente valorização da jurisprudência a Lei nº 11.576/2006 rouxe modificação importante. Segundo o par. 1º do art. 518, do CPC, com a redação dada pela Lei

⁷³⁷ BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 658.

⁷³⁸ Incidem, se for o caso, os arts. 188 e 191 do CPC.

⁷³⁹ BARBOSA MOREIRA, op. cit, p. 659.

nº 11.276/2006⁷⁴⁰, o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Não se trata aqui de um recurso ou de ação prevista no ordenamento jurídico para a uniformização, mas da previsão de efeito impeditivo de recurso às súmulas do STF e do STJ. Naturalmente, contra a decisão que deixar de receber a apelação, caberá agravo de instrumento, na forma do art. 522 do CPC, *caput*, do CPC. Tal agravo de instrumento terá o mesmo condão de estabilizar a jurisprudência, efeito esse apontado por Mancuso com relação ao agravo previsto no art. 557, par. 1º-A do CPC.

6.3.7 Ação Rescisória por violação de lei

Enumera o artigo 485 do CPC as hipóteses de cabimento de ação rescisória, destacando-se no inciso V a denominada “violação literal da lei”. A ação rescisória é o meio pelo qual postula-se a desconstituição de sentença transitada em julgado e, ainda, eventualmente, a prolatação de novo julgamento da matéria que na referida sentença havia sido julgada. Trata-se, como diz Barbosa Moreira, de “meio de impugnação de sentenças”⁷⁴¹, mas com recurso não se confunde porque é ação autônoma que tem lugar em outra relação processual, diversa daquela na qual for prolatada a sentença ou acórdão que se busca rescindir⁷⁴².

Considerada a viabilidade da prolatação de novo julgamento, tem-se que a ação rescisória oportuniza ao Estado uma segunda oportunidade de reger as relações sociais controvertidas⁷⁴³. Entende-se que ação pode ser utilizada como poderoso instrumento para afirmação dos princípios da legalidade, da isonomia e da segurança jurídica, razão pela qual foi tratada como instrumento infraconstitucional de uniformização de jurisprudência,

⁷⁴⁰ Em vigor no prazo de 90 dias a contar de 08.02.2006.

⁷⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 119.

⁷⁴² SILVA, O., 1991, v.1, p. 405.

⁷⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 171.

Sabido que este entendimento não é pacífico na doutrina. Adriane Donadel sustenta que:

a ação rescisória não é instrumento de uniformização de jurisprudência e que as sentenças podem ser controvertidas sem que nenhuma delas viole disposição literal de lei, mesmo que haja até contrariedade à Súmula do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais.[...] Assim, as decisões fundamentadas em entendimentos que se afastam de idéias sumuladas não podem ser consideradas, só por isso, como necessariamente violadoras da lei.⁷⁴⁴

A autora, na verdade, adota uma interpretação restrita da expressão “violação literal de lei”. Essa interpretação, respeitável, é verdade, não se coaduna com os princípios da legalidade, da isonomia e da segurança jurídica que antes foram referidos.

Como dito alhures, uma das maiores causas de desconfiança relativamente ao exercício da função jurisdicional pelo Estado é justamente a existência de decisões conflitantes em situações idênticas e, mais ainda, a existência de decisões, transitadas em julgado, completamente superadas por entendimento jurisprudencial ulterior dos Tribunais Superiores. A ação rescisória fundamentada no artigo 485, inciso V, nesse contexto, terá a finalidade de uniformizar a jurisprudência.

Se o ordenamento prevê a possibilidade de rescindir-se determinada sentença ou acórdão por violação de lei, não há porque afastar a possibilidade de obtenção de novo julgamento em consonância com o entendimento jurisprudencial que veio a se consolidar. E o adjetivo “literal” presente no inciso V do artigo 485 do CPC não pode ser utilizado para tanto. A norma referida não comporta interpretação restritiva, sendo nesse sentido, oportuna a lição de Pontes de Miranda:

Quanto ‘à literal disposição de lei’, que está no art. 485, V, temos sempre mostrado que não se pode acolher opinião apegada ao adjetivo. Letra, literal, está aí, como expreso, revelado. [...] A sentença do art. 485, V, é a sentença *lata contra legis tenorem*, sentença que, já na linguagem de Baldo de Ubáldis, *non tenet*. Contra *ius*, contra *literam*, são sinônimos e mais largos do que contra *ius expressum*. De modo que pode haver a ação rescisória ainda quando a infração do direito concerne àquelas regras jurídicas sujeitas à interpretação, ou quando se trata de costume, ou de direito extravagante, ou

⁷⁴⁴ DONADEL, Adriane. **A ação rescisória no direito processual civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2003. p. 145.

singular, ainda que não notório. A infração da *ratio legis*, com infração da regra jurídica (*contra literam*), não escapa ao art. 485, V.⁷⁴⁵

Nada obstante em nosso sistema haja a primazia da lei, mormente diante do disposto no artigo 2º da Lei Maior, essa primazia não pode ser confundida com monopólio. No dizer de Tesheiner: “Há, sobretudo, a lição que os séculos nos legaram, no sentido de que o Direito não se contém todo nas leis. Há, pois, que se admitir a jurisprudência como fonte de Direito”⁷⁴⁶.

Na mesma linha Tucci:

No horizonte do direito brasileiro, não há dúvida de que, ao longo da história, a atividade judicial sempre desempenhou um papel importantíssimo, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio aperfeiçoamento dogmático de institutos jurídicos. Nenhum operador do direito, de época contemporânea, negaria a utilidade e eficiência dos precedentes judiciais acerca das várias teses que deve sustentar na defesa de um caso para fundamentar uma decisão; qualquer acadêmico sabe da importância do conhecimento da jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos de persuasão.[...] O labor jurisdicional dos tribunais, apesar de despido de *potestas normandi* (geração de normas de caráter geral e abstrato), produz a rigor, na efetiva realização do Direito, valorações concretas as quais, uma vez reiteradas, ganham projeção que acaba afetando de modo inexorável o próprio ordenamento jurídico.⁷⁴⁷

Diante dessas lições, parece certo afirmar que a “violação literal da lei” que ocorrerá quando a decisão for contrária ao que vier a consolidar-se nos Tribunais como interpretação da norma aplicada ao caso julgado, mormente se considerarmos o caráter de fonte formal do Direito que pode ser reconhecido à jurisprudência e, atualmente, à súmula vinculante.

Não se desconhece, por evidente, a Súmula 343 do E. STF segundo a qual “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais”. Mas é cabível fazer-se a mesma advertência e a mesma indagação de Pontes de Miranda:

O problema não é tão simples como parece a muitos e aos próprios juízes. É verdade que há o recurso especial se o Tribunal cuja sentença se quer

⁷⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**: das sentenças e outras decisões. Atualizada por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 267, p. 269.

⁷⁴⁶ TESHEINER, 2001, p. 179-180.

⁷⁴⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. 2004, p. 257-258 e p. 300.

rescindir deu à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal (Constituição de 1988, art. 105, III, c) e podia ser exercida a pretensão recursal. Porém, se a interpretação dada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça ou por outro Tribunal foi posterior ao trânsito em julgado da sentença rescindenda? Mais. Como resolver-se se ocorreu ter o Senado Federal suspenso a execução de lei que o Supremo Tribunal federal, em decisão definitiva, decretou ser inconstitucional e tal ‘literal disposição de lei’ foi a aplicada? Ainda: se, noutra Tribunal, ou no próprio Tribunal em que se proferiu a sentença rescindenda, foi tomada a medida do art. 476 do Código de Processo Civil e julgado exatamente o contrário do que antes fora aplicado na sentença rescindenda, seria de repelir-se a ação rescisória?⁷⁴⁸.

Antes de procurar-se resposta à indagação, cumpre discorrer acerca do teor da Súmula em debate. A Súmula 343 do STF, diz Teori Albino Zavascki, indica que não se trata de qualquer violação à lei que rende ensejo à ação rescisória:

Nessa linha, é fácil compreender o sentido da sua Súmula 343: ‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto de interpretação controvertida nos tribunais.’ Trata-se de fórmula para fixar um critério objetivo, apto a identificar um pressuposto negativo do fenômeno: o que não é violação literal. Se grassa nos Tribunais entendimento divergente sobre os mesmo preceito normativo, é porque ele comporta mais de uma interpretação, a significar que não se pode qualificar uma delas, como frontal ou gritantemente ofensiva ao teor literal da norma interpretada. Esta a lógica da súmula, perfeitamente afinada, aliás, com outra do verbete 400, posteriormente editada, segundo a qual ‘decisão que deu interpretação razoável à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal’. Ou seja: se a interpretação razoável da norma (‘ainda que não a melhor’) impede a revisão do julgado até mesmo por via de recurso, com muito mais razão tem de se negar acesso à rescisória.⁷⁴⁹

Dúvida não há de que essas foram razões que deram ensejo à edição da Súmula 343 do E. STF. No entanto, não se pode concordar com as mesmas. Parece mais adequada, isso sim, para atender à indagação de Pontes de Miranda a resposta por ele mesmo formulada:

Na matéria do art. 485, V, o juiz tem de dizer o direito, tal como entende que é e foi violado, sem se preocupar com o fato de existir, ou não, interpretação divergente, salvo se houve uniformização de jurisprudência (CPC, arts. 476-479) e ficou assente no Superior Tribunal de Justiça, ou pela medida da Constituição de 1988, art. 52, X, sobre suspensão da aplicação da lei pelo Senado Federal. [...] Às vezes, a jurisprudência muda entre o proferimento

⁷⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, 1998, p. 271. O texto é anterior à redação dada ao parágrafo único do artigo 741 do CPC.

⁷⁴⁹ ZAVASCKI, Teori. Ação rescisória em matéria constitucional. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1041-1067.

da sentença e o último dia do biênio. Outras vezes, depois de proposta a ação. De modo que, no momento em que se vai julgar a ação rescisória o direito já se acha diferentemente revelado. Dois acórdãos do Tribunal de relação do Rio de Janeiro (08 de junho de 1926 e 1º de junho de 1928) pretenderam que, sendo outra a revelação ao tempo da sentença rescindenda, não pode ser julgada procedente a rescisória. Estavam em erro. Não só é rescindível tal sentença, como o são quaisquer outras sentenças que tenham revelado erradamente o direito. A nova jurisprudência faz suscetíveis de rescisão a todas e só o biênio pode cobri-las.⁷⁵⁰

A crítica feita por Pontes de Miranda ao entendimento que resultou na súmula n° 343 do e. STF não é, na atualidade, solitária. Teresa Arruda Alvim Wambier, invocando os princípios da isonomia e da legalidade, sustenta ser a súmula incompatível a Lei Maior: “Essa Súmula compromete o princípio da legalidade e da isonomia do mesmo modo que ocorria com a Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal que vem sendo, felizmente, cada vez menos invocada pelos nossos Tribunais Superiores”⁷⁵¹.

