SÚMULA VINCULANTE VERSUS PRECEDENTES: NOTAS PARA EVITAR ALGUNS ENGANOS

Revista de Processo | vol. 165/2008 | p. 218 - 230 | Nov / 2008
DTR\2008\681

Georges Abboud
Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos na PUC-SP. Bolsista da CAPES.

Área do Direito: Processual
Resumo: Neste artigo, examinaremos a distinção que existe entre a súmula vinculante e os precedentes do stare decisis. Basicamente, quatro diferenças serão demonstradas. São elas: modo de aplicação, dimensão, teleologia e âmbito de vinculação. Procuramos diferenciar os dois institutos para, a partir daí, projetar contribuições para a solução de alguns equívocos e mal-entendidos, a fim de explicitar que a súmula vinculante é instituto análogo aos assentos portugueses possuindo, inclusive, a mesma natureza legislativa.

Palavras-chave: Súmula vinculante - Precedentes, Stare decisis - Assentos
Abstract: In this article we will examine the distinction that exists between the precedents and the súmula vinculante. Basically, four differences will be demonstrated, they are: method of aplication, dimension, teleology, and ambit of bindingness. We seek to differentiate the two institutes, to, in so doing, foresee contributions to solve some mistakes and misunderstandings, with the aim to explicit that the brazilian súmula vinculante is a analogous institute to the portuguese assentos, and has the same legislative nature.

Keywords: Súmula vinculante (abridgment of law) - Precedents, Stare decisis - Assentos
Sumário:

- 1. Modo de aplicação - 2. Alcance - 3. Teleologia - 4. Âmbito de vinculação - 5. A súmula vinculante e sua similaridade com os assentos portugueses: ambos prescrições de natureza legislativa - 6. Conclusões - 7. Bibliografia

Introdução

A súmula vinculante está positivada no art. 103-A da CF/1988 (LGL\1988\3), que poderá ser proferida de ofício ou por provocação do STF que passará a ter efeito vinculante após sua publicação. A súmula vinculante passa a valer a partir de sua publicação, ou seja, sua constituição tem por objeto o futuro e não a consagração da jurisprudência. A primeira distinção é a forma como os dois institutos ingressaram em cada sistema jurídico, de acordo com Lenio Streck, nos Estados Unidos, a força do precedente "reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício. Causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, da obrigatoriedade da obediência ao 'precedente sumular' por intermédio de emenda constitucional em um sistema jurídico filiado à família romano-germânica". [1] De acordo com Harold Berman, a regra do stare decisis [2] da common law, é fruto de evolução histórica, tal como outros institutos desse sistema jurídico são oriundos de um modelo de procedimento informal, não escrito e livre. Esses institutos e modelos de procedimento existem na mente dos cidadãos e na consciência da comunidade. [3]

A súmula vinculante ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal. De acordo com Castanheira Neves, "o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu - trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional - que se toma (ou se impõe - como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação

concretamente analógica". [4] A súmula vinculante por sua vez, da mesma forma que o assento português, [5] se desvincula do(s) caso(s) que a originaram, ela se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação na imprensa oficial. Para reforçar ainda mais essa diferença na formação entre a súmula vinculante e o precedente, recorreremos ao ensinamento de Dworkin que é enfático ao asseverar que "a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação". [6]

Assim, o precedente se constitui como critério normativo a ser seguido em novos casos nos quais exista idêntica questão de direito, até porque se ocorrer a identidade material (fática) e a jurídica não se tratará de resolução por precedente e sim de coisa julgada. [7] O que não se pode perder de vista é a qualidade que os precedentes possuem no stare decisis, "são por um lado, invocados como starting points do legal reasoning, isto é, como topoi no sentido da casuística retórica, e impõem-se, por outro lado, como concepções de tipo heurístico (não conceitualmente vinculantes) da ratio iuris - são, pois, fundamentos normativos para um pensamento problemático e de intenção teológico concreta". [8]

1. Modo de aplicação

Neste momento, já se pode inferir a diferença do precedente para a súmula vinculante no que diz respeito ao modo de sua aplicação, o precedente constitui-se num critério jurídico que serve como problematização e fundamentação para casos análogos, cuja solução necessita de "uma ponderação material de referência concreta ou casuística, cuja solução não está logicamente pré-determinada, mas vai se constituindo através daquela ponderação". [9] Já para a súmula vinculante, tal qual era para os assentos, o teor do verbete sumular tem status de entidade geral e abstrata que estabelece uma disposição de natureza legislativa para os casos concretos que ela abrange lhe vão referidos como casos da sua aplicação, casos a serem solucionados por um critério de subordinação lógico-subsuntivo, [10] tal qual a legislação deveria ser aplicada para a metodologia tradicional.

