

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI O. ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: Aline Almeida da Silva, André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mauricio Zednik Cassim e Thiago César Gonçalves de Souza

Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMERA

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecino e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Carolina Costa, Mayara Crispim Freitas e Roney Costa

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativa: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Abboud, Georges
Processo constitucional brasileiro / Georges Abboud. --
São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Bibliografia
ISBN 978-85-203-6682-0

1. Direito constitucional 2. Direito constitucional - Brasil
3. Direito processual 4. Direito processual - Brasil I. Título.

15-11347

CDU-342:347.9(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil: Processo constitucional: Di-
reito 342:347.9(81)

GEORGES ABBOUD

.....

PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

201.0563
A136
778

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

do STF em vez de visualizá-lo como juiz vinculado ao direito. Não pode prevalecer o entendimento de que o Ministro do STF seria um ator político, logo, não estaria completamente vinculado ao direito, porque poderia perseguir diversos fins. Quando se dá esse espaço de atuação discricionário para o julgador, ele deixa de ser um juiz de direito e passa a ser um *juiz estrategista, juiz com interesse, juiz ideológico, juiz ativista de uma causa, juiz oportunista* etc.¹⁰⁴

Acrescentamos que um juiz que decide sem se vincular ao direito, por entender que sua atuação também é política, em verdade, ele será também um juiz discricionário-ativista-decisionista, logo não pode exercer sua função judicante, porquanto *um juiz político-discricionário não pode exercer a função contramajoritária*, insita à atividade jurisdicional.¹⁰⁵

É nessa perspectiva que a CF 5.º II estabelece o princípio da legalidade, evidenciando a importância de a legalidade (CF + legislação) constituir o fundamento de legitimidade para motivarem-se as decisões. Essa obrigatoriedade ganha um enorme reforço com o art. 926 do CPC/2015. Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário não pode decidir da forma que quiser. A aplicação da lei e da Constituição não é uma opção do juiz ou ato de sua vontade. Por conseguinte, o senso de justiça de cada magistrado não constitui fundamento legítimo para motivação da decisão e, principalmente não lhe possibilita passar por cima do texto constitucional, mormente para fazer prevalecer a sua noção de justiça. Entre a justiça do julgador (com suas próprias regras do jogo) e o jogo limpo constitucional, a democracia somente admite a segunda opção.

CONCLUSÕES PRINCIPAIS

Por meio da *judicial review*, o Judiciário não anula simplesmente o ato legislativo, pelo contrário, o Judiciário interpreta e esclarece o teor da legislação, inclusive afastando-a, a fim de não se permitir a violação a direitos fundamentais perante o caso concreto.

O controle difuso de constitucionalidade legitima-se até mesmo porque a proteção desses direitos é o principal escopo do Poder Público. Daí que o controle difuso de constitucionalidade não pode sofrer restrições legislativas, ou do próprio Poder Judiciário.

Todavia, não se está aqui defendendo nenhuma supremacia ou ativismo do Poder Judiciário. Pelo contrário, a própria valorização do controle difuso de constitucionalidade é que possibilita em dimensão máxima o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público e permite que seja evitada a supressão de algum direito fundamental em decorrência de decisão com efeito vinculante do próprio Judiciário, e.g., súmula vinculante.

104. Gabriel Mora Restrepo. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, cit., n. 2, p. 97.

105. Ver: Georges Abboud. STF vs. Vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário, RT 921/191.



PRECEDENTE CONSTITUCIONAL E A SÚMULA VINCULANTE

SUMÁRIO: 6.1 Considerações introdutórias – 6.2 *Stare decisis* e o sistema de precedentes – 6.3 O precedente judicial e a *ratio decidendi* – 6.4 Precedente judicial: características e funções – 6.5 O precedente judicial não pode ser equiparado à decisão dotada de efeito vinculante pela lei: 6.5.1 Fator histórico: ou as razões pelas quais um sistema de *stare decisis* não surge de um dia pro outro ou por determinação legislativa; 6.5.2 Fator hermenêutico: as razões pelas quais não há nenhum ganho para a democracia em se superar o *juiz-boca-da-lei* pelo *juiz-boca-da-súmula-ou-de-qualquer-outro-provimento-vinculante*; 6.5.3. Fator democrático: as razões pelas quais o genuíno precedente não nasce nunca com esse *status*. É a sua aceitação e aplicação pelas instâncias inferiores do Judiciário que o transformam em precedente. – 6.6 Precedente *vs.* coisa julgada com efeito *erga omnes* – 6.7 Súmula vinculante: 6.7.1 Concepção equivocada sobre súmula vinculante: instrumento refratário ao acesso hermenêutico ao direito; 6.7.2 A súmula vinculante: distinção em relação aos precedentes do *common law*: 6.7.2.1 Distinção quanto ao modo de aplicação, 6.7.2.2 Distinção quanto ao alcance, 6.7.2.3 Distinção quanto à teleologia, 6.7.2.4 Distinção quanto ao âmbito de vinculação; 6.7.3 A súmula vinculante e sua similaridade com os assentos portugueses: ambos prescrições de natureza legislativa; 6.7.4 Súmula vinculante: seu controle difuso de constitucionalidade e a leitura constitucionalmente adequada do art. 103-A, § 3.º, da CF/1988: 6.7.4.1 Precedente histórico *Le Tribunal de Cassation* da Revolução Francesa; 6.7.5 A necessidade de controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante enquanto instrumento de natureza legislativa, sua relação com o direito de ação (art. 5.º, XXXV, da CF/1988); 6.7.6 A súmula e as decisões vinculantes não são um mal em si. O risco é a não compreensão hermenêutica desses institutos.

6.1. Considerações introdutórias

Após a promulgação da EC 45/2003, que institui a súmula vinculante em nosso ordenamento, passou-se a falar que teria sido introduzido em nosso sistema jurídico o precedente judicial e a regra do *stare decisis* do *common law*. Perante esse cenário, esclarecemos que a súmula vinculante não pode ser confundida com o precedente do *common law*, posto que consiste em figura assemelhada aos já superados assentos portugueses.

Parece haver uma verdadeira fetichização, por parcela de nossa doutrina, em relação ao *common law*, de modo que diversas reformas legislativas ou teorias são justificadas sob o argumento de que elas seriam dele oriundas.

A partir dessa perspectiva, passa-se a defender e justificar diversas teses, inclusive conflitantes. Para citar apenas algumas delas, podemos mencionar: súmula vinculante; atribuição de efeito vinculante para jurisprudência dos tribunais superiores; dotar de efeito vinculante a motivação das decisões das cortes superiores; equiparação de efeito *erga omnes* com o efeito vinculante; objetivação do controle difuso de constitucionalidade; até mesmo objetivação do julgamento da lide pelo STJ.

Ocorre que, após uma breve análise do *common law*, e, respectivamente, da doutrina dos precedentes e do sistema do *stare decisis*, torna-se fácil constatar a impossibilidade de pretender instituir esses mecanismos no Brasil, mediante alterações legislativas. Isso porque o sistema de precedentes e o *stare decisis* não surgiram e se consolidaram no *common law* repentinamente. Muito diversamente, são frutos do desenvolvimento histórico daquelas comunidades, de modo tão evidente que, na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicita a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou que lhe atribua efeito vinculante.

Todavia, no Brasil, o que se constata é que o maior problema da adoção dessa perspectiva não são as tentativas legislativas – abalizadas por parcela da doutrina – de pretender instituir o *stare decisis* no sistema pátrio. O maior risco que essas reformas trazem é que, no afã de implantar o sistema de precedentes em nosso ordenamento – porque tal sistema supostamente geraria maior isonomia e celeridade processual –, estas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que ignoram a flexibilidade insita ao sistema de precedente do *common law*.

6.2. *Stare decisis* e o sistema de precedentes

De início, cumpre esclarecer que a doutrina dos precedentes, apesar de anterior, não é sinônima de *stare decisis*, conforme demonstraremos nesse tópico.

Nessa perspectiva, não se pode perder de vista que o *stare decisis* é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais, pois essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo que, por séculos, estruturou-se naquelas comunidades. De acordo com Harold Berman, a regra acima mencionada (*likes cases should be decided alike*) já era usada pelas *royal courts* da França e da Inglaterra, o que não se confundia com o *stare decisis*.¹

A doutrina do *stare decisis*, em sua acepção técnica, surgiu apenas mais tarde, mediante uma sistematização das decisões, que distinguia entre *holding* e *dictum*. A

holding seria a elaboração/construção (*holding*) do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros; já o *dictum* consistiria na argumentação utilizada pela corte dispensável à decisão e desse modo, não era vinculante.²

Dessa forma, a doutrina dos precedentes se estruturou no final do século XVII, a partir de uma mudança no método filosófico que orientava o pensamento da época. Essa mudança deve-se ao método experimental de Robert Boyle que se contrapôs ao cientificismo de Thomas Hobbes.³

A obra de Boyle influenciou a filosofia do direito de Matthew Hale, para a qual a validade dos princípios legais, tais como os princípios das ciências naturais, depende da repetição e da verificação e validação dos membros da comunidade. Assim, “*for many centuries law in the West had developed historically, with each generation consciously building on the experience of its precursors, was, of course, a well-known fact. Prior to the seventeenth century, however, it had not risen to the level of theory*”.⁴

Isso se deu em decorrência da formação essencialmente prática do *common law* inglês que assegurou a esse sistema uma característica peculiar relacionada a sua tradição histórica. Em razão da atuação de juristas como Edward Coke, John Selden e Mathew Boyle, configurou-se verdadeira dimensão filosófica para a história do *common law* inglês. Eles asseveravam que o precedente judicial deveria ocupar posição de fonte imediata do direito ao lado da equidade e da legislação. Por consequência, lançaram as premissas teóricas para a fundação da *historical jurisprudence* que ocupou a mesma posição da teoria do direito natural e do positivismo legalista.⁵

Para os citados autores, o direito, além do caráter moral, legal e político, possuía uma tradição histórica, cujo intuito era preservar e desenvolver a tradição do povo a quem pertence o direito. Sobre a questão, Harold Berman afirma que: “*it was at least implicit in their writing that these three purposes, or aspects, of law should be integrated, and, more particularly, that conflicts which inevitably arise between the moral and political purposes of law can and should be resolved in the context of legal history. Thus law, they might have said, is the balancing of morality and politics in the light of history; it is the balancing of justice and order in the light experience*”.⁶

Logo, a forte influência da história na consolidação do *common law*, aliada à filosofia embasada no método de análise e síntese que exigia um exame casuístico para se alcançar as soluções legais, bem como a inexistência de um direito dogmatizado e científico ministrado em suas universidades, resultou na estruturação do *common law* com base na prática cotidiana do direito, e não a partir da doutrina ou da ciência do direito, como ocorreu com o *civil law*. Ou seja, o *common law*, ao contrário do *civil law*,

1. Harold J Berman. *Law and Revolution*. The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983, p. 479.

2. Harold J Berman. *Law and Revolution*, cit., p. 479.

3. Harold J. Berman. *Law and Revolution II: the impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, London: Harvard University Press, 2003, n. 8, p. 265-269.

4. Harold J. Berman. *Law and Revolution II*, cit., n. 8, p. 269.

5. Idem.

6. Idem.

não se originou cientificamente (do ponto de vista professoral), mas, sim, judicialmente, ou seja, como prática judiciária.⁷

Nesse contexto, pode-se afirmar que o *common law*, mesmo antes do surgimento da doutrina dos precedentes ou do *stare decisis*, sempre se embasou na casuística, vale dizer, na análise de prévias decisões judiciais para se alcançar o deslinde da demanda. Essas decisões prévias não constituíam verdadeiramente precedentes, mas exemplos de como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares.

Corroborando a assertiva supramencionada, pode-se verificar que inúmeras obras já reuniam diversas decisões judiciais sem que ainda estivesse colocada a doutrina dos precedentes. Exemplos significativos dessas obras são o *Treatise on the Laws and Customs of England* e *Note Book* de Bracton, nessas obras nem mesmo está presente o vocábulo *precedent*. Nos termos dessas obras, “judicial decisions could be used to illustrate legal principles but were not themselves an authoritative source of law”.⁸

Harold Berman afirma que o termo precedente foi utilizado pela primeira vez em 1557.⁹ A doutrina dos precedentes consiste em teoria que alça as decisões judiciais como fonte imediata do Direito, junto à equidade e legislação. Dessa maneira, a doutrina dos precedentes vincula as Cortes no julgamento dos casos análogos. Essa doutrina, para ser aplicada, demanda dos juízes a avaliação de quais são as razões jurídicas foram essenciais para o deslinde das causas anteriores. Os fundamentos jurídicos que foram imprescindíveis para solução da demanda constituem a *holding*, já o que não foi essencial é mera *dictum* que deve ser desconsiderada no julgamento dos casos futuros. Todavia, uma vez detectada a *holding*, ela constituirá a *rule of law* que vinculará a solução dos casos futuros.¹⁰

A doutrina dos precedentes caracteriza evolução histórica da filosofia do *common law*, baseada na casuística e na própria dimensão histórica do fenômeno jurídico. De maneira que a linha judicial, consistente na aplicação de uma regra ou princípio jurí-

dico em diversos casos análogos, é evidência da existência e validade de cada regra e/ou princípio jurídico aplicado. Assim, perante a doutrina dos precedentes, as decisões não configuram meros exemplos da aplicação das regras e dos princípios, mas, sim, a prova da existência deles e de sua consequente recepção pelo Judiciário. Nessa perspectiva, o juiz tem a obrigação de encontrar o direito na análise dos casos e declará-lo.¹¹

Essa *teoria declaratória* significa que a fonte do direito no precedente está ligada à fonte do direito no costume, que, por sua vez, é relacionada à fonte do direito na razoabilidade, como elemento moral do direito. A convicção na razoabilidade jurídica consiste na própria origem da conhecida doutrina dos precedentes.¹²

Desse modo, existem duas razões fundamentais para a caracterização da teoria dos precedentes: “(1) a sense of the historical appropriateness of the precedent and of the body of law as a whole, and (2) the belief that its component decisions are the products of a disciplined process of reasoning and reflection on common experience”.¹³

Portanto, não se pode perder de vista que o *common law* sempre estruturou-se em estrito contato com a história e com a tradição da comunidade em que se formava. Essa característica peculiar assegurou que o *common law* originasse seu sistema de precedentes e o posterior *stare decisis*.

A referida doutrina dos precedentes não pode ser confundida com a estrita doutrina do *stare decisis* que surgiu no século XIX, na qual a realização de um determinado caso é tratada como obrigatória em num tribunal no julgamento de um caso semelhante mais tarde. A doutrina do *stare decisis* origina-se da doutrina dos precedentes, com a diferença de que almejava fazer com maior clareza a distinção entre a *holding* e a *dictum*. Todavia, a doutrina dos precedentes estava mais vinculada ao costume dos juízes, e consistia em uma linha de casos, e não apenas uma única decisão que poderia ter efeito vinculante, conforme admite o *stare decisis*.¹⁴

Thomas Lundmark aponta três razões pelas quais o *stare decisis* não teria se consolidado plenamente antes do século XIX. A primeira porque, antes de 1800, inexistia fonte confiável de publicação das decisões judiciais. A segunda diz respeito ao fato de que, até 1876, o *stare decisis* não possuiu, de forma clara, uma estrutura judicial hierarquicamente organizada. Por fim, antes do século XIX, porque prevalecia o entendimento de que o direito era algo transcendente, cuja produção não era feita pelo juiz, ao qual caberia tão somente desvendar e declarar o direito, mas nunca fazê-lo.¹⁵

7. Harold J. Berman. *Law and Revolution II*, cit., n. 9, p. 272.

8. Harold J. Berman. *Law and Revolution II*, cit., n. 9, p. 273.

9. *Verbis*: “This principle was not ironclad; in 1557, in perhaps the first recorded use of the term ‘precedent’, a case was reported in which it was said that judgement was given, ‘notwithstanding two presidents. Moreover, the principle was largely confined to procedural matters, including matters of judicial competence, and was probably related to the necessity of maintaining lines of separation between the jurisdiction of the common law courts and that of the other types of courts’. Harold J. Berman. *Law and Revolution II*, cit., n. 9, p. 273-274.

10. Harold J. Berman. *Law and Revolution II*, cit., n. 9, p. 274. A doutrina de Harold Berman também é ilustrativa para evidenciar a primeira distinção entre *dictum* e *holding*. *Verbis*:

“The earliest attempt to develop the distinction between dictum and holding was that of Chief of Justice Vaughan of the Court of Common Pleas in 1673. Vaughan stated: ‘an opinion given in Court, if not necessary to the judgment (...) but (...) [the judgment] might have been as well given if no such or a contrary opinion had been broached, is no (...) more than a gratis dictum’. Vaughan did not consider, however, that the holding in any particular case was necessarily to be followed in subsequent cases. ‘If a judge conceives a judgment given in another Court to be erroneous’, Vaughan stated, ‘he being sworn to judge according to law, that is, in his conscience, ought not to give like judgment’”. Harold J. Berman. *Law and Revolution II*, cit., n. 9, p. 274.

11. Harold J. Berman. *Law and Revolution II*, cit., n. 9, p. 274.

Sobre a questão dos precedents, ver: Pierluigi Chiassoni. *Il fascio discreto della common law. Appunti sulla ‘rilevanza’ dei precedenti giudiziari*, In: Mario Bessone, Elisabetta Silvestri e Michele Taruffo (orgs.). *Metodi della Giustizia Civile*, Milani: Cedam, 2000.

12. Harold J. Berman. *Law and Revolution II*, cit., n. 9, p. 275.

13. Idem.

14. Idem.

15. Thomas Lundmark. *Soft stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe*, in *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, n. I, p. 161.

Sendo assim, a doutrina dos precedentes foi fundada na teoria científica do conhecimento, exposta, no século XVII, por Robert Boyle, Isaac Newton e o jurista Matthew Hale. Tal teoria foi posteriormente desenvolvida no meio do século XVIII por David Hume. Após a teoria de Hume, “the traditionary doctrine of precedent treated the judiciary’s repeated application of previous holdings to nalogous cases as the best evidence of their probable validity, just as the repeated confirmation of the results of scientific experiments by the community of physicists and chemists was treated as proof of the probable truth their findings”.¹⁶

Destarte, o *stare decisis* pode ser conceituado como a designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do *common law* obteve no século XIX, tanto nas cortes da Inglaterra quanto nos Estados Unidos. Antes disso, essa doutrina não se consolidou, conforme anota Thomas Lundmark, em razão da inexistência de fonte confiável de reprodução das decisões judiciais.¹⁷

Dessa maneira, torna-se evidente a complexidade da formação e da estruturação da doutrina dos precedentes no sistema do *common law*, porquanto sua consolidação é fruto da evolução histórica, política e filosófica de determinada comunidade, ou seja, sua criação não é fruto de imposição legislativa. Tanto assim é que não existe nenhuma regra escrita no *common law* determinando a obrigatoriedade de se seguir os precedentes, tampouco atribuindo efeito vinculante a eles de maneira explícita.

6.3. O precedente judicial e a *ratio decidendi*

Toda análise sobre precedente judicial não pode perder de vista que ele não constitui decisão piloto apta a solucionar diversos casos paradigmas. Ou seja, o Tribunal Superior, ao julgar um *leading case*, não pode determinar que ele tenha valor de precedente judicial. Somente se, historicamente, ele for utilizado na argumentação das partes e na fundamentação de novas decisões judiciais é que ele começará a ganhar o *status* de precedente.