Justificando a afronta ao princípio da isonomia, diz a autora:

[...] nada adiantaria a existência de comando constitucional dirigido ao legislador se o Poder Judiciário não tivesse de seguir idêntica orientação, podendo decidir, com base na mesma lei, no mesmo momento histórico (ou seja, sem que se possa afirmar que fatores históricos hajam influído no sentido que se deva dar à lei), em face de idênticos casos concretos, de modos diferentes. [...] que sentido tem privilegiar alguém com a regra da intangibilidade da decisão, pela via da rescisória, que foi privilegiado por um entendimento a respeito de certa norma jurídica, que restou alterado? A simples circunstância de que à época em que foi prolatada a decisão haveria, a respeito da norma, ‘jurisprudência conflitante’, não consiste em elemento diferenciador que JUSTIFIQUE A DISTINÇÃO FEITA PELA SÚMULA”⁷⁵². [...] Ninguém em sã consciência poderia eleger o simples acaso de a decisão rescindenda ter sido proferida em ‘época’ em que a jurisprudência ainda era (ou, simplesmente, era) controversa a respeito de qual seria o entendimento correto a respeito de certo texto legal, como critério que justificaria o não cabimento da ação rescisória”⁷⁵³.

No concernente ao princípio da legalidade afirma:

Portanto, desrespeitar a lei é, no sentido contemporâneo, na verdade, decidir em desconformidade com o sentido que à lei deva ser atribuído em função de observações feitas pela doutrina, da predominância de decisões dos tribunais, notadamente dos tribunais superiores, e dos princípios jurídicos, tais quais

⁷⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, 1998, p. 284-285.

⁷⁵¹ WABIER, 2002, p. 285

⁷⁵² Ibidem, p. 291, os grifos constam no original.

⁷⁵³ Ibidem, p. 292.

sejam abordados na doutrina e apareçam, expressa ou implicitamente, nas decisões e nos textos da Constituição Federal e das leis. [...] a lei é uma só (necessariamente vocacionada para comportar um só e único entendimento, no mesmo momento histórico e nunca mais de um entendimento simultaneamente válido...). Mas as decisões podem ser diferentes porque os Tribunais podem decidir diferentemente, e esta circunstância estaria imune ao controle da parte pela ação rescisória!? Pode haver duas ou mais decisões, completamente diferentes, a respeito do mesmo (mesmíssimo!!) texto, aplicáveis a casos concretos idênticos, e ainda que já se saiba notar qual é a decisão correta?⁷⁵⁴ [...].

O princípio da legalidade, inerente ao Estado de Direito, visa gerar jurisprudência iterativa e uniforme e certa margem de previsibilidade gera segurança. Assim, diríamos que a vinculação do juiz à lei é, na verdade, ao entendimento que a doutrina e a jurisprudência têm a respeito da lei, como se estes dois elementos desempenhassem uma função de ‘engrenagem’ entre a lei e os fatos. A lei somada à jurisprudência e à doutrina, é que dá contornos daquilo que é considerado direito em nossos dias. Portanto, a partir dessa concepção, que nos parece absolutamente adequada aos nossos dias, a respeito do que seja princípio da legalidade é que se tem como absurda a regra constante da Súmula 343, que determina não serem impugnáveis por meio de ação rescisória (no momento em que este seria evidentemente o único meio de que disporia a parte para controlar a decisão que lhe foi desfavorável) decisões que hoje se sabe afrontam mais do que a lei, afrontam o sistema jurídico. [...] Esta súmula quer dizer que, em casos como esse, se está permitindo que sobreviva uma decisão que afronta não só a lei, mas a forma como esse entendimento dessa lei ‘amadureceu’ em nossos tribunais, certamente com subsídios pela doutrina, o que significa algo de muito mais grave e pernicioso para a estabilidade jurídica⁷⁵⁵. [...]

De todo o modo, pode afirmar-se que, nesse contexto e nessa ordem de idéias, as decisões dos tribunais superiores desempenham papel de extrema relevância, mesmo se proferidas em casos concretos, cujas decisões sejam desprovidas de eficácia *erga omnes*⁷⁵⁶.

Pede-se escusas pela longa transcrição, mas a argumentação deduzida por Teresa Wambier amolda-se perfeitamente à função de uniformização que se atribui à ação rescisória quando fundamentada no artigo 485, V do CPC, conclusão esta que se confirma com a transcrição do seguinte excerto:

Na linha de tudo quanto até agora se afirmou neste ensaio, ainda que possa ocorrer não ser a interpretação dos tribunais superiores ontologicamente a melhor, não há no direito brasileiro, outro critério, senão este, que corresponde exata e precisamente à função desses tribunais que é a de uniformizar a interpretação da lei federal e da Constituição, garantindo o respeito por parte dos outros órgãos do Poder Judiciário aos dispositivos legais de lei federal e da Constituição, nos termos daquilo que eles (os tribunais superiores) consideram correto.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ WAMBIER, 2002, p. 293-294.

⁷⁵⁵ Ibidem, p. 295-296.

⁷⁵⁶ Ibidem, p. 297.

⁷⁵⁷ Ibidem, p. 301-302.

Merece registro, ainda, o entendimento de Paulo Roberto Oliveira Lima. Em obra intitulada *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*, o autor sustenta ser necessária a relativização da coisa julgada, justamente com vistas à preservação dos princípios da isonomia e da legalidade⁷⁵⁸, elaborando proposta legislativa de criação de nova ação que pudesse atacar sentença já transitada em julgado quando contrária ao entendimento dos tribunais superiores. A proposta é feita pelo autor, como se verá, justamente considerando a interpretação restrita que os Tribunais têm dado ao artigo 485, inciso V do CPC.

Partindo do pressuposto de que o Juiz não revela o direito, incumbindo-lhe apenas sua aplicação, o autor nega força criativa à sentença e afirma que num regime democrático, no qual haja divisão de poderes e vigorem os princípios da legalidade, da isonomia, somente pode haver uma ordem jurídica (unicidade), e a sentença não pode criar direitos subjetivos e será sempre um ato intelectualivo. Afirmando a existência de dois sistemas, um adotando a unicidade do direito e outro adotando a dualidade do direito, o autor estabelece para o primeiro os seguintes postulados: (a) sentença intelectualiva (b) sentença reconhecedora (c) isonomia (d) legalidade (e) democracia e, para o segundo, (a) sentença volitiva (b) sentença criativa de direito subjetivo (c) desigualdade (d) estatalidade (e) aristocracia.

Prossegue afirmando que uma das vantagens da dualidade é o prestígio da coisa julgada, que assume importância superior à da lei e que no Brasil, embora nem sempre a doutrina o reconheça, é este o modelo vigente, daí por que a coisa julgada vem sendo a primeira das prioridades, jamais sendo dado ao magistrado ousar desrespeitá-la, mesmo que tenha de agredir, para mantê-la, vários outros princípios constitucionais, tais como o da legalidade, da isonomia e tantos outros. Contudo, diz que o jurista não pode eleger conjuntamente a tese da dualidade do direito e respeito ao princípio da legalidade, mercê da impossibilidade lógica desta convivência e que no Brasil inexistente espaço lógico e político para a dualidade. Nas palavras do autor: “Assim é que ainda os autores que contestam a dualidade do Direito, deslembados da opção pela unicidade que fizeram na raiz da ciência processual, terminam por sufragar conclusões, nas ramas últimas das árvores do processo, somente compatíveis com a dualidade que em princípio repudiaram”⁷⁵⁹. Segundo ele a adoção da dualidade é inconciliável com o princípio da legalidade. Diz Lima, ainda, que também a

⁷⁵⁸ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁷⁵⁹ *Ibidem*, p. 101.

isonomia resta afronta pela dualidade, notadamente quando julgamentos contraditórios são mantidos.

Na unicidade, na qual se reconhece apenas uma ordem jurídica fundada na lei e nos princípios gerais do Direito, apenas estas normas teriam o condão de gerar “situações subjetivas de vantagens e de desvantagens”. A opção pela unicidade, segundo o autor, obriga o sistema a dotar remédio eficaz para corrigir “sentença errada e injusta”, o que importaria num enfraquecimento da imutabilidade das decisões definitivas. Para o autor para corrigir uma sentença “errada ou injusta” a ação rescisória, tal como hoje regulada no Código de Processo Civil não se mostra adequada.

Por tais razões, Lima afirma a necessidade de criação de um instrumento jurídico próprio, mais amplo do que a ação rescisória, para o ataque à coisa julgada material.

Concorda-se com Lima quando o mesmo afirma que decisões díspares para casos idênticos, sem possibilidade de revisar-se a que se mostrar contrária à jurisprudência que restou assente afronta os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia. Discorda-se, contudo, do mencionado autor quanto à necessidade de criar-se novo instrumento jurídico—ação de revisão de coisa julgada—destinado a desconstituir decisões que tenham sido proferidas contra a lei ou contra a súmula dos Tribunais Superiores. Isso porque, na linha do que sustenta Wambier, é possível, conferindo-se correta interpretação ao artigo 485, inciso V do CPC, rescindir-se a sentença em ambas as situações acima mencionadas.

