

ESTABILIDADE E ADAPTABILIDADE COMO OBJETIVOS DO DIREITO: CIVIL LAW E COMMON LAW

Revista de Processo | vol. 172 | p. 121 | Jun / 2009 | DTR\2009\337

Teresa Arruda Alvim Wambier

Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da PUC-SP. Professora no curso de mestrado da Unipar. Membro da diretoria do IBDP, da International Association of Procedural Law, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e de São Paulo, do IAPR e do Iasp, da Aasp, do IBDFAM, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal e da International Bar Association. Advogada.

Área do Direito: Civil

Resumo: Os sistemas inglês e brasileiro foram usados neste estudo comparativo sobre o respeito aos precedentes. Na Inglaterra adotou-se a versão mais rígida deste sistema. Inversamente, no Brasil, a liberdade de o juiz decidir conforme sua convicção tem sido levada às últimas consequências. Entretanto, foram introduzidas novidades no Código de Processo Civil que podem mudar esse panorama, uma vez que a coexistência de várias opiniões conflitantes sobre o significado da lei, inclusive no plano dos Tribunais Superiores, gera integral falta de previsibilidade. De fato, na ausência absoluta de jurisprudência solidificada a respeito de muitos assuntos pode-se enxergar um desrespeito ao Estado de Direito.

Palavras-chave: Precedente - Precedente vinculante - Livre convicção - Súmula vinculante - Recursos repetitivos - Súmula impeditiva de recursos - Ratio decidendi - Obiter dicta

Abstract: The English and the Brazilian systems were used as the basis of this comparative study of the respect for precedent. In England the most rigid version of this system has been adopted. Conversely, in Brazil the freedom that each and every judge has to decide according to his/her own opinion is understood at the highest level. Nevertheless, we have very recently introduced to our Code of Civil Action some intelligent mechanisms which can certainly and hopefully lead to a different attitude, since the coexistence of several conflicting opinions on the meaning of the statutory law generates a total lack of uniformity, consistency and hence predictability. This situation is not compatible with the Rule of Law.

Keywords: Precedent - Stare decisis - Freedom to decide - Appeals dealing with the same quaestio juris - Binding precedent - Ratio decidendi - Obiter dicta

Sumário: - 1.Razões históricas para algumas diferenças entre o civil law e o common law - 2.A vinculatividade dos precedentes no sistema de common law - 3.A vinculatividade da lei nos sistemas de civil law - 4.Conceitos vagos, cláusulas gerais e princípios jurídicos: criatividade da jurisprudência - 5.Necessidade de respeito à jurisprudência firmada - 6.Técnicas introduzidas recentemente no ordenamento processual civil brasileiro⁶⁸ - 7.O problema gerado pela possibilidade de haver controle difuso da constitucionalidade das leis: a solução - 8.Anotações de caráter conclusivo

Brevíssima introdução

Essas nossas breves considerações partem da nossa firme convicção no sentido de que a função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade. O direito, todavia, tem, também, em nosso sentir, de ser adaptável, já que serve à sociedade e esta sofre alterações ao longo do tempo.

A partir de uma visão comparada,¹ pretendemos demonstrar que tanto nos sistemas de *civil law*, quanto nos de *common law*, o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar estabilidade e previsibilidade. O mais curioso é que os sistemas de *civil law* são uma criação pretensamente racional que teve como objetivo específico, e praticamente declarado, o de alcançar exatamente aquelas finalidades que, como se sabe, no Brasil, nem sempre são alcançadas.

1. Razões históricas para algumas diferenças entre o civil law e o common law

Quando se pensa em como o sistema de *common law* nasceu, é-se inclinado a responder que eles sempre foram como são hoje. É o que J. H. Baker constata quando relata que "em 1470, um

sergeant-at-law sustentou que o common law existe desde a criação do mundo (...) não é improvável que ele acreditasse literalmente no que dizia". Aliás, "isso não consiste num total absurdo, pois o sistema inglês representa um ininterrupto desenvolvimento desde os tempos pré-históricos: não houve nenhum ato consciente de criação ou adaptação".²

De fato, a natureza contínua do desenvolvimento do direito inglês pode dar a impressão de que este sempre tenha sido como é hoje. Esse desenvolvimento ininterrupto é considerado uma das mais importantes razões para que haja, no mundo jurídico inglês, uma "atmosfera conservadora".³

R. C. Van Caenegem afirma que a história do direito inglês é um *continuum*. Nunca houve o desprezo do que se entendia como correto antes, ou uma divisão do direito entre duas eras, uma pré e uma pós-revolucionária.⁴

Está claro que os sistemas de *common law* não foram sempre como são hoje, embora, a sua principal característica parece sempre ter estado presente: casos concretos são considerados fonte do direito. Durante muito tempo, não houve diferença substancial entre os atos de julgar, de administrar e de legislar.⁵

O *common law* era composto de costumes "geralmente observados pelos ingleses". Esta é a origem do nome common, ou seja, as decisões dos conflitos eram baseadas nos costumes, enquanto que hoje, as decisões são baseadas nelas mesmas (precedentes). Hoje os costumes só têm valor jurídico, se encampados por um precedente.⁶

Os costumes germânicos prevaleceram durante o 5.^o e 6.^o século, época em que os povos germânicos dominavam a Europa central e ocidental. Num certo momento, o direito romano praticamente desapareceu.

Foi, no entanto, redescoberto no fim do século XI, e se tornou objeto de imensa atenção de estudiosos do norte da Itália, principalmente de Bologna. A *jurisprudência*, como ramo do conhecimento que estuda o direito, considera-se ter nascido exatamente nesse momento.

Sem que tivesse sido integralmente abandonado o pensamento jurídico romano, uma característica diferente foi acrescentada: o dogmatismo. Os textos eram estudados e analisados profundamente, por meio de diferentes métodos: gramatical, retórico e dialético. Eram harmonizados por meio de um complexo processo de exegese, pois os textos nem sempre eram coerentes. Usando a linguagem dos nossos dias, poderíamos dizer que os estudiosos impuseram ao material encontrado uma forma "sistemática".

É relevantíssima a informação no sentido de que o *Corpus Juris Civilis*, volumosa coletânea de textos romanos escritos na época de Justiniano e que, sob o seu comando, foram publicados no século VI e exerciam a função de direito em relação a uma parte considerável do império romano, não era um código. Dentre os textos, alguns eram muito antigos, outros recentes; alguns eram atos legislativos e outros consistiam em doutrina.⁷

Quando os estudiosos se encontravam diante de textos incompatíveis, levantavam *dubitationes*, criando controversia, dissentio e ambiguitas, que levavam à solutio. Para evitar que permanecesse a incompatibilidade entre os textos, eram utilizados instrumentos retóricos, como, por exemplo, divisão em tempo/espaço; hierarquia; divisão dos textos em regras gerais e regras especiais, e tantos outros.

Muitos dos textos que eram, na verdade, soluções de casos, passaram, assim, a ser vistos como paradigmáticos, devendo ser considerados parte do *Corpus*.⁸

A preocupação em se tratar dos textos romanos como se eles fossem um conjunto ordenado e coerente de regras aparece com nitidez num exemplo dado por R. C. Van Caenegem: havia um texto famoso, em que se dizia que o príncipe estava *acima da lei*. Na verdade, esta afirmação soava estranha, já que o primeiro dever do príncipe era o de obedecer à lei, pois, a sua posição de chefe do estado romano extraia legitimidade da própria lei. Portanto, esta afirmação no sentido de que o príncipe estaria acima da lei não poderia significar que ele pudesse se comportar de modo contrário ao direito. Interpretando a afirmação, entenderam os estudiosos que ela significava que ninguém, no estado romano, nenhuma pessoa ou instituição, tinha autoridade para julgar o imperador, pois só se era julgado por um superior. "Portanto, o problema não era de natureza essencial, mas simplesmente

uma questão ligada às instituições políticas e a organização judicial".⁹

Assim, o direito passou a ser inteiramente absorvido pelas universidades, onde estudiosos se ocupavam de analisar técnicas jurídicas que acabavam também por servir a propósitos políticos.

Entende-se, portanto, a importância que tem a *doutrina* para os sistemas de civil law.

Auctoritas e *ratio* eram as principais características do direito neste período e os textos legais eram o ponto de partida de qualquer raciocínio jurídico.

No período subsequente, o raciocínio jurídico passou a ser visto e considerado como um genuíno *pensamento sistemático* (1600-1800). O pensamento sistemático passou a predominar em todos os ramos da ciência, da filosofia, da astronomia e até da música. O direito adquiriu um status especial, com dignidade epistemológica.

O fato de a lei ser escrita tornava tudo mais fácil.

Num certo momento histórico, posterior, todavia, o centro do poder transferiu-se do monarca para a Nação. Parece que este é o momento em que se percebe de maneira mais nítida a origem real da estrutura do sistema de *civil law*. Esta passagem do poder do monarca para a Nação foi simbolizada pela Revolução Francesa, ambiente no qual nasceu a base do estilo de raciocínio jurídico dos sistemas de civil law.

De fato, desde o século XVII, o raciocínio abstrato vinha caracterizando a maneira de os franceses verem o direito e a vida em geral. A teoria de Montesquieu, no sentido de que não deveria haver superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo, foi combinada com a visão de Rousseau, no sentido de que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da Nação francesa.¹⁰

A idéia de que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo, foi uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Consequentemente, os juízes tinham de *obedecer à lei*, tinham de decidir os casos precisamente de acordo com a lei, sendo, suas decisões sempre fundamentadas, devendo ser feita expressa referência à lei em que se baseavam as decisões. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem "a boca da lei". As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais como se elas fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei + fatos = decisão.

Essa concepção rígida era parcialmente decorrente de uma profunda desconfiança nutrida pela burguesia em relação aos juízes.

Havia uma crença profunda no sentido de que a vontade do povo estava efetivamente refletida na lei e, conseqüentemente, entendia-se que esta deveria ser respeitada literalmente. Se as decisões judiciais fossem baseadas na lei, garantir-se-ia que a vontade do povo estava sendo cumprida.

Percebe-se, portanto, que, através de um *ato racional*, ocorrido num certo momento histórico, relevantíssimo para os rumos que acabou tomando o direito nos sistemas de civil law, pretendeu-se conter o abuso de poder, que gerava, obviamente, um excesso insuportável de arbitrariedades, suprimindo qualquer possibilidade de que houvesse estabilidade e previsibilidade na vida social.

O sistema anterior (*ancien régime*), que foi abolido pela Revolução Francesa, dava muitos privilégios para a nobreza e para o clero, que, por exemplo, não pagavam impostos. Por outro lado, os juízes eram perigosamente influenciáveis pelos poderosos. Por isso, absoluta rigidez da lei era preferível à liberdade de interpretação por parte dos juízes.

Durante o período revolucionário, muitos governos poderiam ter tido a iniciativa de criar códigos. Só sob Napoleão I, entretanto, foi editado, em 1804, o Código Civil (LGL 2002\400).

A separação de poderes passou a ser vista como um pressuposto da concepção de Estado de Direito. No lugar de uma unidade, simbolizada pelo monarca, havia, agora, uma complexa estrutura formada por forças interligadas e equilibradas.¹¹

Uma forte conexão foi estabelecida entre a *lei escrita* e a igualdade, pois, passou a ser entendido que quando a lei impera, a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida.¹²

De fato, a *igualdade* estava entre as principais idéias encampadas pela legislação concebida durante o período revolucionário francês: *liberté, égalité et fraternité*. Estas idéias estavam refletidas nas leis escritas e os tribunais deviam aplicar esta lei aos casos concretos, jamais formulando regras gerais.

Entendia-se que o juiz não podia interpretar os textos legais, devendo-se limitar a aplicá-los aos casos, pois o que se temia é que, pela via interpretativa, pudesse ser distorcido o texto.

Com o passar do tempo, essas condições passaram a sofrer profundas alterações.

As mudanças da sociedade moderna impuseram uma visão diferente do direito. O mundo estável, com divisão nítida de classes sociais, em que praticamente não havia mobilidade e em que o acesso a justiça era razoavelmente restrito, passou, aos poucos, a dar lugar a uma sociedade em que as alterações ocorrem muito rapidamente; que abrange, possibilita e incentiva a mobilidade social, o que acaba, de certo modo, gerando correlata modificação na esfera dos valores sociais. Por outro lado, o acesso à justiça, tradicional sonho dos juristas de *civil law*, se tornou uma realidade.

Este quadro acabou gerando um aumento considerável da complexidade dos casos trazidos ao Judiciário. Este fenômeno fez com que muitos pensadores percebessem que o *texto da lei* tinha se tornado um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao Judiciário, já que as multifacetadas feições das sociedades contemporâneas, somadas ao fato de o Judiciário ter-se tornado mais acessível, acabou por obrigar o juiz dos nossos tempos a decidir de acordo com as particularidades de cada caso. Isto significa que, de algum modo, deve haver flexibilidade.

Nesse contexto, as decisões já não mais podem ser vistas como resultado da aplicação automática da lei e o pensamento jurídico tradicional, de natureza lógico-dedutiva, vêm se mostrando impotente para resolver parte expressiva dos conflitos.

Percebem-se, neste ambiente, dois problemas sérios a resolver, que em nosso entender, devem ser solucionados sem que sejam comprometidos os objetivos estabilidade e previsibilidade, que consideramos ser o núcleo da função do direito. Esses dois problemas são: (a) de que parâmetros pode valer-se o juiz, além da lei escrita para resolver os conflitos? (b) Como evitar que se comprometa indesejavelmente o princípio da isonomia, como decorrência da possível diversidade de decisões, que podem ser geradas pelo uso de parâmetros menos *seguros* do que a lei escrita?

2. A vinculatividade dos precedentes no sistema de common law

Entende-se, nestes sistemas, que o juiz não pode *desapontar* os cidadãos. Estes não podem ser surpreendidos por uma decisão que nunca poderia ter sido imaginada antes. A previsibilidade é inerente ao Estado de Direito.

R. C. Van Caenegem menciona alguns critérios para que se esteja diante de um *bom* sistema jurídico (*good law*): as normas têm de ser compreensíveis e cognoscíveis. Observa que, dificilmente, haveria alguém que discordasse serem estas duas características necessárias para que se considere bom um sistema jurídico. As pessoas não podem ser "como cachorros que só descobrem que algo é proibido quando um bastão atinge o seu nariz".¹³

O objetivo da previsibilidade é atingido no sistema de *common law* pela prática de se obedecerem precedentes. O comportamento dos cidadãos deve conformar-se aos termos das decisões judiciais. Isto diz respeito às partes e ao resto da sociedade, que observa as decisões judiciais e ajusta o seu comportamento ao que estas dizem.¹⁴

Estabilidade, uniformidade e solidez¹⁵ são condições para a existência de *previsibilidade*. Neste panorama a igualdade acaba naturalmente sendo respeitada. E a igualdade é um dos principais fundamentos do sistema de precedentes vinculantes.