Destarte, ontologicamente, o precedente constitui decisão judicial proferida para solucionar caso concreto; ademais, ele nunca pode pretender nascer desde sempre como precedente. Assim, a sua capacidade para constituir critério normativo apto a solucionar novos casos, dependerá, inevitavelmente, do processo histórico referente a sua futura aplicação.

Nesse sentido, a partir da obra de A. Castanheira Neves, o precedente pode ser conceituado como a decisão judicial pronunciada para solucionar ao caso que historicamente decidiu, ou seja, trata-se de decisão estritamente jurisdicional que torna ou impõe como padrão um normativo para deslinde de decisões análogas.¹⁸

16. Harold J. Berman. *Law and Revolution II*, cit., n. 9, p. 275.

17. Thomas Lundmark. *Soft stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe*, n. IV, p. 166.

18. António Castanheira Neves. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983, n. 1, p. 12.

Em sentido próximo, Pierluigi Chiassoni conceitua o precedente como a regra jurídica utilizada por órgão jurisdicional em decisão pronunciada e publicada em momento anterior, que será utilizada como fundamento jurídico de posterior decisão que contenha controvérsia análoga ou idêntica.¹⁹

A *ratio decidendi*, além de possuir a função de colocar-se como o fundamento jurídico a solucionar os casos no *common law*, possui a função de evitar arbitrariedades nas decisões judiciais. Sobre esse ponto, Francesco Cordopatri ressalta que: “it is important to know that the ratio decidendi, as a generic legal proposition or principle of law, or as a decisional criterion, actually prevents a juridically imperceptible, or even arbitrary result”.²⁰

O *obiter dictum*, por sua vez, corresponde ao enunciado, caracterizado por uma regra de conduta, uma interpretação jurídica, ou uma argumentação – ou mesmo fragmento de argumentação – jurídica, expressamente contido na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda.²¹

19. Pierluigi Chiassoni. *Il fascio discreto della common law. Appunti sulla 'rilevanza' dei precedente giudiziari*, cit., n. 2.1, p. 4-5.

Para uma análise mais completa da evolução do conceito de *ratio decidendi*, ver: Francesco Cordopatri. *The ratio decidendi (an historical and comparative review)*, in *Italian Yearbook of Civil Procedure*, vol. I, Milano: Giuffrè Editore, 1991, p. 72 et seq.

20. Francesco Cordopatri. *The ratio decidendi (an historical and comparative review)*, cit., p. 74.

21. Nesse sentido, ver: Pierluigi Chiassoni. *Il fascio discreto della common law. Appunti sulla 'rilevanza' dei precedente giudiziari*, cit., n. 2.3, p. 9.

A definição de *ratio decidendi* apresenta diversas variantes, conforme ensina Geoffrey Marshall *verbis*: “Out of the considerable body of common law literature devoted to this subject over the past century, and from the less structured remarks to be found in judicial opinions, a number of theses, not all compatible, have emerged as to the proper characterization of the ratio decidendi of the case. Given that a ratio decidendi is a legal statement or ruling, whose relationship to the facts of the case in question remains to be established, there are at least here possibilities. The ratio decidendi might be:

1 a rule of law or ruling in the light of material facts that a prior court explicitly declares or believes itself to be laying down or following; or

2 a ruling in the light of material facts that a prior court (when the decision is analysed) is, as a matter of fact, laying down or following; or

3 a ruling in the light of material facts that a prior court ought properly (in view of the existing law, facts and precedents) to be laying down or following.

Some authorities (possibly moved by the instincts of legal realism) have attempted to attach the notion of ratio decidendi solely to the perceptions of later courts called upon to apply earlier decisions. For precedent ial purposes, wrote Jerome Frank a ‘a case means only what a judge in later case says it means’ (Frank, 1949, p 274). That being so, there remains two, or perhaps three, further possibilities, namely that the ratio decidendi might be:

4 a ruling that a subsequent court or courts say that an earlier court believed itself to be laying down in the light of material facts; or

5 a ruling that a subsequent court or courts say that an earlier court was laying down or following in the light of material facts; or even

6 a ruling that a later court or courts ought (on a proper analysis by legal scholars) to have said that an earlier court was laying down or following in the light of material facts”. Geoffrey Marshall.

Efetuar a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* é imprescindível no sistema de *stare decisis*, a fim de se revelar o precedente jurídico que será fundamental para a solução de novos casos.

Outrossim, a doutrina destaca a dificuldade inclusive para se definir o que é vinculante (*binding element*)²² dentro do precedente. Dentre essas dificuldades, conforme expusemos, a principal delas é a distinção entre o que caracteriza a *ratio decidendi* de um caso e o que é simples *obiter dicta*. A *ratio decidendi* configura a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (lide). A *obiter dicta* consiste no conjunto de afirmações e argumentos contidos na motivação da sentença, mas que não constituem fundamentos jurídicos da própria decisão.²³

Postos de forma sucinta os conceitos fundamentais da doutrina do *stare decisis*, resta demonstrar como eles se articulam. A doutrina dos precedentes aplica-se em três etapas.

A primeira consiste na seleção de quais precedentes são similares, o suficiente para confrontar o caso a ser decidido, às considerações de mérito da cadeia de precedentes. O segundo passo é identificar e articular os elementos contidos nos precedentes, a fim de identificar qual a premissa/regra jurídica contida nos casos anteriores (*ratio decidendi*)²⁴ que pode ser utilizada para solucionar o caso sob análise. O terceiro passo concerne nas circunstâncias particulares que, uma vez presentes, permitem que o juiz afaste-se da aplicação do precedente vinculante, por meio da utilização do *distinguishing*.²⁵

Nesse ponto, é importante compararmos a forma como o juiz do *civil law* e do *common law* alcançam a regra decisória do seu caso concreto. Guido Alpa²⁶ elenca três fases para explicitar a função decisória:

a) A fase do exame das circunstâncias da espécie, ou seja, os dados fáticos; a projeção do fato depende da diversidade das partes, e dos meios de prova;

b) A fase da qualificação jurídica do fato; o juiz continental confronta o caso de espécie com a espécie fática abstrata contida nas regras escritas (Constituição Federal

e leis); o juiz inglês confronta os dados do caso em exame com os dados de fato que tinham sido objeto de decisões precedentes;

c) A fase da decisão, ou seja, da determinação da solução, com a expressão da regra (do caso).

As fases “a” e “c” são coincidentes, salvo as diferentes regras processuais inerentes à articulação do procedimento, à valoração das provas, à compreensão de um juiz monocrático ou de um juiz colegiado, à compreensão dos especialistas etc. Excetuam-se também as técnicas de motivação da decisão e o relacionamento entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, bem como a possibilidade de acolher *dissenting opinions* etc.²⁷

Guido Alpa ressalta que a fase b) é a mais complexa. Em ambos os casos, os juízes procedem com “pré-compreensão”, porque o juiz continental fará apelo a sua bagagem cultural, composta pelas noções institucionais do aparato dogmático; do aparato conceitual e sistemático; da pesquisa de jurisprudência, efetuada mediante ao recolhimento e a análise das máximas, motivações, notas das sentenças, resenhas, artigos, ensaios, monografias, tratados. O juiz inglês confiará, sobretudo, em sua bagagem e experiência prática (tendo exercitado a profissão), fará o recolhimento de precedentes e, provavelmente, ocupar-se-á das análises críticas que esses têm subitamente da parte dos autores sob revista, *casebooks* o *handbooks*²⁸ [a forma como o precedente tem sido aplicado].

Essa breve exposição das etapas de aplicação do precedente é suficiente para evidenciar que, no *common law*, inexistente aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar, por efeito cascata, diversos casos futuros, pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa. Depois que o precedente [e localizado, passa-se a verificar se, na circunstância do caso concreto que ele virá solucionar, é possível utilizá-lo sem que ocorram graves distorções, porque, caso elas ocorram, o precedente deverá ser afastado.

6.4. Precedente judicial: características e funções

Neste item, demonstramos as principais características do precedente judicial, objetivando evidenciar sua distinção em relação aos nossos institutos dotados de efeito vinculante, tal como a súmula vinculante e a jurisprudência dotada de efeito vinculante.

A primeira distinção é a forma como os dois institutos ingressaram em cada sistema jurídico.²⁹ De acordo com Lenio Streck, nos Estados Unidos, a força do precedente “reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição

What is binding in a Precedent, neil maccormick, Robert S. summers e Arthur L. Goodhart (org.). *Interpreting Precedents*, England: Ashgate, 1997, n. 4, p. 506-507.

22. Sobre o tema, ver: Geoffrey Marshall. *What is binding in a Precedent*, cit., p. 503 et seq.

23. Michele Taruffo. *Precedente e giurisprudenza*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (org.). *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V, Mexico: Marcial Pons, 2008, n. III, p. 801.

Referido artigo foi atualmente traduzido por André Luis Monteiro; Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier, publicado na Revista de Processo, n. 199, setembro, 2011. Michele Taruffo. *Precedente e Jurisprudência*, *Revista de Processo*, n. 199, setembro, 2001.

24. Posteriormente, chamada de *holding* no sistema norte-americano, ver: Thomas Lundmark. *Soft stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe*, cit., n. IV, p. 167.

25. Thomas Lundmark. *Soft stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe*, cit., n. IV, p. 166-167.

26. Guido Alpa. *La creatività della giurisprudenza*, cit., n. 4, p. 13.

Para análise também detalhada da forma de aplicação do precedente, ver: Teresa Arruda Alvim Wambier. *Interpretação da lei e de precedentes civil law e common law*, cit., n. 4, p. 38.

27. Guido Alpa. *La creatività della giurisprudenza*, cit., n. 4, p. 13.

28. Idem.

29. Importante ressaltar que Alessandro Pizzorusso pontua que os precedentes e a legislação são as principais fontes do Direito que possibilitam a classificação e a individualização dos ordenamentos jurídicos, Cf. Alessandro Pizzorusso. *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale*

e tampouco em regra de ofício. Causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, da obrigatoriedade da obediência ao 'precedente sumular' por intermédio de emenda constitucional em um sistema jurídico filiado à família romano-germânica".³⁰

Por outro lado, de acordo com Harold Berman, a regra do *stare decisis*³¹ da *common law*³² é fruto de evolução histórica, tal como outros institutos desse sistema jurídico são oriundos de um modelo de procedimento informal, não escrito e livre. Esses institutos e modelos de procedimento existem na mente dos cidadãos e na consciência da comunidade.³³

A súmula vinculante, ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal. Nessa perspectiva, Alessandro Pizzorusso enfatiza que a eficácia

e diritto legislativo. In: *Estudios en homenaje à Héctor Fix-Zamudio*, vol. V, Mexico: Universidad Autónoma de Mexico, 2008, n. I, p. 551.

30. Lenio Luiz Streck. *O Efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica*, in *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. Paulo Bonavides; Francisco Gerson Marques de Lima; Faya Silveira Bedê (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 414. Apontando semelhanças entre os institutos ver Rodolfo de Camargo Mancuso. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 174-192, *Questões controvertidas sobre a súmula vinculante*. In: José Miguel Garcia Medina, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, Luiz Manoel Gomes Junior. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 1192; André Ramos Tavares. *Nova Lei da Súmula Vinculante*, 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 22-23; equiparando os institutos Carlos Mário da Silva Velloso. *Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante*. *Revista do Advogado*. n. 75, abril, 2004, p. 26.

31. De acordo com Toni M. Fine: "a doutrina do *stare decisis* é firmemente estabelecida no sistema legal norte-americano. Tal doutrina, também conhecida como aplicação do precedente, estipula que, uma vez que um Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subsequentes que apresentam fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior. Segundo essa doutrina, uma regra de direito, uma vez proferida por um Tribunal, normalmente deve ser seguida até que tal regra tenha que, ou deva ser, modificada. A regra do *stare decisis* é, pois, a política das Cortes de manter o precedente e não interferir, nos casos que se sucedem, em questões já decididas em casos anteriores. Enquanto facilmente definida em abstrato, a doutrina do *stare decisis* não se afigura um princípio simples, de fácil definição. Ao contrário, é ela um fenômeno complexo, cuja aplicação reflete prudência e exercício de discricção judicial. O uso do precedente o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano, *Revista dos Tribunais*, n. 782, 2002, p. 90-91.

Keith Eddey define o *stare decisis* (to stand upon decisions) da seguinte forma: "This doctrine, in its simplest form, means that when a judge comes to try a case, he must always look back to see how previous judges have dealt with previous cases (precedents) which have involved similar facts in that branch of the law. In looking back in this way the judge will expect to discover those principles of law which are relevant to the case which he has to decide. The decision which he makes will thus seek to be consistent with the existing principles in that branch of the law, and may, in its turn, develop those principles a stage further". *The English Legal System*, 3. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1982, p. 125.

32. Para análise detalhada sobre o regime de precedentes, ver Michael J. Gerhardt. *The Power of Precedent*, New York: Oxford University Press, 2008, n. 2, p. 47 et seq.

33. Para mais detalhes cf. Harold J. Berman. *Law and Revolution*, cit., p. 480-481.

do precedente depende diretamente dos pressupostos lógicos (motivos) da decisão que o originou.³⁴

Do mesmo modo, a jurisprudência dotada de efeito vinculante, nos termos dos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 e art. 927 do CPC/2015, não pode ser considerada precedente no sentido estrito do termo, porquanto sua construção não é histórica, foi imposta mediante alteração legislativa motivada na redução da velocidade dos processos.

Nesse diapasão, Castanheira Neves pontua que: "o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente análoga)".³⁵

A súmula vinculante, por sua vez, da mesma forma que o assento português³⁶, desvincula-se do(s) caso(s) que a originaram: ela se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros, e, tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo, duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação na imprensa oficial.³⁷

Para conferir maior ênfase a essa diferença na formação entre a súmula vinculante e o precedente, recorreremos ao ensinamento de Dworkin, que é enfático ao asseverar que "a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação".³⁸

Assim, o precedente se constitui como critério normativo a ser seguido em novos casos nos quais exista idêntica questão de direito, até porque se ocorrer a identidade material (fática) e a jurídica não se tratará de resolução por precedente e sim de coisa julgada.³⁹

34. Alessandro Pizzorusso. *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*, cit., n. IV, p. 568.

35. Antonio Castanheira Neves. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, cit., n. 1, p. 12.

36. Cf. Antonio Castanheira Neves. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, cit., n. 2, p. 228.

37. Nesse ponto, merece destaque o entendimento de Sérgio Gilberto Porto que ressalta fundamental distinção entre súmula vinculante e precedente judicial. *Verbis*:

"Assim, pode-se afirmar que o precedente representa, em verdade, um ponto de partida para a análise e julgamento do caso concreto e não uma restrição ao poder de julgar, deixando, desse modo, bem clara a diferença entre o *stare decisis* e a chamada súmula vinculante que, nesta quadra da história, preocupa a comunidade jurídica nacional. Note-se, pois, diferença fundamental entre uma e outra situação. Na espécie, *stare decisis* a decisão de adotar o precedente, como já registrado, cabe ao juiz posterior, ou seja, àquele que está no momento julgando e não se constitui numa imposição do juízo anterior como no caso da edição de súmula máxime quando e se de caráter vinculante". Sérgio Gilberto Porto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. Luiz Guilherme Marinoni (org.). *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 766.

38. Ronald Dworkin. *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 176. (grifamos)

39. Cf. Antonio Castanheira Neves. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, cit., n. 2, p. 60.

O que não se pode perder de vista é a qualidade que os precedentes possuem no *stare decisis*, “são por um lado, invocados como starting points do legal reasoning, isto é, como *topoi* no sentido da casuística retórica, e impõem-se, por outro lado, como concepções de tipo heurístico (não conceitualmente vinculantes) da ratio iuris – são, pois, fundamentos normativos para um pensamento problemático e de intenção teológico concreta”.⁴⁰

Os precedentes, vale dizer, constituem o ponto de partida (*starting point*) para a discussão da lide, permitindo a exposição das razões jurídicas, papel que no *civil law* é desempenhado pela própria legislação. Na discussão do caso concreto no *common law*, o argumento das partes consiste em evidenciar como o cerne do precedente [aquilo que deve ter efeito vinculante] milita a seu favor, por isso, o precedente é o *topoi* argumentativo a partir do qual autor e réu passam a expor seus argumentos. Ademais, o precedente não possui sua eficácia vinculante em razão de determinação legislativa, pelo contrário, sua força advém da tradição jurídica própria da comunidade em que se formou, por isso, heurístico.

Por fim, o precedente nunca tem em sua estrutura o que efetivamente deve ser considerado vinculante, em virtude disso, a sua aplicação para a decisão de uma questão jurídica nunca é pretensamente automática/silogística. Não obstante a utilização do precedente na fundamentação da decisão jurídica, seu uso nunca é possível sem que o juiz promova verdadeira problematização, com o intuito de determinar como sua incidência será feita caso a caso.

Assim, já se pode inferir a diferença do precedente para a decisão judicial dotada de efeito vinculante no que diz respeito ao *modo de sua aplicação*; o precedente constitui-se em um critério jurídico que serve como *problematização* e fundamentação para casos análogos, cuja solução necessita de “uma ponderação material de referência concreta ou casuística, cuja solução não está logicamente predeterminada, mas vai se constituindo através daquela ponderação”.⁴¹

Nesse ponto cumpre esclarecer que o art. 927 do CPC/2015, diferentemente do que setores doutrinários têm proclamado, não cria um sistema de precedentes mas sim um sistema de provimentos vinculantes via atribuição legal.

Vale dizer, se de fato não é possível criar legislativamente o genuíno sistema de precedentes do *common law* porque ele é fruto de uma evolução histórica, fato é que o CPC/2015 em seu art. 927 elenca rol de provimentos vinculantes a serem observados na ocasião da decisão judicial. Exatamente nessa perspectiva que ocorreu a gênese do CPC/2015 que não

pode ser lido como a cristalização do *common law* no Brasil e sim uma criação legislativa de provimentos vinculantes. Torna-se fácil constatar a extrema dificuldade de se pretender instituir esses mecanismos no Brasil, mediante alterações legislativas. Isso porque o sistema de precedentes e o *stare decisis* não surgiram e se consolidaram no *common law* repentinamente. Muito diversamente, são frutos do desenvolvimento histórico daquelas comunidades, de modo tão evidente que, na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicita a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou que lhe atribua efeito vinculante.

Nessa perspectiva, somente uma leitura constitucionalmente adequada pode demonstrar que a inserção dos precedentes pelo CPC deve ser encarada como elemento normativo para assegurar a integridade do sistema jurídico para produção de uma solução jurídica constitucionalmente adequada. Vale dizer, os *provimentos jurídicos vinculantes* (súmulas, decisões paradigmas e precedentes etc.) não devem ser vislumbradas como soluções prontas – como se fossem a norma decisória em si, pronta para ser aplicada sem interpretação – para os casos futuros, mas, sim, como mais um texto normativo de observância obrigatória pelos juízes e demais tribunais formularem a solução dos casos futuros.