Aliás, a par de negar qualquer caráter de fonte do direito à jurisprudência, afirmando com veemência a tese da unicidade, ao indicar os parâmetros para que uma decisão judicial seja considerada equivocada, o autor, de certa forma, contradiz-se. Senão, vejamos:

Admita-se que determinada lide chegou ao fim sem percorrer todas as instâncias ordinárias e extraordinárias, daí porque vingou decisão de primeiro grau (ou de outro que não o último). A decisão, transitada em julgado emprestou ao direito objetivo determinada interpretação, vale dizer, aplicou uma das teses possíveis. Admita-se, porém, que a jurisprudência, ainda não se tendo formado a respeito do tema, vem no futuro se fixar, consagrando a tese contrária. Note-se que neste último caso não se pode sequer debitar a derrota à possível inépcia do advogado, dado que a jurisprudência somente se formou depois do trânsito em julgado da decisão. Nestes casos, há agressão ao princípio da legalidade, porquanto a lei ou foi aplicada no primeiro caso e relegada no segundo ou foi aplicada nos demais e relegada no primeiro. Também assim, ainda que a lide tenha percorrido todas as instâncias, desde que, por qualquer razão, inclusive em face da mudança de orientação jurisprudencial, ou porque os recursos excepcionais

não foram admitidos, venha a receber julgado, mais tarde encoberto pelo manto da coisa julgada, que tenha adotado tese superada. Em qualquer das hipóteses, dado que não houve alteração no direito objetivo, apenas uma tese interpretativa é correta e somente esta pode prevalecer.⁷⁶⁰

Conforme se verifica, na verdade, como violação de lei, o autor também entende lei conforme interpretada pelos Tribunais Superiores, aproximando-se, aí, da concepção de legalidade sustentada por Wambier. De certa forma, incorre em contradição com o que afirma acerca da unicidade, já que reconhece a necessária ingerência dos Tribunais na interpretação da lei, contradição esta identificada por Tesheiner nos seguintes termos:

A violação de literal disposição de lei já é, hoje, fundamento para a rescisão da sentença. A contrariedade à súmula dos tribunais superiores pode ser vista como um caso especial de violação literal de disposição de lei, tal como revelada pelos Tribunais Superiores, através de súmula. De um modo mais realista, pode-se ver no dispositivo proposto, a consagração das súmulas dos tribunais superiores como fonte de direito, contrariamente à tese da unicidade, tão vigorosamente sustentada pelo proponente.⁷⁶¹

No capítulo de sua obra destinado a tratar propriamente da “revisão da coisa julgada”, Lima alerta que a coisa julgada é inafastável do sistema jurídico e defende a criação de remédio jurídico próprio para reexame do julgado apenas quando demonstrado seu desacerto de forma objetiva. Esta ação, denominada por ele de “revisional”, caberia quando a decisão judicial fosse oposta à súmula da jurisprudência dos tribunais superiores ou à lei, sendo desnecessária a manutenção do inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, tudo em homenagem ao princípio da legalidade. Haveria, ainda, outra hipótese de ação revisional, aí em respeito ao princípio da isonomia, quando não seria necessário apontar erro da sentença nem esperar pela edição de súmula de tribunais superiores, mas for constatada identidade de casos e divergência de teses jurídicas.

Alerta, contudo, que a ação própria a ser utilizada há de ser cuidadosamente disciplinada, sugerindo os seguintes parâmetros (a) tese vitoriosa na jurisprudência seria a fixada em súmula dos tribunais superiores (STF, STJ, TSE, TST e STM); (b) o limite temporal para ajuizamento da ação deveria ser coincidente com termo final para o exercício do próprio direito subjetivo invocado; (c) precedência de depósito; (d) inviabilidade da discussão da matéria de fato debatida no feito em que produzida coisa julgada material.

⁷⁶⁰ LIMA, 1997, p. 115

⁷⁶¹ TESHEINER, 2002, p. 184.

Justifica a criação de uma nova ação e não a ampliação da ação rescisória seja porque ambas têm objetivos próprios, seja porque a ação rescisória está sujeita a prazo decadencial, seja porque a mesma ficaria, na sua proposta, restrita a vícios decorrentes do processo. Assim, sua proposição de ação revisional do julgado apresenta sugestão de modificação também do art. 485 do CPC, que trata da ação rescisória. A primeira, por decorrência do acima exposto, seria a exclusão da possibilidade de ação rescisória por violação literal da lei.

Entende-se que a instituição de nova ação no ordenamento jurídico-processual com intuito de adequar a decisão à súmula de jurisprudência dos Tribunais Superiores não seria necessária, desde que se adotasse a interpretação de forma distinta o que dispõe o artigo 485, inciso V do CPC. Em tal hipótese, sequer seria necessária a edição de súmula. Estando determinada matéria pacificada pelos Tribunais Superiores em se tratando de direito federal (constitucional ou infraconstitucional) ou pelos Tribunais locais (em se tratando de normas estaduais ou municipais), seria o caso de rescindirem-se as decisões anteriores em desconformidade com o entendimento que veio a prevalecer. A ação imaginada por Lima para adequação da decisão às sumulas dos Tribunais Superiores, como identificado por Tesheiner “trata-se, na verdade, de ação rescisória, tal como hoje a concebemos, embora com diferente regulamentação jurídica”⁷⁶².

Melhor seria, pois, revisar-se a interpretação consagrada pela Súmula 343 do E. STF.

Nessa linha, o voto no Min. Bueno de Souza, do E. STJ, na apreciação do Recurso Especial nº 40:

O que o art. 485, V, do CPC, reclama para a procedência da rescisória é que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa (portanto, ao fazer incidir sobre o litígio norma legal escrita) **tenha violado seu sentido, seu propósito**: sentido e propósito que, como não pode deixar de ser, admitem e até mesmo impõem variada compreensão do conteúdo do imperativo legal, ao longo do tempo e ao sabor de circunstâncias diversas da ordem social, que a jurisprudência não pode simplesmente ignorar ou mesmo negligenciar.⁷⁶³

E o voto do Ministro Eduardo Ribeiro, na apreciação da Ação Rescisória nº 208:

⁷⁶² TESHEINER, 2001, p. 184.

⁷⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 40-SP. Relator: Ministro Bueno de Souza, j. em 29 out. 1991. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 3, n. 27, p. 245-510, nov. 1991, p. 261.

A expressão utilizada—‘interpretação controvertida’—está a significar que existiam julgados em um e outro sentido. Observe-se, de logo, que, à evidência, não é isso que releva. Entender-se-ia que se quisesse justificar a inviabilidade da rescisória com o fato de Tribunais se pronunciarem no mesmo sentido do acórdão rescindendo. Não que exista controvérsia, ou seja, além daqueles, outros se possam apontar, contrariando a tese nele consagrada, o que só poderia servir de amparo à procedência da ação. Não de entender-se as proposições em exame como significando não caber rescisória quando, amparando o sustentado pelo acórdão, existam outros pronunciamentos dos Tribunais. Ocorre que o fato de isso verificar-se não pode servir de motivo para que o órgão, a quem caiba julgar o pedido de rescisão, se demita da responsabilidade de examinar a concorrência do pressuposto colocado pela lei. Se houve a reclamada violação literal, isso haverá de ser reconhecido e proclamado, nada importando que no mesmo erro tenham incidido outras Cortes de Justiça. A inadequação, ao meu sentir, está na forma radical do enunciado. A existência de julgados, adotando o mesmo entendimento, constitui indício de que, provavelmente, não ocorreu frontal violação de texto de lei, pois não é de se supor que os Tribunais incidam reiteradamente em tal prática.⁷⁶⁴

Pode-se citar, ainda, acerca do tema, os seguintes julgados da Primeira Seção do E.

STJ:

Ação Rescisória—Aquisição da Casa Própria— Sistema Financeiro da Habitação – Plano da Equivalência Salarial (PES) – Reajustes das Prestações (critérios) – Lei nº 4.380/64- Decreto Lei nº 19/66 – Leis 6.205/75 e 6.423/77 – Decretos-Lei nºs 2.065/83 e 2.164 – Súmula 83 – STJ.

Ação rescisória, diante de objetivas circunstâncias de ordem social e econômica, liberta a interpretação construtiva da norma legal na aplicação dinâmica do direito, não se constituindo como instrumento restrito só ao exame de literal violação à disposição de lei, escravizando a ordem jurídica ao formalismo impiedoso ou tecnicista.

O limite de reajustamento das prestações da casa própria que permaneceu após a vigência do art. 1º do Decreto-Lei nº 19/66 não é o da variação do salário-mínimo, mas o da equivalência salarial do mutuário.

Precedentes jurisprudenciais.

Pedido procedente.⁷⁶⁵

PROCESSUAL. AÇÃO RESCISÓRIA. EQUIVALÊNCIA SALARIAL. SÚMULA 343 DO E. STF.

- O dispositivo da súmula 343 do Supremo Tribunal Federal deve ser interpretado com temperamentos.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou-se no entendimento de que, dos métodos de reajuste de prestações da casa própria, somente a equivalência salarial é compatível com nosso Direito.⁷⁶⁶

⁷⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR nº 208-RJ- Relator: Ministro Nilson Naves. j. em 11 mar. 1992. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 4, n. 40, p. 15-30, dez. 1992, p. 28.

⁷⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 368-0-BA. Relator: Min. Milton Luiz Pereira. j. em 10 abr. 1994. **D.J** 01 ago. 1994.

⁷⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 353-8-BA Relator para o acórdão: Min. Humberto Gomes de Barros. j. em 09 ago. 1994. **D.J.** 12 set. 1994.

A indiscriminada aplicação da Súmula 343, do E. STF representa, na verdade a extensão, sem fundamento constitucional, do princípio da irretroatividade das leis às decisões judiciais, o que não pode ser aceito, como explicitado por Tucci, a partir do entendimento assente no direito alemão:

[...] tanto o Supremo quanto a Corte Constitucional Federal alemães consideram que as regras que proíbem a retroatividade das leis não poderiam estender-se às decisões dos tribunais. Se tal fosse possível, ‘conduziria a que os tribunais houvessem de estar vinculados a uma jurisprudência outrora consolidada, mesmo quando esta se revela insustentável à luz do conhecimento apurado ou em vista da mudança das relações sociais, políticas e econômicas. O princípio da unidade do direito deve ser entendido em relação ao espaço e não em relação ao tempo. Essa mesma observação vale igualmente para a uniformidade da jurisprudência.⁷⁶⁷

De referir-se que no que diz respeito a temas constitucionais a Súmula 343 do E. STF já não era aplicada, como demonstram os seguintes julgados:

Ação Rescisória. Acidente de Trabalho. Trabalhador Rural. Ofensa ao art. 165, parágrafo único da Constituição. Súmula 343. Inaplicação- A atribuição ou extensão de benefício previdenciário a categoria não contemplada no sistema próprio implica ofensa ao art. 165, par. único da CF, dado à inexistência dos pressuposto da correspondente fonte de custeio legal. A Súmula 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais, não, porém, de texto constitucional. Recurso Extraordinário conhecido e provido⁷⁶⁸.

De fato, tendo-se presente que ao Supremo Tribunal Federal compete exarar, em última instância, a interpretação das normas constitucionais, é evidente que não se poderia admitir decisão contrária ao que dita Corte pacífica. Aliás, após a vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, a partir da qual atribui-se à súmula editada pelo E. STF caráter vinculante, não se poderia mesmo negar procedência à ação rescisória contrária à mencionada súmula⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ TUCCI, 2004, pág. 312.