Esta idéia está muito presente na doutrina alemã, que usa a expressão princípio da proteção.¹⁶

No sistema de *common law*, se reconhece que os casos nunca são absolutamente idênticos. O que acontece, de fato, é que são consideradas algumas características de um caso, como sendo relevantes e outras não. Em alguns ramos do direito, a tendência é considerar poucas características do caso como sendo importantes, como ocorre, por exemplo, no direito tributário. O fenômeno inverso ocorre no direito de família. Nos casos concretos, poucos detalhes podem ser deixados de

lado. Muitos aspectos da situação concreta devem ser levados em consideração, por exemplo, quando se qualifica alguém como um bom pai de família.

A vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de *igualdade* e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma.

Hoje, o direito inglês é composto de dois elementos principais: *common law* (incluindo a equity) e lei escrita. É importantíssimo salientar que o sistema de precedentes vinculantes se aplica, no common law, mesmo quando o juiz decide com base na lei.¹⁷ Nota-se, portanto, que o juiz fica adstrito a adotar a interpretação da lei pela qual terá optado o juiz que decidiu caso idêntico, anteriormente.¹⁸

Usa-se a expressão *common law*, nos dias de hoje, para significar um marcante contraste que existe entre os sistemas de civil law e de common law. Este contraste significa que nos sistemas de common law o direito é feito pelo juiz (judge-made law) e, nos sistemas de civil law, quem cria o direito é o Poder Legislativo. No entanto, precedentes vinculam, tratando-se dos sistemas de common law, em ambos os casos, ou seja, nos sistemas de common law, os precedentes vinculam tanto no campo das decisões em que o juiz cria a regra, quanto naquelas em que o juiz aplica a lei.¹⁹

A Inglaterra não tem Constituição escrita, diferentemente dos Estados Unidos. Entende-se que a base da Constituição inglesa é o *common law*, derivado principalmente de precedentes e tendo incorporado princípios básicos de documentos como a Magna Carta (LGL 1988\3) (1215) e o English Bill of Rights (1689).²⁰ Hoje, todavia, há leis escritas na Inglaterra, inclusive em forma de Código, como, por exemplo, o Código de Processo Civil (LGL 1973\5) de 1998.

O sistema de precedentes vinculantes faz com que as cortes ajam em duas dimensões: resolvem conflitos, e isto diz respeito ao *passado*; e têm o papel de fazer direito, criando regras para o futuro. A primeira função atinge uma audiência limitada: o réu e o autor. A segunda atinge uma audiência mais ampla, que inclui o público, os tribunais, a mídia, os acadêmicos e outros tribunais.²¹

Uma palavra sobre a *Equity*. O sistema da equidade foi inspirado por idéias de justiça natural e por isso conserva este nome, mas hoje se trata, pura e simplesmente, de um ramo do direito inglês, em que se encontra, por exemplo, a law of trusts, a tutela específica e as injunctions.²² Deve-se frisar que o sistema de precedentes vinculantes existe também neste campo.

Os autores ingleses comentam que o sistema de precedentes vinculantes é aplicado na Inglaterra na sua versão mais rígida.²³ Precedentes devem ser seguidos, se não houver nenhuma razão séria para que sejam abandonados. É comum que o juiz, mesmo não concordando intimamente com a regra constante do precedente, decida de acordo com ele, por apego à necessidade de preservar a igualdade.

Por fim, é oportuno ressaltar que, na Inglaterra, um determinado tribunal não precisa obedecer a precedente de um órgão inferior. Entretanto, é comum que as decisões das cortes inferiores sejam respeitadas, se não houver uma séria razão para serem desconsideradas.²⁴

2.1 Sobre os precedentes, em si mesmos

Os ingleses chamam a parte efetivamente vinculante da decisão de *ratio decidendi*. A ratio decidendi é a proposição jurídica, explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão.

A *ratio decidendi* pode ser considerada o núcleo do precedente. Proposições jurídicas que consistem na ratio decidendi do precedente devem necessariamente ser seguidas.

Hoje em dia, as decisões dos juízes ingleses são fundamentadas e essa fundamentação é composta de um resumo das provas, das constatações a respeito dos fatos da causa e dos argumentos deduzidos pelas partes.²⁵

As decisões judiciais também são compostas pelos *obiter dicta* ou *gratis dicta*. Esses termos significam literalmente: o que é dito para morrer, o que é dito por nada, inutilmente. Tudo o que é dito numa decisão e que não integra a ratio decidendi é obiter dicta, e o que é dito obiter dicta tem um peso meramente persuasivo.²⁶

A regra (*rule* - o cerne ou o núcleo do precedente) é equivalente à ratio decidendi.

É claro que aqui o conceito de *ratio decidendi* está sendo drasticamente simplificado, reduzido ao mínimo necessário para que se compreendam as idéias contidas neste texto. Sabe-se, todavia, que existe grande discussão no plano da doutrina inglesa a respeito do conceito de *ratio* e também sobre o "teste" a ser utilizado para se identificar uma *ratio*.²⁷

Se ocorre de um caso novo (*case of first impression*) ter de ser decidido por um juiz inglês, a sua decisão consistirá num precedente, mas pode-se determinar, na própria decisão, que parte dela deve ser considerada a *ratio decidendi*.²⁸ Por outro lado, se o juiz não fizer isso, pode ocorrer que a *rule* seja definida pela decisão posterior, ou seja, casos pode haver em que é a decisão subsequente que determina os contornos da *rule*.²⁹

Interessante observar aqui que, em casos difíceis, pode ser complexo o processo de identificar a *ratio decidendi* e de interpretá-la. Comumente, não fica claro na decisão se alguns fatos foram levados em conta como necessários para a conclusão a que se chegou ou foram referidos como *obiter dicta*.³⁰

Entende-se que um precedente é um pronunciamento do juiz *sobre o direito* e que as questões de fato não integram o precedente. Mas é extremamente importante se dizer que as decisões devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos. Isso nos faz pensar poder-se afirmar que, em certa medida, fatos tidos como essenciais para a decisão seriam parte da *ratio decidendi*.³¹ Quando os mesmos fatos ocorrem novamente e são levados a juízo, a mesma solução deve ser dada ao conflito, devendo ser seguido o precedente.³²

2.2 A rigidez do *stare decisis* na Inglaterra

Até bem pouco tempo atrás, mais precisamente até 1966, o sistema de precedentes na Inglaterra era tão rígido, que a *House of Lords*, órgão supremo do Poder Judiciário no Reino Unido, não podia modificar os seus próprios precedentes. Era o *stare decisis*, na sua versão mais rígida: conservar as *rationes decidendi* de casos anteriores. Esta expressão vem do latim: *stare decisis et non quieta movere*.³³

Os autores comentam que o sistema de *stare decisis* na Inglaterra é tão conservador, que os tribunais chegam a aplicar precedentes de 400 anos. "Não é incomum encontrar o registro de um caso da jurisprudência inglesa ocupando 50 páginas impressas, com uma detalhada discussão de casos anteriores, e esses casos, podem ter 400 ou 500 anos de idade. (...) Em *Bottomley v. Bannister* ([1932] 1K.B. 458), precedentes decididos em 1409 e 1425 foram citados para auxiliar na decisão do juiz em determinar quem seria responsável pelo vazamento de um aquecedor à gás instalado em 1929."³⁴

Esta rigidez é constatada, por exemplo, no que se lê em *Mirehouse v. Rennel*; Parke B.: "nós não temos liberdade de rejeitar os precedentes e nem de abandonar a analogia em relação a eles (...) porque nós pensamos que as regras não são convenientes, nem razoáveis e nós as teríamos pensado de outra forma - porque desejamos obter uniformidade solidez e certeza, nós precisamos aplicar estas regras, se elas não forem plenamente desarrazoadas ou inconvenientes, a todos os casos que acontecem".³⁵

Entende-se que, como os ingleses tradicionalmente não têm lei escrita nem códigos, há necessidade de uma espécie de "cimento" para gerar certeza e este "cimento" consiste justamente na doutrina do precedente vinculante. Por isso o *practice statement* da House of Lords de 1966 foi considerado uma revolução técnica³⁶ e os conservadores hesitaram em apoiar a medida. Uma das objeções levantadas foi o vício de auto-referência: será que a House of Lords poderia, ela mesma, decidir não estar vinculada aos seus próprios precedentes? Parece que sim, já que não se tratava de uma mera decisão, mas de uma declaração formulada numa outra dimensão, diferente da dimensão ordinária relativa às decisões dos casos concretos.

Esse desejo de certeza, estabilidade, previsibilidade também é evidentemente sentido pelas nações de *civil law*. Talvez o fato de contarmos com legislação escrita, possa gerar a ilusão de que só esta circunstância seria capaz de gerar todos esses efeitos. É interessante observar-se, aqui, que o papel da doutrina nos países de *civil law* deve ser o de que se chegue num nível desejável de uniformidade na jurisprudência.³⁷

Também é oportuno que se diga que seguir precedentes é também uma questão de *cultura*, porque,

na Inglaterra, mesmo se uma ratio tiver pura e simplesmente valor persuasivo, esta será seguida, a não ser que o juiz tenha uma séria razão para não fazê-lo.

Por fim, é conveniente registrar que esse nível de rigidez não existe em todos os países de *common law*. Afastar um precedente e criar outro no seu lugar (overruling)³⁸ é muito mais comum nos Estados Unidos do que na Inglaterra.³⁹

Parte da doutrina observa que, muitas vezes, o desejo de se tratarem os jurisdicionados de forma idêntica, acaba sendo realizado por um preço muito alto, pois se o tribunal cometeu um erro julgando o caso A, considera-se que o mesmo erro deve ser repetido no caso B.⁴⁰

Todavia, em uma circunstância não se consegue evitar, no sistema inglês, a surpresa do cidadão. A mudança da regra, quando se abandona um precedente e se cria outro, tem efeito retroativo (*retrospective effect*). Isso significa que a parte é julgada de acordo com a rule que existe no momento do julgamento, sendo indiferente se o precedente, que existia à época do fato, era outro. Quando o juiz cria direito, estabelecendo um precedente novo, a parte sucumbente vai ser "punida" não porque deixou de cumprir um dever que tinha, mas porque deixou de cumprir um dever criado depois de ocorrida a sua conduta.⁴¹ Cumpre aqui observar que, nos Estados Unidos, o juiz, quando cria um precedente novo, pode determinar se os seus efeitos devem ser retroativos ou devem produzir-se dali para frente,⁴² à semelhança do que ocorre hoje com a ação declaratória de inconstitucionalidade no Brasil. (art. 27, Lei 9.868/1999)

2.3 Técnicas que geram flexibilidade no sistema de common law

Comenta-se que quando um caso novo é levado aos tribunais ingleses os juízes têm uma razoável margem de liberdade para criar a norma. Hoje se diz, todavia, que essa liberdade não é absoluta. Entende-se que a nova regra deve ser de algum modo compatível com as outras regras existentes.⁴³

Diz-se também que a nova norma tem de estar de acordo com princípios, que podem ser princípios do direito romano, do direito canônico ou os princípios morais comumente aceitos.⁴⁴

Quando se detecta a necessidade de mudança, ou porque (a) se considera *agora*, a norma errada; ou porque (b) se considera agora a norma errada, embora ela não estivesse errada, quando foi criada, ocorre o overruling.

Esta é uma das principais técnicas, usadas no sistema de *common law*, para adaptar/corrigir/flexibilizar o direito. A outra, também bastante importante, é a técnica do distinguishing. Ambas são, indubitavelmente, as técnicas principais.

Overruling é o afastamento do precedente e a declaração de que este precedente foi superado. O overruling, porém, também pode ser implícito. Quando ocorre o overruling, uma nova regra é criada para os casos subsequentes.⁴⁵

O *overruling* é raro na Inglaterra. "Desde 1966, a House of Lords exerceu inequivocamente o seu novo poder, consistente em despojar seus precedentes de autoridades em 8 ocasiões. (...) Este novo poder foi aplicado a decisões de 80 anos (Dick) e de apenas 1 ano (Shivpuri)".^{46,47}

A técnica do *distinguishing* é um pouco diferente, pois permite que a regra sobreviva, embora seu sentido se torne menos abrangente. O tribunal faz referência ao precedente e diz que este seria literalmente aplicável ao caso que deve ser julgado. Entretanto, por causa de uma peculiaridade que existe neste caso e não existia no outro, a regra deve ser reformulada para se adaptar a esta circunstância.⁴⁸

A regra do precedente não é abandonada, mas *reformulada*, levando em consideração características específicas do caso. Um exemplo interessante dado por Melvin A. Eisenberg: a regra é a de que bargains are enforceable (a parte pode ser obrigada a adimplir contratos não cumpridos). No caso, tem-se um negócio celebrado com um menor. O tribunal nunca decidiu se um negócio jurídico envolvendo menores é exequível. Pode ser formulada uma nova regra para excepcionar da regra geral a circunstância de um negócio ter sido celebrado com um menor, embora a regra geral continue valendo para todos os outros casos.⁴⁹

3. A vinculatividade da lei nos sistemas de civil law

Como se mencionou antes, os sistemas de *civil law* são quase que inteiramente baseados na lei escrita, codificada ou não.

Precedentes não são normalmente vinculantes. Um dos princípios básicos deste sistema é o princípio da legalidade ou *Normgebundenheits Prinzip*.

Este princípio significa que os juízes têm de decidir os casos de acordo com a lei escrita. As decisões devem ser sempre fundamentadas, nelas deve haver referência à lei e elas são redigidas para persuadir a comunidade jurídica, membros do Judiciário e juristas, em geral.

A rigidez que poderia se esperar encontrar nos sistemas de *civil law*, como uma de suas principais características, tem um contrapeso, que pode gerar um imenso desequilíbrio (como ocorre no Brasil): juízes podem decidir de acordo com suas próprias opiniões a respeito do sentido da lei.

Além disso, esta rigidez é razoavelmente suavizada por algumas técnicas empregadas recentemente na redação das leis, que consistem na inclusão de conceitos tidos como vagos, indeterminados ou abertos e de cláusulas gerais.⁵⁰

Ademais, cada vez mais frequentemente, princípios jurídicos, que são verbalmente formulados com auxílio de expressões propositadamente vagas, integram os raciocínios jurídicos.

Vê-se, portanto, que os parâmetros nos quais se baseiam as decisões dos juízes atualmente nos sistemas de *civil law* são bem menos seguros e mais flexíveis do que aqueles que havia no período revolucionário.

Esta foi a versão que se entendeu conveniente adotar nos sistemas de *civil law*, para que o direito pudesse absorver e neutralizar a complexidade, já referida, das sociedades contemporâneas.