A súmula vinculante prescreve um enunciado literal tal como a lei, que estabelece uma solução para casos fixos e determinados, enquanto que os precedentes possuem uma maleabilidade normativa característica da ponderação de cada caso concreto. Destarte, o deslinde de um caso no regime de precedentes é muito diferente da solução de um caso por meio da súmula vinculante, este ocorre da mesma forma que ocorreria perante a lei, sobre esse ponto merece destaque a seguinte passagem de Dworkin que dispõe: "os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites lingüísticos de uma determinada formulação". [11]

2. Alcance

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

No sistema do stare decisis, muitas vezes não é pacífico o entendimento sobre qual seria

o precedente, a regra jurídica, a ser aplicada aos casos análogos. Tentou-se atribuir redação legislativa aos precedentes - algo que não foi possível pela própria finalidade do instituto, uma vez que nesse sistema não se leva em conta apenas os dispositivos da decisão, mas também toda a global fundamentação que a acompanha. [12] Sobre essa questão faz-se necessário citarmos novamente Dworkin:

Como vimos há pouco, a interpretação das leis depende da disponibilidade de uma forma verbal canônica, por mais vaga ou imprecisa que seja, que possa colocar limites às decisões políticas que, como se atribui, tenham sido tomadas pela lei. Hércules descobrirá que muitas das opiniões que os litigantes citam como precedentes não contêm quaisquer proposições especiais que possam ser consideradas como uma forma canônica da regra estabelecida pelo caso. É verdade que, em fins do século XIX e primórdios do século XX, fazia parte do estilo judicial inglês e norte-americano tentar compor esses enunciados canônicos de modo que, dali para a frente, fosse possível referir-se, por exemplo, à regra do caso Rylands vs. Fletcher. Mesmo nesse período, porém, os juristas e os livros de direito divergiam sobre que parte de decisões famosas deveriam ser consideradas como possuidoras dessa característica. Hoje, em todo caso, mesmo as opiniões importantes raramente tentam chegar a essa modalidade de redação legislativa. Citam razões, em forma de precedentes e princípios que justificam uma decisão, mas é a decisão, e não alguma nova regra jurídica enunciada que esses precedentes devem justificar. [13]

Ou seja, no sistema brasileiro a súmula vinculante sempre estará representada por um enunciado canônico (prescrição literal) ainda que vago e impreciso, [14] enquanto que no sistema do stare decisis não por raras vezes haverá controvérsias acerca de quais partes da decisão são consideradas precedentes e assim possuem sua vinculação normativa, afinal conforme ressalta Toni M. Fine, "inicialmente se concede respeito ao precedente somente se ele for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes". [15]

Conforme a passagem supramencionada de Dworkin, em fins do século XIX e início do século XX tentou-se uma espécie de canonização dos precedentes, ou seja, a edição de verbetes sumulares que conteriam o enunciado que representaria o precedente, contudo, isso não foi possível, posto que, essa prática contrariava a natureza da utilização do precedente, neste modelo não é apenas uma prescrição literal pronunciada pela Suprema Corte que importa e sim toda a fundamentação que envolve a decisão, assim é sempre conflituoso e passível de intensos debates o que constitui o precedente. Uma vez que, apenas será considerado precedente o que for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório, o que não foi objeto de consideração exaustiva pelo Tribunal por meio de um intenso contraditório, não é considerado precedente e sim dicta.[16]

O stare decisis pela importância que concede ao precedente, garante que a aplicação do mesmo só pode ocorrer se o precedente foi fruto de um intenso contraditório e se estiver fundamentado, [17] do contrário será dicta que, "não são considerados como parte do dispositivo da decisão, porquanto tais questões podem não ter sido submetidas (devolvidas), de forma integral, à consideração do tribunal. Portanto, as partes da decisão judicial que são mero dicta ordinariamente não possuem valor ou efeito de precedente". [18] Daí que não se pode perder de vista que o stare decisis é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo que por séculos se estruturou naquelas comunidades, de acordo com Harold Berman, a regra acima mencionada (likes cases should be decided alike) já era usada pelas royal courts da França e da Inglaterra o que não se confundia com o stare decisis. Nas suas exatas palavras: "this was not a doctrine of precedent in the technical sense; that came much later, with the systematic reporting of cases and the development of the distinction between the 'holding' of a case, which was binding in future similar cases, and 'dictum' (or 'obter dictum'), which consisted of reasons given by the court that were not necessary to the decision and therefore not binding in future similar cases". [19]