⁷⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 101.114-SP. Relator: Min. Rafael Mayer. j. em 12 dez. 1983. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, n. 108, p. 1369.

⁷⁶⁹ A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi inserido o artigo 103-A na Carta Magna: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O efeito vinculante, aliás, já estava contemplado, modo expresso, no que concerne às decisões proferidas nas ações diretas de constitucionalidade e, a partir da já referida Emenda Constitucional nº 45/2004, passou a ser previsto também relativamente à ação direta de inconstitucionalidade, valendo esclarecer que esta previsão apenas consagrou o que já era entendimento da doutrina e do próprio E. STF⁷⁷⁰. Assim, as ações rescisórias propostas com base no artigo 485, inciso V, do CPC, para rescindir sentenças baseadas em normas declaradas inconstitucionais ou baseadas na inconstitucionalidade de norma posteriormente considerada constitucional, ou, ainda proferidas de forma contrária à súmula vinculante, terão, necessariamente, que ser julgadas procedentes⁷⁷¹.

6.3.8 Os embargos à execução e a impugnação com fundamento na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pelo STF, ou com fundamento em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal:

O respeito à autoridade das decisões do STF tem sido reiteradamente prestigiado no ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, nos termos do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil⁷⁷², considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo E. Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatível com a Constituição Federal, matéria que pode ser alegada, nos termos do inciso II do mesmo artigo, pela Fazenda Pública, em sede de embargos.

Alegação semelhante pode ser feita pelo devedor, mediante em impugnação, em se tratando do cumprimento de sentença, de acordo com o artigo 475-L, §1º do CPC⁷⁷³.

Tais disposições, oriundas da MP 2180-35, contribuem para a uniformização da jurisprudência porque impedem a execução ou o cumprimento de decisão que, a par de transitada em julgado, revelou-se em desafio ao entendimento da Corte Suprema.

⁷⁷⁰ Na nova redação do parágrafo 2º do artigo 102 da Carta Magna, conferida pela EC 45/2004.

⁷⁷¹ A súmula vinculante, bem como o efeito vinculante das decisões proferidas em ADIn e em ADCon são objeto de capítulos próprios, pelo que foram tratados nesta oportunidade de forma breve.

⁷⁷² Redação dada pela Lei nº 11.232/2005.

⁷⁷³ Norma inserida pela Lei 11.232/2005.

De acordo com Araken de Assis o disposto no parágrafo único do art. 741 do CPC não constitui “novidade ou aberração” e, tampouco, pode ser-lhe oposta a segurança jurídica prevista na Lei Maior, pois tal fundamento não pode subsistir se firmado em lei ou em ato normativo incompatível com a Constituição Federal⁷⁷⁴.

Lembra o autor que o legislador pode erigir determinado vício essencial como imune à coisa julgada, porque ele parece suficientemente grave e relevante, de modo a receber tratamento privilegiado e diferente, à condição de defeito imune a quaisquer preclusões, incluindo a mais expressiva e maior delas: a coisa julgada. E essa é, precisamente, a hipótese do inciso I do art. 741 do CPC: o vício da citação sobrevive ao trânsito em julgado do título, equiparando-se à sua inexistência, motivo por que ao condenado é dado atacá-lo pela via dos embargos.

No que concerne ao art. 741, parágrafo único do CPC, observa o autor que o vício não é inerente ao processo ou ao próprio ato, podendo ser a inconstitucionalidade posterior ao trânsito em julgado. Em outras palavras: o evento não se passa no plano da validade, pois os vícios de qualquer ato jurídico lhe são contemporâneos, nunca supervenientes. O juízo de inconstitucionalidade atuará no plano da eficácia e pode ser superveniente ao trânsito em julgado da sentença. Desta forma, ensina Araken de Assis, pode-se dizer que o artigo 741, parágrafo único “tornou *sub conditione* a eficácia de coisa julgada do título judicial”.

Se a qualquer momento for pronunciada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em que se baseou a decisão, desaparecerá a eficácia prevista no artigo art. 467 do CPC⁷⁷⁵.

Afirmando a constitucionalidade da regra inserida pela mencionada Medida Provisória, alerta que a parte final do parágrafo único do art. 741 do CPC refere-se às hipóteses em que o E. STF decreta inconstitucionalidade sem redução de texto, precisando a interpretação de determinada norma legal, não rendendo ensejo à alegação, de parte do embargante, de matéria constitucional nova. Além disso, a regra processual tem aplicação

⁷⁷⁴ ASSIS, 2002, p. 7 et seq. Trata-se de doutrina anterior à Lei 11.232/2005, mas que mantém a atualidade.

⁷⁷⁵ Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

apenas aos provimentos transitados em julgados após a vigência do art. 3º da MP 1997-37⁷⁷⁶.

6.3.9 Nota sobre a jurisdição coletiva

O direito brasileiro prevê vários meios de tutela coletiva de direitos e interesses. De acordo com Mancuso, tais meios viabilizam a “uniformização de jurisprudência, permitindo uma resposta judiciária homogênea, cuja eficácia se expande ao longo da extensão e compreensão do interesse metaindividual considerado, estabelecendo assim, um confiável parâmetro judiciário para as demandas assemelhadas”⁷⁷⁷.

Seria inviável tratar-se aqui, com minudência, das diversas formas pelas quais é possível tutelar, coletivamente, direitos e interesses coletivos. Vale registrar, a propósito, o entendimento de Luís Roberto Barroso, no sentido de que o controle direito de constitucionalidade constitui-se, na realidade, um mecanismo de defesa coletiva de direitos por entes da sociedade civil, preenchido o requisito da pertinência temática⁷⁷⁸.

De todo modo, cumpre destacar entre as hipóteses de tutela coletiva, ação civil pública, prevista no ordenamento jurídico nacional há mais de 20 (vinte) anos, tendo sido instituída pela Lei nº 7.347/85 e complementada pela Lei nº 8.078/90⁷⁷⁹. Têm legitimidade ativa: O Ministério Público, as associações constituídas há mais de um ano, e cujo objeto tenha pertinência com o objeto tutelado, e, ainda, entidades e órgãos da Administração Pública da União, dos Estados e dos Municípios.

É o Ministério Público o responsável pelo ajuizamento da maior parte das ações civis públicas, mas a sua atuação somente é possível no caso de (a) direitos indisponíveis (proteção de crianças, por exemplo); interesse social relevante; e (c) relevância social da tutela coletiva.

⁷⁷⁶ Texto normativo que primeiro inseriu essa possibilidade de embargos no direito brasileiro.

⁷⁷⁷ MANCUSO, 2001, p. 428.

⁷⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action norteamericana*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 130, 2005, p. 136.

⁷⁷⁹ Código de Defesa do Consumidor.

Os parâmetros para a legitimação de agir objetivaram evitar abusos. Mesmo nos Estados Unidos, onde as *class actions* têm longa tradição, existe a preocupação de não transformá-las em instrumentos em proveito de interesses egoísticos.

Nos Estados Unidos, aliás, a *class action* enseja um processo no qual uma pessoa ou um grupo limitado de pessoas atuam em juízo na qualidade de representantes de um grupo maior, uma classe, em razão de compartilharem um interesse comum. Os requisitos para ajuizamento de uma ação de classe constam no art. 23 do *Federal Rules of Procedure*: (a) a classe tem que ser numerosa, mostrando-se impraticável a reunião de todos os membros; (b) deve haver questões de fato e de direito comum a todos; (c) os argumentos jurídicos deduzidos pelos que atuam na qualidade de representantes de toda a classe devem ser comuns a todos que a integram; (d) os representantes da classe deverão proteger de forma mais justa e adequada os interesses da classe.

A possibilidade do ajuizamento de demandas coletivas permite solução a todos que, por falta de condições financeiras e políticas não podem ir à Justiça, apresentado resultados notáveis⁷⁸⁰. Por isso que se pode afirmar que a experiência da ação civil pública no direito brasileiro apresenta uma trajetória de êxito⁷⁸¹.

Tanto assim que já se examina no Brasil um anteprojeto de código de processos coletivos⁷⁸², segundo o qual a tutela coletiva será viabilizada por meio da ação civil pública, da ação coletiva passiva, do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção coletivo.

Destaca-se, no anteprojeto, a instituição da tutela coletiva passiva, vale dizer, a possibilidade de uma ação ser ajuizada contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, desde que o bem jurídico tutelado seja transindividual e se revista de interesse social.

⁷⁸⁰ ROSAS, Roberto. Processo Civil de Resultados. *Revista Dialética de Direito Processual* n° 2, pág. 112. São Paulo: Dialética, maio de 2003.

⁷⁸¹ BARROSO, 2005, p.153.

⁷⁸² Elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, conforme notícia Tesheiner. TESHEINER, José Maria. **Jurisdição no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos**. Disponível em <www.tex.pro.br>, acesso em 09 fev. 2005.

Além disso, o anteprojeto trata do mandado de injunção coletivo, cabível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, relativamente a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. A sentença que conceder o mandado de injunção coletivo formulará, com base na equidade, a norma regulamentadora e, no mesmo julgamento, a aplicará ao caso concreto, determinando as obrigações a serem cumpridas pelo legitimado passivo para o efetivo exercício das liberdades e prerrogativas constitucionais dos integrantes do grupo, categoria ou classe. Transitada em julgado a decisão, a norma regulamentar valerá para casos semelhantes.

Como observado por Tesheiner, a proposta revela a profunda alteração que vem sofrendo o conceito de jurisdição, cujo exercício não mais é dirigido apenas ao caso concreto, ensejando, inclusive, a edição de normas abstratas⁷⁸³.

O anteprojeto demonstra que os juristas e o legislador não têm sido negligentes no estudo e na regulamentação da proteção dos direitos supra-individuais. O exemplo formulado por Mancuso parece demonstrar o quanto a tutela coletiva dos direitos pode contribuir para a uniformização de jurisprudência e preservação da isonomia:

Figure-se que, em face do acolhimento da ação civil pública, fica a fabricação e venda de certo anticoncepcional, de duvidosa eficácia, proibida em todo território nacional. Desse comando judicial defluirão as seguintes conseqüências: a) fica tutelado, de forma homogênea, o interesse difuso de proteção à saúde de todas as mulheres férteis; b) evita-se a pulverização do conflito entre esse contingente social e o laboratório, dado que, de outro modo, a lide redundaria no ajuizamento de múltiplas e repetitivas ações individuais, com o risco de decisões contraditórias; c) garante-se a desejável isonomia da resposta judiciária, necessária quando a situação de fato e a questão jurídica formam uma unidade, estando situação conflituosa dispersa entre muitos indivíduos; d) preserva-se o prestígio social do Poder Judiciário, enquanto Poder do qual a população espera resposta de boa qualidade: justa, jurídica, tempestiva e econômica; e) alivia-se a sobrecarga do serviço judiciário, fenômeno recorrente toda vez que um tema coletivo vem, impropriamente, conduzido no plano da jurisdição singular (recorde-se, v.g., o episódio do desbloqueio dos cruzados).⁷⁸⁴

⁷⁸³ TESHEINER, 2005.