A impossibilidade de se equiparar o genuíno sistema de precedentes do *common law* com o modelo criado pelo Código é evidente quando examinamos o CPC em sua completude. Isso porque o Código *identifica o precedente como decisão dos Tribunais Superiores*. Esse dado reforça que o Código aumenta a aposta em uma verticalização vinculante estabelecendo diversos provimentos que passam a ser vinculantes, em cujo o rol, aliás, o termo precedente *não aparece*. Isso porque conforme demonstramos o precedente (o do *common law*) não nasce como precedente. Ele contém um DNA de historicidade que somente surge se houver adesão de seu entendimento pelas instâncias inferiores do judiciário.

Retomando a questão pertinente à funcionalidade, devemos destacar que essa funcionalização do precedente evidencia sua diferença em relação às decisões jurisdicionais dotadas de efeito vinculante (art. 543-B e 543-C do CPC/1973 e art. 927 do CPC/2015), na medida em que elas, apesar de serem decisões judiciais, em nenhum momento podem constituir o ponto de partida para a discussão da *legal (reasoning)*, na medida em que pretendem trazer a decisão pronta que permitiria, de maneira automática, o deslinde de todos os casos sobrestados.

Com efeito, a decisão oriunda dos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 e art. 927 do CPC/2015 não pretende constituir parâmetro argumentativo para as partes apresentarem suas razões jurídicas, muito menos como fundamentos normativos para o magistrado problematizar e alcançar sua legislação, mediante uma ponderação dos fundamentos jurídicos postos no caso concreto.

Pelo contrário, a decisão dotada de efeito vinculante, nos termos dos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 e art. 927 do CPC/2015, almeja constituir-se como a regra decisória de uma multiplicidade de casos concretos, ou seja, como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e a problematização decisional, de modo que se tornaria despiciendo que o magistrado

Para conceito de precedente, ver: Nesse sentido, Alessandro Pizzorusso. *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*, cit., n. III, p. 558.

Adotando nosso posicionamento, conferir: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal comentada e legislação extravagante*, cit., comentários, 7/9 CF 103-A, p. 530-531.

40. Antonio Castanheira Neves. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, cit., n. 2, p. 62.

41. Idem, p. 74.

ou os tribunais locais precisassem socorrer-se à interpretação da lei e da Constituição Federal, bem como ao exame das alegações das partes para solucionar as lides sobrestadas em razão da aplicação dos arts. 543-B e 543-C, do CPC/1973, e art. 927 do CPC/2015.

Outro ponto a ser ressaltado que diferencia o precedente da decisão judicial dotada de efeito vinculante é a questão do *alcance* (conteúdo) da decisão do precedente.

Essa diferenciação do alcance do precedente é facilmente verificável em relação à súmula vinculante, que possui seu conteúdo nitidamente evidenciado no texto do verbete sumular enunciado pelo STF. A súmula vinculante encerra-se, à semelhança da legislação, em um texto normativo, que passa a ter validade após sua publicação. Ou seja, súmula vinculante são aqueles verbetes proferidos por dois terços dos membros do STF sobre matéria constitucional que atenda aos requisitos do art. 103 – A e seguintes da Constituição. Em contrapartida, os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, devendo ser identificados com o caso decidido.

No sistema do *stare decisis*, muitas vezes, não é pacífico o entendimento sobre qual seria o precedente, a regra jurídica, a ser aplicada aos casos análogos.⁴²

De forma diferente, as decisões judiciais dotadas por via legislativa de efeitos vinculantes – cuja aplicação se procede nos termos dos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 e art. 927 do CPC/2015 – não permitem às partes que argumentem juridicamente com base nelas, haja vista que o seu processo fica sobrestado até o pronunciamento da decisão piloto, bem como o juiz e os tribunais locais ficam impedidos de utilizar a decisão paradigma para problematizarem sua solução, na medida em que a aplicação desses dispositivos carrega a falsa ideia de que a decisão piloto pode ser aplicada de forma mecânica e automática, por meio do que se convencionou designar de efeito cascata.

Já no sistema do *stare decisis*, não raro haverá controvérsias acerca de quais partes da decisão são consideradas precedentes, e, assim, possuem sua vinculação normativa, afinal, conforme ressalta Toni M. Fine, “*inicialmente se concede respeito ao precedente somente se ele for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes*”.⁴³

Na doutrina dos precedentes, interessa toda a fundamentação que envolve a decisão, bem como a posterior aplicação dessa decisão, assim, a determinação do que constitui o precedente é assunto sempre conflituoso e passível de intensos debates. Uma vez que apenas será considerado precedente o que for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial, baseada em um intenso contraditório. O que não for objeto de consideração exaustiva pelo Tribunal por meio de um intenso contraditório não é considerado precedente, e, sim, *dicta*, consoante já expusemos.⁴⁴

O *stare decisis*, pela importância que concede ao precedente, garante que a sua aplicação só pode ocorrer se foi fruto de um intenso contraditório e se estiver fundamentado,⁴⁵ do contrário será *dicta* que, “*não são considerados como parte do dispositivo da decisão, porquanto tais questões podem não ter sido submetidas (devolvidas), de forma integral, à consideração do tribunal. Portanto, as partes da decisão judicial que são mero dicta ordinariamente não possuem valor ou efeito de precedente*”.⁴⁶

Nessa perspectiva, não se pode perder de vista que o *stare decisis* é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais, pois essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo que por séculos estruturou-se naquelas comunidades. Conforme expusemos, Harold Berman já destacava que o preceito (*likes cases should be decided alike*) tinha uso na França e na Inglaterra, o que não se confundia com o *stare decisis*. A doutrina do *stare decisis*, em sua acepção técnica, surgiu em momento posterior, a partir de uma sistematização das decisões, que distinguia, de forma cada vez mais complexa, a elaboração/construção (holding) do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros, e o *dictum* que consistia na argumentação utilizada pelo corte dispensáveis à decisão e desse modo, não eram vinculantes.⁴⁷

Essa passagem esclarece porque a mecânica dos sistemas de precedente é diferente em relação a nossa técnica de utilização da solução paradigma para processos repetitivos. A utilização do paradigma para solucionar o caso concreto exige intensa interpretação e realização de contraditório entre as partes. Já o uso dos arts. 543-B e 543-C, do CPC/1973, dispensariam nova argumentação das partes – até mesmo porque o processo em que elas atuam estaria sobrestado – para que o juiz/tribunal decidisse imediatamente a lide, a partir do que ficou estabelecido na decisão paradigma proferida pelo STF ou STJ.

Outro ponto que merece destaque, em razão de sua gênese, é no que diz respeito à *teleologia* dos precedentes no sistema do *stare decisis*. Primeiramente, cumpre salientar

falls into two parts. There is first the vital reasoning which leads the judge to decide the particular issue in favour of the plaintiff or the defendant, the reason for the decision or ratio decidendi as it is known; and then the remainder of the judgment, which deals by way of explanation with cases cited and legal principles argued before the court, is called *obiter dicta* or things said by the way. The whole of a dissenting judgement is *obiter dicta*. It is the ratio of a decision, which constitutes the binding precedent; or *rationes* if there is more than one reason. So that when in case a judge is referred to a precedent, the first task of the court is to decide what was the ratio of that case, and to what extent it is relevant to the *dictum* is not binding, it can, if it comes from a highly respected judge, be very helpful in establishing the legal principles in the case under consideration. So important is it that a judgement should be accurately recorded that, before publication in the 'official' law reports, judges are asked to check for accuracy the court reporter's version of the judgement". *The English Legal System*, cit., p. 129.

45. Cf. Toni M. Fine. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano*, cit., p. 95.

46. Toni M. Fine. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano*, cit., p. 94.

47. Harold J. Berman. *Law and Revolution*, cit., p. 479.

42. No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier. *Interpretação da lei e de precedentes civil law e common law*, cit., n. 4, p. 38-39.

43. Toni M. Fine. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano*, cit., p. 94.

44. Sobre a questão Keith Eddey pondera: “The system of judicial precedent causes judgements to be carefully scrutinised, and one result of this is that it has been discovered long since that every judgement

que a doutrina dos precedentes surgiu, antes de tudo, como uma arma para defender a independência judicial e limitar os poderes do rei, e, num segundo momento, sua *ratio essendi* passou a ser a de assegurar a previsibilidade das decisões judiciais.⁴⁸

Podemos afirmar que o precedente, na realidade, constitui-se como mecanismo encontrado pelo Judiciário para consolidar sua independência e poder de atuação, uma vez que, sendo o precedente (decisão judicial), a principal fonte jurídica da atuação do Judiciário, sua atividade ficaria cada vez mais blindada em relação à interferência do Parlamento ou aos desmandos do Poder Real.

Essa constatação é demasiado importante para compreender a importância que os precedentes possuem no *stare decisis*, uma vez que concedem aos juízes maior controle sobre a interpretação e aplicação da lei e ainda conferem ao Judiciário⁴⁹ um poder de influência enorme sobre casos ainda não decididos

Em obra dedicada ao estudo da dimensão do precedente jurídico, Michael J. Gerhardt faz explanação sobre as múltiplas funções do precedente judicial. Segundo o autor, as principais funções do precedente seriam:

- 1) servir como a principal modalidade argumentativa na perspectiva constitucional;⁵⁰
- 2) figurar como o principal preceito jurídico na solução das controvérsias jurídicas pelas cortes;⁵¹
- 3) na qualidade de preceito jurídico dotado de uma espécie de efeito vinculante persuasivo, possibilitar a aplicação isonômica e coerente do direito;⁵²
- 4) facilitar o diálogo nacional/constitucional sobre o significado da e alcance da própria Constituição Federal;⁵³
- 5) formar e conferir clareza para a estrutura constitucional, isto é, tornar claras as regras do jogo que os litigantes precisam saber para se prevenir acerca das decisões de índole constitucional;⁵⁴
- 6) contribuir para a formação histórica da nação e sociedade;⁵⁵
- 7) servir ao Judiciário enquanto forma de educar a população a respeito do que é e o que significa a Constituição;⁵⁶

8) não bastasse contribuir para formação histórica, atuar como instrumento para a formação da própria identidade nacional também é função da cadeia de precedentes;⁵⁷

9) por fim, atuar como mecanismo para assegurar a implementação e concretização dos valores constitucionais.⁵⁸

Nessa perspectiva, o *stare decisis* é construção histórica da tradição jurídica dos países da *common law*, arraigada na consciência dessas comunidades. Seu surgimento não ocorreu mediante uma alteração legislativa ou por emenda à Constituição. Tribes resalta a importância dos precedentes porque a fidelidade que lhes é prestada é parte de uma concepção do Judiciário como uma fonte impessoal e racional de julgamentos.

Esse ponto permite explicitar o quão ingênuo, ou, então, desarrazoado, seria imaginar a possibilidade de se instituir o sistema de *stare decisis* no Brasil, por meio das inovações legislativas constantes nos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 e no art. 927 do CPC/2015, ou pela atribuição de efeito vinculante à motivação das decisões dos Tribunais Superiores. Primeiro porque esses dispositivos não possuem nem as características nem a funcionalidade do precedente judicial do *common law*. Ademais, ainda que fosse criada uma Emenda Constitucional que alterasse nosso texto constitucional, a fim de determinar que, a partir de então, passaria a vigorar no Brasil o sistema do *stare decisis* não seria possível a funcionalização da doutrina de precedentes, porque tal sistema é fruto de tradição histórica, oriunda das particularidades históricas, sociais, filosóficas e jurídicas das comunidades do *common law*, cuja imposição e transposição não podem ser feitas de um dia para o outro, por intermédio da vinculação determinada por via legislativa. Noutras palavras, o legislador, ainda que assim desejasse, não tem condão de inaugurar, abrupta e artificialmente, a tradição histórica de que nasceu o sistema de precedentes, posto que essa tradição foi cunhada, ao longo dos séculos, por condições específicas, que escapam ao próprio poder de criação de que dispõe o direito.

6.5. O precedente judicial não pode ser equiparado à decisão dotada de efeito vinculante pela lei

Há um perigoso equívoco em que incorre parcela de nossa doutrina ao tratar de precedente. Trata-se da pura equiparação do precedente do *common law* à jurisprudência vinculante brasileira.

O fato de o art. 927⁵⁹ do CPC/2015 elencar diversos provimentos que passarão a ser vinculantes, não pode conduzir ao equívoco de imaginar que a súmula, o acórdão

48. Eduardo Sodero. *Sobre el cambio de los precedentes*, in *Isonomia*, n. 21, octubre, 2004, p. 225.

49. Cf. Toni M. Fine. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano*, cit., p. 91.

50. Michael J. Gerhardt. *The Power of Precedent*, cit., n. 5.1, p. 147-149.

51. Idem, n. 5.2, p. 149-151.

52. Idem, n. 5.3, p. 151-153.

53. Idem, n. 5.5, p. 155-157.

54. Idem, n. 5.6, p. 157-162.

55. Idem, n. 5.7, p. 162-166.

56. Idem, n. 5.8, p. 167-169.

57. Michael J. Gerhardt. *The Power of Precedent*, cit., n. 5.10, p. 170-172.

58. Idem, n. 5.11, p. 172-176.

59. "Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria

que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do *common law*.

Nos itens anteriores, expusemos as principais características e as funcionalidades do precedente judicial; nos itens subsequentes, explanaremos a diferença que há entre o precedente e os provimentos judiciais tratados como vinculantes pelo Código de Processo Civil de 2015.

Dentre as diversas diferenças entre o precedente do *common law* e o brasileiro, elencamos três que consideramos essenciais para o tratamento do tema. Desse modo, faremos a exposição do fator histórico, hermenêutico e democrático que impedem a pura equiparação conceitual entre os dois *modos-de-precedentes*.

6.5.1. Fator histórico: ou as razões pelas quais um sistema de *stare decisis* não surge de um dia pro outro ou por determinação legislativa

Como é cediço, a doutrina dos precedentes estruturou-se no final do século XVII, a partir de uma mudança no método filosófico que orientava o pensamento da época.

Essa mudança deve-se ao método experimental de Robert Boyle que se contrapôs ao cientificismo de Thomas Hobbes.⁶⁰

A obra de Boyle influenciou a filosofia do direito de Matthew Hale, para a qual a validade dos princípios legais, tais como os princípios das ciências naturais, dependia da repetição e da verificação e validação dos membros da comunidade.⁶¹

Assim, afirma-se que, por muitos séculos, a lei no Ocidente foi desenvolvida historicamente com cada geração, formando-se conscientemente na experiência de seus predecessores, fato que era bem conhecido. Todavia, antes do século XVII, não tinha subido para o nível da teoria.⁶²

Esse processo se deu em decorrência da formação essencialmente prática do *common law* inglês, fato que assegurou a esse sistema uma característica peculiar relacionada a sua tradição histórica. Graças à atuação de juristas, como Edward Coke, John Selden e Matthew Hale, configurou-se verdadeira dimensão filosófica para a história do *common law* inglês. Eles asseveravam que o precedente judicial deveria ocupar posição de fonte imediata do direito, ao lado da equidade e da legislação. Por consequência, lançaram

infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (...)”.

60. Harold J. Berman. *Law and Revolution II: the impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, London: Harvard University Press, 2003, n. 8, p. 265-269.

61. Matthew Hale. *The history of the common law of England*. 2. ed. Londres: John Walthoe, 1716. Prefácio.

62. “For many centuries law in the West had developed historically, with each generation consciously building on the experience of its predecessors, was, of course, a well-known fact. Prior to the seventeenth century, however, it had not risen to the level of theory”. Harold J. Berman. *Law and Revolution II*, cit., n. 8, p. 269.

as premissas teóricas para a fundação da *historical jurisprudence*, que ocupou a mesma posição da teoria do direito natural e do positivismo legalista.⁶³

Para os citados autores, o direito, além do caráter moral, legal e político, possuía uma tradição histórica, cujo intuito era preservar e desenvolver a tradição do povo a quem pertence.

Sobre a questão, Harold Berman afirma que era pelo menos implícito que esses três aspectos da lei deveriam ser integrados e que os conflitos que inevitavelmente surgem entre os propósitos morais e políticos do direito podem, e devem, ser resolvidos no âmbito da história jurídica. Dessa forma, o direito, que poderia ser dito, é o equilíbrio da moralidade e da política à luz da história; é o equilíbrio da justiça e da ordem na experiência esclarecida.⁶⁴

Com efeito, a forte influência da história na consolidação do *common law*, aliada à filosofia embasada no método de análise e síntese que exigia um exame casuístico para se alcançar as soluções legais, bem como a inexistência de um direito dogmatizado e científico ministrado em suas universidades, fez com que o *common law* se estruturasse com base na prática cotidiana do direito, e não a partir de doutrina ou da ciência do direito, como ocorreu com o *civil law*.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o *common law*, mesmo antes do surgimento da doutrina dos precedentes ou do *stare decisis*, sempre embasou-se na casuística, vale dizer, na análise de prévias decisões judiciais para se alcançar o deslinde da demanda. Essas decisões prévias não constituíam verdadeiramente precedentes, mas exemplos do modo como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares.

6.5.2. Fator hermenêutico: as razões pelas quais não há nenhum ganho para a democracia em se superar o juiz-boca-da-lei pelo juiz-boca-da-súmula-ou-de-qualquer-outro-provimento-vinculante

Atualmente, não se pode conceber o estudo e a aplicação do direito sem a compreensão do paradigma pós-positivista, sob pena de se incorrer em equívocos de mais diversos, inclusive sobre o que seria um precedente ou de como devem ser utilizados os provimentos vinculantes já existentes em nosso sistema, bem como os que estão por vir, mais especificamente, os previstos no Código de Processo Civil de 2015.

A criação do termo “pós-positivismo” e a sistematização desse paradigma são oriundos da obra de Friedrich Müller, que constrói uma teoria do direito que não almeja se opor ao positivismo (daí ser *pós* e não *antipositivista*), mas complementá-lo, corrigindo

63. Harold J. Berman. *Law and Revolution II*, cit., n. 8, p. 269.

64. “It was at least implicit in their writing that these three purposes, or aspects, of law should be integrated, and, more particularly, that conflicts which inevitably arise between the moral and political purposes of law can and should be resolved in the context of legal history. Thus law, they might have said, is the balancing of morality and politics in the light of history; it is the balancing of justice and order in the light experience”. Harold J. Berman. *Law and Revolution II*, cit., n. 8, p. 269.

os equívocos. Assim, podemos afirmar que o pós-positivismo tem dois grandes objetivos: a) carrear as conquistas e as inovações filosóficas advindas do giro-linguístico para o direito e b) sistematizar a teoria da norma atrelando-a ao fenômeno decisório com o intuito de se superar a concepção de que decisão judicial seria mero ato de vontade ou uma operação mecânica de cariz silogístico.

De forma resumida, a obra de Friedrich Müller⁶⁵ é fundamental para expor que a superação do positivismo (que nunca deve ser um fim em si mesmo) precisa passar ao menos pelos seguintes enfrentamentos: (i) a norma não pode mais ser reduzida ao seu texto; (ii) o ordenamento jurídico positivo sem lacunas é uma verdadeira ficção puramente artificial; (iii) a solução dos casos jurídicos não pode mais pretender ser realizada pelo silogismo, porquanto a decisão de cada caso deve ser estruturada e construída a partir dos dados linguísticos (programa da norma) e extralinguísticos (âmbito da norma), a fim de se alcançar a norma decisória do caso concreto (não há norma em abstrato – sem problema a se solucionar não há norma); (iv) em suma, o pensamento pós-positivista não pode mais partir de uma cisão ficcional entre o jurídico e a realidade, ou seja, ele supera e transcende a clássica distinção entre questão de fato e de direito.