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

Neste item ainda é importante destacar que a súmula vinculante ao ser exclusividade do STF tem por intuito evidenciar a interpretação constitucional que o STF entenda adequada para determinado dispositivo legal, ou seja, a interpretação constitucional é objeto das súmulas, enquanto que no regime do stare decisis a partir da dissidência no caso Burnet v. Coronado Oil & Cas Co., ressaltou-se que o sistema do stare decisis deveria ser aplicado com menor força nas causas de direito constitucional que as de direito comum. Isto porque não existiria instituição capaz de corrigir os possíveis erros da Corte Suprema. A própria Corte Suprema afirmou que apesar do stare decisis ser a pedra angular do sistema legal, ele tem menor poder nos casos constitucionais. Há quem (Attorney General [Procurador Geral] Charles Cooper) defenda inclusive sua abolição. [20]

3. Teleologia

Outro ponto que merece destaque é no que diz respeito à teleologiados precedentes no sistema do stare decisis em razão de sua gênese. Primeiramente, cumpre salientar que a doutrina dos precedentes surgiu antes de tudo como uma arma para defender a independência judicial e limitar os poderes do rei, e num segundo momento sua ratio essendi passou a ser a de assegurar a previsibilidade das decisões judiciais. [21] Essa constatação é demasiado importante para compreender a importância que os precedentes possuem no stare decisis, uma vez que concede aos juízes maior controle sobre a interpretação e aplicação da lei e ainda concede um poder enorme ao Judiciário de influência sobre o futuro no que se refere a casos ainda não decididos. [22] O stare decisis é construção histórica da tradição jurídica dos países da common law, arraigada na consciência dessas comunidades, seu surgimento não ocorreu mediante uma alteração legislativa ou por emenda à Constituição, sua importância é ressaltada por Tribe porque a fidelidade ao precedente é parte de uma concepção do Judiciário como uma fonte impessoal e racional de julgamentos. Na verdade, porque a Corte Suprema é principal instituição contra-majoritária encarregada de proteger os direitos individuais de excessos da democracia. [23]

De maneira contrária, os assentos portugueses e as instruções normativas dos Tribunais Socialistas da extinta União Soviética são os instrumentos mais próximos (mormente os assentos) às atuais súmulas vinculantes brasileiras, contudo, esses institutos ao contrário dos precedentes não surgiram primeiramente para diminuir o poder do rei e posteriormente, proporcionar segurança jurídica, pelo contrário, suas formulações são características de Estados autoritários [24] nos quais os três poderes não possuem autonomia nem distinção de funções, cuja principal meta não é simplesmente assegurar a segurança jurídica e proporcionar tratamento isonômico aos jurisdicionados mas sim de garantir uma forte instrumento a serviço do poder executivo que já controla em grande parte o legislativo por medidas provisórias, controlar o Poder Judiciário. [25]

Essa confrontação da gênese desses institutos permite compreender ao menos uma das razões que diferenciam a teleologia dos precedentes e de instrumentos como a súmula vinculante, afinal os primeiros renovam o sistema enquanto as últimas o engessam, isto porque os precedentes surgiram para fortalecer o Judiciário diante do rei, enquanto que a súmula vinculante serve para romper com a autonomia do Judiciário na medida em que compromete a independência decisória dos juízes. Nas palavras de Castanheira Neves, "a vinculação por precedentes na common law, longe de ser uma vinculação de fixidez e definitiva, traduz antes o sábio dúctil equilíbrio, praticamente conseguido, entre estabilidade e a continuidade jurídicas, por um lado, e a abertura e a liberdade jurisdicionais, por outro lado, através da vinculação com as possibilidades do

dinsinguishing e do overrruling". [26] Laurence TRIBE, constitucionalista norte-americano, é enfático ao dispor que o stare decisis é apesar de tudo um comando flexível. [27] No mesmo sentido se manifesta Eduardo Sodero ao dissertar que todo precedente se constrói com uma pretensão de correção, nunca podendo ter uma exatidão absoluta no sentido de que seja tanto definitiva como válida para todos os tempos. Nunca é definitiva porque a incontável variedade e a contínua mudança das relações da vida põem constantemente quem aplica as normas diante de novas questões. [28]