Por isso, hoje se compreende o princípio da legalidade não mais como sendo um excessivo apego à letra da lei. Entende-se, atualmente, que a lei vincula, do modo como é vista através dos olhos da doutrina e da jurisprudência predominante. Isto quer dizer que a lei não precisa ser sempre compreendida e obedecida, em seu sentido literal.⁵¹

A influência da jurisprudência tem sido cada vez mais sentida nos países de *civil law*, embora, isto não seja sempre confessado expressamente, como ocorre na França.⁵²

Na Itália, os precedentes também têm sido observados, desde que se trate de uma linha jurisprudencial firme e iterativa.⁵³

Pensamos poder se dizer que a jurisprudência dominante, mesmo nos países de *civil law*, é fonte do direito e ao mesmo tempo é o próprio direito. Esta concepção encontra apoio na visão do direito como sendo um sistema autopoietico. Trata-se de um conceito emprestado da biologia que se refere às células que nascem de si mesmas. Luhmann transportou esse conceito biológico para o plano da sociedade, dizendo, grosso modo, que o direito nasce de si mesmo.⁵⁴

Nascendo de si mesmo, não deveria ser sempre o mesmo? Não, porque o direito tem *poros*, por meio dos quais, a realidade social pode penetrar. Esses poros são justamente os princípios jurídicos, os conceitos vagos e as cláusulas gerais, de que adiante trataremos especificamente.

Um bom exemplo de como a jurisprudência, construindo decisões a partir de princípios, pode fazer com que a realidade penetre no direito, e imponha a tomada de decisões diferentes daquelas que havia antes, é a adoção da *teoria da imprevisão*. Esta teoria afasta, em certos casos, a regra do *pacta sunt servanda*. O contrato deixa de ser "lei entre as partes", se ocorre um fato superveniente, não previsto pelas partes, que gere razoável desequilíbrio nas condições de ambas, sendo que uma passa a ser desarrazoadamente favorecida, em relação à outra.

Pensamos, e mais à frente desenvolveremos esta idéia, que nestes casos, um juiz de *civil law* cria direito, proferindo uma decisão nova para um caso percebido de um modo diferente. Essa decisão, todavia, embora não esteja de acordo com a letra da lei, está de acordo com o sistema jurídico visto como um todo.

4. Conceitos vagos, cláusulas gerais e princípios jurídicos: criatividade da jurisprudência

São estes os três *poros*, a que me referi no item anterior, que permitem ao juiz (rectius, ao Judiciário) adaptar o direito a mudanças e também às peculiaridades dos casos concretos. Dois deles consistem em técnicas de redação de textos legais e o outro consiste num elemento, hoje levado a sério, que cada vez mais está presente nos raciocínios jurídicos.⁵⁵

Um conceito vago, indeterminado ou aberto é considerado, em si mesmo, uma técnica extremamente operativa, porque capacita o juiz a tornar sua decisão mais rente aos casos concretos, bem como proporciona uma duração maior ao texto da lei.

Assim, por exemplo, se um determinado benefício previdenciário deve ser concedido a alguém que tenha *baixa renda*, pode-se pensar em duas pessoas que ganham dois salários mínimos cada. Uma é um pai de família, que conta com sete filhos para sustentar. A outra é uma jovem que ainda reside com os pais. Apesar de ganharem o mesmo salário, o juiz deve considerar que o pai faz jus ao tal benefício e não a moça. Se a lei não tivesse usado um conceito vago, mas, em vez disso, se tivesse referido a até dois salários mínimos, como pressuposto para a obtenção do benefício, o juiz não teria esta liberdade para adaptar a decisão às peculiaridades do caso concreto.

Quando a lei se refere a *meios de comunicação*, em vez de mencionar os meios especificamente considerados, como por exemplo, telex, fax etc. está o legislador legislando para o futuro, pois, na medida em que forem criados outros meios de comunicação, estarão abrangidos pela norma, cujo sentido portanto será ampliado.

De fato, durante todo o século XX tornou-se extremamente frequente a inserção de conceitos de textura aberta em textos de lei, em todos os ramos do direito.⁵⁶

Cláusulas gerais, por sua vez, consistem num fenômeno mais complexo do que um mero conceito vago, embora ambos pertençam à mesma família. Trata-se de uma expressão linguística em que há conceitos vagos e que, além disso, incorpora, em si mesma, princípios jurídicos.

Um bom exemplo de uma cláusula geral é o art. 1.228, § 1.º, do CC/2002 (LGL 2002\400) , que menciona a *função social da propriedade*. Este dispositivo significa que a propriedade não é mais considerada um direito absoluto. Deve ser exercido em conformidade com o bem geral da sociedade.

Cláusulas gerais desempenham papel de vetor interpretativo de outras normas. Supõe-se que, com esta técnica, se consiga superar as dificuldades geradas pela complexidade das situações que podem surgir na vida cotidiana.

As cláusulas gerais como que criam uma *ponte* entre as palavras da lei e o sentido mais amplo de justiça, que existe na comunidade. "Este fenômeno se afasta do clássico positivismo e reclama uma fundamentação mais sólida das decisões judiciais. Os juízes devem prestar contas a respeito do acerto de suas decisões por meio da repercussão destas no plano da doutrina. É à doutrina que cabe a tarefa de difundir a decisão na comunidade jurídica como um todo".⁵⁷

4.1 Quando o juiz cria direito, nos sistemas de civil law?

Ou melhor, quando o juiz *pode* criar direito, nos sistemas de civil law, e isto não significa ofender de maneira intolerável o imperativo do respeito à igualdade, o comprometimento da estabilidade e da previsibilidade?

A atividade criativa do juiz aparece nitidamente quando este decide com base em conceitos vagos, já que este "descobre" um dos possíveis sentidos da expressão usada pela lei, "recheando" um conceito aberto. Um bom exemplo é o sentido da expressão *família*, para efeito de incidência da Lei 8.009/1990. Os tribunais entendem que esta expressão abrange diversas situações, como a do neto que mora com os avós, do sobrinho que mora com os tios e mesmo aquele que mora sozinho.⁵⁸

Com base em princípios jurídicos, a jurisprudência engendrou, com inspiração no direito estrangeiro, a teoria da *desconsideração da pessoa jurídica*, afastando a regra da separação integral de personalidades jurídicas dos sócios e das sociedades por estes compostas.

Esta teoria começou a ser aplicada, pela jurisprudência brasileira, nos anos 60, a casos em que alguém levava vantagem, como decorrência da regra da separação de personalidades, para gerar prejuízo a terceiros.

Parece tanto evidente quanto inevitável que haja certo *efeito surpresa*, quando ocorrem estas inovações. No entanto, este efeito surpresa é atenuado e efetivamente desaparece, quando se torna a regra os tribunais decidirem deste jeito, aqueles casos. Do mesmo jeito.

São casos ditos difíceis, ou *hard cases*, que ensejam que o juiz exerça criatividade. Estes casos são aqueles cuja solução não está clara no sistema (porque não é evidente que a situação esteja abrangida pelos dizeres da lei) ou cuja solução não foi formulada no sistema e, portanto, precisa ser inteiramente criada, com base, por exemplo, em princípios jurídicos.

Esta liberdade, ínsita neste movimento criativo, é por muitos chamada de discricionariedade, num dos muitos sentidos que a expressão comporta.⁵⁹

Hard cases são cada vez mais numerosos. São a evidência de que a lei escrita não consegue alcançar a riqueza da vida real contemporânea.

A constitucionalidade das quotas raciais, nas universidades brasileiras, é um bom exemplo. Respeitam a igualdade? Ou dão ênfase à desigualdade? Significam discriminação reversa?

Hard cases, nos sistemas de common law, são, principalmente, cases of first impression, ou seja, a respeito dos quais não há precedentes. Mas são também aqueles mais complexos, em que o juiz faz escolhas.⁶⁰

Os exemplos são muitos: seria ilícita a separação de gêmeos siameses, quando houvesse forte probabilidade da morte de um deles?⁶¹

Seria o médico responsável pelas despesas de um parto, por não ter avisado a mãe que havia gravidez, e, conseqüentemente, tê-la privado da possibilidade de abortar?⁶²

Quando se pensa na previsibilidade, como objetivo a ser perseguido e alcançado pelo direito, não se quer com isso dizer que as partes tenham sempre condições de prever de forma precisa como será a decisão de um processo em que contendem. Mas a decisão não deve ser daquelas que jamais poderiam ser imaginadas.

Há técnicas, também, para que a surpresa seja menor. Por exemplo, em decisão em que se condena instituição financeira a ter contratos em braille, porque se entende que o suprimento desta necessidade atende o princípio da dignidade humana (o que é compreensível) não pode o juiz fixar multa pelo fato de isto não ter sido feito antes. A regra passará a existir a partir da decisão, porque, na verdade, foi criada por ela.

Em casos "fáceis" do dia-a-dia (como categoria diferente da dos *hard cases*) não deve o juiz exercer criatividade alguma. Se o fizer, estará comprometendo o Estado de Direito.

E os limites desta criatividade?

Estão, indubitavelmente, na necessidade de que o juiz seja neutro, pois decide em nome da sociedade. É nos valores predominantes na sociedade (no *ethos* dominante) que busca elementos para criar direito, nos casos em que isto é permitido.⁶³

O juiz precisa, na medida do possível, assumir valores da comunidade. Este deve ser seu objetivo, embora não seja sempre alcançado. É difícil que o juiz, ser humano como qualquer um, se liberte de seu ego e veja tudo de modo objetivo.⁶⁴

"O juiz deve desvencilhar-se, o quanto possível, de qualquer influência que seria pessoal (...) e basear sua decisão em elementos de natureza objetiva."⁶⁵

E, embora isto seja extremamente polêmico, manifestamos nossa opinião no sentido de que há uma decisão *melhor* para cada caso. Se assim não fosse, o próprio juiz não se sentiria estimulado a buscá-la. Mas, certamente, está-se aqui diante de assunto que daria margem a outro artigo e talvez até a um tratado.

Parece-nos evidente que, quando o juiz decide com base tanto em um conceito vago, quanto numa cláusula geral, ele cria direito, na medida em que formula uma regra para o caso concreto.

É oportuno citar decisão do STJ em que se considerou não devida a indenização decorrente de uma desapropriação de imóvel em que o proprietário plantava psicotrópicos. Entendeu-se que não estava sendo cumprida a função social da propriedade.⁶⁶

O terceiro *poro* a que nos referimos antes são os princípios jurídicos. Trata-se de normas jurídicas, formuladas intencionalmente de uma maneira vaga, com marcante dimensão axiológica. Em outras palavras, princípios explicitam valores.

Normalmente, orientam a interpretação das normas postas, embora excepcionalmente possam servir sozinhos de base a decisões judiciais.

Podem vir escritos na lei ou ter sua existência inferida do exame do ordenamento como um todo.

Um exemplo interessante é o de uma decisão em que se considerou que a avó não poderia ser proibida de visitar os netos, pelo seu filho e pela sua nora. Só razões muito sérias poderiam levar a esta proibição, sob pena de se estar diante de abuso do pátrio poder.⁶⁷ É interessante aqui dizer-se que na lei brasileira só se disciplina o direito de visita dos pais, sendo o direito posto ciente em relação à situação dos avós.

5. Necessidade de respeito à jurisprudência firmada

Para que seja preservado o princípio da igualdade, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados.

Interessante que a obtenção da igualdade é objetivo dos sistemas de *civil law* e de *common law*. Nos sistemas de *civil law*, a pauta de conduta dos jurisdicionados, como se viu, não está exclusivamente na letra da lei. Está na lei, enquanto "compreendida" pela doutrina e pelos tribunais.

Aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção, *acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados*. Tudo depende de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto.

Temos convicção de que o sistemático desrespeito precedentes, compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias "leis" regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade.

Nos sistemas de *civil law*, de regra, precedentes começam a gozar de respeito quando formam jurisprudência predominante. Ou quando se trata de um *leading case*.

O que se pretende aqui frisar, de maneira insistente e com muita veemência, é que se, por um lado, é indesejável a discordância entre os tribunais sobre como decidir uma mesma questão, assim como não é conveniente que os tribunais, pura e simplesmente, e surpreendentemente, mudem de posição, por outro lado, *a necessidade de uniformização é muito mais urgente quando se trata de decisões baseadas nesses parâmetros flexíveis, referidos no item anterior*.

Isto porque nestes casos a desuniformidade da jurisprudência é de certo modo inevitável e "esperada", já que os parâmetros são mesmo mais inseguros.

Observamos que esses parâmetros, sendo mais flexíveis e, portanto, menos seguros, têm a potencialidade de gerar decisões extremamente diferentes umas das outras, para casos substancialmente idênticos. Esse fenômeno torna o sistema insuportavelmente flácido e sem coesão, gerando situação de absoluta falta de previsibilidade para os jurisdicionados e, portanto de total insegurança.

Se estas válvulas ou *poros*, a que nos referimos anteriormente dão certa margem de liberdade ao juiz, para que decida de forma mais rente e adaptada aos casos concretos, é imperioso que, uma vez delineada a regra, haja um movimento da jurisprudência no sentido de segui-la. Só assim se preserva a igualdade, criando-se estabilidade e previsibilidade. Assim, por exemplo, se a lei prevê ser nula a cláusula abusiva num contrato de consumo (art. 51, § 1.º, III, CDC (LGL 1990\40)), e se qualifica, numa decisão, de abusiva a cláusula que estabelece limite para tempo de internação, num contrato de seguro saúde, deve-se prestigiar a tendência a que esta solução seja adotada por todo o Judiciário. Só assim, poderá consistir em nova pauta de conduta para as seguradoras.

O mais importante que se compreenda, em todo este contexto, é que a liberdade dada, por estes expedientes técnicos, como por exemplo, o uso de um conceito vago, *não se destina ao juiz individualmente considerado, mas ao Judiciário como um todo*. Evidentemente, esta liberdade não pode ser entendida como sendo uma liberdade para que cada juiz adapte o direito ao caso concreto à sua maneira pessoal. Esta liberdade, isto sim, é engendrada pelo sistema para que o Judiciário, como um todo, adapte o direito às alterações da sociedade ou às alterações de casos concretos, respeitando o princípio da igualdade.

Nesta linha de raciocínio, parece-nos que também precedentes de tribunais de 2.º grau, ou mesmo sentenças, se em casos difíceis espelharem o *ethos* dominante e estiverem em harmonia com o sistema, não devem ser desprezados. Além do respeito à jurisprudência dos tribunais superiores, absolutamente imperioso, a conduta de não reformar sentenças ou acórdãos de 2.º grau em que se tenha chegado a uma boa solução parece corresponder a uma postura cultural que favorece a segurança, a estabilidade, a previsibilidade.

A dispersão da jurisprudência, fruto de diversas causas (v. item 8), é realmente um paradoxo, na exata medida em que os sistemas de *civil law* foram concebidos por um ato racional (v. item 1) especificamente destinado a conter abusos. Foram estruturados e moldados para gerar segurança, previsibilidade e respeitar a igualdade.

Ora, de que adianta ter-se uma só lei com diversas interpretações possíveis? Tantas pautas de conduta haverá, quantas forem estas interpretações. É como, repetimos, se houvesse *várias leis* disciplinando a mesma situação.