⁷⁸⁴ MANCUSO, 2002, p. 433.

7 CONCLUSÃO

Este trabalho foi motivado pela perplexidade gerada com a existência de decisões judiciais divergentes para controvérsias jurídicas semelhantes, perplexidade essa que atinge não só a comunidade jurídica, mas a toda sociedade. Tratou-se de examinar a necessidade de uniformizar a jurisprudência, inclusive com exame dos instrumentos previstos no ordenamento jurídico com essa função.

A produção de decisões judiciais divergentes e a uniformização ocorrem quando o Estado desempenha a função jurisdicional, pelo que se revelou indispensável investigar seu conteúdo.

A função jurisdicional, ou a jurisdição, no Estado moderno, foi confiada a um órgão distinto daquele encarregado da gestão do próprio Estado e daquele incumbido da função de regular esse mesmo Estado, mediante a edição de normas gerais. Trata-se da separação de poderes defendida por Montesquieu como forma de combater o poder absoluto e desmedido do Rei.

Verificou-se que o conceito de jurisdição ainda suscita debate na doutrina. Destaca-se, nesse contexto, a definição de Chiovenda, segundo a qual a jurisdição caracteriza-se por ser uma atividade de substituição, exercida por um órgão público com a finalidade de tornar efetivo o comando legal⁷⁸⁵. Para Carnelutti, a jurisdição consiste na composição da lide, identificada pela pretensão resistida⁷⁸⁶ e, para Calamandrei, a principal característica da jurisdição reside na coisa julgada⁷⁸⁷.

De acordo com Liebman, as conceituações de Chiovenda e Carnelutti são complementares⁷⁸⁸. Isso porque a definição de Chiovenda representa uma visão puramente jurídica de jurisdição, enquanto que a definição de Carnelutti tem em conta a sua finalidade.

⁷⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2002, v. 1, p. 8 et seq.

⁷⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 78.

⁷⁸⁷ CALAMANDREI, Piero. Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil. In: ESTUDIOS de derecho procesal civil. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, p. 48.

⁷⁸⁸ LIEBMAN, Enrico. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1973, p. 5.

A doutrina de Chiovenda não pode ser acatada de forma absoluta, na medida em que, como observa Tesheiner, a jurisdição é atividade primária do Estado e, portanto, a substituição mencionada pelo autor italiano só pode ser compreendida enquanto heterorregulação⁷⁸⁹, sendo no mesmo sentido a posição de Ovídio Baptista da Silva, para quem a substituição identifica-se com a imparcialidade⁷⁹⁰.

Igualmente, não se pode resumir jurisdição à composição da lide ou indicar como sua principal característica a coisa julgada, pois ficariam excluídas a jurisdição voluntária e a jurisdição cautelar.

Afirmou-se, assim, que a jurisdição é poder-dever do Estado⁷⁹¹, destinando-se à aplicação das normas ao caso concreto e, ainda, nos limites constitucionais, à edição de decisões com eficácia que extrapolam os limites da situação em julgamento. Este poder-dever decorre da Constituição Federal, que garante a um determinado sujeito estatal (o juiz) garantias funcionais suficientes para que possa realizar a aplicação do Direito com imparcialidade e independência⁷⁹².

O exercício do poder-dever jurisdição não dispensa a existência de um método, qual seja, o processo, ofertado à sociedade como contrapartida à renúncia à autotutela. Mas esse método somente se legitima em razão de sua finalidade. Sendo a finalidade estatal o bem comum, nenhuma parcela do poder estatal pode daí desbordar, muito menos o exercício da jurisdição. Ganha relevo, então, o que Dinamarco denominou de escopo social da jurisdição: a justiça, enquanto expressão do bem comum, comprometida com o desenvolvimento da personalidade humana em clima de liberdade e de igualdade⁷⁹³.

O reconhecimento da relevância do escopo social da jurisdição levou ao exame do contexto no qual é prestada: O Brasil é um país de contrastes sociais terríveis, e há comprovada escassez de recursos públicos para atendimento das necessidades básicas (saúde,

⁷⁸⁹ TESHEINER, José Maria. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/livroselementos/livroselementosindex.htm>> Acesso em: 11 nov. 2005, às 14:31.

⁷⁹⁰ SILVA, Ovídio Baptista da Silva. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 19.

⁷⁹¹ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

⁷⁹² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 83.

⁷⁹³ DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 78.

educação, segurança, habitação, cultura, etc.). A jurisdição, enquanto atividade estatal realizada por meio de um processo, tem custos financeiros e, não raro, a sua prestação demanda tempo incompatível com a urgência de quem dela necessita.

Viu-se, assim, que tem o Estado o dever de adotar medidas que reduzam o custo financeiro e o tempo da prestação da jurisdição. Uma destas medidas é intensificar a uniformização de jurisprudência, inclusive mediante a utilização dos instrumentos previstos no ordenamento jurídico com tal finalidade, medida que, no dizer de Cruz e Tucci, revela-se essencial para fortalecer a certeza do Direito e, simultaneamente, contribuir para redução dos custos da distribuição da justiça⁷⁹⁴.

Mas a uniformização de jurisprudência, ainda que se apresente como uma das soluções para redução do tempo e do custo da prestação jurisdicional, não pode ser afirmada em si mesma, pelo que foi preciso fundamentar a sua adoção em teorias jurídico-filosóficas e em normas constitucionais.

No campo da Filosofia do Direito, que cumpre função de intermediação entre os saberes e a prática jurídica, foram eleitas duas teorias.

A primeira é a “Teoria da Justiça” desenvolvida por John Rawls. Interessa, mais especificamente, a noção de justiça procedimental por ele delineada⁷⁹⁵. Na concepção desse autor, a sociedade é um sistema de cooperação que importa em vantagem para todos. O que uma pessoa faz depende do que as regras determinam a respeito e seus direitos resultam do que faz. De acordo com Rawls, deve-se pensar o sistema social de modo que o resultado seja justo, independentemente do conteúdo, desde que observados determinados parâmetros: trata-se da justiça procedimental pura.

Para explicitar a noção de justiça procedimental pura, esse autor faz a diferenciação entre justiça procedimental perfeita e imperfeita. Na justiça procedimental perfeita existe um padrão independente para decidir qual é o resultado justo e um procedimento pelo qual tal resultado será alcançado com certeza. Na justiça procedimental imperfeita existe um critério

⁷⁹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **O precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 300.

⁷⁹⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

de justiça previamente estabelecido, mas não existe um procedimento que garanta este resultado.

Na justiça procedimental pura, não se tem um critério prévio para aferir se determinado resultado é justo ou injusto, mas existe um procedimento justo estabelecido por regras eqüitativas e aceitas por todos. Se aplicado corretamente este procedimento o resultado será justo. A vantagem prática é que não mais seria necessário controlar a enorme variedade de circunstâncias e nem as posições relativas mutáveis de pessoas particulares.

A idéia de justiça procedimental pura aponta para o acatamento do resultado obtido do Estado-juiz, se observado o *iter* previsto para alcançá-lo, pressupondo-se que este *iter* tenha sido legitimamente estabelecido.

Se estabelecido amplo debate acerca de determinada controvérsia jurídica, debate feito em conformidade com as regras processuais aplicáveis, não se pode desconsiderar seu resultado, mormente se a decisão foi tomada por órgão judicial encarregado de eliminar o conflito entre posições jurídicas diversas.

Nos instrumentos de uniformização de jurisprudência previstos no ordenamento jurídico-nacional, as decisões, em regra⁷⁹⁶, são tomadas após debate e deliberação pela maioria dos integrantes dos órgãos julgadores colegiados. Se foi seguido o procedimento, pode-se afirmar que haverá o melhor resultado possível, e, portanto, não pode ser desconsiderado em demandas semelhantes.

Além disso, sustentou-se que a eliminação dos conflitos entre teses jurídicas deve coincidir uma solução proferida que atenda às normas de direito material e às expectativas da sociedade.

O Estado-juiz não pode ser indiferente às pressões axiológicas da sociedade em função da qual existe. O escopo social da do exercício da jurisdição—pacificação social—não pode ser

⁷⁹⁶ Que comporta exceções, v.g., os embargos à execução ofertados com fundamento no art. 741, par. único do CPC.

olvidado. E, nesse ponto, invocou-se a teoria de Aulis Aarnio, para quem a aceitação social das decisões judiciais é critério de legitimação da atuação estatal⁷⁹⁷.

A legitimidade do direito depende da comunicação lingüística e da compreensão mútua que resulta desta comunicação. De acordo com Aarnio, se as decisões dos tribunais baseiam-se cegamente na lei, e representam um sistema de valores diferente da maioria da sociedade, essa deixará de confiar nas suas decisões, o que poderá gerar uma crise profunda. Assim, só a interpretação que considera as expectativas da maioria da sociedade pode ser aceita.

A certeza jurídica está estreitamente ligada ao sistema de valores da sociedade e por isso as interpretações aceitáveis têm que ser não só racionais, mas também razoáveis. A aceitabilidade racional é o ponto de encontro entre o sistema e o mundo vital. As decisões orientadas pelas linhas principais da vida prática adquirem respeitabilidade máxima e, sendo assim, o uso do poder jurídico é uma construção pacífica da sociedade de acordo com os anseios das pessoas comuns.

A ocorrência de julgamentos eternamente díspares causa insegurança comprometendo, inclusive, a confiança do cidadão no órgão encarregado de prestar a jurisdição. Assim, asseverou-se que aceitação social das decisões passa, necessariamente, pela busca de um critério jurídico único para casos semelhantes, salientando-se que esta afirmação não importa sustentar que existe uma única resposta jurídica correta.

Demonstrou-se, ainda, que a uniformização de jurisprudência é, ainda, imposta por normas constitucionais, cuja interpretação nunca pode perder de vista os objetivos do Estado Democrático de Direito, notadamente a construção de uma sociedade justa e solidária. Tais normas consagram os princípios da isonomia e da segurança jurídica e a garantia da razoável duração do processo.