Estando compreendidas as bases do pós-positivismo, torna-se, no mínimo, ficção – ou até mesmo ingenuidade –, imaginar que o recrudescimento de decisões com efeito vinculante, ou a criação de mecanismos que almejam a solução, por meio do efeito cascata, seriam o meio adequado para racionalizar a atividade do Judiciário.

Hodiernamente, apostar em decisões dos Tribunais com efeito vinculante consiste em realizar a mesma forma de aposta ingênua que foi feita na Revolução Francesa. Contudo, no passado, acreditava-se que a lei conteria a infinidade de solução dos casos. Atualmente, essa mística tem sido depositada nas decisões dos tribunais superiores; a aposta é de que o STJ e o STF poderiam criar superdecisões que, por si só, trariam a solução pronta (norma) para deslindar uma multiplicidade de casos.

O que outrora era creditado à lei, agora é crença deposita nas decisões dos Tribunais Superiores. O antigo juiz *boca-fria-da-lei* é substituído por um *juiz-boca-fria-da-súmula* ou ainda *juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores*. Qualquer um desses juízes incorre em equívocos hermenêuticos e partilha da concepção de que é possível decidir os casos previamente em abstrato.

Nesse contexto, fica evidente a importância de se compreender o conceito pós-positivista de norma, para que se possa dar à lei e às decisões dos Tribunais Superiores o real poder que elas conseguem ter e nada além. Imaginar uma lei, um precedente ou uma decisão vinculante contendo a norma pronta em si para resolver diversos casos consiste em crença intolerável pelo pós-positivismo.

A norma não existe por si só porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Não há norma em abstrato, ou seja, ela nunca é *ante casum*.

Vale dizer, a norma somente pode ser compreendida quanto contraposta⁶⁶ em relação ao caso que ela pretende resolver, a partir da perspectiva do intérprete.⁶⁷

6.5.3. Fator democrático: as razões pelas quais o genuíno precedente não nasce nunca com esse status. É a sua aceitação e aplicação pelas instâncias inferiores do Judiciário que o transformam em precedente.

Em função da compreensão hermenêutica do tema, o precedente deve ser vislumbrado em dois níveis de análise: em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá dele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares.⁶⁸

O mecanismo de decisão por precedentes é naturalmente e funcionalmente de caráter hermenêutico em razão de dois aspectos principais. O primeiro aspecto se traduz no fato de a decisão por precedentes não se articular com textos pré-definidos, vale salientar: o precedente, e mais especificamente a *ratio decidendi*, não pode ser capturado e limitado por um texto, súmula etc., sob risco de deixar de ser *ratio decidendi*. O segundo aspecto é a necessária individualização do caso: a lide, a ser decidida por um precedente, abarca previamente uma questão fática a ser examinada. Diante disso, torna-se necessária a demonstração da singularidade do caso *sub judice*, para que se evidencie a possibilidade ou não de submetê-lo à solução por precedentes, conforme guarde determinadas semelhanças e não ostente determinadas diferenças em relação à demanda em que nasceu o precedente que se pretende reproduzir.

Portanto, não há aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Do contrário, não será decisão por precedente. Em outros termos, não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar progressivamente diversos casos futuros, pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, e, após ser localizada, passa-se a verificar se, na circunstância do caso concreto que ela virá solucionar, é possível utilizá-la sem que ocorram graves distorções, porque, caso essas distorções fiquem caracterizadas, o precedente deverá ser afastado.

Em termos simples, *o precedente genuíno no common law nunca nasce desde-sempre precedente*.

Uma decisão apenas poderá com o tempo tornar-se precedente caso tenha coerência, integridade e racionalidade suficientes para ser: o ponto de partida para a discussão

66. Para uma análise da questão da oposicionalidade, ver: Günter Figal. *Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia*, Petrópolis: Vozes, 2007.

67. Luis-Quintín Villacorta Mancebo. *Estudo preliminar da obra, Postpositivismo*, cit., n. 1, p. 11 e p. 13.

68. Confira-se a obra em conjunta com Lenio Streck. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 42 et seq.

65. Friedrich Müller. *Postpositivismo*, Cantabria: Ediciones TGD, 2008, n. 3, p. 188-189.

de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, o padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário.

Ou seja, no *common law*, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do Tribunal Superior é sua aceitação pelas partes e pelas instâncias inferiores do Judiciário. Daí ele ser dotado de uma aura democrática que o precedente à brasileira não possui, uma vez que, os provimentos vinculantes do Código de Processo Civil de 2015 já nascem dotados de efeito vinculante – independentemente da qualidade e da consistência da conclusão de suas decisões.

Por consequência, no *common law*, os Tribunais Superiores, quando decidem um *leading case*, não podem impor seu julgado determinando que ele se torne um precedente. Paradigmático, nesse sentido, é o caso *Marbury vs. Madison*. Isso porque o *Justice Marshall*, quando o decidiu, não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para a realização do controle difuso de constitucionalidade. Aliás, *Justice Marshall* não poderia nem ao menos prever que o caso *Marbury vs. Madison* adquiriria a importância que teve, até mesmo porque por quase três décadas após seu julgamento o precedente oriundo do caso *Marbury vs. Madison* manteve-se em estado dormente. No que diz respeito à jurisprudência dotada de efeito vinculante, seu âmbito de vinculação é determinado após o julgamento do caso piloto (paradigma), e opera-se o efeito cascata, para posterior resolução de todos os casos que estavam sobrestados até o julgamento do paradigma.

Vale dizer, por força legislativa (art. 927 do CPC/2015), no Brasil, diversas decisões judiciais já nascem vinculantes, independentemente da sua própria qualidade. Ou seja, ainda que não coerente ou íntegras do ponto de vista da cadeia decisional, elas nascerão vinculantes. Essa constatação é fundamental para compreendermos a importância do *fator hermenêutico* e para tratarmos da aplicação do CPC/2015, com o escopo de impedirmos qualquer tentativa de aplicação mecânica, ou meramente subsuntiva, de qualquer provimento vinculante.

Os provimentos postos no art. 927 do CPC/2015, ao serem aplicados pelas demais instâncias nos casos subsequentes, não dispensam atividade interpretativa por parte do julgador, bem como o contraditório para assegurar a manifestação dos litigantes acerca da forma correta para sua aplicação no caso concreto.

Portanto, a leitura correta (constitucionalmente adequada) é no sentido de que, quando o Código de Processo Civil de 2015 afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculantes, não há nesse ponto uma proibição de interpretar. O que fica explícita é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões, para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência.

6.6. Precedente *vs.* coisa julgada com efeito *erga omnes*

Em nosso ordenamento, tanto a súmula vinculante quanto as decisões dotadas de efeito vinculante, nos termos dos arts. 543-B e 543-C, possuem uma vinculação que

não é a histórico-concreta própria do caso julgado, que seria a coisa julgada *erga omnes*, prevista no art. 103 do CDC; nem a vinculação analógica e difusa do regime dos precedentes. Em verdade, sua vinculação é genérico-abstrata, própria de um pensamento jurídico lógico e normativista.⁶⁹

A coisa julgada *erga omnes* proveniente dos processos coletivos que tutelam direitos difusos ou individuais homogêneos tem por escopo dar solução uniforme para as lides que possuam a mesma relação jurídica subjacente ou para a questão que necessariamente atinja a todos os jurisdicionados, tal como seria a questão ambiental, por exemplo. Assim, a coisa julgada *erga omnes*, proveniente dos processos coletivos (*e.g.*, ação popular e ação civil pública), tem como intuito concretizar o princípio da isonomia para os jurisdicionados.

Imagine-se, por exemplo, ação coletiva ajuizada contra empresa de telefonia ou instituição financeira cujo intuito seja tutelar direitos individuais homogêneos. Caso a demanda seja julgada procedente, o dispositivo da coisa julgada, dotada de efeito *erga omnes*, permitirá a todos os jurisdicionados – que não tenham optado em ajuizar a demanda individual ou que tenham, se ajuizada, pedido sua suspensão (art. 104 do CDC) – a mesma proteção jurídica ou a reparação ao seu direito. Vejamos um exemplo:

O Ministério Público ou Associação ajuíza ação coletiva contra instituição financeira, a fim de declarar nula a cláusula “X” de seu contrato de adesão em razão de sua abusividade (art. 51 do Código de Defesa do Consumidor). Ao fim, sobreveio sentença com o seguinte dispositivo: *a ação coletiva é julgada procedente, portanto nula de pleno direito a cláusula “X” por violação ao art. 51 do CDC, com efeito erga omnes, nos termos expostos no art. 103 do CDC.*

O fictício dispositivo acima, por ser dotado de efeito *erga omnes*, assegurará a todo consumidor – que não tenha optado em ajuizar a demanda individual ou que tenha, se ajuizada, pedido sua suspensão (art. 104 do CDC) – a mesma proteção jurídica, isto é, a retirada da cláusula declarada nula de seu contrato por ser abusiva. Assim, fica evidente como a atribuição de efeito *erga omnes* para a coisa julgada coletiva constitui mecanismo que assegura a aplicação isonômica para os jurisdicionados que tenham a mesma relação jurídica subjacente.⁷⁰

69. Cf. Antonio Castanheira Neves. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, cit., n. 1, p. 91.

70. Nesse ponto discordamos de Luiz Guilherme Marinoni para quem: “os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada *erga omnes* não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes”. Luiz Guilherme Marinoni. *Autoridade de precedente do Supremo Tribunal Federal e critério para identificação de terra indígena no Brasil. O caso “raposa do sol”*. *Soluções práticas de direito*, São Paulo: Ed. RT, 2011, vol. II, n.9, p. 175.

O prestigiado autor entende que somente a atribuição de efeito vinculante aos motivos da decisão é que são fundamentais para se possibilitar a solução isonômica para os casos semelhantes, sendo totalmente supérflua para tanto a utilização do dispositivo dotado de efeito *erga omnes*. Com a devida vênia, a afirmação do citado jurista nos parece incompreensível, porquanto é justamente a

Ademais, a solução de diversos casos assemelhados, por meio de ação coletiva, tem a vantagem de não prejudicar o direito de ação dos particulares (art. 5.º, inc. XXXV da Constituição Federal) que podem optar em ajuizar individualmente sua demanda e que, somente se voluntariamente o fizerem, terão seu processo individual sobrestado nos termos do art. 104 do CDC. Já pela sistemática de aplicação dos arts. 543-B e 543-C do CPC/2015 é retirado do particular a possibilidade de exercer seu direito de ação (art. 5.º, XXXV, da CF/1988), porque seu processo é sobrestado até o julgamento do caso paradigma pelo STF ou STJ, mesmo contra sua vontade.

No que se refere ao precedente, importante ressaltar que, nos Estados Unidos, existem as *class action* que possuem coisa julgada coletiva *erga omnes*,⁷¹ o que não quer dizer que ela se traduza necessariamente em precedente do *common law*. Pelo contrário, a coisa julgada *erga omnes* soluciona uma pluralidade de relações jurídicas contidas no mesmo processo, assim, sua vinculação é histórica e própria do caso concreto que ela julga, isto é, ação coletiva.

O precedente não é utilizado para solucionar diversas questões jurídicas presentes no mesmo processo, ele será utilizado como parâmetro normativo que poderá ser útil para deslindar diversos novos casos, ainda que não tenham a mesma relação jurídica subjacente. Basta pensar, por exemplo, no precedente *Marbury vs. Madison*, cuja utilização pode levar à solução de questões cíveis, penais, tributárias etc., desde que seja necessário praticar-se a *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade) naquele caso.

Além do mais, a coisa julgada *erga omnes* adquire a estabilidade da coisa julgada material (art. 467 do CPC/1973), não podendo mais ser alterada, salvo se enquadrar-se em uma das hipóteses de cabimento da ação rescisória (art. 485 do CPC/1973). Em contrapartida, o precedente não é imutável, o que é imutável é a primeira decisão que o originou, em virtude da formação da coisa julgada material. Assim, pela forma como se interpreta o precedente, sua modificação, superação e abandono são plenamente possíveis no âmbito do *common law*.

Corroborando nosso entendimento, Laurence Tribe, constitucionalista norte-americano, é enfático ao dispor que o *stare decisis* é, apesar de tudo, um comando flexível.⁷² No mesmo sentido, manifesta-se Eduardo Sodero ao dissertar que todo precedente se constrói com uma pretensão de correção, nunca podendo ter uma exatidão absoluta no sentido de que seja tanto definitiva como válida para todos os tempos. Nunca é definitiva, porque a incontável variedade e a contínua mudança das relações da vida põem diante de novas questões quem constantemente aplica as normas.⁷³

coisa julgada com efeito *erga omnes* do processo coletivo que assegura a solução isonômica para os jurisdicionados que possuem a mesma relação jurídica subjacente a sua lide.

71. Para análise da coisa julgada *erga omnes* no processo civil do *common law* ver: Antonio Gidi. *A 'class action' como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, São Paulo: Ed. RT, 2007, n. 5.5, p. 271 et seq.

72. Laurence H. Tribe. *American Constitutional Law*, cit., p. 243.

73. Eduardo Sodero. *Sobre el cambio de los precedentes*, cit., p. 227.

6.7. Súmula vinculante

Neste capítulo da obra, desenvolvemos a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante. Essa questão merece exame, porque o efeito vinculante foi amplamente discutido na obra, principalmente quando agregado às decisões interpretativas. Com maior razão, deverá ser analisada a possibilidade de se atribuir efeito vinculante aos verbetes sumulares do STF que para setores abalizados da doutrina equiparam-se em diversos aspectos às decisões manipulativas/aditivas.

Nesse sentido, Lenio Streck ensina que: “as súmulas são decisões de caráter aditivo/manipulativo. Afinal, não existe – ou não deveria existir – súmula que refira, por exemplo, que determinado dispositivo é inconstitucional, pela simples razão de que, se tal dispositivo efetivamente fosse inconstitucional, teria sido assim declarado”.⁷⁴

Para atingirmos nosso desiderato e decidirmos pela obrigatoriedade de se admitir o controle difuso de constitucionalidade dos enunciados da súmula vinculante, precisaremos demonstrar a posição que ela ocupa diante do paradigma hermenêutico adotado e exposto no primeiro capítulo, bem como evidenciar a distinção em relação aos precedentes do regime do *stare decisis* para, enfim, concluirmos pela natureza legislativa dos verbetes vinculantes.

6.7.1. Concepção equivocada sobre súmula vinculante: instrumento refratário ao acesso hermenêutico ao direito

Parcela do pensamento jurídico é refratária ao acesso hermenêutico ao direito, acreditando que a função do jurista ainda é a de descobrir um sentido que está velado na vontade da lei; dessa forma, o STF passa a agir como único intérprete autêntico da Constituição Federal ao emitir a súmula vinculante, pois, estaria evidenciando a norma que deveria ser aplicada aos casos idênticos, privilegiando, assim, o princípio da isonomia dos jurisdicionados.

Essa visão tradicional é refratária ao acesso hermenêutico, porque ignora que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto e não apenas através de uma subsunção de fatos a previsões normativas, dessa maneira, passa-se a acreditar que a súmula vinculante, uma vez editada, resolveria diversos casos idênticos, mediante um simples silogismo, invocando a favor da utilização da súmula sempre a necessidade de tratar de maneira igualitária os jurisdicionados, ou seja, de que a súmula vinculante é um instrumento que privilegia a isonomia, ignorando, que “o caso concreto, com as suas

74. Lenio Luiz Streck. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011. n. 11.7, p. 391.

Em sentido aproximado, Giuseppe Martinico equipara as decisões interpretativas da Corte Constitucional aos precedentes judiciais da *common law*, cf. Giuseppe Martinico. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Napoli: Jovene Editore, 2008. Cap. III, n. 8, p. 124 et seq.

circunstâncias particulares e com a individualizada perspectivação histórico-social que impõe, exige uma autônoma ponderação também concreta que os critérios normativos invocados – os princípios, os institutos dogmáticos, as normas – só podem fundamentar pela mediação de um específico enriquecimento normativo”.⁷⁵

Ocorre que a noção de que a súmula vinculante traria a decisão justa, pronta e acabada possibilita a crítica formulada por Arthur Kaufmann do computador como juiz “em que se manusearia o princípio da igualdade de forma totalmente mecânica, não tomando minimamente em consideração a situação histórica concreta e a individualidade, uma caricatura da justiça cega ‘que abstrairia da pessoa’, um direito a-histórico e impessoal”.⁷⁶

Esse é o risco de se atribuir efeitos vinculantes às decisões dos Tribunais Superiores, porque com “a súmula vinculante, o tribunal estará definindo, previamente – e veja-se como isto também ocorre com a interpretação conforme – os limites do sentido do texto, bem como o próprio sentido desses limites, obstaculizando o necessário devir interpretativo, impedindo-se o aparecer da singularidade/especificidade do caso jurídico sob exame”.⁷⁷

Assim, tendo por base a ideia de que realmente existiriam casos absolutamente idênticos, a súmula vinculante seria o maior expoente daquilo que Kaufmann denominou de *computador juiz*, em que a solução do caso ocorreria de maneira simplesmente mecânica, por meio da subsunção, no qual a norma, em sua completude, estaria presente na súmula vinculante e seria a solução aplicável para os diversos casos, não levando em conta a situação pessoal e a historicidade de cada caso.

Nesse ponto, faz-se necessário esclarecer que o pensamento jurídico dominante incorre no equívoco de equiparar texto e norma, tal distinção, contudo, é importante para demonstrar que a súmula não é a norma em si, ou seja, ela também pode ser interpretada por mais objetiva que seja.

Friedrich Müller, mediante sua teoria *estruturante da norma*, tal como expusemos pormenorizadamente no primeiro capítulo, evidenciou que a prescrição juspositiva é apenas o ponto de partida na estruturação da norma, visto que a prescrição literal serve em regra para a elaboração do programa de norma; ocorre que a normatividade essencial à norma não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo “contrário, ela resulta dos

dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia da sua pertinência”.⁷⁸

Dessa forma, diante de um acesso hermenêutico ao direito, não se pode admitir que a norma venha dada pela própria súmula, posto que mesmo que esta consista na positivação de uma determinada interpretação, com Gadamer, conforme já indicamos anteriormente, podemos afirmar que “o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é por sua vez, sempre produtivo”.⁷⁹ Não apenas a súmula não traz a norma com ela, como ela, ao se constituir em má prescrição literal passará a poder ser interpretada e dar origem a novas normas, afinal “o texto não é nada em sua textitude. O texto nada é sem o sentido (que será a norma a ele atribuída)”.⁸⁰ Tanto é que o genial Guimarães Rosa proferiu, por meio de seu personagem Riobaldo a seguinte frase: “o que é para ser – são as palavras”.⁸¹

78. Friedrich Müller. *Métodos de trabalho de direito constitucional*, cit., n. III.1, p. 38. No mesmo sentido se manifesta Castanheira Neves, para quem: “hoje é tão inadmissível ver na interpretação só um acto de conhecimento, sem um conteúdo e um resultado normativamente constitutivos, como ver na interpretação autêntica só um acto legislativo, sem quaisquer pressupostos interpretativos. Por um lado – no que toca ao primeiro ponto –, sabe-se que ‘compreender um texto (legal) não é algo puramente receptivo, mas um agir prático e constitutivo’, através do qual unicamente o direito pode tornar-se direito concreto e histórico. E isto, não apenas pela índole e as naturais consequências de toda a atividade hermenêutica jurídica – enquanto é o sentido do texto jurídico interpretado sempre o resultado de uma dialética de constitutiva compreensão em que concorrem o texto, o horizonte hermenêutico ou a pré-compreensão histórica do intérprete e a função prático-normativa do direito”. *O instituto dos assentos...cit.* n. 3, p. 328-329.