6. Técnicas introduzidas recentemente no ordenamento processual civil brasileiro ⁶⁸

Ao que parece, o legislador brasileiro já se apercebeu desta necessidade. Não é saudável que convivamos eternamente com tribunais decidindo concomitantemente, de forma diferente, a mesma questão. Assim como não é conveniente que nossos tribunais sejam tribunais de "grandes viradas".

Muitos dispositivos, como, por exemplo, os arts. 557, 544, §§ 3.º e 4.º, 518, § 1.º, 285-A, 543-B e 543-C do CPC (LGL 1973\5) são sintomas de que a nossa lei processual está caminhando no sentido de proporcionar condições para que haja uniformidade da jurisprudência num grau socialmente desejável. O mesmo se pode dizer relativamente à repercussão geral e a súmula vinculante. E também, como se verá adiante, de uma nova tendência que começa a se manifestar no âmbito do STF (item 7).

O art. 557 do CPC (LGL 1973\5) , em sua nova redação introduzida pela Lei 9.756/1998, talvez tenha sido o primeiro dispositivo em que o legislador demonstrou escancaradamente a sua atitude de prestigiar a jurisprudência dominante.

Como infelizmente muitos dos nossos Tribunais não acompanhavam, assim como não acompanham, nem a lei, nem a doutrina, no que tange à percepção do quão é importante para a sociedade que a *jurisprudência seja uniforme e estável*, surgiu o problema de se saber o que seria jurisprudência dominante.⁶⁹

O fato é que este dispositivo segue tendência que já era visível no direito brasileiro consistente em darem-se mais poderes ao relator.⁷⁰

O art. 557 do CPC (LGL 1973\5) autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente improcedente (*rectius* - a que, manifestamente, não se deva dar provimento), inadmissível, prejudicado ou que desrespeite súmula ou jurisprudência dominante daquele tribunal ou de tribunal superior. Diz o art. 557, § 1.º-A, do CPC (LGL 1973\5) que, sendo a decisão (não o recurso!) contrária a súmula ou à jurisprudência dominante do STF ou de outro Tribunal Superior, poderá o relator dar provimento ao recurso, proferindo, assim, decisão de mérito.

A doutrina tendeu e tende a entender que o relator não está adstrito a agir desta forma, mas *pode* assim fazê-lo, de acordo com seu grau de convicção. Ainda que o caput do art. 557 do CPC (LGL 1973\5) diga negará seguimento: pois as situações devem ser manifestas e ser manifesta depende da percepção e da convicção pessoal do relator.⁷¹

Desta decisão cabe recurso, o agravo interno (art. 557, § 1.º, CPC (LGL 1973\5)).

Na mesma linha metodológica está o art. 544, §§ 3.º e 4.º, CPC (LGL 1973\5) , dando poderes ao relator para julgar o recuso especial. Os requisitos são os mesmos: o acórdão de que se recorreu deve ser contrário⁷² a súmula ou à jurisprudência dominante do STJ.

De acordo com o novo art. 518, § 1.º, do CPC (LGL 1973\5) , o próprio juiz que proferiu a sentença apelada poderá indeferir o processamento deste recurso, "quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal". Antes, atividade semelhante poderia ser realizada somente pelo relator da apelação, através de decisão monocrática proferida de acordo com o art. 557 do CPC (LGL 1973\5) (com a redação da Lei 9.756/1998), mas não pelo juízo *a quo*.

A rigor, neste caso o recurso não é indeferido em razão da ausência de um de seus requisitos de admissibilidade, já que saber se a sentença está ou não em consonância com um entendimento sumulado pelo STF ou pelo STJ é questão atinente *ao juízo de mérito do recurso*.

Não se pode, por outro lado, entender que *só cabe apelação*, se sentença não estiver de acordo com a súmula do STJ ou do STF, transformando-se esta inconformidade em "requisito de admissibilidade" da apelação.

Embora, em nosso entender, a atitude de respeito aos precedentes deva ser definitivamente incorporada à nossa cultura, parece-nos que este dispositivo além de ser, de rigor, inconstitucional, se entendido literalmente, é uma norma "desajeitada".

Não se pode, no atual contexto da nossa jurisprudência, criar norma peremptória, já que há súmulas antigas, há súmulas que já foram desditas ou afastadas por outras subsequentes, há súmulas superadas pela jurisprudência do próprio tribunal que a proferiu, enfim, súmulas que não devem ser seguidas. E o art. 518, § 1.º, CPC (LGL 1973\5) , se refere a qualquer súmula do STJ ou do STF.

O art. 518, § 1.º, do CPC (LGL 1973\5) não exige expressamente que a súmula em que se funda a sentença seja dotada de força "vinculante", nos termos do art. 103-A da CF (LGL 1988\3) . A propósito, nem poderia ser diferente, já que, atualmente, inexistente previsão constitucional no sentido de que o STJ emita súmula vinculante.

Mesmo antes da edição da EC 45/2004, no entanto, as alterações legislativas ocorridas já vinham intensificando a influência das súmulas,⁷³ que, além de simplesmente orientarem a aplicação de determinada norma jurídica, passaram a servir para justificar, por si sós, o provimento ou não provimento do recurso (cf. art. 557 do CPC (LGL 1973\5) , a que fizemos referência há pouco).

Embora se possa notar um evidente esforço dos órgãos legiferantes no sentido de dotar as súmulas de força cada vez mais expressiva, não se tem notado, por parte da jurisprudência, preocupação equivalente, *no sentido de que os entendimentos jurisprudenciais sejam uniformes*, ou que, pelo menos, caminhem para uma uniformidade. Pode-se mesmo dizer, infelizmente, que as súmulas nem sempre revelam a existência de um entendimento verdadeiramente sedimentado. Pelo contrário, a alteração sistemática de entendimentos jurisprudenciais acaba provocando o abandono do entendimento sumulado, em alguns casos, ou, ainda, a edição de nova súmula, tratando diferentemente uma mesma matéria.

Há vários exemplos recentes, neste sentido.⁷⁴

Como as súmulas em geral não têm efeito "vinculante" - expressão aqui utilizada no sentido do art. 103-A da CF (LGL 1988\3) -, pode a parte interpor a apelação contra a sentença fundada em súmula, por exemplo, para demonstrar que o entendimento sumulado já foi abandonado, por jurisprudência mais recente do STF ou do STJ, ou, ainda, que o entendimento sumulado é errado, contrário à norma constitucional ou a lei federal. Pode ainda a parte pretender demonstrar, na apelação, *que a sentença não deu adequada aplicação à súmula*, e assim sucessivamente.

Interessante não se ter dado no Brasil a devida atenção à evidência de que a respeito ao entendimento sumulado pelos Tribunais Superiores, de todo modo, somente repercutirá em diminuição da quantidade de recursos. Haverá evidente desestímulo ao ato de recorrer se as partes estiverem convencidas de que o entendimento sumulado representa, efetivamente, algo consolidado, e que não será facilmente modificado, a não ser que haja, por exemplo, alteração da própria norma jurídica a respeito da qual a súmula foi editada.

A súmula representa ou deve representar aquilo que, normalmente, a *jurisprudência pacífica* ou majoritária do tribunal tem decidido. Diante disso, sendo uma questão submetida ao órgão criador de determinada súmula, espera-se uma decisão harmônica, em seu conteúdo, com aquele entendimento sumulado.⁷⁵

As súmulas editadas pelos tribunais superiores, assim, revelam, ou deveriam revelar, em princípio, como deve ser interpretada uma norma jurídica, já que a função do STF e do STJ é, pelo menos em tese, a de manter a unidade de entendimento acerca do direito constitucional ou federal.

Seria de se desejar, portanto, que a jurisprudência destes tribunais, justamente por causa da função que exerceu no sistema judiciário brasileiro, fosse mais estável e que todas as súmulas a refletissem.

O fato de poder haver dois ou mais entendimentos jurisprudenciais acerca de um mesmo tema não é *desejado* pelo sistema. Trata-se de situação meramente tolerada.

Quando um dos tribunais superiores profere uma decisão, espera-se que, justamente em virtude da missão que lhes foi atribuída pela Constituição Federal (LGL 1988\3) , *daquela decisão se extraia verdadeiro modelo de atuação*, para os próprios tribunais e para todos os demais órgãos do Judiciário, de modo que, mesmo que ainda não sumulado um determinado entendimento, sirva, aquela decisão judicial, como parâmetro para os julgamentos futuros.

A função constitucional do STF e do STJ fica comprometida pela intensidade de divergência jurisprudencial *interna corporis* provocada por estes mesmos tribunais. Isso porque, em vez de funcionarem como tribunais que dêem ensejo à uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem profunda e insistente discrepância acerca de determinadas questões jurídicas, referidos tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a insegurança e intranquilidade acerca de como deve ser interpretada uma norma constitucional ou federal.⁷⁶

Há exemplo recentíssimo, que demonstra como as divergências jurisprudenciais *criadas* pelos próprios Tribunais Superiores podem ter efeitos gravíssimos, sobre toda a jurisprudência nacional e, conseqüentemente, sobre toda a sociedade.

Em 2005, o STF proferiu decisão no sentido de que a norma que autorizava a penhora de bem de família de fiador em contrato de locação seria inconstitucional.⁷⁷

É natural, diante disso, que vários outros tribunais do País tenham adotado o mesmo entendimento, já que a referida decisão ganhou ampla repercussão, e vários recursos tenham sido interpostos contra as decisões manifestadas em sentido contrário àquela exarada pelo STF. Não bastasse, como a impenhorabilidade de bem de família é matéria de ordem pública, que pode ser conhecida *ex officio* no curso do processo de execução, muito provavelmente várias penhoras, realizadas sobre o bem de família do fiador de alugueis, acabaram sendo desconstituídas mesmo sem provocação do interessado.

Mas eis que, no começo do ano de 2006, o STF reviu seu posicionamento, manifestando-se em sentido contrário.⁷⁸

Naturalmente, *esta nova orientação agravará, ainda mais, a instabilidade jurídica até então existente*, a respeito da referida questão.

Essa preocupação, no sentido de que haja uniformidade acerca da interpretação do direito federal entre as turmas e ministros que compõem as Cortes Superiores, foi manifestada, de modo enérgico, em julgado relatado pelo Min. Humberto Gomes de Barros, assim ementado:

"O STJ foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao STF, de quem o STJ é sucessor nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. *Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido*

a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la."⁷⁹

Parece-nos, em princípio, que a parte que apelou contra a sentença dificilmente deixará de interpor agravo contra a decisão a que se refere o art. 518, § 1.º, do CPC (LGL 1973\5) - agravo que, no caso, será de instrumento, obrigatoriamente, cf. nova redação do art. 522 do CPC (LGL 1973\5) , de acordo com a Lei 11.187/2005. É que, quando se interpõe apelação, revela-se que a parte não se contenta com a sentença proferida, e tal descontentamento não cessará, se a apelação não for admitida *pelo mesmo juiz que proferiu a sentença apelada*. Ora, quem apela, o faz não apenas porque discorda de uma determinada decisão, mas porque espera ouvir, também de outro órgão jurisdicional, uma resposta à sua pretensão.⁸⁰

Se, de fato, isto vier a ocorrer, com a referida Reforma se estará, tão-somente, a criar mais um "degrau" entre a sentença e o acórdão. Para percorrer o caminho até o pronunciamento do órgão colegiado do tribunal, deverá a parte apelar contra a sentença, agravar contra a decisão proferida pelo juiz com base no art. 518, § 1.º, CPC (LGL 1973\5) , e interpor agravo interno contra a decisão monocrática proferida pelo relator do recurso. Substitui-se, assim, um recurso (a apelação) por três (a apelação e dois agravos), para se chegar a um mesmo destino, o que onera a parte com mais custas processuais, o que contraria o princípio econômico, formulado por Mancini ainda no século XIX, segundo o qual a lide não deve ser alvo de custas ou impostos pesados, cuja despesa torne a justiça acessível somente a alguns cidadãos privilegiados pela riqueza.⁸¹

O art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) , por sua vez, inserido pela Lei 11.277/2006, permite ao juiz proferir sentença de improcedência, independentemente de citação do réu, nos casos em que a controvérsia diga respeito a questão de direito, quando o mesmo juízo já houver proferido sentença de "total improcedência" em outros "casos idênticos". Trata-se de fórmula que pretende "racionalizar" o "julgamento de processos repetitivos", consoante consta da exposição de motivos do projeto que deu origem à referida lei.

Relevante frisar-se que este dispositivo também é manifestação de que o legislador já se apercebeu da imperiosa necessidade de que *casos iguais sejam decididos da mesma forma*. Trata-se de mais um método criado pelo legislador para uniformizar a jurisprudência.

Impõe-se, aqui, observar, todavia, que o novo art. 285-A, CPC (LGL 1973\5) é uma demonstração eloquente e lamentável da tentativa de resolver os grandes problemas estruturais do País (inclusive do processo) *pela via da negativa de fruição de garantias constitucionais*. Diz esse dispositivo que poderá o juiz, na hipótese de se tratar de matéria exclusivamente de direito e de já existir, no juízo, julgamentos de casos idênticos, no mesmo sentido, prolatar sentença de improcedência, sem a citação do réu, que somente será citado na hipótese de retratação ou para manifestar-se no recurso de apelação interposto pelo autor.

Segundo os mentores desse projeto, essa iniciativa tenderia a desafogar o juízo de 1.º grau, evitando o contraditório, que se daria através da citação (pasmem!), e a sobrecarga de trabalho, portanto. Ora, e o tribunal? Este certamente será sobrecarregado com apelações, e *terá que cumprir*, de certo modo, papel de juízo de 1.º grau, na hipótese de o réu oferecer suas contra-razões.

Que diferença trará, esse novo método, em relação ao julgamento antecipado da lide, esse, sim, com pleno contraditório e com o exaurimento da atividade jurisdicional em 1.º grau? Certamente nenhuma diferença expressiva, até porque a única "fase" que se estará evitando será a da citação, seguida da apresentação de contestação. Ora, se se trata de matéria de direito, logo após o eventual exercício do direito de defesa, pelo réu, ou, ainda, na hipótese de revelia, pode o magistrado (pela via do julgamento antecipado) proferir sentença, sem qualquer atropelo e sem qualquer fissura no conjunto de garantias processuais constitucionais.

O art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) trata de nova hipótese de indeferimento da petição inicial, que, a exemplo do que ocorre no caso do art. 295, IV, do CPC (LGL 1973\5) (c/c o art. 269, IV, do CPC (LGL 1973\5)), constituirá sentença de mérito, por reconhecer a improcedência do pedido (art. 269, I, do CPC (LGL 1973\5)). Poderia a Lei 11.277/2006, assim, ter simplesmente inserido novo inciso no art. 295, *caput*, do CPC (LGL 1973\5) com conteúdo equivalente ao do art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) . O legislador, no entanto, agiu diferentemente e, como se verá adiante, tratou de maneira diversa também o modo como pode se manifestar o réu, caso haja apelação do autor, já que o art. 296 do CPC (LGL 1973\5) é inaplicável ao art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) .