O princípio da isonomia é endereçado aos três poderes do Estado, razão pela qual não só o legislador deve tratar a todos de forma igual, mas também os órgãos jurisdicionais devem assim proceder, decidindo de forma idêntica os casos semelhantes. Por óbvio que as

⁷⁹⁷ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: um tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios, 1991, p. 212 et seq.

desigualdades são admitidas no sistema jurídico, desde que justificadas por critério racional e compatível com a Constituição Federal⁷⁹⁸. O critério do sorteio na distribuição de recursos perante um Tribunal não se apresenta como adequado a justificar decisões diversas para casos distintos.

O princípio da segurança jurídica, enquanto elemento constitutivo do Estado de Direito, assegura ao cidadão que seus atos terão os efeitos previstos no ordenamento jurídico. Trata-se da segurança jurídica entendida como previsibilidade.

Colocada determinada e reiterada controvérsia sob o crivo do Poder Judiciário, é necessário intenso debate, notadamente porque as demandas que se repetem têm repercussão social ampla. Entretanto, deve ser previsível para o cidadão o resultado de atos seus que, eventualmente, forem examinados pelo Poder Judiciário. E essa previsibilidade (*rectius* segurança jurídica) é alcançada quando priorizada a uniformização da jurisprudência.

A uniformização da jurisprudência representa para o jurisdicionado a garantia de que pretensão deduzida em juízo deverá receber resposta qualitativamente análoga às demais de seu gênero e espécie, ficando afastada arbitrariedade do Estado-juiz.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, aprovada ao final de 2004, acrescentou ao artigo 5º da Lei Maior o inciso LXXVIII, que tem a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade processual”. Essa garantia não é novidade do direito brasileiro. Já se encontrava prevista, por exemplo, na Convenção para a proteção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma, na data de 04.11.1950⁷⁹⁹.

Constatou-se que o legislador constituinte optou pela adoção de um conceito jurídico vago—razoável duração—, razão pela qual o exame das peculiaridades do caso concreto é que pode evidenciar se foi atendido o comando constitucional, considerando-se o comportamento das partes, a atuação do Estado-juiz e a complexidade da demanda.

⁷⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 34-35.

⁷⁹⁹ Artigo 6º, par. 1º.

Essa novel norma constitucional já impõe ao Estado o dever de adotar medidas positivas ou negativas que concretizem sua observância. Apontou-se, como uma das formas de efetivar a garantia fundamental à razoável duração do processo, a uniformização da jurisprudência.

Isso porque a superação de divergência entre órgãos fracionários de um mesmo Tribunal, por exemplo, de modo a adotar-se decisões uniformes em casos análogos, diminui o tempo de decisão e, além disso, representa desestímulo ao ajuizamento de outras demandas porque, de antemão, sabe-se do resultado eventualmente desfavorável. Conseqüentemente, aumenta a possibilidade de que os órgãos judiciais possam dedicar maior atenção a demandas novas, causas de maior complexidade e que ainda ensejam discussão.

O tema examinado—instrumentos de uniformização de jurisprudência— não prescinde, de outro lado, da fixação de alguns conceitos. Por isso, discorreu-se acerca das noções de sentença, de acórdão, de precedente judicial, de jurisprudência, divergência jurisprudencial, de uniformização de jurisprudência e de súmulas.

Identifica-se na sentença, por força da tradição, o ato decisório típico, no qual se realiza a máxima expressão da função jurisdicional. Pela redação atualmente em vigor, “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”⁸⁰⁰. O critério eleito pelo legislador de 1973 foi exclusivamente pragmático, de modo a facilitar a determinação do recurso cabível.

Esse quadro normativo modificar-se-á, contudo, em breve. A Lei nº 11.232, de 22.12.2005, deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 162, do CPC o qual, a partir de 23.06.2006, passará a vigorar da seguinte forma: “§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. Ganharam, ainda, nova redação, a vigorar a partir da mesma data, o *caput* do art. 267⁸⁰¹ e o *caput* do art. 269⁸⁰² do mesmo diploma.

⁸⁰⁰ Art. 162 -§ 1º. Este dispositivo ainda está em vigor porque a Lei nº 11.232, que o modifica, somente entrará em vigor em 23.06.2006. A nova redação fica assim: “§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

⁸⁰¹ “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito”.

⁸⁰² “Haverá resolução de mérito:”

A sentença, pela nova lei, não mais põe fim ao processo, mas apenas à fase de conhecimento. Elimina-se a ruptura antes existente entre o processo de conhecimento e o processo de execução⁸⁰³. Mas a relevância do ato decisório denominado “sentença” não se modifica: encerra-se em tal ato a primeira manifestação do Estado-juiz com o intuito de resolver a pretensão do autor.

Também na lei processual civil é encontrada a conceituação de acórdão: “Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos Tribunais”⁸⁰⁴. Na lição de Dinamarco “os acórdãos constituem projeção, nos graus superiores, da jurisdição, do que são as diversas espécies de decisões do juiz inferior (decisões interlocutórias ou sentenças). Embora não o diga a lei, há os que extinguem o processo sem julgamento do mérito e os que extinguem sem este julgamento”⁸⁰⁵.

A noção de precedente tem indiscutível importância nos sistemas do *common law*, eis que em tais sistemas o precedente judicial assume força vinculante relativamente às demandas posteriores que se revelarem semelhantes.

Sustentou-se que se deve reservar essa designação para as decisões proferidas pelos Tribunais, considerando o princípio do duplo grau de jurisdição. Tendo em vista, ainda, que o Código de Processo Civil designa de “precedente na uniformização de jurisprudência” a decisão tomada pela maioria absoluta dos julgadores no incidente de uniformização de jurisprudência, a qual será objeto de súmula⁸⁰⁶ foi proposto reservar-se para precedente judicial significação referida à decisão produto de um dos instrumentos de uniformização de jurisprudência processado no âmbito dos tribunais. Precedente judicial, assim, seria a decisão exarada por órgãos colegiados que tenha resultado de um instrumento de uniformização de jurisprudência. Observou-se, entretanto, que na prática nacional é atribuída a designação “precedente judicial” a toda e qualquer decisão judicial.

No sentido técnico-jurídico jurisprudência indica “o complexo de decisões reiteradas,

⁸⁰³ Por isso o artigo 463 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.232/2005, não mais fala em encerramento do ofício jurisdicional. Além disso, condenado o réu ao pagamento de quantia certa ou que já foi objeto de liquidação, o credor pedirá a expedição de mandado de penhora e avaliação, sem a necessidade de citação (art. 475-J, acrescido pela Lei nº 11.232/2005).

⁸⁰⁴ CPC, art. 163.

⁸⁰⁵ DINAMARCO, Cândido. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 497.

⁸⁰⁶ Art. 476 do CPC.

acerca de determinada matéria, pronunciadas por órgãos colegiados do Poder Judiciário, no efetivo exercício da atividade jurisdicional”⁸⁰⁷.

No âmbito dos Tribunais é comum que seus órgãos fracionários especializados tenham posicionamentos distintos acerca das mesmas controvérsias jurídicas restando, aí, caracterizada a divergência jurisprudencial interna. Poderá ocorrer, igualmente, que Tribunais distintos tenham posicionamentos opostos ou divergentes acerca da mesma controvérsia.

Definiu-se uniformização de jurisprudência como a eleição de uma tese acerca de questão jurídica controvertida, mediante a utilização de um dos instrumentos previstos a tanto no ordenamento jurídico, adequado à situação processual apresentada. Esta decisão poderá, ou não, implicar simultâneo julgamento de um caso concreto, e poderá ter eficácia vinculante ou persuasiva para os demais julgamentos.

A súmula, em um enunciado, “reflete a jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especialmente autorizada a emitir a consolidação”⁸⁰⁸, podendo ter eficácia vinculante, persuasiva ou, ainda, impedir a utilização de recurso contra decisões em conformidade com a orientação que encerra.

Examinou-se, ainda, neste trabalho, aspectos relevantes acerca da interpretação, enfatizando-se que a norma aplicada resulta da atividade do intérprete frente aos textos normativos, sendo possível atribuir mais de um significado a um mesmo dispositivo. A atividade do intérprete parte dos textos legais e não pode olvidar os sentidos que os mesmos contém, os quais preexistem ao processo interpretativo.

Se é possível atribuir mais de um significado aos textos normativos, conclui-se que não existe uma única resposta correta para determinada controvérsia jurídica, pelo que é de extrema relevância o papel do intérprete. Como leciona Juarez Freitas, o sistema jurídico, enquanto uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas ou regras, e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado

⁸⁰⁷ FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma da expressão do direito. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 51, 1990, p. 90.

⁸⁰⁸ ROSAS, Roberto. Pontos e Contrapontos da reforma do judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 840, out. 2005, p. 81.

Democrático, aperfeiçoa-se no intérprete, cumprindo a esse outorgar unidade ao ordenamento jurídico⁸⁰⁹.

O papel fundamental atribuído ao intérprete dos textos não o torna livre, presentes os limites fixados pelo próprio sistema jurídico. O órgão jurisdicional não tem a necessidade de criar direito novo, cumprindo-lhe encontrar em tal sistema a solução mais adequada ao caso concreto mediante interpretação sistemática concebida como uma “operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação aos princípios, regras e normas, hierarquizando-as num todo aberto”⁸¹⁰ e superando antinomias.

Desta forma, se não se pode afirmar que exista uma só resposta jurídica correta, pode-se dizer que é dever do intérprete eleger a melhor solução jurídica possível para a controvérsia que lhe cumpre decidir. E essa solução, após o adequado debate, há de ser adotada nas situações análogas que vierem a ocorrer, inclusive, se for o caso, mediante a utilização do instrumento de uniformização jurisprudência cabível.

Entendeu-se, ainda, como indispensável o exame do papel do precedente judicial nos sistemas do *common law*, eis que os valores que subjazem à necessidade de uniformização de jurisprudência e que fundamentam a doutrina do *stare decisis*, são os mesmos: igualdade, segurança, economia e respeitabilidade.

Nos países do *common law* uma decisão judicial desempenha dupla função: além de definir a controvérsia, também possui valor de precedente, pelo que tomada em determinado caso concreto será, em regra, necessariamente adotada em outro caso idêntico.