79. Hans Georg Gadamer. *Verdade e método*. vol. I, cit., p. 444.

80. Lenio Luiz Streck. *O efeito vinculante...*, p.405.

Sobre essa questão, merece destaque a elucidativa passagem de Lenio Luiz Streck:

“Para uma melhor compreensão do problema, há que se ter presente que um precedente (súmula ou acórdão que exprima a posição majoritária) é (também) um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido, a partir do caso concreto sob análise. É assim que surge o ‘caso concreto’. É a especificidade que o diferencia (ou não) da cadeia decisória que vem sendo seguida pelo Tribunal. Consequentemente, haverá sempre um grau de generalização a ser extraído do núcleo da decisão, que fará a ligação hermenêutica (compromissos discursivos) com os casos posteriores que serão analisados em sua individualidade.

Isso quer dizer que a norma que surge ‘desse caso concreto’ é, no momento seguinte, também um texto, do qual exsurgirá uma nova norma. Mas, se súmula – para lembrar a todo momento a temática que marca indelevelmente o direito na contemporaneidade – é texto, o que ‘vincula’ a norma a ser dele extraída? E não podemos esquecer – e essa afirmação se faz à luz da hermenêutica filosófica que o texto sempre já traz em si um compromisso, que é a compreensão que antecipa esse ‘em si’ e que é o regulador de qualquer enunciado que façamos a partir daquele texto”. Lenio Luiz Streck. *Verdade e consenso...cit.*, n. 11.5, p. 368.

81. O trecho completo é: “Exponho ao senhor que o sucedido sofrimento sobrefoi já inteirado no começo; daí só mais aumentava. E o que era para ser. O que é pra ser – são as palavras!”. João Guimarães Rosa. *Grande sertão: Veredas*. São Paulo: Nova Fronteira. Edição comemorativa, p. 42.

75. Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983. n. 2, p. 201.

76. Arthur Kaufmann. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. n. 8.V, p. 180. Prossegue o jusfilósofo afirmando que: “a igualdade nunca existe realmente, sendo sempre uma abstração da também nunca realmente existente desigualdade. Na realidade, existe sempre apenas em maior ou menor grau de semelhança ou diferença. Esse abstrair, de que se falou, ou seja, a ‘equiparação’ ou ‘distinção’ de semelhanças e diferenças, implica necessariamente uma decisão e portanto, o exercício do poder, o qual não pode contudo ser arbitrariamente manipulado, devendo antes ser argumentativamente fundamentado”. Arthur Kaufmann. *Filosofia do Direito...cit.*, n. 8.V, p. 180

77. Lenio Luiz Streck. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: Paulo Bonavides; Francisco Gerson Marques de Lima; Faya Silveira Bedê (orgs.). *Constituição e democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 409.

Portanto, para que a súmula vinculante possa ter aplicação no deslinde das demandas sem fulminar as particularidades de cada caso concreto, ela deve ser visualizada como texto normativo que quando oposto ao caso concreto, o soluciona, não mecanicamente, e, sim, hermeneuticamente.

Ilustrativo, nesse sentido, é o posicionamento de Dworkin para quem a tentativa de se encontrar um procedimento apriorístico, que nos permita encontrar uma decisão adequada para casos constitucionais, constitui tentativa fadada ao fracasso. Nos exatos termos do insigne jusfilósofo: “não conseguiremos encontrar uma fórmula para garantir que todos os juízes cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes”.⁸²

Em outros termos, a súmula vinculante não é a norma pronta acabada e completa apta a solucionar diversos casos por silogismos. Esse entendimento está na contramão do acesso hermenêutico porque impede que a particularidade de cada caso concreto manifeste-se. Assim, a súmula vinculante deve ser encarada como um texto normativo, de natureza legislativa, apto a produzir tantas normas distintas quanto forem os casos abrangidos por ela, essa perspectiva permite evitarmos a crítica tão bem desenvolvida por Kaufmann do juiz como computador.

6.7.2. A súmula vinculante: distinção em relação aos precedentes do common law

Neste item, demonstramos as profundas diferenças entre a súmula vinculante instituída em nosso ordenamento por meio da EC 45 e o regime de precedentes do *common law*.⁸³

A súmula vinculante está positivada no art. 103-A da CF, que poderá ser proferida de ofício ou por provocação do STF que passará a ter efeito vinculante após sua publicação. A súmula vinculante passa a valer a partir de sua publicação, ou seja, sua constituição tem por objeto o futuro e não a consagração da jurisprudência.

A primeira distinção é a forma como os dois institutos ingressaram em cada sistema jurídico.⁸⁴ De acordo com Lenio Streck, nos Estados Unidos, a força do pre-

cedente “reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício. Causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, da obrigatoriedade da obediência ao ‘precedente sumular’ por intermédio de emenda constitucional em um sistema jurídico filiado à família romano-germânica”.⁸⁵

Por outro lado, conforme já demonstramos o *common law* é fruto de evolução histórica, tal como outros institutos desse sistema jurídico são oriundos de um modelo de procedimento informal, não escrito e livre. Esses institutos e modelos de procedimento existem na mente dos cidadãos e na consciência da comunidade.⁸⁶

No mesmo sentido, Neil Maccormick e Robert S. Summers enfatizam que o corpo de precedentes de determinado ordenamento jurídico constituem o melhor acúmulo possível do conhecimento jurídico acerca do passado.⁸⁷

A súmula vinculante, ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal. Nessa perspectiva, Alessandro Pizzorusso enfatiza que a eficácia do precedente depende diretamente dos pressupostos lógicos (motivos) da decisão que o originou.⁸⁸

Nesse diapasão, Castanheira Neves, pontua que: “o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) – como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente análoga”.⁸⁹

jurídicos, Cf. Alessandro Pizzorusso. *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. vol. V, Mexico: Universidad Autonoma de Mexico, 2008. n. 1, p. 551.

85. Lenio Luiz Streck. *O efeito vinculante...cit.*, p. 414. Apontando semelhanças entre os institutos ver Rodolfo de Camargo Mancuso. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 174-192; Questões controvertidas sobre a súmula vinculante. In: Medina, José Miguel Garcia; Figueiredo Cruz, Luana Pedrosa de; Cerqueira, Luís Otávio Sequeira de; Gomes Junior, Luiz Manoel. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 1.192; Tavares, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante*, 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 22-23; equiparando os institutos Velloso, Carlos Mário da Silva. *Poder judiciário: controle externo e súmula vinculante*, RT, n. 75, abril, 2004. p. 26.

Para demonstração da particularidade da formação do *stare decisis* do direito inglês, conferir: Neil Maccormick e Robert S. Summers. Introduction. In: Neil Maccormick; Robert S. Summers; e Arthur L. Goodhart. (org.). *Interpreting precedents*. England: Ashgate, 1997. p. 3 *et seq.*

86. Para mais detalhes cf. Harold J. Berman. *Law and revolution*. The formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983. p. 480-481.

87. Cf. Neil Maccormick e Robert S. Summers. Introduction *cit.* p. 1.

88. Alessandro Pizzorusso. *Le sentenze...cit.*, n. IV, p. 568.

89. Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...cit.*, n. 1, p. 12.

82. Ronald Dworkin. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. n. 3, p. 132.

83. Esse item já foi objeto de nosso estudo, dado que esse assunto constitui premissa para o desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante, consideramos conveniente atualizar e reproduzir parcela do que escrevemos naquela oportunidade. Georges Abboud. *Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos*. *RePro*, n. 165, 2008.

Nosso posicionamento sofreu adesão pela doutrina, ver: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. coments. 7/12 CF 103-A, p. 738-741.

84. Importante ressaltar que Alessandro Pizzorusso pontua que os precedentes e a legislação são as principais fontes do Direito que possibilitam a classificação e a individualização dos ordenamentos

A súmula vinculante por sua vez, da mesma forma que o assento português,⁹⁰ se desvincula do(s) caso(s) que a originaram, ela se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo, duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação na imprensa oficial.

Para reforçar e conferir maior ênfase a essa diferença na formação entre a súmula vinculante e o precedente, recorreremos ao ensinamento de Dworkin que é enfático ao asseverar que “a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação”.⁹¹

Assim, o precedente se constitui como critério normativo a ser seguido em novos casos nos quais exista idêntica questão de direito, até porque se ocorrer a identidade material (fática) e a jurídica não se tratará de resolução por precedente e sim de coisa julgada.⁹² Vale dizer, os precedentes constituem as principais decisões de determinado ordenamento jurídico, cuja função primordial consiste em servir de modelo para decisões posteriores. O regime de precedentes representa o direito observando a si próprio.⁹³

O que não se pode perder de vista é a qualidade que os precedentes possuem no *stare decisis*, “são por um lado, invocados como *starting points* do *legal reasoning*, isto é, como *topoi* no sentido da casuística retórica, e impõem-se, por outro lado, como concepções de tipo heurístico (não conceitualmente vinculantes) da *ratio iuris* – são, pois, fundamentos normativos para um pensamento problemático e de intenção teológico concreta”.⁹⁴

90. Cf. Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...cit.*, n. 2, p. 228.

91. Ronald Dworkin. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 176. (grifamos)

92. Cf. Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...cit.*, n. 2, p. 60.

Para conceito de precedente, ver: Nesse sentido, Alessandro Pizzorusso. *Le sentenze...cit.*, n. III, p. 558.

Adotando nosso posicionamento, conferir: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014 cit., coments. 7/9 CF 103-A, p. 738-739.

93. Cf. Neil McCormick e Robert S. Summers. Introduction cit., p. 1.

De forma exata e técnica, o significado do precedente pode ser assim exposto:

“A precedent is simply any prior decision of any court that bears a legally significant analogy to the case now before a court, If the prior decision is of a superior court in the same hierarchy, it will be a binding precedent that must be followed unless it can be distinguished on some point of significant fact or law”. Zenon Banowski. Precedent in the United Kingdom. In: Neil McCormick; Robert S. Summers e Arthur L. Goodhart. (org.). *Interpreting Precedents*. England: Ashgate, 1997, p. 323.

Para exame da questão do precedente a partir da tópica de Viehweg, cf: Michele Taruffo. Precedente e giurisprudenza. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (org.). *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V. México: Marcial Pons, 2008. n. I, p. 795-796.

94. Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...cit.*, n. 2, p. 62.

6.7.2.1. Distinção quanto ao modo de aplicação

Neste momento, já se pode inferir a diferença do precedente para a súmula vinculante no que diz respeito ao *modo de sua aplicação*: o precedente constitui-se em um critério jurídico que serve como *problematização* e fundamentação para casos análogos, cuja solução necessita de “uma ponderação material de referência concreta ou casuística, cuja solução não está logicamente pre-determinada, mas vai se constituindo através daquela ponderação”.⁹⁵

Já para a súmula vinculante, tal qual era para os assentos, o teor do verbete sumular tem *status* de entidade geral e abstrata que estabelece uma disposição de natureza legislativa para os casos concretos que ela abrange que lhe vão referidos como casos da sua aplicação, casos a serem solucionados por um critério de subordinação lógico-subsuntivo,⁹⁶ tal qual a legislação deveria ser aplicada para a metodologia tradicional.

Obviamente que não estamos a afirmar que o texto de súmula vinculante deva ser interpretado sem levar em conta os julgados que possibilitaram sua formação. Ocorre que esses julgados não são condicionantes de sua validade, apesar de serem elementos importantes para sua interpretação. Os julgados constituem norte interpretativo das súmulas, são mais um elemento linguístico do processo de estruturação da norma, contudo, não são condicionantes de seu sentido. Ou seja, os *precedentes (casos julgados)* não estão na mesma relação de validade para a súmula vinculante, como o texto constitucional está para a Lei e todos os demais atos normativos.

Nesse contexto, o precedente também não pode ser confundido com a jurisprudência.⁹⁷ O precedente pode ser constituído apenas a partir de uma decisão que lhe seja subjacente (e.g., *Marbury vs. Madison*) Outrossim, o precedente fornece regra jurídica universalizável que passa a ser utilizada como critério de decisão. A jurisprudência, por sua vez, necessita de série reiterada de decisões para ser caracterizada, e a análise da questão fática dos casos que ela solucionará é menos rigorosa e precisa que a aplicação do precedente.⁹⁸

Sob esse aspecto, é paradigmático o precedente *Marbury vs. Madison*, cujo precedente originário é a possibilidade de o Judiciário realizar a *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade) das leis. Para a utilização desse precedente, não se faz necessário identificar nenhuma similitude fática entre o caso a ser aplicado o precedente (*judicial review*) e o *case* que o originou *Marbury vs. Madison*. Tanto assim é, que o controle difuso de constitucionalidade enquanto precedente constitui regra jurídica a ser aplicada em diversas questões fáticas distintas, e.g., direito penal, tributário, civil e administrativo. A Jurisprudência, por sua vez, ao ser aplicada como critério para solução de casos jurídicos,

95. Idem, p. 74.

96. Conferir nesse ponto a exaustiva comparação dos assentos com os precedentes feita por Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...cit.*, n. 2, p. 71-80.

97. Michele Taruffo. *Precedente e giurisprudenza...cit.*, n. II, p. 797 et seq.

98. Idem, p. 798-799.

demanda, necessariamente, uma correspondência fática entre os casos que a originaram e os que serão por ela solucionados.

A jurisprudência, diferentemente do precedente, tem sua origem primordial a partir de reiteradas decisões das Cortes Superiores e sua função principal é delimitar e estabelecer regras jurídicas a serem consolidadas em verbetes sumulares.⁹⁹ Por fim, os dois institutos diferenciam-se em virtude da possibilidade de se precisar o alcance da jurisprudência, mormente quando representada por verbetes sumulares, diferentemente do precedente, cuja delimitação é bastante controversa e problemática conforme demonstramos no item *infra* (6.7.2.2).

A súmula vinculante prescreve um enunciado literal tal como a lei, que estabelece uma solução para casos fixos e determinados, enquanto que os precedentes possuem uma maleabilidade normativa, característica da ponderação de cada caso concreto.

Destarte, o deslinde de um caso no regime de precedentes é muito diferente da solução de um caso por meio da súmula vinculante, este ocorre da mesma forma que ocorreria perante a lei; sobre esse ponto merece destaque a seguinte passagem de Dworkin que dispõe: “os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação”.¹⁰⁰

6.7.2.2. Distinção quanto ao alcance

Outro ponto a ser ressaltado é a questão do *alcance* (conteúdo) da decisão do precedente e de institutos como o assento e a súmula vinculante, esta possui seu conteúdo facilmente evidenciado no texto do verbe sumular enunciado pelo STF, a súmula vinculante encerra-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo, que passa a ter validade após sua publicação, ou seja, súmula vinculante: são aqueles verbetes proferidos por dois terços dos membros do STF sobre matéria constitucional que atenda aos requisitos do art. 103-A e ss. da Constituição Federal. Em contrapartida, os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, o precedente deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte, logo, toda a fundamentação utilizada na formulação do precedente precisa ser levada em conta na aplicação do precedente.

No sistema do *stare decisis*, muitas vezes, não é pacífico o entendimento sobre qual seria o precedente, a regra jurídica, a ser aplicada aos casos análogos. Tentou-se atribuir redação legislativa aos precedentes – algo que não foi possível pela própria finalidade do instituto, uma vez que nesse sistema não se leva em conta apenas os dispositivos da decisão, mas também toda a global fundamentação que a acompanha.¹⁰¹ Sobre essa questão, faz-se necessário citarmos novamente Dworkin:

99. Idem, *ibidem*.

100. Ronald Dworkin. *Levando os direitos a sério* cit., p. 174.

101. Cf. Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...cit.*, n. 2, p. 78.

“Como vimos há pouco, a interpretação das leis depende da disponibilidade de uma forma verbal canônica, por mais vaga ou imprecisa que seja, que possa colocar limites às decisões políticas que, como se atribui, tenham sido tomadas pela lei. Hércules descobrirá que muitas das opiniões que os litigantes citam como precedentes não contêm quaisquer proposições especiais que possam ser consideradas como uma forma canônica da regra estabelecida pelo caso. É verdade que, em fins do século XIX e primórdios do século XX, fazia parte do estilo judicial inglês e norte-americano tentar compor esses enunciados canônicos de modo que, dali para a frente, fosse possível referir-se, por exemplo, à regra do caso *Rylands vs. Fletcher*. Mesmo nesse período, porém, os juristas e os livros de direito divergiam sobre que parte de decisões famosas deveriam ser consideradas como possuidoras dessa característica. Hoje, em todo caso, mesmo as opiniões importantes raramente tentam chegar a essa modalidade de redação legislativa. Citam razões, em forma de precedentes e princípios que justificam uma decisão, mas é a decisão, e não alguma nova regra jurídica enunciada que esses precedentes devem justificar.”¹⁰²

Ou seja, no sistema brasileiro, a súmula vinculante sempre estará representada por um enunciado canônico (prescrição literal) ainda que vago e impreciso,¹⁰³ enquanto que no sistema do *stare decisis*, não por raras vezes, haverá controvérsias acerca de quais partes da decisão são consideradas precedentes e assim possuem sua vinculação normativa, afinal conforme ressalta Toni M. Fine, “inicialmente se concede respeito ao precedente somente se ele for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes”.¹⁰⁴

Conforme a passagem supramencionada de Dworkin, em fins do século XIX e início do século XX, tentou-se uma espécie de canonização dos precedentes, ou seja, a edição de verbetes sumulares que conteriam o enunciado que representaria o precedente, contudo, isso não foi possível, posto que, essa prática contrariava a natureza da utilização do precedente, neste modelo não é apenas uma prescrição literal pronunciada pela Suprema Corte que importa e, sim, toda a fundamentação que envolve a decisão, assim, é sempre conflituoso, e passível de intensos debates, o que constitui o precedente. Uma vez que apenas será considerado precedente o que for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório, o que não foi objeto de consideração exaustiva pelo Tribunal por meio de um intenso contraditório, não é considerado precedente e sim *dicta*.¹⁰⁵

102. Ronald Dworkin. *Levando os direitos a sério* cit., p. 172-173.

103. Ver por exemplo a Súmula Vinculante n.1: Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar 110/2001.

104. Toni M. Fine. *O uso do precedente...cit.*, p. 94.

105. Sobre a questão Keith Eddy pondera: “The system of judicial precedent causes judgments to be carefully scrutinized, and one result of this is that it has been discovered long since that every judgment falls into two parts. There is first the vital reasoning which leads the judge to decide the particular issue in favour of the plaintiff or the defendant, the reason for the decision or *ratio decidendi* as it is known; and then the remainder of the judgment, which deals by way of explanation with cases cited

O *stare decisis* pela importância que concede ao precedente, garante que a aplicação do mesmo só pode ocorrer se o precedente foi fruto de um intenso contraditório e se estiver fundamentado,¹⁰⁶ do contrário será *dicta* que, “não são considerados como parte do dispositivo da decisão, porquanto tais questões podem não ter sido submetidas (devolvidas), de forma integral, à consideração do tribunal. Portanto, as partes da decisão judicial que são mero *dicta* ordinariamente não possuem valor ou efeito de precedente”.¹⁰⁷

Nessa perspectiva, não se pode perder de vista que o *stare decisis* é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais, pois essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo que por séculos se estruturou naquelas comunidades, de acordo com Harold Berman, a regra acima mencionada (*likes cases should be decided alike*) já era usada pelas *royal courts* da França e da Inglaterra o que não se confundia com o *stare decisis*. A doutrina do *stare decisis*, em sua acepção técnica surgiu apenas mais tarde, mediante uma sistematização das decisões, que distinguia a elaboração/construção (*holding*) do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros, e o *dictum* que consistia na argumentação utilizada pelo corte dispensáveis à decisão e desse modo, não eram vinculantes.