Nas demais hipóteses de indeferimento da petição inicial previstas no Código (art. 295, CPC (LGL 1973\5)), havendo apelação, poderá o juiz retratar-se em 48 horas, e, não o fazendo, mandará remeter os autos ao tribunal, não havendo citação do réu para acompanhar o recurso (art. 296, CPC (LGL 1973\5)). Diferentemente, indeferida a petição inicial no caso previsto no art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) , havendo apelação, poderá o juiz reformar sua decisão no prazo de cinco dias (art. 285-A, § 1.º, do CPC (LGL 1973\5)). Mantida a sentença, deverá o réu ser *citado* para apresentar resposta ao recurso (art. 285-A, § 2.º, CPC (LGL 1973\5)).

O indeferimento da petição inicial *ex vi* do art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) consubstancia-se em sentença de mérito, já que, no caso, o pedido será julgado improcedente (art. 269, I, do CPC (LGL 1973\5)). Quanto a este aspecto, a hipótese do art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) assemelha-se à prevista no art. 295, IV, do CPC (LGL 1973\5) c/c o art. 269, IV, do CPC (LGL 1973\5) em que também há sentença de mérito, quando o juiz rejeitar o pedido do autor em razão da prescrição ou da decadência.

Embora inexista previsão legal expressa neste sentido, entendemos que se deve aplicar, à hipótese regulada no art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) , o disposto no art. 219, § 6.º, do CPC (LGL 1973\5) , segundo o qual, indeferida a petição inicial em razão do reconhecimento da prescrição ou da decadência, "passada em julgado a sentença (...), o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento". Assim, rejeitada a ação por força do art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) , e não tendo o autor apelado contra tal sentença, deverá o réu ser certificado da existência da ação, aplicando-se analogicamente à hipótese o disposto no art. 219, § 6.º, do CPC (LGL 1973\5) .

O preceito legal em questão - se interpretado literal e assistematicamente, sem se levar em conta as outras normas jurídicas existentes no sistema processual - conduziria ao entendimento de que o juiz de 1.º grau, ainda que determinada questão de direito não tenha sido objeto de súmula de tribunal - vinculante ou não -, ou sequer de jurisprudência pacífica ou dominante (expressão utilizada no art. 557 do CPC (LGL 1973\5)), copie a sentença proferida em "casos idênticos", julgados anteriormente pelo mesmo juízo.

De fato, *não há, textualmente, na referida norma, sequer a exigência de que o entendimento adotado na sentença copiada tenha sido confirmado por órgão recursal que seja superior àquele que proferiu a sentença*. Contenta-se o novo art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) , tão-somente, com que anteriormente tenha "sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos".

Mas esta interpretação literal e isolada, dissociada das outras normas jurídico-processuais relativas ao tema, e de toda a problemática tratada neste artigo deve ser afastada. Uma orientação que permitisse a reiteração de "jurisprudência do próprio juízo", ainda que contrária à orientação fixada em Tribunais Superiores, segundo pensamos, não se coaduna com os valores que justificam a adoção do sistema de súmulas vinculantes em um sistema jurídico: *segurança e previsibilidade*.

O sistema jurídico-processual, nestas alterações recentes que estão sendo aqui comentadas, manifesta evidente e louvável preferência pelos entendimentos sumulados ou, até mesmo, adotados por jurisprudência dominante (v., por exemplo, art. 103-A, CF (LGL 1988\3) , e arts. 120, parágrafo único, e 518, § 1.º, do CPC (LGL 1973\5) , na redação da Lei 11.276/2006, e art. 557, CPC (LGL 1973\5)). Naturalmente, busca-se, com isso, a confluência dos entendimentos jurisprudenciais para um só, que seja considerado "ótimo", isto é, o melhor, ou mais aprimorado, dentre os vários modos de solucionar um mesmo problema jurídico. É inegável que, quanto mais intensa a controvérsia jurisprudencial existente acerca de uma questão jurídica, maior também será, proporcionalmente, a quantidade de recursos interpostos pelas partes a respeito do tema.

Diante deste princípio, ao ponderar sobre a possível incidência do art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) , deve o juiz optar por evitar a reprodução de sentenças que adotem orientação contrária àquela exarada por órgão jurisdicional hierarquicamente superior, em especial pelo STF e pelo STJ. Entendimento diverso implicaria permitir que preponderasse a "jurisprudência" firmada por um único juízo, em detrimento daquela oriunda dos tribunais que lhe são superiores, o que carece integralmente de sentido.

Não bastasse, caso o juiz de 1.º grau, fazendo uso do disposto no art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) , proferisse sentenças que correspondessem apenas ao seu entendimento pessoal, ainda que este fosse isolado e contrário ao dominante em tribunal que lhe seja hierarquicamente superior, estaria a

contrariar a intenção de "racionalizar" o "julgamento de processos repetitivos", manifestada na exposição de motivos do projeto que resultou na Lei 11.277/2006, já que uma sentença assim proferida, justamente por divergir de orientação jurisprudencial dominante ou sumulada, inevitavelmente será objeto de apelação.⁸²

A coincidência entre a orientação adotada pelo juízo de 1.º grau e o entendimento manifestado por tribunal que lhe seja hierarquicamente superior é, assim, pressuposto fundamental para a incidência do art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) .

Vê-se, portanto, que a aplicação do art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) deverá ser realizada de modo extremamente comedido, apenas em casos em que, evidentemente, de sua aplicação decorram consequências vantajosas, não só para os juízes de 1.º grau e dos tribunais, mas, especialmente, para o jurisdicionado. Não sendo assim, a aplicação do art. 285-A do CPC (LGL 1973\5) poderá resultar em manifesto desperdício de tempo e de atividade jurisdicional, o que estaria em descompasso com a garantia constitucional de duração razoável e celeridade da tramitação do processo (art. 5.º, LXXVIII, CF (LGL 1988\3) , inserido pela EC 45/2004).

A adoção da súmula vinculante, com a EC 45/2004 (cf. art. 103-A da CF (LGL 1988\3)), portanto, não significou um salto histórico no direito brasileiro. Ao contrário, pois, conforme observou com seu senso de humor único, Barbosa Moreira, ao comentar a alteração do art. 557 do CPC (LGL 1973\5) pela Lei 9.756/1998:

"Emenda Constitucional para estabelecer que as súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além e ao custo - muito mais baixo - de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?)! O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite (...)."⁸³

A doutrina comenta, como se viu anteriormente, que mesmo nos países da Europa Continental a transcendência dos precedentes, vem sendo observada. Diz-se que a jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade; garante a *igualdade* dos jurisdicionados; evidencia a submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência; e constrói uma presunção em prol do acerto do precedente.⁸⁴

No que diz respeito ao discurso jurídico, é relevante que se diga que tem o ônus de se justificar aquele que pretende que o precedente não seja seguido, pois o natural é que seja respeitado.

A súmula pode ter, também, a força *persuasiva* de que é dotada a súmula,⁸⁵ o que, em nosso sentir, se confunde saudavelmente com a consciência da inexorabilidade de que a questão seja afinal decidida em conformidade com o entendimento dos tribunais superiores, que tem o condão de gerar condutas e decisões judiciais (de 1.º e 2.º graus de jurisdição) já de acordo com o que se sabe será a decisão do STJ ou do STF.

Assevera, em seguida, que considera, e com razão, que essa força *persuasiva* é insuficiente: "Segundo os seus defensores, todavia, tal persuasão não basta, considerando não só a repetição de ações e recursos em temas já assentes, inclusive nos tribunais superiores, como também o descaso da Administração com a orientação reiterada dos tribunais, a aumentar abusivamente o volume do serviço forense. Ademais, não se pode igualmente desconsiderar, dado o desprestígio que isso acarreta para a ordem jurídica, que, mesmo quando declarada, pela Suprema Corte, centenas ou milhares de vezes, a inconstitucionalidade de uma lei, na via indireta, essa lei pode vir a ser aplicada nas instâncias inferiores, e gerar efeitos jurídicos se a decisão transitar em julgado.

Surgiu, em decorrência, a idéia da súmula com eficácia jurídica obrigatória, vinculante, por meio da qual as instâncias jurisdicionais inferiores estariam obrigadas a decidir de acordo com o seu conteúdo, vinculação essa a aplicar-se igualmente às instâncias administrativas."⁸⁶

Num ensaio como este, em que se demonstra efetivo apreço pelo valor segurança (no sentido de previsibilidade), como decorrência da constatação de que o prestígio deste valor é generalizado e tem estado ligado à história do direito, seria previsível que se tratasse do problema e que se adotasse uma postura receptiva à idéia da súmula vinculante.

Há quem se posicione contrariamente à adoção da súmula vinculante por significar este instituto um

desrespeito à teoria da separação de poderes. Não nos parece relevante este argumento, já que a separação de poderes pode assumir diversas formas. Aliás, não precisa mesmo ser implantada em sua forma mais pura.

Ademais, é necessário ter-se em vista que o juiz, quando decide com base na súmula vinculante, decide com apoio *na lei* em sua interpretação "oficial" (= tida como correta no sistema).⁸⁷

Sidnei Agostinho Beneti, em interessante artigo publicado e republicado recentemente, acentua que a dispersão jurisprudencial alimenta os grandes números, e estes, por sua vez, acentuam a dispersão.

Decide-se, muitas vezes, a mesma questão de modos diferentes até que se consolide uma única orientação nos tribunais superiores; a dispersão de julgados "tonteia" juízes de 1.º grau, partes e advogados.

Esta dispersão gera uma instabilidade que compromete o equilíbrio da economia do País. E o Judiciário é mais vítima do que autor desta situação.⁸⁸

Embora haja referência, no final do *caput* do art. 103-A da CF (LGL 1988\3), a algo que deveria ser definido "na forma estabelecida em lei", a lei que poderia dispor sobre a súmula vinculante pouco ou nada poderia ter acrescentado ao dispositivo constitucional em questão, a fim de atribuir-lhe eficácia. É que a referida norma constitucional já continha todos os elementos necessários à sua efetivação, pois:

1. O que poderá ser objeto de súmula vinculante já foi regulado de modo minudente pelo dispositivo constitucional (cf. art. 103-A, *caput*, e § 1.º, da CF/1988 (LGL 1988\3)), nada podendo lhe ser acrescentado ou retirado;

2. O art. 103-A, § 2.º, da CF/1988 (LGL 1988\3) define, com precisão, quem tem legitimidade para provocar a deliberação sobre a criação de súmula vinculante, "sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei". Ou seja, *além* das pessoas referidas, outras poderão sugerir a aprovação, revisão ou cancelamento da súmula, desde que surja lei neste sentido. A legitimidade das pessoas referidas, no entanto, decorre da disposição constitucional, e não de futura lei.

Além disso, de acordo com o *caput* do art. 103-A da CF/1988 (LGL 1988\3) , o incidente pode ocorrer de ofício, isto é, independentemente de provocação das pessoas referidas no art. 103-A, § 2.º, da CF/1988 (LGL 1988\3) ;

3. A norma constitucional regula, com precisão, quem tem competência para decidir a respeito da criação, revisão ou cancelamento da súmula: o STF poderá fazê-lo "mediante decisão de dois terços dos seus membros" (art. 103-A, *caput*, da CF/1988 (LGL 1988\3));

4. Enfim, o art. 103-A, § 3.º, da CF/1988 (LGL 1988\3) resolve até mesmo o modo através do qual se pode impugnar a decisão que não acata a súmula vinculante. Trata-se da *reclamação*, dirigida ao STF, que, se julgá-la procedente, "anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".

Constata-se, assim, que a norma infraconstitucional não poderia - como de fato não o fez - regular diversamente aquilo que a norma constitucional já fixou com precisão.

Apenas quanto àquilo que não foi regulado de modo exauriente pela norma constitucional é que poderia haver, efetivamente, a atuação do legislador ordinário. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o art. 3.º da Lei 11.417/2006, que permite que, além daqueles que podem propor ação declaratória de inconstitucionalidade (referidos no art. 103 da CF/1988 (LGL 1988\3)), também "o Defensor Público-Geral da União" (inc. VI) e os Tribunais (inc. XI) podem propor a edição, cancelamento ou revisão de súmula vinculante.

A súmula vinculante "terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas" e apenas será oportuna e adequada quando houver reiteradas decisões em determinado sentido e em relação a tais normas houver "controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante

multiplicação de processos sobre questão idêntica" (art. 103-A, § 1.º, da CF/1988 (LGL 1988\3)).

Deve observar-se que, embora o art. 2.º da Lei 11.417/2006 aluda a matéria constitucional, assim como faz o art. 103-A da CF/1988 (LGL 1988\3) , talvez tenha querido o legislador dizer mais do que disse, já que as súmulas podem versar matéria constitucional, *no sentido amplo*. De fato, a súmula pode versar sobre matéria infraconstitucional e dispor, por exemplo, sobre a compatibilidade do texto da lei, ou de determinada interpretação, com a Constituição Federal (LGL 1988\3) . E o objeto da súmula não será propriamente matéria constitucional.

É imprescindível, por outro lado, que a súmula vinculante seja menos abrangente do que a lei e *deve ser redigida de molde a gerar menos dúvidas interpretativas do que a própria lei*, principalmente quanto à sua incidência.

O processo interpretativo é equiparável a um processo de *refinamento* pelo qual passa o entendimento do sentido da norma, semelhante à transformação de areia grossa em talco. São de se rejeitar, portanto, proposições que pretendem esclarecer o sentido da norma e que são mais genéricas que a própria norma.

Se a súmula é a interpretação predominantemente dada à norma por certo tribunal, é evidente que há de ser mais específica do que a norma em si, *como o talco é mais fino com relação à areia grossa*

Uma das formas de se evitar que a súmula gere problemas de interpretação - e, portanto, de incidência - é que esta não contenha, em seu enunciado, conceitos vagos, salvo se for para dizer o que eles significam.

Devem as súmulas vinculantes, também, dizer respeito a situações capazes de se repetir ao longo do tempo de modo absolutamente idêntico. Em princípio, não se poderia, por exemplo, sumular tese jurídica relativa a direito de família, porque situações de família nunca são idênticas. Diferentemente ocorre no plano do direito tributário, em que um leasing é sempre um leasing, e se deve saber, com certeza, se gera, ou não, a incidência do tributo.

Veja-se, pois, que devem existir súmulas exclusivamente em relação a situações concernentemente às quais se possa privilegiar o valor segurança. Além disso, há situações que não sofrem modificações no plano sociológico, por estarem apenas remotamente ligadas aos usos e costumes sociais ao longo do tempo e em relação às quais a lei despreza peculiaridades do caso concreto.

Em relação a estas situações, que envolvem valores passíveis de sofrer alterações na sociedade, a diversidade de decisões e a *modificação do entendimento dos tribunais*, como se observou antes, é extremamente salutar e desejável, com o passar do tempo, principalmente.⁸⁹

A Lei 11.418, de 19.12.2006, inseriu no Código de Processo Civil (LGL 1973\5) o art. 543-A do CPC (LGL 1973\5) , que tem por finalidade regulamentar o requisito da *repercussão geral*, exigido para a admissibilidade do recurso extraordinário e estabelecido no art. 102, § 3.º, da CF/1988 (LGL 1988\3) (parágrafo este introduzido pela EC 45/2004).