Na verdade, não é todo o conteúdo da decisão que vincula, mas o que a doutrina denomina de *ratio decidendi*, que se constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto, e cuja identificação não é tarefa fácil. À argumentação a considerada irrelevante para a decisão e que, portanto, não vincula, denomina-se *obiter dictum*.

⁸⁰⁹ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 61 e p. 32.

⁸¹⁰ *Ibidem*, p. 151 et seq

Importante, ainda, a técnica do *distinguishing* pela qual afirma-se a não aplicação do precedente em razão de não existirem no caso em exame pressupostos de fato que autorizariam tal proceder.

No direito inglês, na atualidade, manifesta-se imenso respeito ao precedente e a possibilidade de *overruling*—não aplicação do precedente a caso análogo—é vista com cautela. De destacar-se, ainda, que, nada obstante a importância das normas editadas pelo Parlamento, o direito inglês continua a ser essencialmente jurisprudencial.

Na experiência norte-americana, a recepção do direito inglês não ocorreu de forma linear e absoluta. Se é verdade que, de um lado, a experiência jurídica norte-americana indubitavelmente copiou do direito inglês o próprio vocabulário jurídico de fundo e muitas noções jurídicas institucionais, de outro lado, parece certo afirmar que referida experiência reelaborou, no curso de menos de três séculos, de forma muito acelerada, o direito que havia recepcionado.

Relevante a distinguir os dois sistemas— direito inglês e direito norte-americano— o fato de que nos Estados Unidos existe uma Constituição escrita e rígida, editada já ao final do século XVIII e, além disso, tem-se como possível o controle difuso de constitucionalidade.

A doutrina do *stare decisis* nunca foi aplicada com a mesma ênfase nos Estados Unidos. A autoridade de um precedente nos EUA pode ser (a) persuasiva, relativamente a decisões de cortes paralelas (mesma hierarquia e outros Estados) (b) vinculante: cortes superiores da mesma jurisdição ou decisões da mesma corte.

Os precedentes da Suprema Corte vinculam a todos os demais juízes e cortes, sejam estaduais, sejam federais, na aplicação da Constituição, dos tratados e das leis da federação e, sobretudo, no exercício de controle da constitucionalidade das leis federais e estaduais. Mas a Suprema Corte não se acha vinculada a seus próprios precedentes.

A flexibilidade do sistema norte-americano permite avaliar o precedente anterior e, se for o caso, modificá-lo. Ressalte-se, contudo, que apesar do dinamismo adotado pelos Cortes Superiores Estaduais no tratamento de seus próprios precedentes, dinamismo desconhecido no direito inglês, o *stare decisis* conserva papel essencial e determina a forma e o modo do

judicial reasoning nos Estados Unidos. A referência a precedentes continua a ser ponto de partida obrigatório, passagem típica do *iter* decisório e os casos de *overruling* são limitados, se considerado o número de julgamentos.

A experiência jurídica do *common law* tem hoje grande valia entre nós, não só em razão dos valores que afirma—segurança e isonomia—mas, também, pela relevância que, por certo, irão adquirir os institutos da *ratio decidendi*, do *distinguishing*, do *overruling*, diante do papel que vem sendo atribuído à jurisprudência em nosso país.

Tanto aqui, quanto nos Estados Unidos, não há uma única fonte do Direito, mas são muitos os formantes do sistema jurídico, sendo impossível deixar de reconhecer que jurisprudência insere-se entre as fontes formais do Direito.

As decisões dos Tribunais sempre jogaram papel importante no convencimento dos juízes, não sendo exagero afirmar que na esmagadora maioria das peças processuais, notadamente nos recursos, há a invocação de uma decisão judicial proferida em casos semelhantes. No caso de essa decisão expressar o entendimento majoritário do Tribunal local, do STJ ou do STF, conforme a matéria, constitui-se em elemento importante na persuasão do julgador. Por óbvio que o reconhecimento da jurisprudência como fonte formal não afasta a precedência da lei.

Como lógica decorrência da inclusão da jurisprudência entre as fontes formais do Direito, reconheceu-se o mesmo *status* à súmula vinculante, afirmando-se a sua constitucionalidade e utilidade.

Conforme foi visto, a atribuição de efeito vinculante à súmula não ofende ao princípio da independência e autonomia entre os poderes, na medida em que esse, tendo preservada sua formulação básica, tem contornos dados pela Constituição de cada país, sendo certo que na Carta de 1988 há vários exemplos, anteriores à EC 45/2004, a demonstrar a inexistência de uma separação absoluta.

No que concerne à independência funcional dos juízes, tem-se que não fica abalada, pois preservado o exercício da jurisdição sem pressões de cunho político e em posição equidistante das partes, valendo lembrar que tal prerrogativa não é um fim em si mesmo,

tendo sido instituída em favor da sociedade. Já o argumento de que o Poder Judiciário carece de legitimidade para legislar igualmente não prospera. Editar súmula não é legislar. Além disso, no Brasil tem-se forma democrática de acesso ao Poder Judiciário.

Em que pese se possa reconhecer que a possibilidade conferida ao STF de atribuir efeito vinculante à súmula implica atribuir-lhe parcela de poder normativo, a súmula não pode ser equiparada à lei. Resulta, isso sim, da interpretação dessa. A súmula é ato jurisdicional, ao qual a Lei Maior atribuiu a capacidade de extrapolar as fronteiras da lide: é mais do que a jurisprudência e menos do que a lei. Por isso a adequação da designação cunhada por Tesheiner: norma-jurisprudência.

O último capítulo do trabalho foi dedicado ao exame dos instrumentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro que têm como resultado a superação da divergência jurisprudencial. Antes de discorrer-se acerca de cada instrumento, procedeu-se à sua classificação conforme a hierarquia do texto que contém a previsão respectiva: instrumentos constitucionais e infraconstitucionais de uniformização de jurisprudência.

Foram identificados como instrumentos constitucionais, inicialmente, as ações previstas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade: a ação direta de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Isso em razão do efeito vinculante das decisões proferidas em tais demandas.

Ainda como instrumento para uniformização previsto na Lei Maior, tem-se o *iter* necessário à edição da súmula vinculante.

Também com previsão constitucional, despontam os recursos especial e extraordinário, ambos com o fim precípua de assegurar a unidade na interpretação do direito positivo, valendo lembrar que uma das hipóteses de recurso especial é, justamente, a existência de decisões judiciais divergentes acerca da interpretação da lei federal, decisões essas proferidas por Tribunais distintos.

È na Constituição Federal, ainda, que está previsto, modo geral, o procedimento a ser adotado pelos Tribunais no controle difuso de constitucionalidade.

No âmbito da legislação infraconstitucional examinou-se “incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos arts. 476-479 do CPC” a ser instaurado quando identificada controvérsia jurisprudencial existente entre órgãos fracionários de um mesmo Tribunal e, a seguir, o mecanismo de superação de dissídios inserido no CPC pela Lei nº 10.352/2001, a ser adotado de modo a prevenir a divergência. Há, ainda, uniformização de jurisprudência com disciplina específica no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

Foram objeto de exame os embargos de divergência e os embargos infringentes. Os embargos de divergência são destinados a unificar a divergência no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, divergência essa verificada na apreciação de recurso extraordinário e de recurso especial. Os embargos infringentes são cabíveis, nos Tribunais, quando houver acórdão não unânime, reformando sentença de mérito em grau de apelação, ou julgando procedente ação rescisória, sempre nos limites do dissídio identificado.

Analisou-se o controle da divergência jurisprudência passível de ser realizado pelo relator do recurso e pelo juiz competente para apreciar o recebimento da apelação. Nos termos do artigo 557 e §1º-A, do CPC, o relator negará seguimento a recurso em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior ou poderá provê-lo, liminarmente, quando a decisão estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Dessa decisão caberá agravo, a ser decidido de forma colegiada, o que contribui para a estabilização da jurisprudência.

Já segundo o par. 1º do art. 518, do mesmo diploma, com a redação dada pela Lei nº 11.276/2006, o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Entendeu-se, ainda, que a ação rescisória pode ser considerada um instrumento de uniformização de jurisprudência. Isso na hipótese de ser ajuizada com fundamento na violação de lei, cuja interpretação restou pacificada em sentido contrário àquela adotada na decisão rescindenda.

Da mesma forma, os embargos ajuizados contra execução fundada em decisão judicial, transitada em julgado, e proferida com fundamento em lei ou em ato normativo

declarados inconstitucionais, pelo STF, ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatível com a Constituição Federal, foram considerados como instrumento de uniformização. Isso porque visam tornar sem eficácia decisão dissonante do entendimento manifestado pelo STF.

Indicou-se, ainda, como instrumentos voltados à superação da divergência jurisprudencial as ações coletivas, visto que ensejam resposta judiciária homogênea, para interesses difusos ou coletivos, evitando a pulverização do conflito e estabelecendo parâmetro de decisão confiável para demandas assemelhadas.

O Estado Democrático de Direito não se compatibiliza com desigualdades ilegítimas. A sociedade brasileira merece prestação jurisdicional célere e que lhe ofereça a necessária segurança jurídica. Essa prestação jurisdicional, presente a situação de escassez de recursos públicos, deve ser ofertada com o menor custo financeiro possível. Procurou-se com esse trabalho demonstrar que a uniformização de jurisprudência é, além de uma necessidade que se impõe para reduzir o tempo e o custo da prestação jurisdicional, imprescindível para a preservação dos princípios isonomia e da segurança jurídica, sem os quais a construção de uma sociedade justa e solidária jamais poderá ser alcançada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: um tratado sobre la justificacion jurídica. Madrid: Centro de Estudios, 1991.
- _____. Única resposta correcta y principio relagulativo del razonamiento jurídico. **Doxa**, n. 8, p. 23-38, 1990.
- ALEXY, Robert. Sistema juridico, principios jurídicos e razon practica. **Doxa**, n. 5, p. 139-151, 1988.
- _____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANZON, Adele. **Il valore del precedente nel giudicio sulle leggi**. Milano: Giuffrè, 1995.
- ARAGÃO, Alexandre. **Agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ARAGÃO, E. D Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. **A argüição de relevância no recurso extraordinário**. RT: São Paulo, 1988.
- _____. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord): **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Renovar, 2002.
- ASSIS, Araken de. **Admissibilidade dos embargos infringentes em reexame necessário**: doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *O contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 111, jul./set. 2003.
- _____. **Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal**: esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei nº 9.756 em matéria de recursos civis. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5.

_____. O processo, as partes e a sociedade. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, São Paulo, n. 5, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action norte-americana*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 130, 2005.