Nas suas exatas palavras: “this was not a doctrine of precedent in the technical sense; that came much later, with the systematic reporting of cases and the development of the distinction between the ‘holding’ of a case, which was binding in future similar cases, and ‘dictum’ (or ‘obiter dictum’), which consisted of reasons given by the court that were not necessary to the decision and therefore not binding in future similar cases”.¹⁰⁸

A doutrina destaca a dificuldade inclusive para se definir o que é vinculante (*binding element*)¹⁰⁹ dentro do precedente. Dentre essas dificuldades, a principal delas é a distinção entre o que caracteriza a *ratio decidendi* de um caso e o que é simples *obiter dicta*. A *ratio decidendi* configura a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (*lide*). A *obiter dicta* consiste no conjunto de afirmações e

and legal principles argued before the court, is called *obiter dicta* or things said by the way. The whole of a dissenting judgment is *obiter dicta*. It is the *ratio* of a decision, which constitutes the binding precedent; or *rationes* if there is more than one reason. So that when in case a judge is referred to a precedent, the first task of the court is to decide what was the *ratio* of that case, and to what extent it is relevant to the *dictum* is not binding, it can, if it comes from a highly respected judge, be very helpful in establishing the legal principles in the case under consideration. So important is it that a judgment should be accurately recorded that, before publication in the ‘official’ law reports, judges are asked to check for accuracy the court reporter’s version of the judgment”. *The English legal... cit.*, p. 129.

Sobre o tema, ver: Geoffrey Marshall. What is binding in a precedent? In: Neil MacCormick; Robert S. Summers; e Arthur L. Goodhart. (org.). *Interpreting precedents*. England: Ashgate, 1997, n. 7, p. 515-516.

106. Cf. Finc, Toni M. *O uso do precedente...cit.*, p. 95.

107. Idem, p. 94.

108. Harold J. Berman. *Law and revolution* cit., p. 479.

109. Sobre o tema, ver: Geoffrey Marshall. *What is binding... cit.*, p. 503 *et seq.*

argumentos contidos na motivação da sentença, mas que não constituem fundamentos jurídicos da própria decisão.¹¹⁰

Por sua vez, a súmula vinculante possui sua força em razão da autoridade que a promulga, a prescrição legislativa que o STF formula passa a valer após sua publicação com força de lei (geral-abstrata e para o futuro) independentemente dos casos que a embasaram, como também não a acompanham os fundamentos dos acórdãos que a originaram. Sem dizer que não apenas a Suprema Corte, mas também, os tribunais inferiores podem produzir precedentes que podem futuramente, ser revogados pela Suprema Corte. Ademais, no regime brasileiro, apenas o STF pode emitir súmulas vinculantes.¹¹¹

Neste item, ainda é importante destacar que a súmula vinculante, ao ser exclusividade do STF, tem por intuito evidenciar a interpretação constitucional que o STF entenda adequada para determinado dispositivo legal, ou seja, a interpretação constitucional é objeto das súmulas, enquanto que, no regime do *stare decisis*, a partir da dissidência no caso *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.*, ressaltou-se que o sistema do *stare decisis*

110. Taruffo, Michele. *Precedente e giurisprudenza...cit.*, n. III. p. 801.

Contudo, é importante ressaltar que a definição de *ratio decidendi* apresenta diversas variantes, conforme ensina Geoffrey Marshall, *verbis*:

“Out of the considerable body of common law literature devoted to this subject over the past century, and from the less structured remarks to be found in judicial opinions, a number of theses, not all compatible, have emerged as to the proper characterization of the *ratio decidendi* of the case. Given that a *ratio decidendi* is a legal statement or ruling, whose relationship to the facts of the case in question remains to be established, there are at least here possibilities. The *ratio decidendi* might be:

1. a rule of law or ruling in the light of material facts that a prior court explicitly declares or believes itself to be laying down or following; or
2. a ruling in the light of material facts that a prior court (when the decision is analyzed) is, as a matter of fact, laying down or following; or
3. a ruling in the light of material facts that a prior court ought properly (in view of the existing law, facts and precedents) to be laying down or following.

Some authorities (possibly moved by the instincts of legal realism) have attempted to attach the notion of *ratio decidendi* solely to the perceptions of later courts called upon to apply earlier decisions. For precedential purposes, wrote Jerome Frank a ‘case means only what a judge in later case says it means’ (Frank, 1949, p. 274). That being so, there remains two, or perhaps three, further possibilities, namely that the *ratio decidendi* might be:

4. a ruling that a subsequent court or courts say that an earlier court believed itself to be laying down in the light of material facts; or
5. a ruling that a subsequent court or courts say that an earlier court was laying down or following in the light of material facts; or even
6. a ruling that a later court or courts ought (on a proper analysis by legal scholars) to have said that an earlier court was laying down or following in the light of material facts”. Geoffrey Marshall. *What is binding... cit.*, n. 4, p. 506-507.

111. Adotando nosso posicionamento, ver: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014 cit., coments. 9 CF 103-A, p. 739.

deveria ser aplicado com menor força nas causas de direito constitucional que as de direito comum. Isto porque não existiria instituição capaz de corrigir os possíveis erros da Corte Suprema. A própria Corte Suprema afirmou que apesar do *stare decisis* ser a pedra angular do sistema legal, ele tem menor poder nos casos constitucionais. Há quem (*Attorney General* [Procurador Geral] Charles Cooper) defenda inclusive sua abolição.¹¹²

6.7.2.3. Distinção quanto à teleologia

Outro ponto que merece destaque é no que diz respeito à *teleologia* dos precedentes no sistema do *stare decisis* em razão de sua gênese. Primeiramente, cumpre salientar que a doutrina dos precedentes surgiu, antes de tudo, como uma arma para defender a independência judicial e limitar os poderes do rei, e, num segundo momento, sua *ratio essendi* passou a ser a de assegurar a previsibilidade das decisões judiciais.¹¹³ Essa constatação é demasiado importante para compreender a relevância que os precedentes possuem no *stare decisis*, uma vez que concedem aos juízes maior controle sobre a interpretação e aplicação da lei e ainda conferem um poder enorme ao Judiciário de influência sobre o futuro no que se refere a casos ainda não decididos.¹¹⁴

Em obra dedicada ao estudo da dimensão do precedente jurídico, Michael J. Gerhardt faz explanação sobre as múltiplas funções do precedente judicial.

Assim, as principais funções do precedente seriam: 1) o precedente configura-se como a principal modalidade argumentativa na perspectiva constitucional;¹¹⁵ 2) É o principal preceito jurídico que possibilita a solução das controvérsias jurídicas pelas cortes;¹¹⁶ 3) O precedente funciona como efeito vinculante persuasivo que possibilita a aplicação isonômica e coerente do direito;¹¹⁷ 4) o precedente judicial tem como função a facilitação do diálogo nacional/constitucional sobre o significado e alcance da própria Constituição Federal;¹¹⁸ 5) o precedente forma e confere clareza para a estrutura constitucional, vale dizer, o precedente torna claras as regras do jogo que os litigantes precisam saber para se prevenir acerca das decisões de índole constitucional;¹¹⁹ 6) o precedente possui função primordial para a formação histórica da nação e sociedade;¹²⁰ 7) o precedente é visto como a forma de o Judiciário educar a população a respeito do que é e o que significa a Constituição;¹²¹ 8) Além da formação histórica, a cadeia de

112. Cf. Laurence H. Tribe. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 247.

113. Eduardo Sodero. Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomia*, n. 21, octubre, 2004. p. 225.

114. Cf. Fine, Toni M. *O uso do precedente...* cit., p. 91.

115. Gerhardt, Michael J. *The power of precedent* cit., n. 5.1, p. 147-149.

116. Idem, n. 5.2, p. 149-151.

117. Idem, n. 5.3, p. 151-153.

118. Idem, n. 5.5, p. 155-157.

119. Idem, n. 5.6, p. 157-162.

120. Idem, n. 5.7, p. 162-166.

121. Idem, n. 5.8, p. 167-169.

precedentes funciona como instrumento para a formação da própria identidade nacional;¹²² 9) por fim, deve-se destacar a função dos precedentes como mecanismos para assegurar a implementação e concretização dos valores constitucionais.¹²³

Nessa perspectiva, o *stare decisis* é construção histórica da tradição jurídica dos países do *common law*, arraigada na consciência dessas comunidades, seu surgimento não ocorreu mediante uma alteração legislativa ou por emenda à Constituição, sua importância é ressaltada por Tribe porque a fidelidade ao precedente é parte de uma concepção do Judiciário como uma fonte impessoal e racional de julgamentos. Na verdade, porque a Corte Suprema é principal instituição contramajoritária encarregada de proteger os direitos individuais de excessos da democracia.¹²⁴

De maneira contrária, os assentos portugueses¹²⁵ e as instruções normativas dos Tribunais Socialistas da extinta União Soviética são os instrumentos mais próximos (mormente os assentos) às atuais súmulas vinculantes brasileiras, contudo, esses institutos ao contrário dos precedentes, não surgiram primeiramente para diminuir o poder do rei e posteriormente, proporcionar segurança jurídica, pelo contrário, suas formulações são características de Estados autoritários,¹²⁶ nos quais os três poderes não possuem autonomia nem distinção de funções, cuja principal meta não é simplesmente assegurar a segurança jurídica e proporcionar tratamento isonômico aos jurisdicionados, mas, sim, de garantir um forte instrumento a serviço do Poder Executivo que já *controla*, em grande parte, o Legislativo por medidas provisórias, *controlar* o Poder Judiciário.¹²⁷

122. Idem, n. 5.10, p. 170-172.

123. Idem, n. 5.11, p. 172-176.

124. Laurence H. Tribe. *American Constitutional Law* cit., p. 244.

125. Para exame histórico acerca dos assentos e da Casa da Suplicação que os emitia, ver: Nuno J. Espinosa Gomes da Silva. *História do direito português: fontes de direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000. n. II.11, p. 320 *et seq.*

126. Tanto é que o jurista João Carlos Pestana de Aguiar indica a origem autoritária da súmula vinculante: “alterando o art.119, I, L, da CF de 67/69, dispôs a Emenda acima competir ao STF processar e julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Eis aí, em nosso direito positivo constitucional, o embrião da atualmente cogitada súmula vinculativa ou vinculante, esta com pretensão alcança amplo para matéria constitucional e infraconstitucional, aquele, pela nada recomendável espuriedade de sua origem. Se a liberdade de julgar fora, naqueles tempos de repressão ao comunismo, considerada como um excesso comprometedor da ordem constituída então vigente, servia aquela ‘interpretação’, forcejada e aliada à súmula obrigatória, como meio da coibição de qualquer suposto extremismo. Hoje isso seria um sombrio passado, não estivesse surgindo, no seio da reforma constitucional, a pretensa regulamentação dessa mesma ideia de, agora sob o pretexto ser um mecanismo para reduzir a multiplicação de processos, se manifestar, engessar, robotizar ou desprezar toda a magistratura nacional, exceto aquela elitizada que editará as súmulas, assim também se mumificando, envolvendo ou estereotipando a jurisprudência nacional”. O receio do jurista se concretizou com a EC 45/2004, esse é um dos motivos que reforçam a necessidade de se admitir o controle difuso de constitucionalidade do teor da súmula vinculante. A súmula vinculante como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência. *RT*, n. 773, p. 38-39.

127. Sobre o controle do Legislativo pelo Executivo por meio de medidas provisórias e a crise constitucional que isso acarreta ver Paulo Bonavides. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada*

Essa confrontação da gênese desses institutos permite compreender ao menos uma das razões que diferenciam a teleologia dos precedentes e de instrumentos como a súmula vinculante, afinal, os primeiros renovam o sistema enquanto as últimas o engessam, isto porque os precedentes surgiram para fortalecer o Judiciário¹²⁸ diante do rei, enquanto que a súmula vinculante serve para romper com a autonomia do Judiciário na medida em que compromete a independência decisória dos juízes.

Nas palavras de Castanheira Neves, “a vinculação por precedentes na *common law*, longe de ser uma vinculação de fixidez e definitiva, traduz antes o sábio dúctil equilíbrio, praticamente conseguido, entre estabilidade e a continuidade jurídicas, por um lado, e a abertura e a liberdade jurisdicionais, por outro lado, através da vinculação com as possibilidades do *distinguishing* e do *overruling*”.¹²⁹

Em sentido próximo, Laurence Tribe, constitucionalista norte-americano, é enfático ao dispor que o *stare decisis* é apesar de tudo um comando flexível.¹³⁰ No mesmo sentido, manifesta-se Eduardo Sodero ao dissertar que todo precedente se constrói com uma pretensão de correção, nunca podendo ter uma exatidão absoluta no sentido de que seja tanto definitiva como válida para todos os tempos. Nunca é definitiva, porque a incontável variedade e a contínua mudança das relações da vida põem constantemente quem aplica as normas diante de novas questões.¹³¹

da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 103-107. Sobre os instrumentos autoritários do regime socialista conferir Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...cit.*, n. 4, p. 668. Esse risco do Supremo declarar medidas com caráter vinculante em prol do Poder Executivo em detrimento das garantias do jurisdicionado tem como exemplo emblemático a Ação Declaratória de Constitucionalidade número 4, proposta pelo Presidente da República cujo objeto foi o art. 1.º da Lei 9.494 de 1997, nessa ação, “o plenário do Supremo Tribunal deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito *vinculante*, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei 9.494, de 10.09.1998, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias já proferidas contra a Fazenda Pública (...) Discutível ou não a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conceder medidas cautelares em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o que se tem, como consequência, no mundo da vida, é que, a partir de então, tornou-se impossível por exemplo, via tutela antecipada, buscar o fornecimento de remédios e tratamentos de saúde de qualquer tipo (...) Observe-se que a Lei 9.494 originou-se de medida provisória, transformada em lei, os juízes – no controle difuso de constitucionalidade – deixavam de aplicar o art. 1.º em face de sua flagrante inconstitucionalidade.” Lenio Luiz Streck. *Símulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 142-143.

128. Para exame da estrutura, poder e limites de atuação do Judiciário no sistema da *common law* dos Estados Unidos, conferir: Joseph Story. *A familiar exposition of the Constitution of the United States: containing a brief commentary*. New York: Harper & Brothers, Publishers, 1869. Cap. XXI, p. 186-227.

129. Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...cit.*, n. 4, p. 669.

130. Laurence H. Tribe *American Constitutional Law cit.*, p. 243.

131. Eduardo Sodero. *Sobre el cambio...cit.*, p. 227.

6.7.2.4. Distinção quanto ao âmbito de vinculação

Enfim, no que diz respeito à teleologia, fica evidente que, na evolução histórica, os precedentes surgiram para garantir maior poder ao Judiciário frente ao rei na interpretação das leis. Desse modo, o precedente não apenas garante segurança jurídica, até porque ele é ponto de partida para as discussões dos novos casos, ou seja, ele os problematiza, e não os soluciona de maneira lógico-subsuntiva como pretende a legislação e a súmula vinculante.

O precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa isto porque a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram; assim, sempre que ele for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial, nesse sentido, Keith Eddy ressalta as vantagens do sistema de precedentes como sua dinamicidade para se encontrar a resposta adequada à solução jurídica.¹³²

Tanto assim é que, de acordo com Eduardo Sodero, todo juiz chamado a decidir um caso, cuja matéria tenha sido decidida em sentenças anteriores, pode e deve submeter os precedentes a teste de fundamentação racional e decidir independentemente segundo sua convicção formada em sua consciência, para tanto, o juiz não deve aceitar cegamente o precedente.¹³³

Dessa forma, fica evidente que a regra de vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pela EC 45/2004, que permite a cassação de toda a decisão judicial por meio de reclamação ao STF, conforme teor do § 3.º do art. 103-A da CF, a vinculação proposta é tamanha que, da maneira como foi aprovada, não permite nenhuma ponderação racional ou ajuste jurisprudencial pelos juízes, a ponto de – sem nenhum exagero – podermos afirmar que a súmula vinculante no Brasil tem a pretensão de apreender a razão.

Por fim, cumpre mencionar a distinção hierárquica existente entre a súmula vinculante que tem pretensa colocação superior à própria lei e o precedente, que fica subordinado à legislação. De acordo com Hart, “No nosso sistema, o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar [*statute*]”.¹³⁴

132. *In verbis*: “the main advantages of the doctrine are that it leads to consistency in the application and development of the principles in each branch of the law, and by virtue of this characteristic it enables lawyers to forecast with reasonable certainty what the attitude of the courts is likely to be to a given set of facts. The system is flexible in that it can find an answer to any legal problem, and it is essentially practical in that the courts are perpetually dealing with actual circumstances”. Keith Eddy. *The English Legal...cit.*, p. 129.

Ver ainda: Alessandro Pizzorusso. *Le sentenze...cit.*, n. IV, p. 560.

133. Eduardo Sodero. *Sobre el cambio...cit.*, p. 227-228.

134. Herbert Hart. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 112. Prossegue o autor afirmando que: “Seja qual for o estatuto dotado de autoridade que uma regra extraída de um precedente possa ter, é compatível com o exercício pelos tribunais por ela vinculados

Em nosso sistema, a súmula vinculante foi instituída para ter grau hierárquico superior ao da legislação. Essa deturpação deve ser corrigida com a possibilidade de se viabilizar o controle difuso de constitucionalidade da súmula, tal como demonstramos.