Vemos com bons olhos a reintrodução, pela EC 45/2004, de sistemática semelhante à da antiga arguição de relevância, em vigor até antes da Constituição Federal de 1988.

Não deve o instituto ser visto como um óbice ao acesso à justiça. No País, há toda uma estrutura destinada a tornar real o acesso à justiça, desdobrada em dois graus de jurisdição, havendo Justiças Estaduais, Federais, especializadas, sendo esta estrutura posta em movimento por um sistema recursal marcadamente abundante.

É surpreendente, todavia, que tenha entendido o legislador constitucional que se devam distinguir questões relevantes das não relevantes, no plano do direito constitucional e não no plano da lei federal, como se tudo o que constasse da lei federal fosse relevante. Desconhecemos as razões que podem ter levado a que se chegasse a esse resultado final na redação da EC 45/2004, embora seja de se supor que a exclusão do STJ do sistema de repercussão esteja ligada à inexorabilidade do exercício de uma certa função "controladora", pelo STJ, em relação aos Tribunais de 2.º grau de jurisdição.

Mas o fato é que somente as questões constitucionais que tenham *repercussão geral* é que hoje, em face da letra da Constituição Federal (LGL 1988\3) , poderão ser objeto de exame do STF ao julgar recurso extraordinário.

Uma das razões em decorrência das quais se veio a implantar o sistema da repercussão geral no Brasil, provavelmente foi a sobrecarga excessiva de trabalho do STF. Entretanto, pensamos que o instituto se justifica por ser realmente capaz de gerar jurisdição de melhor qualidade. As decisões do STF tenderão a ser *paradigmáticas* e, por conseguinte, a jurisprudência deste Tribunal terá mais visibilidade, podendo, então, exercer de modo mais firme sua função paradigmática.

De acordo com o art. 543-A, § 2.º, do CPC (LGL 1973\5) , a existência de repercussão geral deverá ser demonstrada *em preliminar do recurso*. Ou seja, precisará demonstrar-se que o tema discutido no recurso tem uma relevância que transcende àquele caso concreto, revestindo-se de interesse geral, institucional, de modo idêntico ao que já ocorria, no passado, quando vigorava no sistema processual brasileiro o instituto da arguição de relevância.

Está-se, aqui, diante de um sistema de filtro, igual, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto. Entende-se, com razão, que, dessa forma, o STF será reconduzido à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo - sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação -, na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação.

Esta figura impede que o STF se transforme numa 4.ª instância e deve diminuir, consideravelmente, a carga de trabalho daquele Tribunal, resultado este que também acaba, de forma indireta, por beneficiar os jurisdicionados, que terão talvez uma jurisdição prestada com mais vagar, e haverá acórdãos, já que em menor número, que serão fruto de reflexões mais demoradas por parte dos julgadores.

Enfim, se espera que, com essa possibilidade de seleção de matérias realmente importantes, não só no âmbito de interesse das partes, se tenha jurisdição de melhor qualidade.

Estabelece o art. 543-A, § 1.º, do CPC (LGL 1973\5) que, "para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa". Estabelece o art. 543-A, § 3.º, do CPC (LGL 1973\5) , ainda, que "haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal".

O art. 543-A, § 1.º, do CPC (LGL 1973\5) , como se vê, *não definiu, de modo individualizado*, as questões em que há repercussão geral, mas valeu-se de outras expressões igualmente gerais, cujo sentido haverá de ser fixado com precisão pelo próprio STF. E, em nosso entender, a alteração não poderia ser feita de outra forma.

Embora se esteja diante de conceitos indeterminados, ou seja, daqueles cujo referencial semântico é facilmente identificável no mundo empírico, existem, indubitavelmente, critérios para que se possam identificar "questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa". Deve-se afastar definitivamente a idéia de que se estaria aqui diante de decisão de natureza discricionária.

Os critérios a orientar a identificação de uma questão de repercussão geral podem ser, por exemplo, os de ordem econômica, social, política e mesmo jurídica, no sentido estrito.⁹⁰ Esta foi a orientação que acabou prevalecendo, na redação do art. 543-A, § 1.º, do CPC (LGL 1973\5) .

Relevância jurídica no sentido estrito existe, por exemplo, quando esteja em jogo o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistir, possa significar perigoso e relevante precedente, como, por exemplo, a de *direito adquirido*.

Estabeleceu o art. 543-A, § 3.º, do CPC (LGL 1973\5) , a propósito, que "haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal". Vê-se que, sob este prisma, a relevância jurídica em sentido estrito pode ultrapassar "os interesses subjetivos da causa", referidos no art. 543-A, § 1.º, do CPC (LGL 1973\5) , pois pressupôs o art. 543-A, § 3.º, do CPC (LGL 1973\5) que, tendo sido contrariadas súmula ou

jurisprudência dominante do STF, estará presente questão com repercussão geral.

Relevância social há numa ação em que se discutem problemas relativos à escola, à moradia, à saúde ou mesmo à legitimidade do Ministério Público para a propositura de certas ações. Corretamente, a nosso ver, considerou-se que tem repercussão geral a questão relativa à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

Pensamos, aliás, que essa repercussão geral deverá ser pressuposta em um número considerável de ações coletivas, só pelo fato de serem coletivas.

Relevância econômica se vê em ações que discutem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infra-estrutura etc.

Repercussão política pode-se entrever quando, por exemplo, de uma causa possa emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais.

É desejável que se reforce a tendência de que o STF torne cada vez mais nítido seu entendimento a respeito de quais sejam questões que apresentam ou não *repercussão geral*.

A idéia de que a casos iguais devem-se dar soluções idênticas está presente de modo inequívoco nos arts. 543-B e 543-C do CPC (LGL 1973\5).

Estes dispositivos criam um método para otimizar o julgamento de recursos que versem questões de direito idênticas.⁹¹

Os tribunais superiores, quando houver um número considerável de recursos versando a mesma questão de direito, no Tribunal *a quo*, neste Tribunal serão escolhidos um ou mais recursos representativos e encaminhados ao STF (para que se verifique a existência de repercussão geral) ou ao STJ, podendo este órgão incluí-los em pauta, julgando-os.

Em ambos os casos, ficam suspensos os procedimentos de todos os recursos, nos Tribunais de origem.

Reconhecida a existência de repercussão geral, serão os recursos julgados no mérito, podendo o Tribunal *a quo* adequar os acórdãos de que se recorreu à posição adotada pelo STF ou considerar prejudicados os recursos.

Dando-se provimento ao recurso especial, ocorre o mesmo com aqueles cujo procedimento foi sobrestado: podem ser adequados à decisão ou serão considerados prejudicados.

Se, no STF, se verificar não apresentar a questão repercussão geral, todos os demais recursos serão automaticamente inadmitidos.

Estes procedimentos, descritos de forma intencionalmente sucinta, só podem, obviamente, gerar resultados saudáveis para o sistema se os Tribunais Superiores se absterem da prática de alterar suas decisões. Caso isto não ocorra, nos ousaríamos dizer que a inovação poderá ser considerada um verdadeiro desastre.

7. O problema gerado pela possibilidade de haver controle difuso da constitucionalidade das leis: a solução

A dispersão da jurisprudência, como tendência indesejável que está instalada em nossos tribunais, assume especial gravidade quando se pensa no sistema de controle das leis.

No Brasil, sabe-se, adota-se um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis. O controle concentrado produz efeito *erga omnes* e o difuso, pelo que diz a doutrina tradicional, inter partes.

Pode ser feito por meio da técnica da declaração de inconstitucionalidade ou da interpretação conforme a Constituição, em ambos os casos.

O fato de os juízes poderem fazer este controle em cada processo submetido à sua apreciação, somado à liberdade (teórica) que teria cada juiz de decidir de acordo com sua convicção pessoal

acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do dispositivo legal aplicável ao caso, não poderia produzir, como de fato não produz, bons resultados.

De fato, a adoção do método difuso de constitucionalidade das leis, num país em que *não se exige a obediência aos precedentes* e em que não há a cultura do respeito a eles, está fadada a produzir um quadro caótico, em que a multiplicidade de "pautas de conduta" para o jurisdicionado gera um grau insuportável de insegurança.

Isto porque, como dissemos no item 3, a conduta do jurisdicionado - ou seja, dos integrantes da sociedade - não é mais a letra da lei. É, isto sim, a lei, tal como interpretada e compreendida pela doutrina, pela jurisprudência, com base nos princípios etc... Ou seja: é a "versão final" da lei.

Admitida indiscriminadamente esta discrepância, quantas "versões finais" haverá?

Ultimamente vem surgindo no STF tendência jurisprudencial atribuindo às decisões incidentais acerca da inconstitucionalidade da lei, tomadas pelo plenário do próprio STF, *efeito vinculante*.⁹²

Assim, de acordo com esta tendência, os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública devem respeitar as decisões do STF tomadas nestas condições, como se estas fossem fruto de ações declaratórias de inconstitucionalidade, i. e., do controle concentrado.

Esta situação, embora não comporte comparação com algo que possa efetivamente ocorrer no sistema inglês, é expressiva como demonstração da necessidade da implantação da cultura do respeito aos precedentes e da imposição da obediência a eles, em certas situações.

Há muito tempo, aliás, já se esboçava na doutrina a tendência de se considerar carente de sentido a necessidade de o STF notificar o Legislativo para que suspendesse a eficácia da lei tida por inconstitucional, para que se obtivesse, assim, resultado absolutamente equivalente à eficácia *erga omnes*.

8. Anotações de caráter conclusivo

Indubitavelmente, a necessidade de certeza é a razão mais relevante que leva à necessidade de respeito aos precedentes.⁹³ A ausência deste respeito gera a possibilidade de degeneração do sistema numa *wilderness of individual and unconnected instances*.⁹⁴

Nos sistemas de leis codificadas, uma das mais evidentes razões para que sejam seguidos "precedentes de interpretação" é que não é suficiente que tenhamos o mesmo corpo de normas escritas para que seja respeitado o princípio da igualdade, mas estas devem estar em vigor na mesma interpretação em todas as regiões do país.⁹⁵

Há várias razões por trás da tendência à dispersão da jurisprudência. Vivemos num país de dimensões continentais, e o Poder Judiciário no Brasil não é centralizado. Michele Taruffo demonstra que a estrutura do Judiciário pode influenciar profundamente a situação da dispersão ou do respeito aos precedentes. Tudo pode ser mais simples em sistemas não federativos, em que os tribunais são organizados numa dimensão simples. As organizações podem ser compactas ou diversificadas. Taruffo dá a Noruega como exemplo do primeiro tipo e a França, do segundo.⁹⁶

Enfim, quanto mais complexa a estrutura do Judiciário, mais difícil garantir-se uniformidade e certeza.

Por outro lado, há diferenças entre os juízes, seres humanos que são, no que diz respeito a posições políticas: com certeza, há decisões diferentes, sobre casos iguais, e cada um dos juízes que as proferiu pensa ter optado pelo melhor caminho.

Nem sempre se percebe a necessidade de neutralidade e de compreensão do *ethos* dominante. Às vezes, por outro lado, isto é percebido, mas é difícil de ser realizado.

Eduardo Oteiza observa que a fragilidade das instituições na América Latina pode ser uma razão para a desuniformidade da jurisprudência, somada a existência de um indesejável nível de pobreza.⁹⁷

O modo como os juízes são recrutados no sistema de *common law* também é uma razão para o maior respeito que a sociedade lhes presta. São escolhidos dentre profissionais experientes, diferentemente do que acontece nos sistemas de civil law.

Pensamos também que o fato de a divisão entre passado e presente ser menos clara na Inglaterra, faz com que ao passado (= precedentes) se prestem, naturalmente, homenagens.

O *civil law* começou com uma ruptura (v. item 1) e no Brasil, especificamente, a insatisfação com o presente planta em todas as psiques a necessidade de reformá-lo. Este estado de espírito influi, em nossa opinião, no desrespeito às decisões anteriores.

Apesar de tudo o que dissemos, para explicar muitas das razões em virtude das quais não há, no Brasil, a cultura do respeito aos precedentes, esta atitude deve, pensamos, necessariamente, mudar.

Absolutamente inócuos ou sem rendimento prático expressivo serão, por exemplo, os arts. 557, 518, § 1.º, 285-A, 543-B e 543-C do CPC (LGL 1973\5) se esta atitude do Poder Judiciário brasileiro não se alterar.

A mudança da jurisprudência, ao longo do tempo é, sim, necessária e saudável para a sociedade. Mas única e exclusivamente em casos disciplinados por regras ligadas a características da sociedade como, por exemplo, o entendimento que se tenha acerca do que seja uma *mulher honesta* . Este exemplo é acadêmico, mas expressivo. Assim como o passar das décadas autoriza uma nova interpretação da expressão bom pai de família.

Com relação a casos assim, todavia, deve haver uniformidade da interpretação dos tribunais *num mesmo momento* histórico, sob pena de haver multiplicidade de regras de conduta.

Em hipóteses diferentes, em que esteja em jogo, por exemplo, a incidência de um tributo sobre certo tipo de negócio jurídico, a jurisprudência, uma vez uniformizada, não se deve alterar. Se houver desejo dos poderes constituídos no sentido de que mude "a regra do jogo", a lei é que deve ser alterada. Nunca o entendimento jurisprudencial a respeito dela, que há de ser o mesmo, num só momento histórico e não mais se modificar.

Admitirem-se decisões diferentes concomitantes ou, ainda, as tais grandes *viradas*, é negar o Estado de Direito, é estimular a propositura de ações e o ato de recorrer. A quem interessa esta situação?

É necessário que a população tenha condições de confiar nas decisões do STF, em suas súmulas, mesmo não sendo vinculantes. O mesmo se diga quanto ao que devem inspirar no jurisdicionado as decisões do STJ. Deve haver uma jurisprudência firme *das Cortes*, e não pessoal, de cada um dos seus ministros.

É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz de *civil law* não cria direito. Cria sim, pois hoje isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa.

Mas esta liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais sob pena de se afrontar de maneira intolerável o princípio da isonomia.

1. A comparação é feita quase que exclusivamente com o sistema inglês, pois estivemos durante o ano de 2008 na Universidade de Cambridge, a convite de Neil Andrews, como *Visiting Professor* e lá foi feita parte da pesquisa. Todas as versões dos textos citados, que estão entre aspas e em português, foram feitas por nós e o original consta da nota de rodapé.

2. "In 1470, an English sergeant-at-law maintained that the common law had been in existence since the creation of the world (...) it was not improbable that he believed it literally." Moreover: "It was not a wholly absurd notion, inasmuch as the English system represented an unbroken development from prehistoric times: there had been no conscious act of creation or moment of adaptation". *An introduction to English legal history*. 4. ed. Butterworths, Lexis Nexis, p. 1, citando *Wallyng v. Meger (1470)* (47ss. 38), per Catesby SJT.