BARONI, Rodrigo. O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord): **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Tradução Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, Universitária, 1987.

BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 2.

_____. **A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional nº 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BIN, Marino. **Il precedente giudiziario: valore e interpretazione**. Padova, CEDAM, 1995.

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOLZAN DE MORAIS. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

BORGES, Marcos Afonso. **Embargos infringentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

BUARQUE, Cristovam. A lógica da vergonha. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 dez. 1999, p. 1-3.

BUZUID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 12, n. 34, 1985.

CALAMANDREI, Piero. **Casación civil**. Buenos Aires: Europa-America, 1959.

_____. Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil. In: **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Anotação ao Acórdão nº 359/91 do Tribunal Constitucional. **RLJ**, Coimbra, v. 124, n 3811, fev. 1992.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. **Juízes irresponsáveis**. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre. Fabris, 1993.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

_____. **O processo civil no direito comparado**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 654, abr. 1990.

_____. **Jurisdição e competência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnações às decisões judiciais**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Sentença mal fundamentada e sentença não-fundamentada. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 22, n. 65, nov. 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Código de Processo Civil reformado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Fabiano. EC 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Os poderes do relator nos embargos infringentes. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O problema da constitucionalidade dos assentos**: comentário ao Acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1994.

CHEIM JORGE, Flávio et al. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Recurso Especial com fundamento na divergência jurisprudencial. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnações às decisões judiciais**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michelli. **Lezioni sul processo civile**. Milano: Mulino, 1995.

COUTO E SILVA, Almiro. Restrição à propriedade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 234, 2003.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. **Dos recursos no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Inovações nos embargos infringentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 108, out./dez. 2002.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

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

DE VICENZI, Brunela Vieira. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo, Atlas, 2003.

DEFLORIAN, Luisa Antonioli. Precedente giudiziario. **Revista de Diritto Civile**, Padova, n° 39, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 100, out./dez. 2003a.

_____. A função das Cortes Supremas na América Latina. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 342, 1990.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1.

_____. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: 2000.

_____. A reclamação no processo civil brasileiro. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.) **Aspectos Polêmicos e atuais de recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Relativizar a coisa material. In: Nascimento, Carlos Valder (Coord). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

_____. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Súmulas vinculantes. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 347, jul./set. 1999.

DONADEL, Adriane. **A ação rescisória no direito processual civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

FADEL, Sérgio Shaione. **Código de Processo Civil Comentado**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma da expressão do direito. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 51, 1990.

- FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FONTOURA, Lúcia Helena Ferreira Palmeiro da Fontoura. **Recurso especial**: questão de fato/questão de direito. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- FORNIACIARI JUNIOR, Clito. **A reforma processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FREITAS, Juarez. Parecer. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Princípio da Segurança Jurídica. Exigência da Menor Precariedade Possível nas Relações de Administração. **Interesse Público**, Porto Alegre n. 20, ago. 2003.
- GAMBARO, Antônio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi giuridici comparati**. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinenses, 2002.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **El derecho, la ley el juez**: dos estudios. Madrid: Civitas, 1997.
- GOLDSCHIMDT, James. **Direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRISWOLD, Erwin. **O direito e os advogados nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- GUASTINI, Ricardo. **Distinguendo-estúdios de teoria e metateoria del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1999.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- JULIANI, Cristiano. A nova redação do art. 555 do CPC e a uniformização de jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 111, set. 2003.
- KELLY, Prado. Súmula –1. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo, 1977. v. 71.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 8, t. 1.

LAMY, Eduardo de Avelar. A volta da argüição de relevância? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord). **Reforma do Judiciário**: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

LIEBMAN, Enrico. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1973.

LIMA, Alcides Mendonça. **Probidade processual e finalidade do processo**. Uberaba: Vitória, 1978.

LIMA, Diomar. Bezerra. Súmula vinculante: uma necessidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 106, abr./jun. 2002, p. 218.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. O direito de ser julgado em prazo razoável: o tempo como pena e a demora jurisdicional no processo penal. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, vol.31, nº 96, dez 2004.

LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 1.

MACHADO, Baptista J. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1997.

MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Súmula Vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord): **Reforma do judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo:RT, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. São Paulo: Saraiva, 1961.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**, São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Nelson Juliano. Efetividade da jurisdição e princípio da eficiência na administração pública. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 3, 2003.

MÁSERA, Marcos Alexandre. **Fundamentos ético-antropológicos da teoria da justiça de John Rawls**: a justiça social assentada na personalidade moral como expressão da liberdade e da igualdade humanas. 1992. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1992.

MATTEI, Ugo. **Common law**. il diritto anglo-americano. Torino: Torinese, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica jurídica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAYERS, Lewis. **El sistema legal de los Estados Unidos**. Buenos Aires: Editorial Biliográfica Argentina, 1958.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord): **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa Medina. A uniformização de jurisprudência no contexto da reforma do Código de Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental-demonstração de inexistência de outro meio eficaz**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>> Acesso em: 10 jan. 2006, às 22:39.

_____. Contrariedade à Constituição e recurso extraordinário: aspectos inexplorados. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 195, jan./mar. 1994.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDÉZ, Francisco Ramos. Relatório geral ibérico- abuso de derecho em el processo?. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Abuso de direitos processuais**. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da uniformização de jurisprudência. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 613, nov. 1986.

MICHELI, Gian Antonio. **Curso de derecho procesal civil**. Traducción Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1970. v. 1.

MIRANDA, Jorge. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 18, 2003.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MONTESANO, Luigi. Aspetti problematici del potere giudiziario e della giurisprudenza teorica e pratica nell'Italia d'oggi. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 3, set. 1991.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTORO, André Franco. Fontes do direito em suas modalidades fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 38, jan./mar. 1972.

_____. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORATO, Leornado Lins. A reclamação e sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord): **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, Alexandre. **A transformação do estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA ALVES, José Carlos. O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição: questões e perspectivas. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, jun./set. 1989.

MORELLO, Augusto. **El proceso justo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

MOTA, Carlos Aurélio. Direito judicial, jurisprudencial e sumular. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 80, out./nov. 1995.

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

NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso especial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, jul./set.1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, jul./set. 1993, p. 32.

_____. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Efetividade e Processo Cautelar. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 76, out./dez. 1994.

PASSOS, Calmon de. Súmula vinculante. **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**, v. 9, n. 01., jan./mar. 1997.

PELUSO, Washington Albino de Souza. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo, LTR, 1999.

PEREIRA, Milton Luiz. Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 101, p. 81-87, jan./mar. 2001.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **La Seguridad Jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

PINTO, Nelson Luis. **Manual dos recursos cíveis**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Recurso especial para o STJ**. São Paulo: Malheiros, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1946. v. 3.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 4.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 5.

_____. **Tratado da ação rescisória**: das sentenças e outras decisões. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 304, fev. 2003.

POUND, Roscoe. **The spirit of the common law**. Boston: Beacon, 1963.

PRECEDENTE. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélius**: o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed.. rev. e atual. Curitiba: Posigraf, 2004.

PUOLI, João Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- RE, Edward D. Stare decisis. Tradução Ellen Gracie Nothfleet. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 198, abr. 1998.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.
- _____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REYNOLDS, Wiliam. **Judicial process**. 2. ed. São Paulo: West Group, 1991.
- RIBEIRO, Antônio Pádua de. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- RIZZI, Sérgio. Do recurso extraordinário. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 27, fev. 1989.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 210, 1997.
- ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. **Recursos no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.
- ROIG, Rafael de Assis. **Los enunciados normativos judiciales**. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- ROSAS, Roberto. Efetividade e instrumentalidade: estruturação processual: caminhos de uma reforma. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 85, jan./mar. 1997.
- _____. Pontos e Contrapontos da reforma do judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 840, out. 2005.
- _____. Processo Civil de Resultados. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.02, maio/2003.
- SANCHES, Sydnei. **Uniformização de Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Uma nova visão dos embargos infringentes de acordo com a Lei nº 10.352/2001. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 107, jul./ago. 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. **Diritto processuale civile**. 3. ed. Padova: CEDAM, 2000.
- SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia**. Porto Alegre, Fabris, 2000.
- SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. Processo e ideologia. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 110, 2005.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Recurso especial por violação de princípio jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 738, abr. 1997.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common law: introdução ao direito nos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Roberto Carvalho de. **Recurso especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

STARE DECISIS. In: MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Elfos, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional. Da revisão constitucional de 1993 à reforma do Judiciário. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.) **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. A repercussão geral das questões constitucionais e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as 'causas irrelevantes'. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.) **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005

TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes de tribunais: legitimidade e controle. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os Modelos Processuais de *Civil Law* e de *Common Law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 110, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 48, mar. 1990.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ação direta de inconstitucionalidade e declaratória da constitucionalidade. **Revista Jurídica**, v. 52, n. 352, nov. 2004.

_____. **Eficácia da sentença e da coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.
Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>> Acesso em: 11 nov. 2005.

_____. **Jurisdição no anteprojeto de Código de Processos Coletivos**. Disponível em: <www.tex.pro.br> Acesso em 09 fev. 2005.

_____. **Jurisdição voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

_____. **Reforma do Judiciário**. Disponível em: <www.tex.pro.br> Acesso: 19 abr. 2005.

_____. Uniformização de jurisprudência. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 50, 1990.

_____. Uniformização e criação judicial do direito. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 8, n. 21, mar. 1981.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Abuso de direitos processuais**. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **On reading the constitution**. Cambridge: Harvard University, 1991.

VASCONCELOS, Rita. Nova competência do STF para o recurso extraordinário: (CF, art. 102, III, *d*). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord): **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 638, 1990.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Uma nova uniformização de jurisprudência: comentários ao §1º do art. 555 do CPC. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 10, 2004.

VILHENA, Oscar Vieira. Que reforma? **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 195-207, 2004.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Embargos Infringentes e Questões de Ordem Pública de Natureza Processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 67, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Distinção entre questão de fato e de direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 74, nov. 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 1999.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do Processo. **A Virada do Paradigma Racional e Político no Processo Civil Brasileiro do Estado Democrático Constitucional**. Tese de Doutorado. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nov 2005. p 325-358.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Introdução ao estudo do processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

ZAVASCKI, Teori. Ação rescisória em matéria constitucional. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZERMEÑO, Sérgio. O estado neoliberal e o esvaziamento do espaço público. In: **A que pertence o amanhã?** Ensaio sobre o neoliberalismo. São Paulo: Loyola, 1997.