6.7.3. A súmula vinculante e sua similaridade com os assentos portugueses: ambos prescrições de natureza legislativa

O assento é instituto genuíno do direito português, e de acordo com José de Oliveira Ascensão, pode ser conceituado e caracterizado da seguinte forma:

“Ao assento se referia o próprio capítulo das fontes do direito do Código Civil português, embora evitando um compromisso quanto à natureza deste. Dizia-se que, nos casos declarados na lei, podiam os tribunais fixar, por meio de assento, doutrina com força obrigatória geral (art. 2). Vê-se em todo o caso que a fonte do direito resultaria de uma fixação feita pelo tribunal”.¹³⁵ Atualmente, os assentos foram revogados em Portugal, “após a revogação do art. 2.º do CC, o Ac 743/96 de 28 de maio, do Tribunal Constitucional, declarou com força obrigatória geral a inconstitucionalidade daquele preceito, por violação do art. 115/2 da Constituição. Com a reforma do Código de Processo Civil de 1995, os assentos foram substituídos pelo ‘juízo ampliado de revista’ (arts. 732 – A e 732 –, no plano civil)”.¹³⁶

A súmula vinculante é um instituto semelhante ao assento português definido acima,¹³⁷ uma vez que, a súmula, ao prescrever uma solução jurídica de maneira geral para casos futuros, possui uma vinculação que não é a histórico-concreta própria do caso julgado, que seria a coisa julgada *erga omnes*, prevista no art. 103 do CDC, nem

dos dois tipos seguintes de atividade criador ou legislativa: por um lado, os tribunais que decidem um caso posterior podem chegar a uma decisão oposta à contida num precedente, através da interpretação restritiva da regra extraída do precedente e da admissão de alguma exceção a ela que não foi antes considerada ou, se foi considerada, foi deixada em aberto. Este processo de ‘distinção’ do caso anterior implica a descoberta de alguma diferença juridicamente relevante entre aquele e o caso presente, e o número destas diferenças nunca pode ser determinado exaustivamente. Por outro lado, ao seguir um precedente anterior, os tribunais podem afastar uma restrição descoberta na regra, tal como foi formulada a partir do caso anterior, com o fundamento de que tal restrição não é exigida por qualquer regra estabelecida por lei ou por precedente anterior. Fazer isto significa ampliar a regra. Não obstante estas duas formas de atividade legislativa deixadas em aberto pela força vinculativa do precedente, o resultado do sistema inglês do precedente constitui um produzir, pelo seu uso, um corpo de regras, das quais um grande número, quer de maior, quer de menor importância, é tão preciso como qualquer regra legislada. Só podem agora ser alteradas por lei, uma vez que os próprios tribunais o declaram frequentemente em casos cuja boa fundamentação parece correr em sentido oposto ao das exigências dos precedentes estabelecidos”. *O conceito de direito* cit., p. 148.

135. José de Oliveira Ascensão. *O direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 337.

136. José de Oliveira Ascensão. *O direito introdução e teoria geral* cit., p. 338-339. V. também Antonio Castanheira Neves. *O problema da constitucionalidade dos assentos: comentário ao acórdão 810/93 do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

137. Essa comparação é feita por Lenio Luiz Streck. *Súmulas no Direito Brasileiro...* cit., p. 267-274.

a vinculação analógica e difusa do regime dos precedentes, contudo, sua vinculação é genérico-abstrata, própria de um pensamento jurídico lógico e normativista.¹³⁸

A súmula vinculante, da mesma forma que o assento português, se desvincula dos julgados que a formaram, passa a ter autonomia, isto é, vale seu enunciado por si somente; por consequência, passa a ter vigência sem ligação concreta com os casos que a originaram, impõe-se como um texto normativo com autonomia formal para seu conteúdo abstrato, a ser aplicado a casos futuros, não sendo passível de mutações históricas porque vale o que está prescrito na súmula; assim, sua autonomia objetivamente abstrata “permite-lhes uma subsistência intencionalmente também abstrata prevalece-se dessa sua natureza lógico-significativamente atemporal e adquire duração indefinida”.¹³⁹

Portanto, para finalizarmos as semelhanças entre a súmula vinculante e o regime dos assentos bem como concluir assim pela sua natureza legislativa, citaremos a passagem de Castanheira Neves, cujo teor, aplica-se inteiramente às súmulas vinculantes do direito brasileiro assim:

“Uma *prescrição* jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório) que se constitui no modo de uma *norma geral e abstrata*, proposta à *predeterminação normativa* de uma *aplicação futura*, susceptível de garantia a *segurança e a igualdade jurídicas*, e que não só impõe com a força ou eficácia de uma *vinculação normativa universal* como se reconhece legalmente como carácter de *fonte do direito*, que tipo de entidade dogmático-jurídica manifesta?”¹⁴⁰

Não há como negar que todas as características acima elencadas para os assentos têm total relação com o nosso regime de súmulas vinculantes, assim, fazendo eco com a resposta de Castanheira Neves para a pergunta acima, cremos “não haver dúvidas: no conjunto destas determinações não pode deixar de ver-se a natureza de uma disposição legislativa”.¹⁴¹

Outro argumento irretorquível acerca da natureza legislativa da súmula vinculante é o fato de que este instituto, ao contrário das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade – que não podem ser impugnadas, alteradas ou revogadas em razão da estabilidade da coisa julgada –, a súmula vinculante, em decorrência de sua natureza legislativa, pode ser revogada ou revisada. A característica essencial da legislação é que o legislador pode revogar ou substituir por outra em sentido até contrário (*lex posterior derogat...*). Efetivamente, a revogabilidade das leis é um princípio inerente ao conceito de legislação, essa revogabilidade não existe no âmbito da jurisdição em razão da coisa julgada.¹⁴²

138. Cf. Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...* cit., n. 1, p. 91.

139. Idem, n. 2, p. 228. Em nosso ordenamento a súmula vinculante tem vigência até que sua revisão ou cancelamento (art. 103-A, § 2.º, da CF) seja proposta por um dos legitimados do art. 3.º da Lei 11.417/2006.

140. Idem, n. 3, p. 315. (*itálicos do original*)

141. Idem, *ibidem*. (*grifamos*)

142. Rui Medeiros. *A decisão de inconstitucionalidade...* cit., § 34, p. 803.

Esse argumento reforça o caráter legislativo da súmula vinculante que pode ser revogada ou revisada a qualquer momento por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103-A, § 2.º, da CF) e de ofício pelo próprio STF (art. 5.º da Lei 11.417/2006). Não se admitir a natureza legislativa da súmula vinculante implica em caracterizá-la como ato jurisdicional com a característica da imutabilidade do caso julgado, contudo, a súmula vinculante em nosso ordenamento tem vigência até que sua revisão ou cancelamento (art. 103-A, § 2.º, da CF) seja proposta por um dos legitimados do art. 3.º da Lei 11.417/2006, a revogabilidade que é característica essencial da legislação está presente também no procedimento de revisão da súmula vinculante, reforçando, desse modo, a natureza legislativa desse instituto.

6.7.4. Súmula vinculante: seu controle difuso de constitucionalidade e a leitura constitucionalmente adequada do art. 103-A, § 3.º, da CF/1988

Neste item do trabalho, será examinada a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade de súmula vinculante,¹⁴³ proporcionando uma interpretação constitucionalmente adequada à CF, art. 103-A, § 3.º, que instituiu um teratológico paradoxo em nossa ordenança perante a qual a lei não vincula a súmula sim. Essa anomalia é denunciada por Lenio Streck de maneira contundente:

“O perigo representado pela institucionalização das súmulas vinculantes. Trata-se, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar as leis; se o fizerem caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar as súmulas. Nesse caso, conforme a emenda à Constituição aprovada, não caberá recurso e sim, reclamação... Ou seja, em *“terrae brasiliis a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e a Constituição.”*¹⁴⁴

6.7.4.1. Precedente histórico Le Tribunal de Cassation da Revolução Francesa

Na tentativa de corrigir esse paradoxo investigamos a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade de súmula vinculante, antes, porém, faz-se necessário

143. Para a promulgação da súmula vinculante, de acordo com a melhor doutrina são necessários os seguintes requisitos: a) a tese jurídica que se quer afirmar em verbete da súmula vinculante tem de dizer respeito a norma constitucional; b) o objeto do verbete tem de ser a validade, a interpretação ou a eficácia de norma constitucional; c) controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário ou entre eles e a administração pública, interpretação ou eficácia da norma constitucional questionada; d) risco de grave insegurança jurídica; e) relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica acarretada pela controvérsia a respeito de norma constitucional adequada; f) reiteração das decisões do STF nesse sentido; g) *quorum qualificado* decisão por 2/3 dos membros do STF; h) publicação do verbete vinculante na imprensa oficial. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014 cit., coment. 18, CF 103-A, p. 742.

144. Lenio Luiz Streck. *O efeito vinculante...* cit., p. 407.

demonstrar o retrocesso que o sistema de controle de constitucionalidade tem sofrido no Brasil, um verdadeiro dismantelamento que se iniciou com a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade, como ensina José Ignácio Botelho de Mesquita.¹⁴⁵

Se o dismantelamento do controle de constitucionalidade iniciou-se com a introdução da ADC, a máxima quixotesca concretizou, *pois bem dizem que um mal nunca vem só, e que o fim de uma desgraça é o princípio de outra maior*,¹⁴⁶ foi instituída com a EC 45/2004 a súmula vinculante em nosso ordenamento e o dismantelamento prosseguiu, porque o texto aprovado passou a conferir eficácia maior à súmula do que à própria lei, vez que esta se contrariada pelo juiz enseja recurso, se, no entanto, a decisão contrariar a súmula vinculante, em conformidade com a CF/1988, art. 103-A, § 3.º, caberá reclamação para que a decisão seja cassada e outra proferida de acordo com o teor da súmula, se for o caso.

Esse regime, atualmente instituído no Brasil, tem semelhança ao que existia na época da Revolução Francesa, pois, por meio do art. 19 da Constituição de 1791, ao *Tribunal de Cassation*, era vedado conhecer a fundo as questões suscitadas e sua atuação se limitava a cassar a decisão recorrida e reenviava a causa ao tribunal de instância para novo julgamento, “algo que só era compreensível com fundamento naquele radical legalismo que concebia a lei tão absoluta e autossuficiente que lhe era possível, proibir a interpretação”.¹⁴⁷

Esse paradigma que, em pleno século XXI, a EC 45 resgatou, no qual parece ser possível ao jurista aprisionar o tempo e impedir a interpretação da lei (súmula), o juiz passa novamente a figurar como a boca fria que profere as palavras da lei (súmula), e o STF passa a agir como *Le Tribunal de Cassation*, sempre que alguma decisão contrariar o teor de uma súmula vinculante, por intermédio da reclamação, poderá ser cassada e, assim, reenviada para que outra decisão seja proferida em seu lugar.

Frise-se que, apesar do tom contundente de nossas críticas ao instituto da súmula vinculante, não afirmamos que este instrumento jurídico, por si só, traga apenas ranços de autoritarismo e anacronismo, pelo contrário, o que buscamos demonstrar é que a súmula vinculante, tal como é tratada pelo imaginário de grande parcela da doutrina jurídica, tem o condão de acarretar diversas distorções em nossa ordenança; e é justamente o controle difuso de constitucionalidade (principalmente a interpretação conforme) que possibilitará a adequação desse instituto ao regime do Estado Democrático de Direito, expandindo assim, seus benefícios.

145. Ensina o citado processualista: “o primeiro passo para neutralizar os efeitos da vitória conquistada pela Constituição de 1988 consistiu na introdução no nosso sistema constitucional de uma ação contrária à ADIn: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCON), atribuída a um seletivo grupo de não mais que quatro escolhísimos legitimados: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República”. José Ignácio Botelho de Mesquita. *O dismantelamento do sistema brasileiro...* cit., p. 88.

146. Miguel Cervantes. *Dom Quixote De La Mancha*. São Paulo: Nova Cultural, 2002. p. 188.

147. Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...* cit., n. 2, p. 81.

6.7.5. A necessidade de controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante enquanto instrumento de natureza legislativa, sua relação com o direito de ação (art. 5.º, XXXV, da CF/1988)

Desse modo, entendemos não ser admissível que, em pleno Estado Democrático de Direito, a súmula vinculante possua maior relevo que a lei, por isso, desenvolveremos a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante. Essa ideia já está presente na doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa M. Andrade Nery ao disporem que: “como o juiz pode controlar, *in concreto*, a constitucionalidade de lei, complementar ou ordinária, ou de ato normativo contestado em face da CF, a ele é possível, também, fazer o controle da constitucionalidade de verbete da súmula vinculante do STF, que tem *caráter geral e normativo*”.¹⁴⁸

A súmula vinculante é um expediente similar aos revogados *assentos* portugueses e não aos precedentes do sistema do *common law*. A súmula vinculante se *desvincula* dos casos jurídicos que a originaram, ela passa a vigor como um texto normativo de caráter formal e abstrato a ser aplicado no futuro. Ou seja, possui sua aplicação obrigatória para os processos pendentes e futuros daí sua natureza como preceito normativo geral e abstrato, imbuído de força obrigatória geral, análogo ao dos *assentos*.¹⁴⁹

Daí pode asseverar-se, com base na obra de Castanheira Neves, que as súmulas vinculantes têm formalmente e eficazmente uma natureza normativa porque possuem uma eficácia de prescrição normativa; almejam a imposição de um critério jurídico para uma aplicação geral e futura, mediante o qual se obteria a segurança e a igualdade jurídica.¹⁵⁰

Dessa maneira, fica evidente a natureza de disposição legislativa que possuem as súmulas vinculantes, na medida em que são prescrições literais, a serem aplicadas no futuro, vez que não solucionam um caso concreto, mas estabelecem um critério a ser aplicado a todos os demais casos que pelo seu enunciado possam ser compreendidos.

Destarte, uma vez evidenciada a natureza legislativa da súmula vinculante, torna-se imperioso admitir seu controle de constitucionalidade em caráter difuso (perante o caso concreto), porque do contrário admitir-se-ia que no Brasil, o juiz pode praticar o controle de constitucionalidade de uma Lei Complementar e não do teor de uma súmula vinculante, o que seria o total aniquilamento do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, ignorando a preciosa lição de Paulo Bonavides:

“A perda ou a desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará

uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita às pressões e interferências do Poder Executivo”.¹⁵¹

Não admitir o controle concreto de constitucionalidade das súmulas vinculantes é algo desarrazoado, porque em um sistema, o qual se admite o controle difuso de constitucionalidade das leis, passaria a proibir o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes, que não poderiam ser afastadas no caso concreto de nenhuma maneira, mesmo que sua aplicação acarrete inconstitucionalidades para o caso a ser decidido.

Logo, não seria nenhum exagero parafrasear a máxima *hobbesiana* e afirmar que diante do atual modelo, *Autoritas non Veritas, facit Summula*. Disparate que afrontaria o *judicial control* que é um direito fundamental¹⁵² do cidadão, tanto é que Canotilho enfatiza o direito de suscitar a questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade, asseverando que: “os particulares podem, nos feitos submetidos à apreciação de qualquer tribunal e em que sejam parte, invocar a inconstitucionalidade de qualquer norma ou a ilegalidade de atos normativos violadores de leis com valor reforçado, fazendo assim funcionar o sistema de controle da constitucionalidade e da ilegalidade numa perspectiva de *controle subjetivo*”.¹⁵³

O controle difuso de constitucionalidade é assegurado desde 1891 no Brasil e corroborado pelo inc. XXXV do art. 5.º da CF, *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. A impossibilidade de controlar a constitucionalidade das súmulas vinculantes, perante o caso concreto, não só afrontaria o *judicial control* e o direito de ação, como ainda confrontaria a independência judicial, posto que, “a independência do tribunal ou do juiz manifesta-se como garantia de que a sentença judicial pode valer como emanção do direito e não simplesmente como acto decisio-nista do Estado”.¹⁵⁴

Contudo, uma objeção ainda pode ser oposta ao controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes, é que estas, apesar de todas as características que possuem, não podem ter natureza legislativa porque são proferidas pelo Poder Judiciário. Esse argumento é fulminado com base na obra de Castanheira Neves, cujo ensinamento sobre o assento é plenamente adaptável ao nosso caso, assim, se entendermos que as súmulas vinculantes, “não ultrapassam o valor de instruções hierárquicas, como as ordens de serviço ‘na ordem administrativa ou burocrática’, prescritas por uma autoridade a outras autoridades que lhe são subordinadas, então é o princípio da independência

148. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014 cit., coment. 16, CF 103-A, p. 742. No mesmo sentido admitindo o controle difuso de constitucionalidade de súmula vinculante ver Lenio Luiz Streck. *O efeito vinculante...*cit., p. 429, nota ‘44’.

149. Para essa aproximação conferir: Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...*cit., n. 2, p. 228 e n. 3, p. 274. Ver ainda: Lenio Luiz Streck. *O efeito vinculante...*cit., p. 414-415.

150. Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...*cit., n. 2 p. 282 e n. 2, p. 315.

151. Paulo Bonavides. Jurisdição constitucional e legitimidade. *Estudos Avançados*, vol. 18, n. 51, 2004, p. 133.

152. Paulino Jacques, por exemplo, classifica o *judicial control* como um direito, liberdade civil. Cf. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p. 359.

153. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional...*cit., Tit. 3, Cap. 6, n. A.V, p. 493.

154. Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...*cit., n. 2, p. 104.

judicial ou da independência dos juizes no seu sentido subjetivo e comum, que vemos frontalmente preterido”¹⁵⁵.

Sendo assim, ao se negar o caráter legislativo das súmulas vinculantes e a possibilidade de seu controle de constitucionalidade, ter-se-ia que admitir que elas são instruções hierárquicas obrigatórias proferidas pelo STF que teria sua função judicial pervertida, porque se converteria *numa função meramente administrativo-burocrática e executiva, onde justamente não há lugar a afirmar um princípio de independência e sim de dependência e obediência*.¹⁵⁶

Por consequência, entender, que uma súmula vinculante aplica-se, por si só sem poder sofrer nenhum controle de constitucionalidade pelo juiz ou pelos tribunais diante do caso concreto, caracteriza o resgate de uma prática típica dos sistemas judiciários socialistas, cujo Tribunal Superior emitia diretivas que deveriam ser plenamente seguidas, onde a função judicial era vista em termos hierarquicamente subordinados e autoritários, algo inconciliável com o Estado Democrático de Direito no qual vigora o princípio da independência decisória.¹⁵⁷ Importante esclarecer que, nos regimes socialistas, a diretiva proferida pelo Tribunal Superior vinculava apenas os tribunais e juizes inferiores e, no Brasil, a súmula vinculante com a redação dada pela EC 45 vincula inclusive a administração pública e, para alguns juristas,¹⁵⁸ até o próprio Poder Legislativo é vinculado pela súmula, hipótese que consideramos incongruente com o Estado Democrático de Direito.

O regime instituído pela EC 45 estabelece a vinculação sumular para os casos pendentes e futuros, de modo que a súmula vinculante possui eficácia de lei (até maior!). Desse modo, seria impossível coaduná-la com nossa sistemática constitucional e com o princípio da independência decisória e o direito de ação se não admitirmos o controle difuso de constitucionalidade dessas súmulas, pelo contrário, cremos que essa é a única maneira de se admitir o regime das súmulas vinculantes, permitindo que todos os juizes, perante o caso concreto, se avistarem uma inconstitucionalidade, declararem, inclusive de ofício, a inconstitucionalidade da súmula diante do caso concreto. Não se pode argumentar que no sistema do *common law* é permitido uma vinculação normativa e, nem por isso a estrutura Judiciário dos EUA passou a ser hierárquica e burocrática,

155. Idem, n. 1, p. 18.

156. Idem.

157. Idem, n. 4, p. 668.

158. É o que defende o jurista Cândido Rangel Dinamarco: “quando a súmula se referir a texto constitucional, dar-se-á o mesmo sempre que este seja alterado ou ab-rogado. Mas, porque o que ela contém é projeção da própria Constituição Federal, não tem a lei o poder de alterar-lhe o significado, ou revogá-la, alterá-la, prejudicá-la. Ela também é, em menor uma norma constitucional”. *Súmulas Vinculantes*. RF, n. 434, 1999, p. 65. Com a devida vênia, imaginar que o STF pudesse proferir normas constitucionais, mediante edição de Súmula, seria transformar o Supremo em Poder Constituinte, algo inconcebível em um regime democrático. O STF deixaria de ser guardião da Constituição e seria dono da legalidade, afinal seria permitido a ele fazer algo que nem o Congresso nem a própria sociedade pode, qual seja, convocar novamente o Poder Constituinte originário.

até porque, conforme já explanamos em item anterior, a súmula vinculante não guarda relação com o regime dos *precedents*.