3. R. C. Caenegem, *Judges, Legislators & Professors*, Goodhart lectures, 1984-1985, Chapters in

- European Legal History, Cambridge University Press, 2006, p. 7.
4. R. C. Van Caenegem, *idem*, p. 8.
 5. J. H. Baker, *An introduction to English legal history*. 4. ed. Londres: Butterworths, 2002, p. 1.
 6. Generally observed among Englishmen. Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law*. 4. ed. Clarendon Law Series. Oxford: Clarendon, 1991, p. 165.
 7. R. C. Van Caenegem, *op. cit.*, p. 41. Também na Alemanha o *Corpus Juris Civilis* foi "recebido" e a sua recepção gerou um corpo de normas estudado por profissionais (*Juristenrecht*). O direito romano foi a base teórica do desenvolvimento do direito que culminou no trabalho dos juristas do Século XIX.
 8. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1991, item 2.3, p. 61-62.
 9. "Hence, the problem appears not to be of essential nature, but rather a question of political institutions and judicial organization". R. C. Caenegem, *op. cit.*, p. 56.
 10. Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski, Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for Precedent, *Interpreting precedents, a comparative study*, org. por Neil MacCormick e Robert S. Summers, Dartmouth Publishing Company Ltd., Ashgate Publishing limited, Inglaterra, p. 482.
 11. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 67.
 12. Norberto Bobbio, *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 312-313.
 13. R. C. Van Caenegem, *op. cit.*, p. 161.
 14. Larry A. Alexander, Emily L. Sherwin, Judges as rule makers. In: Douglas Edlin (ed.). *Common law theory*. Nova York: Cambridge University, 2005, p. 2.
 15. Os ingleses usam muito a palavras *consistency* cuja tradução em português seria firmeza, solidez e de certo modo, compatibilidade com outras regras existentes.
 16. Robert Alexy e Ralf Dreier, Precedent in the Federal Republic of Germany. *Interpreting precedents, A comparative study*, coletânea org. por Neil MacCormick e Robert S. Summers, *cit.*, p. 17-64, especialmente p. 19.
 17. Rupert Cross and J. W. Harris, *op. cit.*, p. 5.
 18. A. L. Goodhart, Precedent in English law and continental law, *The law quarterly review*, vol. L, Londres: Stevens & Sons, Limited, 119 & 120 Chancery Lane, 1934, p. 40-65, especialmente p. 41.
 19. R. C. Caenegem, *op. cit.*, p. 44.
 20. Robert W. Emerson, *Business law*, Barron's, 4. ed., 2004, p. 7.
 21. David Dyzenhaus e Michael Taggart, Reasoned decisions and legal theory, *Common law theory*, Douglas E. Edlin (coord.), *cit.*, p. 134-166 (especialmente p. 146).
 22. Glanville Williams, *Learning the law*, Londres: Sweet and Maxwell, 2006, p. 24.
 23. A. L. Goodhart, *op. cit.*, p. 41.
 24. *Idem*, *ibidem*, p. 42.
 25. Rupert Cross e J. W. Harris, *op. cit.*, p. 41.

26. "It is a truism upon which there is no need to enlarge that *dicta* are of varying degrees of persuasiveness". Idem, p. 76.
27. Neil Andrews, Reporting case law: unreported cases, the definition of a *ratio* and the criteria for reporting decisions, *Legal Studies* 5, 1985, *The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, Butterworths, p. 205-232, especialmente p. 210. A idéia do "teste" é muito interessante e está bastante presente na doutrina inglesa: formulam-se algumas perguntas para se ter certeza de que o objeto que se tem à frente é mesmo aquele a que corresponde o conceito antes formulado.
28. Rupert Cross e J. W. Harris, op cit., p. 42.
29. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*. Cambridge/Massachussets: Harvard University, 1978, p. 111.
30. Zenon Bankowski e Neil MacCormick, Precedent in the United Kingdom, *Interpreting precedents*, cit, p. 315-353, especialmente 333 e 337.
31. Rupert Cross e J. W. Harris, op. cit., p. 59 e ss.
32. Deve ser sublinhado que os fatos não precisam ser absolutamente idênticos, mas devem permitir o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada na primeira decisão (= o precedente).
33. José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 160.
34. "It is not unusual to find a report of an English case occupying fifty pages of print, with the most detailed discussion of prior cases, and these cases (...) may be four or five year hundreds old. Thus in *Bottomley v. Bannister* ([1932] 1K.B. 458) precedents decided in 1409 and 1425 were cited to assist the judge in determining who was liable for the leakage of a gas burner installed in 1929." A. L. Goodhart, op. cit., p. 51-52.
35. J. H. Baker - Law reports and English legal history: the editorial problem (passim), *Studi in Memoria di Gino Gorla*, Giuffrè, 1994, t. I, p. 156-170.
36. Rupert Cross e J. W. Harris, op. cit., p. 107.
37. Idem, p. 12.
38. Sobre este conceito, v. item subsequente.
39. Rupert Cross e J. W. Harris, op. cit., p. 20.
40. A. L. Goodhart, op. ult. cit., p. 56.
41. Ronald Dworkin, op. cit., p. 84.
42. Rupert Cross e J. W. Harris, op. cit., p. 229-230.
43. Geldart, *Elements of English law*, 23: a passagem é a mesma na atual 7. ed. citada por Rupert Cross e J. W. Harris, op. cit., p. 33.
44. Idem, p. 126. Naturalmente, fala-se com menos dificuldade em "moralidade" num país em que a sociedade é mais homogênea do que em países como o Brasil.
45. Rupert Cross e J. W. Harris, op. cit., p. 129.
46. "Since the announcement of the 1966 Practice Statement, the House of Lords has unequivocally exercised its new power to overrule its past decisions on eight occasions". Idem, p. 135.
47. "The power has been applied to decisions whose antiquity varied from 80 years (Dick) to one year

(Shivpuri)". *Idem*, p. 137.

48. Melvin A. Eisenberg, The principles of legal reasoning in the common law, *Common law theory*, coletânea org. por Douglas E. Edlin, cit., p. 81-101, especialmente, p. 93.

49. *Idem*, *ibidem*.

50. A. L. Goodhart observou isso. Disse que "flexibility in civil law countries can be achieved if law is framed in general terms", *op. cit.*, p. 51.

51. Winfried Hassemer, O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. *Revista da Faculdade de Direito da PUC-RS* 9/28, ano 7, Porto Alegre, 1985.

52. Michel Troper e Christophe Grzegorzczak, Precedent in France, *Interpreting Precedents...*, cit., p. 111.

53. Michele Taruffo e Massimo. La torre precedent in Italy, *Interpreting precedents: a comparative study*. Sudbury, MA: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 166.

54. Willis Santiago Guerra Filho, *Autopoiese na sociedade pós moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, item V, 1997, p. 64.

55. Destes poros tratamos com vagar em *Recurso especial, Recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, item II, 4, 5 e 6, p. 100-171.

56. Neil Andrews, Judicial discretion in common law jurisdictions, England, Australia, Canada and the USA. In: STORME, Marcel; HESS, Burkhard (eds.). *Discretionary power of the judge: limits and control*. Mechelen/Belgium: Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 188.

57. "In over 70% of cases the discussion of 'fairness' occurred as part of the application of general clauses in the codes or statute. The concept provides a bridge between ideas expressed in rules and the broader sense of justice within the community. Such an approach moves away from classical legal positivism and requires more justification - Accountability is mediated through doctrinal legal commentators who will publish criticism of decisions. Through their comments, there will be a wider dissemination into the legal community as a whole." John Bell, *Judiciaries within Europe: a comparative review*. *Cambridge Studies, International and comparative law*. CSICL. Nova York: Cambridge University, 2006, p. 143.

58. REsp 182.223/SP, Corte Especial, j. 06.02.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. p/ o acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 07.04.2003, p. 209. Súmula 364 (MIX 2010\1612) do STJ.

59. Neil Andrews, Judicial discretion in common law jurisdictions, cit., p. 119-241, especialmente p. 120. Em diferentes graus, parece-nos realmente que no processo o juiz exerce poder discricionário, pode decidir politicamente e ser criativo, e aqui estamos empregando estas três expressões no mesmo sentido. Isto é particularmente verdadeiro em relação ao sistema inglês, por causa dos poderes que o Código de Processo Civil (LGL 1973\5) de 1998 dá ao juiz para que este possa praticar atos de gestão no processo. "In different degrees, I do think that in the procedural field judges can exercise discretionary powers, could decide politically and be creative, and here I am employing these three expressions in the same sense. This is particularly true in relation to the English system, because of the managerial powers conferred on him by the CPR, of 1998." "In the procedural field at least one might expect the judge, as master of proceedings in his court, to exercise an almost unfettered discretion." *Civil Procedural Rules (CPR)*. Tom Bingham, The business of judging, selected essays and speeches. Oxford University Press, 2000, p. 42. Já criticamos enfaticamente o uso desta expressão quando referida à atividade do juiz ao decidir o mérito. *Recurso especial, Recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., item II, 7, p. 175-200.

60. John Bell, *Policy arguments in judicial decisions*. Oxford: Clarendon Press, 1985, p. 24.

61. Re A (Conjoined twins: surgical separation) [2000] 4 A 11 ER 961, referido por John Bell,

Judiciaries within Europe: a comparative review, cit., p. 32.

62. The Perruche case: Cass. Ass. Plen., 17.11.2000, JCP 2000 II 10438, B. Markesinis, Unity or Division. The search for similarities in contemporary European law - 2001 - Current legal problems, 591, referido por John Bell, *Judiciaries within Europe*, cit., p. 70, nota de rodapé 92.

63. John Bell, *Policy arguments in judicial decisions*, cit., p. 5.

64. Benjamin N. Cardozo. *The nature of the judicial process*. New Haven and London: Yale University Press, 1991, p. 106 e 108.

65. "The judge ought (...) to disengage himself, so far as possible, of every influence that is personal (...) and base his judicial decision on elements of an objective nature." Benjamin N. Cardozo, op. ult. cit., p. 120-121.

66. REsp 498.742/PE (2003/0017278-8), j. 16.09.2003, rel. Min. José Delgado.

67. RT 205/528.

68. Foram encampados neste item alguns trechos, às vezes adaptados ou modificados, acerca do direito positivo brasileiro vigente, extraídos de obras escritas em co-autoria com Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina.

69. A respeito escreveu Luiz Rodrigues Wambier. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *RePro* 100/81-87. São Paulo: Ed RT, out.-dez. 2000. Priscila Sato. Jurisprudência (pre)dominante, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, Eduardo Pellegrini de Arruda, Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 564-585.

70. Sobre o histórico desta tendência, v. Cândido Dinamarco, O relator, a jurisprudência e os recursos, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/1998*, Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 127-144, especialmente p. 130 e ss.

71. V., por todos, Cândido Dinamarco, op. cit., p. 132.

72. A lei se serve, por mais de uma vez, da expressão "estar em confronto" no sentido de contraste, oposição, contradição, conflito. Confronto significa, todavia, comparação. Esta observação foi feita por José Carlos Barbosa Moreira, *Algumas inovações da Lei 9.756/1998 em matéria de recursos civis*, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/1998*, cit., p. 321-328, especialmente p. 326.

73. A propósito, é oportuno inserir-se aqui a observação de José Carlos Barbosa Moreira, realizada à luz da alteração do art. 557 do CPC (LGL 1973\5) pela Lei 9.756/1998: "Quanta tinta se tem gasto (a imagem, reconhecemos, é obsoleta na era da informática, em que ninguém mais usa tinta para escrever...) no debate entre os partidários e os adversários de reforma constitucional destinada a atribuir eficácia vinculante a proposições inspiradoras de precedentes nos mais altos tribunais do país! Pois bem: sem precisão de emenda, a vinculação, para fins práticos, em boa medida vai-se insinuando, pé ante pé, sorrateiramente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses 'sumuladas', senão até das simplesmente bafejadas pela preferência da maioria dos acórdãos." (*Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis*, cit., p. 329).

74. A Súmula 263 (MIX 2010\1513) do STJ ("a cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda à prestação") foi enunciada em 08.05.2002 e publicada no DJU 20.05.2002, p. 188. Durou pouco mais de um ano, tendo sido cancelada em 10.09.2003 (cf. STJ, 2.^a Seção, REsp 443.143/GO, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 10.09.2003, DJU 29.09.2003, p. 142). Atualmente, o tema é regulado pela Súmula 293 do mesmo Tribunal ("a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil"), enunciada em 05.05.2004, publicada no DJ 13.05.2004, p. 183. Algo parecido ocorreu, por exemplo, com a Súmula 621 (MIX 2010\2344) do

STF, segundo a qual "não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis" (j. 17.10.1984, *DJU* 29.10.1984, p. 8115). Atualmente, a matéria é assim regida pela Súmula 84 (MIX 2010\1337) do STJ: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro" (j. 18.06.1993, *DJU* 02.07.1993, p. 7186). Percebe-se que, após a edição da Súmula 621 (MIX 2010\2344) do STF, a orientação jurisprudencial diversa, em menos de dez anos, deu ensejo ao surgimento da Súmula 84 (MIX 2010\1337) do STJ.

75. Assim já nos manifestamos noutra ocasião: "as decisões dos Tribunais Superiores desempenham papel de extrema relevância, mesmo se proferidas em casos concretos, cujas decisões sejam desprovidas de eficácia *erga omnes*. Desde que sejam reiteradas em determinado sentido, significam indubitavelmente *orientação* para os demais Tribunais, exercendo papel verdadeiramente paradigmático" (*Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 417).

76. Esta opinião vem sendo manifestada, reiteradamente, por José Miguel Garcia Medina, O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, n. 4.1 e 4.7, p. 383 ss. e p. 421 ss.