Por sua vez, o juiz no regime do *stare decisis*, possui técnicas para se afastar dos precedentes são elas: o *distinguishing* e o *overruling*.¹⁵⁹ No “primeiro caso, o juiz intenta evidenciar não só as semelhanças, mas também os caracteres específicos que diferenciam a situação em análise; no segundo caso, rejeita a solução precedente por ser susceptível de conduzir a resultados injustos. Em ambos os casos deve fundamentar o seu afastamento da solução que constitui precedente (ônus de argumentação)”¹⁶⁰.

Por isso, reafirmamos a necessidade de admitir o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes sob pena de infringirmos os princípios constitucionais do direito de ação e da independência decisória, e do Judiciário se transformar numa estrutura autoritária, hierarquizada e burocrática, no qual não há lugar para a independência apenas para a obediência e dependência, em total confronto com o Estado Democrático de Direito presente na CF de 1988, diante do qual os juizes são independentes,¹⁶¹ mesmo que existam diversos graus de jurisdição.

Todavia, de pouco adiantaria se uma decisão que exercesse o controle de constitucionalidade de uma súmula vinculante no caso concreto pudesse simplesmente sofrer os efeitos do 103-A, § 3.º, da CF/1988. Ou seja, ser cassada e reenviada para que o tribunal ou o juiz que praticou o controle julgasse novamente em conformidade com o teor da súmula vinculante, cuja aplicação já havia se apresentado inconstitucional.

Por consequência, nesta parte, demonstramos como a súmula vinculante por ter natureza legislativa, conforme estabelecemos anteriormente, e não poderia pretender possuir maior relevo que a lei, afinal, é, no mínimo, despropositado que, num Estado Democrático de Direito, *e.g.*, uma sentença que controle a constitucionalidade de uma Lei Complementar seja passível de recurso (CPC/1973, art. 513), enquanto que se essa mesma sentença controlar a constitucionalidade de uma súmula vinculante será passível de reclamação (CF, art. 103-A, § 3.º), podendo ser cassada.

Assim, as súmulas vinculantes são textos normativos que objetivam prescrever novos critérios legais para serem aplicados futuramente pelos juizes e tribunais, tais

159. Sobre os mecanismos de controle do precedente, ver: Nesse sentido, Alessandro Pizzorusso. *Le sentenze...cit.*, n. III, p. 558-559.

160. José Lamego. *Hermenêutica e jurisprudência*. Análise de uma Recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 216.

161. Nesse sentido Fábio Konder Comparato é enfático ao estabelecer que “Diz-se que o Poder Judiciário em seu conjunto é independente, quando não está submetido aos demais Poderes do Estado. Por sua vez, dizem-se independentes os magistrados, quando não há subordinação hierárquica entre eles, não obstante a multiplicidade de instâncias e graus de jurisdição”. *O Poder Judiciário no regime democrático. Estudos Avançados*, vol. 18, n. 51, 2004. p. 151. Sobre a questão, Canotilho enfatiza que “a independência dos juizes tem uma dimensão externa e uma dimensão interna. A independência externa aponta para a independência dos juizes em relação aos órgãos ou entidades pertencentes ao poder jurisdicional. A independência externa, ao agir a independência do poder jurisdicional em relação aos outros poderes, pressupõe que a organização deste esteja garantida pela reserva de lei”. Ver José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional...cit.*, Tít. 4, Cap. 5, n. B.III, p. 648.

como as leis, portarias, decretos. O que não se pode admitir é que as súmulas vinculantes, por serem oriundas de uma atividade jurisprudencial do STF, tenham maior relevo que os demais textos normativos da ordenança jurídica.¹⁶²

A primeira assertiva a extrairmos da obra de Castanheira Neves, ao concluirmos pela natureza legislativa da súmula vinculante, é a de que esta, ao ser mais um texto normativo inserto no ordenamento, deve, então, seguir o mesmo regime jurídico aplicável à lei, nas palavras do próprio autor: “os assentos enquanto normas jurídicas do sistema positivo e normas gerais e abstratas devem dar lugar aos mesmos recursos judiciais que o nosso direito prevê especificamente contra a violação, não aplicação ou incorreta aplicação das suas normas nas decisões jurisdicionais”.¹⁶³

De imediato, fica evidente a necessidade de as súmulas vinculantes enquanto mais um texto normativo do sistema jurídico, poderem ser passíveis do controle difuso de constitucionalidade e ainda essas decisões deverão ficar sujeitas ao mesmo regime recursal que as decisões que controlaram a constitucionalidade da lei.

Sendo assim, é desarrazoado e teratológico que, em um Estado Democrático de Direito, uma sentença que tenha feito o controle de constitucionalidade de uma lei seja passível de apelação para a instância superior enquanto uma sentença que tenha exercido o controle de uma súmula vinculante seja objeto de reclamação para o STF, estando este autorizado a praticar sua cassação e reenviá-la para o juízo de origem para que este profira uma decisão de acordo com o teor da súmula. Assim sendo, faz-se necessário adequar a CF, art. 103-A, § 3.º que da forma como foi introduzido em nossa CF, pela EC 45 padece de inconstitucionalidade como demonstraremos.

Em conformidade com o que já salientamos, a súmula vinculante, por ser um texto normativo proveniente da jurisprudência do STF, não pode ter um prestígio maior que o da própria lei, afinal a decisão que controla a constitucionalidade desta enseja recurso, a decisão que controlar a constitucionalidade da súmula também deverá ensejar o mesmo recurso; não pode ser meramente passível de uma reclamação a fim de que a decisão seja cassada para que outra seja proferida, posto que, esta prática, além de afrontar o princípio da razoabilidade, afronta outros princípios abaixo listados.

Com fundamento na obra de Lenio Streck, é possível salientar que a desarrazoada situação posta em nosso ordenamento viola os princípios da coerência e da integridade do direito, porquanto a própria hierarquia e a funcionalização do direito são deturpadas a partir da EC 45 que conferiu maior primazia à súmula vinculante do que à própria legislação.¹⁶⁴

A primazia da lei presente no art. 20 da Lei Fundamental Alemã está positivada no art. 1.º, *caput* e parágrafo único, e art. 5.º *caput* e II, de nossa Carta Magna, assim, é inadmissível que a súmula vinculante, no Brasil, tenha maior prestígio que a lei, a

primazia da lei tem sua importância porque, apesar da Jurisdição e da Legislação exercerem tarefas ordenadoras e estabilizadoras, à Jurisdição, “falta-lhe o elemento político da legislação. Direito Judicial não nasce no processo de formação da vontade política; ele, por conseguinte, não é capaz de substituir o direito nascido no procedimento legislativo e ele não é legitimado democraticamente em medida igual com o direito decidido pelo parlamento”.¹⁶⁵

Ocorre que com a EC 45, o *direito* nascido no Judiciário passou a ter não apenas igualdade com o nascido no parlamento, e, sim, primazia, de modo que não resta dúvida para reafirmarmos nossa conclusão no sentido de que se a lei pode ter seu controle de constitucionalidade difuso feito, com maior razão pode a súmula vinculante, e a decisão que as promova não pode ter tratamento diferenciado, posto que a súmula não pode (não deveria) ter primazia sobre a lei, por isso, deve seguir mesmo tratamento que ela; o STF não pode cassar uma sentença que controlou a constitucionalidade de uma lei, que possui primazia no Estado Democrático, e exigir que outra seja proferida em seu lugar, com maior razão não pode(ria) fazer isso com uma decisão que controlasse a constitucionalidade de uma súmula vinculante.

6.7.6. A súmula e as decisões vinculantes não são um mal em si. O risco é a não compreensão hermenêutica desses institutos

Não se trata de afirmar que a súmula vinculante e as decisões vinculantes é instituto que não podem trazer nenhuma contribuição para nosso sistema jurídico. Ocorre que elas apostam na discricionariedade judicial, *in casu*, nos Tribunais, para a melhoria da racionalidade do sistema jurídico. No imaginário de grande parcela da comunidade jurídica, acredita-se que a súmula vinculante, por exemplo, faria um encerramento hermenêutico das questões jurídicas, a ponto de se afirmar que a súmula vinculante seria uma espécie de supernorma que permitiria a solução de uma infinidade de casos sem que sequer precisasse ser interpretada, acreditando na ingênua perspectiva de que seria possível aplicação do direito sem atividade interpretativa mediadora. A súmula conteria, em si, um julgamento antecipado hermenêutico para uma infinidade de casos que lhe são subjacentes.

Nessa linha, merece realce a manifestação da Min. Ellen Gracie que, durante o debate acerca da Súmula Vinculante 14, afirmou que a súmula vinculante ideal deveria ser aquela que não fosse passível de interpretação. Ou seja, ainda se acredita que é possível a utilização/aplicação de um texto sem sua respectiva interpretação.¹⁶⁶

162. No mesmo sentido ao dissertar sobre os assentos conferir: Antonio Castanheira Neves. *O instituto dos assentos...*cit., n. 2, p. 258-260.

163. Idem, n. 3, p. 376. Importante mencionar que essa conclusão foi amplamente aceita na doutrina portuguesa, conforme salienta o próprio Castanheira Neves na página já mencionada.

164. Lenio Luiz Streck. *Verdade e consenso...*cit., *posfácio* n. 5.2.8, p. 587.

165. Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional...*cit., p. 412. Para um exame do princípio da reserva da lei cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional...*cit., Tit. 6, Cap. 2, n. C.I, p. 701-718.

166. Verbis: “Plenário edita 14.ª Súmula Vinculante e permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso

Essa obsoleta visão do fenômeno hermenêutico possui raízes próximas no caráter exegético que acompanhou a consolidação do direito após a Revolução Francesa e se reproduz, inclusive, nos dias de hoje.

De acordo com o que destacamos, na época da Revolução, o Judiciário era visto como a nobreza de toga. Foi nesse contexto que surgiu a célebre frase de Robespierre de que a palavra jurisprudência deveria ser apagada da língua francesa.

A notória frase de Robespierre, contrária à jurisprudência entendida como fonte do direito, foi publicada, na época, pelo jornal *Le Moniteur Universel* em 19.11.1790 que dava notícia dos objetos de debate a *Assemblée Nationale*: espécie de boletim das sessões desse órgão no período revolucionário.

Em uma tradução livre, Robespierre manifestava-se nos seguintes termos: “proprio que o Tribunal de Cassação seja renovado em sua totalidade e o mais frequentemente possível. Essa palavra jurisprudência dos tribunais, na acepção que ela tinha no Antigo Regime, não significa mais nada no novo regime; ela deveria ser apagada de nossa

Por 9 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou na tarde desta segunda-feira (2) súmula vinculante que garante a advogados acesso a provas já documentadas em autos de inquéritos policiais que envolvam seus clientes, inclusive os que tramitam em sigilo.

O texto a 14.ª Súmula Vinculante diz o seguinte: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

A questão foi levada ao Plenário a pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por meio de processo chamado Proposta de Súmula Vinculante (PSV), instituído no STF no ano passado. Essa foi a primeira PSV julgada pela Corte.

Dos 11 ministros, somente Joaquim Barbosa e Ellen Gracie foram contra a edição da súmula. Para os dois, a matéria não deve ser tratada em súmula vinculante. A maioria dos ministros, no entanto, afirmou que o verbete trata de tema relativo a direitos fundamentais, analisado diversas vezes pelo Plenário. Eles lembraram que a Corte tem jurisprudência assentada no sentido de permitir que os advogados tenham acesso aos autos de processos.

“A súmula vinculante, com o conteúdo proposto, qualifica-se como um eficaz instrumento de preservação de direitos fundamentais”, afirmou Celso de Mello.

O Min. Marco Aurélio destacou que “a eficiência repousa na transparência dos autos praticados pelo Estado”, reiterando que precedentes da Corte revelam que a matéria tem sido muito enfrentada. Ele afirmou que há pelo menos sete decisões sobre a matéria no STF. “Investigação não é devassa”, observou a Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha.

O Min. Peluso lembrou que a súmula somente se aplica a provas já documentadas, não atingindo demais diligências do inquérito. “Nesses casos, o advogado não tem direito a ter acesso prévio”, observou. Ou seja, a autoridade policial está autorizada a separar partes do inquérito que estejam em andamento para proteger a investigação.

Ellen Gracie concordou com o entendimento dos demais ministros quanto ao direito dos advogados de ter acesso aos autos dos processos, mas afirmou que uma súmula sobre o tema dependeria da interpretação de autoridades policiais. “A súmula vinculante é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação”.

(...)”. Notícia retirada do sítio eletrônico: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102548]. Acesso realizado 17.07.2012.

língua. Em um Estado que tem uma constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é senão a lei. Então, assim, há sempre a identidade da jurisprudência”.¹⁶⁷

A concepção prevalecente, e que consta em algumas leituras doutrinárias feitas acerca do art. 927 CPC/2015, possui diversos pontos de intersecção com o pensamento Revolucionário Francês. Se na Revolução Francesa era vedada a interpretação da lei e acreditava-se que seria possível aplicá-la sem a intermediação hermenêutica, hodiernamente, crê-se que é possível a produção de súmulas vinculantes e decisões dotadas de efeito vinculante que proporcionarão a solução de diversos casos idênticos, dispensando, a partir daí, novas interpretações.

Se na Revolução Francesa não há jurisprudência senão lei, caminhamos para um modelo em que não há lei senão jurisprudência. Jurisprudência esta que é oriunda dos tribunais superiores e formada em bases discricionárias. Assim, passados mais de dois séculos, caminhamos para retrocesso primitivo no aspecto hermenêutico, *de um juiz boca fria da lei passamos para um juiz boca fria dos tribunais superiores.* Se essa troca, em termos hermenêuticos, muda muito pouco; em termos democráticos, podemos afirmar que há um retrocesso, porque passa a se privilegiar atos oriundos do próprio Judiciário em detrimento da lei, que é, por excelência, o ato representativo da maioria democrática.

CONCLUSÕES PRINCIPAIS

1. A súmula vinculante, ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal. No que diz respeito ao modo de sua aplicação, o precedente constituiu-se num critério jurídico que serve como problematização e fundamentação para casos análogos; já o teor do verbete sumular tem *status* de entidade geral e abstrata, que dispõe uma disposição de natureza legislativa que, para os casos concretos que ela abrange, vão-lhe referidos como casos da sua aplicação.
2. A súmula vinculante encerra-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo que passa a ter validade após sua publicação. Em contrapartida, os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, o precedente deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte, a delimitação de seu alcance é extremamente conflituosa.
3. A regra de vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pelo EC 45, que permite a cassação de toda a decisão judicial por meio de reclamação ao STF, conforme teor do parágrafo terceiro do art. 103-A da CF/1988. A vinculação proposta é tamanha que da maneira como foi aprovada não permite nenhuma ponderação racional ou ajuste jurisprudencial pelos juízes.

167. Maximilian Robespierre. *Bulletin De L'Assemblée Nationale, Réimpression de L'Ancien Moniteur: depuis la reunion des états-généraux jusqu'au consulat (mai 1789 – novembre 1799)*, t. VI, Paris: Au Bureau Central, Quai Malaquais, MDCCCXLI, p. 411.

4. A súmula vinculante é instituto análogo ao assento português porque se desvincula dos julgados que o formaram e passa a ter autonomia. Assim, vale a súmula por si só, que passa a ter vigência sem ligação concreta com os casos que a formularam, se impõe como um texto normativo com autonomia formal para que seu conteúdo abstrato possa ser aplicado a casos futuros.

5. Resta evidente a natureza de disposição legislativa que possuem as súmulas vinculantes, na medida em que são prescrições literais, a serem aplicadas no futuro, vez que não solucionam um caso concreto, mas estabelecem um critério a ser aplicado a todos os demais casos que pela súmula possam ser compreendidos.

6. A institucionalização da súmula vinculante vem na contramão do acesso hermenêutico ao direito, porque esse instituto não tem o propósito de contribuir para a evolução do sistema jurídico, mas ao contrário, aprisioná-lo ao passado. Esse instrumento ainda é refratário à distinção entre texto normativo e norma, e no afã de solucionar os casos ditos idênticos de maneira isonômica, acaba por aplicar o princípio da igualdade de maneira meramente mecânica sem atentar para as particularidades históricas de cada caso concreto, acreditando que a solução deles pode ser realizada por simples sub-sunção, mediante a qual se aplica um direito pronto, impessoal e a-histórico.

7. A CF, em seu art. 103-A, § 3.º, possui inconstitucionalidade literal. Assim, uma sentença que declare a inconstitucionalidade de uma súmula vinculante para o caso concreto, não pode ser simplesmente cassada pelo STF e reenviada para que outra seja proferida em seu lugar porque, conforme explicitamos, essa prática fere os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, primazia da lei e da independência decisória dos juízes. Assim sendo, essa sentença deve seguir a mesma cadeia recursal da que exercesse o controle difuso de constitucionalidade de uma lei. Logo, se for proferida por um juiz de primeiro grau será passível de apelação e, se for o caso, a apreciação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC, art. 480). Esse é o entendimento que se concilia inclusive com a reserva de jurisdição prevista na CF/1988, em seu art. 97.



CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ARBITRAGEM

SUMÁRIO: 7.1 Considerações gerais – 7.2 Natureza jurídica da atividade arbitral: 7.2.1 Processo civil romano: a “*iurisdictio*” romana; 7.2.2 Arbitragem: atividade de natureza jurisdicional – 7.3 Controle difuso de constitucionalidade e arbitragem: 7.3.1 Processo arbitral e devido processo legal; 7.3.2 Decisão de inconstitucionalidade em sede arbitral; 7.3.3 Decisão de inconstitucionalidade ex officio e proibição de decisão surpresa; 7.3.4 Sentença contra legem e o juízo de equidade: 7.3.4.1 Juízo de equidade e jurisdição estatal, 7.3.4.2 Juízo de equidade e jurisdição arbitral – 7.4 O alcance do árbitro pelo efeito vinculante do controle abstrato de constitucionalidade das leis – 7.5 O direito como integridade: a necessidade de o árbitro analisar precedentes, súmulas e decisões dos tribunais superiores.

7.1. Considerações gerais

Examinamos, nesta seção, a possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade no bojo de processo arbitral. Para o exame dessa questão, far-se-á a necessária análise sobre a natureza jurídica do próprio processo arbitral.

Assim, pretendemos demonstrar a viabilidade da realização do controle difuso de constitucionalidade em sede arbitral, dada a natureza jurisdicional da atividade do árbitro.

7.2. Natureza jurídica da atividade arbitral

A arbitragem, apesar de consistir em atividade privada convencionalizada pelas partes, tem natureza jurisdicional.¹ Com efeito, o fato de a arbitragem ser de ori-

1. Sobre a discussão acerca da natureza jurisdicional da atividade arbitral ver *infra* 7.2.2.