77. "Constitucional - Civil - Fiodor: bem de família - Imóvel residencial do casal ou de entidade familiar: impenhorabilidade - Lei 8.009/1990, arts. 1.º e 3.º - Lei 8.245/1991, que acrescentou o art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990 ressaltando a penhora 'por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação': sua não-recepção pelo art. 6.º, CF (LGL 1988\3), com a redação da EC 26/2000 - Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. *Decisão*: Vistos. O acórdão recorrido, em embargos à execução, proferido pela 4.ª Câ. do E. 2.º TACivSP, está assim ementado: 'A norma constitucional que inclui o direito à moradia entre os sociais (art. 6.º da CF/1988 (LGL 1988\3), texto conforme a Emenda 26, de 14.02.2000) não é imediatamente aplicável, persistindo, portanto, a penhorabilidade do bem de família de fiador de contrato de locação imobiliária urbana. A imposição constitucional, sem distinção ou condicionamento, de obediência ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada é inarredável, ainda que se cuide, a regra eventualmente transgressora, de norma de alcance social e de ordem pública.' (f.) Daí o recurso extraordinário, interposto por (...), fundado no art. 102, III, a, da CF (LGL 1988\3), sustentando, em síntese, o seguinte: a) impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, dado que o art. 6.º da CF (LGL 1988\3), que se configura como auto-aplicável, assegura o direito à moradia, o que elidiria a aplicação do disposto no art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990, redação da Lei 8.245/1991; b) inexistência de direito adquirido contra a ordem pública, porquanto '(...) a norma constitucional apanha situações existentes sob sua égide, ainda que iniciadas no regime antecedente' (f.). Admitido o recurso, subiram os autos. A Procuradoria-Geral da República, em parecer lavrado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos, opinou pelo não-conhecimento do recurso. Autos conclusos em 15.10.2004. Decido. A Lei 8.009/1990, art. 1.º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3.º, I a VI, da Lei 8.009/1990. Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.1991, acrescentou o art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990 a ressaltar a penhora 'por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação'. É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6.º da CF (LGL 1988\3), com a redação da EC 26/2000, ficou assim redigido: 'Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, [...] a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.' Em trabalho doutrinário que escrevi - *Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil*, texto básico de palestra que proferi na Universidade Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da Anamatra, em 10.03.2003 - registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6.º, CF (LGL 1988\3), é um direito fundamental de 2.ª geração - direito social - que veio a ser reconhecido pela EC 26/2000. O bem de família - a moradia do homem e sua família - justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/1990, art. 1.º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245/1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da

entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245/1991, art. 3.º, VII, da Lei 8.009/90 feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou, em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo - art. 3.º, VII, da Lei 8.009/90, acrescentado pela Lei 8.245/1991 - não foi recebido pela EC 26/2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26/2000, ter estampado, expressamente, no art. 6.º, CF (LGL 1988\3) , o direito à moradia como direito fundamental de 2.ª geração, direito social. Ora, o bem de família -, art. 1.º, Lei 8.009/1990 - encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990, introduzido pela Lei 8.245/1991, não foi recebido pela CF (LGL 1988\3) , art. 6.º, redação da EC 26/2000." (STF, RE 352940/SP, j. 25.04.2005, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 09.05.2005, p. 106)

78. STF, RE 407.688/SP, Pleno, j. 08.02.2006, m.v., rel. Min. Cezar Peluso. Consta, do *clipping* de notícias divulgado no *site* do STF o seguinte: "O único imóvel (bem de família) de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel pode ser penhorado, em caso de inadimplência do locatário. A decisão foi tomada por maioria pelo plenário do STF que rejeitou um recurso extraordinário (RE 407.688), no qual a questão era discutida. No recurso, o fiador M.J.P. contestou decisão do 2.º TACivSP, que havia determinado a penhora de seu único imóvel para o pagamento de dívidas decorrentes de contrato de locação. O tribunal paulista entendeu que a Lei 8.009/1990 protege o bem de família, mas faz uma ressalva, no entanto, para os casos em que o imóvel é dado como garantia pelo fiador, em contrato de aluguel (art. 3.º, VII, da Lei 8.009/90). A questão chegou ao Supremo porque o fiador, inconformado com a decisão do tribunal paulista, recorreu alegando que o dispositivo da Lei 8.009/1990 ofende o art. 6.º da CF (LGL 1988\3) , alterado pela EC 26/2000, que incluiu a moradia no rol dos direitos sociais amparados pelo texto constitucional. Durante o julgamento pelo plenário do STF, os ministros debateram duas questões: se deve prevalecer a liberdade individual e constitucional de alguém ser ou não fiador, e arcar com essa respectiva responsabilidade, ou se o direito social à moradia, previsto na Constituição, deve ter prevalência. Isso implicaria dizer se o art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990 estaria ou não em confronto com o texto constitucional, ao permitir a penhora do bem de família do fiador, para o pagamento de dívidas decorrentes de aluguel. O relator da matéria, Min. Cezar Peluso, entendeu que a Lei 8.009/1990 é clara ao tratar como exceção à impenhorabilidade o bem de família de fiador. Segundo o Min. Peluso, o cidadão tem a liberdade de escolher se deve ou não avalizar um contrato de aluguel e, nessa situação, o de arcar com os riscos que a condição de fiador implica. O Min. Peluso não vê incompatibilidade entre o dispositivo da lei e a EC 26/2000, que trata do direito social à moradia, ao alterar o art. 6.º da CF (LGL 1988\3) . O voto do Min. Peluso foi acompanhado pelos Min. Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. O Min. Eros Grau divergiu do relator, no sentido de afastar a possibilidade de penhora do bem de família do fiador. O ministro citou como precedentes dois recursos extraordinários (RE 352.940 e 449.657) relatados pelo Min. Carlos Velloso (aposentado) e decididos no sentido de impedir a penhora do único imóvel do fiador. Nesses dois recursos entendeu que o dispositivo da lei, ao excluir o fiador da proteção contra a penhora de seu imóvel, feriu o princípio constitucional da isonomia. Esse entendimento também foi citado pelos Min. Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, que acompanharam a divergência aberta pelo Min. Eros Grau. Os três votos divergentes no julgamento foram no sentido de que a Constituição ampara a família e a sua moradia e que essa proteção consta do art. 6.º da CF/1988 (LGL 1988\3) , de forma que o direito à moradia seria um direito fundamental de 2.ª geração, que tornaria indisponível o bem de família para a penhora. Mas prevaleceu o entendimento do relator. Por 7 votos a 3, o Plenário acompanhou o voto do Min. Cezar Peluso e negou provimento ao recurso extraordinário, mantendo, desta forma, a decisão proferida pelo 2.º TACivSP, que determinou a penhora do bem de família do fiador." (Disponível em: [http://www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.02.2006).

79. STJ, AgRg nos EDiv no REsp 228432/RS, Corte Especial, j. 01.02.2002, DJU 18.03.2002, p. 163. Do julgamento, unânime, participaram os Min. Vicente Leal, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro, destaques nossos.

80. Como afirma Leo Rosenberg, "toda resolución puede ser injusta, y casi siempre la tendrá por tal la parte vencida. Por eso, los recursos están al servicio de los legítimos deseos de las partes de

sustituir la resolución que les es desfavorable por otra más favorable" (*Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1955, t. II, p. 352.). Francisco de A. Condomines Valls também retrata tal situação: "Aquel que ve la cuestión resuelta del modo que imploró o suplicó, se aquieta y hasta piensa que el pleito debería quedar terminado, sin necesidad de nuevos episodios. El otro, el 'contrario', el que ha perdido, busca un Tribunal que rectifique pronunciamientos que le duelen, que no le convencen, que a su entender exigen modificación fundamental para ajustarse a la norma, legal, consuetudinaria o genérica (del orden de los principios) que - y de ello se siente muy seguro - contiene el Derecho, con mayúscula, y ampara su derecho con minúscula, que no ha sido respetado" (*El recurso de casación en materia civil*. Barcelona: Bosch, 1978, p. 14-15).

81. "Da ultimo il principio economico richiede che *le liti non siano materia di gravose imposte*, nè per la loro lunghezza e la spesa, si rendano accessibili soltanto ad alcuni cittadini privilegiati per ricchezza" (*Commentario del Codice di Procedura Civile sardo*, vol. 1, p. 10; anotado por Domenicantonio Galdi, *Commentario del Codice di Procedura Civile del regno d'Italia* (redatto sul *Commentario del Codice di Procedura Civile sardodei signorio Pisanelli, Scialoja e Mancini*. Napoli: Jovene, 1887).

82. Ao contrário, se a sentença tiver sido proferida em consonância com súmula do STF ou do STJ, a apelação poderá não ser recebida pelo próprio juiz da causa, perante o qual tal recurso é interposto (cf. art. 518, § 1.º, do CPC (LGL 1973\5) na redação da Lei 11.276/2006). Havendo agravo de instrumento (art. 522 do CPC (LGL 1973\5) , na redação da Lei 11.187/2005) contra esta decisão, este recurso poderá até mesmo ser rejeitado por decisão monocrática do relator, por contrariar entendimento sumulado, ou oriundo de jurisprudência dominante do STF ou do STJ (art. 557 do CPC (LGL 1973\5)).

83. José Carlos Barbosa Moreira, *Algumas inovações da Lei 9.756*, em matéria de recursos cíveis, cit.

84. José Rogério Cruz e Tucci, op. cit., IX, p. 296-297.

85. Observa, com razão, Rodolfo de Camargo Mancuso: "Mesmo sem a conotação de ser *vinculativa* , a jurisprudência - mormente em suas formas superlativas - *dominante ou sumulada* - nunca deixou de exercer uma inegável *força persuasiva* dentre nós, ora atuando como convincente reforço de argumento, assim nas peças processuais oferecidas por advogados e Promotores de Justiça, como também na fundamentação das sentenças e acórdãos" [Súmula vinculante e a EC 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Junior; Octavio Campos Fischer; William Santos Ferreira (coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a EC 45/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 685-719, especialmente p. 688].

86. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *O juiz, seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 200.

87. Calmon de Passos, todavia, entende (e com razão!) que mesmo antes da adoção da súmula vinculante pelo direito positivo a jurisprudência dos tribunais superiores *já vincula*. Diz ele, em magnífico texto: "Coisa bem diversa ocorre, a meu ver, quando se trata de decisão tomada pelo tribunal superior em sua plenitude e com vistas à fixação de um entendimento que balize seus próprios julgamentos. O tribunal se impõe diretrizes para seus julgamentos e necessariamente as coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, *sob pena de retirar-se dos tribunais superiores justamente a função que os justifica*. Pouco importa o nome de que elas se revistam - súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência predominante ou o que for, obrigam. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com elas, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõem à lei, nem restringem o poder de interpretar o direito e valorar os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firmam um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa. (...) Talvez só porque, infelizmente, no Brasil pós-1988 se adquiriu a urticária do 'autonomismo', e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tornado tema passional o problema da súmula

vinculante. E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para juízes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, um deles jovem, inteligente, vibrante me interpelou: Professor Calmon, e onde fica a minha liberdade de consciência e o meu sentido de justiça? Respondi-lhe, na oportunidade, o que aqui consigno. Esta mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juízes poderiam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança aos jurisdicionados?" (Súmula vinculante, *Revista do Tribunal Regional da 1.ª Região* 9-1/163-176, jan.-mar. 1997; destaques nossos).

88. Sidnei Agostinho Beneti, Doutrina de precedentes e Organização Judiciária. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 473-487, especialmente p. 482. Neste artigo, depois de lúcidas observações sobre a realidade brasileira, faz interessantes sugestões para resolver alguns problemas, como, por exemplo, a criação de uma espécie de *fast track* de relevância. Recentemente foi republicado, o artigo Assunção de competência e *fast-track* recursal. *RePro* 171. São Paulo: Ed. RT, maio 2009, o qual contou com a colaboração da Dra. Daniela Peretti D'Ávila para as pesquisas e remodelagem do trabalho.

89. Nesse sentido, Arruda Alvim: "Entretanto, na medida em que se entenda a lei diversamente, a própria inteligência do texto compromete a certeza do Direito. Daí a necessidade de sistemas corretivos. A diversidade de interpretações implica que um dos valores funcionais do Direito, a *certeza*, seja abalado. E, quanto mais variadas forem as correntes de pensamento a respeito de uma mesma lei, tanto mais seriamente ficará despida de certeza aquela lei, e, conseqüentemente, nessa escala essa circunstância contribui para que o direito não tenha o grau de *certeza* desejável, pois que, como se sabe, a linguagem do direito é a lei. Assim, é igualmente de todos os tempos a preocupação dos sistemas jurídicos em encontrar técnicas conducentes a se conseguir, o quanto isto seja possível, um só entendimento a respeito de um mesmo texto de lei. *Pode-se dizer que a lei é vocacionada a ter um só entendimento, dentro de uma mesma situação histórica. A diversidade de entendimentos, na mesma conjuntura histórica, compromete o valor da certeza (do Direito)*. Aliás, tais técnicas correspondem ao mais comezinho princípio de filosofia, ou mesmo de bom senso: uma coisa não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo e sob as mesmas condições. Quer dizer: a lei não poderá ter sentidos diversos, num mesmo momento histórico. Ademais, o problema ora considerado tem como pressuposto fundamental a *diversidade*, num mesmo instante, a qual diversidade reclama a volta à uniformidade" (O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 33).

90. Carreira Alvim comenta o sentido da expressão repercussão geral, observando com razão que o termo *geral* não significa necessariamente que a importância da questão seja de âmbito nacional. Os critérios são inúmeros e a expressão *geral* nada tem que ver com o aspecto territorial da importância. A relevância pode dar-se em nível regional, e até mesmo local. Trata-se de conceito que coincide com o de transcendência ou relevância [Alguns aspectos dos recursos extraordinário e especial na reforma do Poder Judiciário (EC 45/2004). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a EC 45/2004*, cit., p. 323-326, especialmente p. 325].

91. Fabiano Deffenti escreveu no jornal *Valor* de 20-21.04.2009, E2, na seção Legislação & Tributos, interessante artigo sob o título: *A common law e o engessamento normativo*. Sustentando idéias harmônicas como as que estamos sustentando neste artigo, diz o autor que: "um juiz inglês ficaria pasmo ao saber que uma câmara julga de maneira diversa de outra câmara do mesmo tribunal (...) comentaristas brasileiros frequentemente confundem a busca da previsibilidade do *common law* - e sua absoluta aversão à procrastinação interminável de casos semelhantes - com rigidez normativa. Ainda, arguem que esse transplante normativo conflita com a nossa tradição jurídica. De fato, para o *common lawyer* é difícil compreender porque casos praticamente idênticos demoram anos e anos para serem resolvidos, quando um tribunal superior já proferiu seu entendimento sobre a matéria. Também de difícil compreensão para o *common lawyer* é a obrigação das partes em aceitar uma decisão que, por falta de sorte, caiu em uma turma recursal cujo entendimento é diverso da maioria dos membros do tribunal e que, se o recurso da decisão for aceito - o que cada dia se torna mais difícil -, anos se passarão para que a decisão seja revertida em nível recursal. Por fim, o *common lawyer* fica chocado com que as partes, bem como os contribuintes, acabem por ter que sustentar

um aparato enorme para resolver questões jurídicas que não deveriam nem mesmo ser litigadas se simplesmente a doutrina do precedente fizesse parte do sistema brasileiro. Se o sistema é falho, não será a hora de se considerar a adoção da *stare decisis* como parte da solução?"

92. STF, RE 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 24.10.2003.

93. A. L. Goodhart, op. cit., p. 58.

94. Idem, p. 53. Mantivemos a citação no idioma original, o inglês, por ser a expressão usada impactante: numa selvageria (= num caos) de decisões individuais desconexas.

95. Zenon Bankowski; Neil MacCormick; Lech Morawski; Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for Precedents, *Interpreting precedents*, cit., p. 486.

96. Michele Taruffo, Institutional factors influencing precedents, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Sudbury, MA: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 440.

97. El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* 10/158-215, ano 6. Buenos Aires: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2007.