4. Âmbito de vinculação

Destarte, no que diz respeito à teleologia, fica evidente que na evolução histórica, os precedentes surgiram para garantir maior poder ao Judiciário frente ao rei na interpretação das leis, desse modo, o precedente ao contrário de apenas garantir segurança jurídica, até porque ele é ponto de partida para as discussões dos novos casos, ou seja, ele os problematiza e não os soluciona de maneira lógico-subsuntiva como pretende a legislação e a súmula vinculante. O precedente dinamiza o sistema jurídico não o engessa isto porque a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram, assim sempre que ele for a base de uma nova decisão seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial, tanto é que Keith Eddey assevera que:

the main advantages of the doctrine are that it leads to consistency in the application and development of the principles in each branch of the law, and by virtue of this characteristic it enables lawyers to forecast with reasonable certainty what the attitude of the courts is likely to be to a given set of facts. The system is flexible in that it can find an answer to any legal problem, and it is essentially practical in that the courts are perpetually dealing with actual circumstances. [29]

Tanto é que de acordo com Eduardo Sodero, todo juiz chamado a decidir um caso cuja matéria tenha sido decidida em sentenças anteriores pode e deve submeter os precedentes a teste de fundamentação racional e decidir independentemente, segundo sua convicção formada em sua consciência, para tanto, o juiz não deve aceitar cegamente o precedente. [30]

Dessa forma, fica evidente que a regra de vinculação por precedentes do stare decisis não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pela EC 45, que permite a cassação de toda a decisão judicial por meio de reclamação ao STF, conforme teor do parágrafo terceiro do art. 103-A da CF/1988 (LGL\1988\3), a vinculação proposta é tamanha que da maneira como foi aprovada não permite nenhuma ponderação racional ou ajuste jurisprudencial pelos juízes, a ponto de sem nenhum exagero podermos afirmar que a súmula vinculante no Brasil tem a pretensão de apreender a razão.

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

De acordo com José de Oliveira Ascensão: "ao assento se referia o próprio capítulo das fontes do direito do Código Civil (LGL\2002\400) português, embora evitando um compromisso quanto à natureza deste. Dizia-se que, nos casos declarados na lei, podiam os tribunais fixar, por meio de assento, doutrina com força obrigatória geral (art. 2.º do CC português). Vê-se em todo o caso que a fonte do direito resultaria de uma fixação feita pelo tribunal". [31] Atualmente, os assentos foram revogados em Portugal, "após a revogação do art. 2.º do CC português, o Ac. 743/96 de 28 de maio, do Tribunal Constitucional, declarou com força obrigatória geral a inconstitucionalidade daquele preceito, por violação do art. 115/2 da Constituição portuguesa. Com a reforma do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1995, os assentos foram substituídos pelo 'julgamento ampliado de revista' (arts. 732-A e 732 do CPC (LGL\1973\5) português -, no plano civil". [32]

A súmula vinculante é um instituto semelhante ao assento português definido acima, [33] uma vez que, a súmula ao prescrever uma solução jurídica de maneira geral para casos

futuros, possui uma vinculação que não é a histórico-concreta própria do caso julgado, que seria a coisa julgada erga omnes, prevista no art. 103 do CDC (LGL\1990\40), nem a vinculação analógica e difuso do regime dos precedentes, contudo sua vinculação é genérico abstrata própria de um pensamento jurídico lógico e normativista. [34]

A súmula vinculante da mesma forma que o assento português se desvincula dos julgados que o formaram, passa a ter autonomia, vale seu enunciado por si só, passa a ter vigência sem ligação concreta com os casos que a originaram, se impõe como um texto normativo com autonomia formal para seu conteúdo abstrato, a ser aplicado a casos futuros, não sendo passível de mutações históricas porque vale o que está prescrito na súmula, assim, sua autonomia objetivamente abstrata "permite-lhes uma subsistência intencionalmente também abstrata prevalece-se dessa sua natureza lógico-significativamente atemporal e adquire duração indefinida". [35]

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

"Uma prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório) que se constitui no modo de uma norma geral e abstrata, proposta à pré-determinação normativa de uma aplicação futura, susceptível de garantia a segurança e a igualdade jurídicas, e que não só impõe com a força ou eficácia de uma vinculação normativa universal como se reconhece legalmente como caráter de fonte do direito, que tipo de entidade dogmático-jurídica manifesta?" [36]

Não há como negar que todas as características acima elencadas para os assentos têm total relação com o nosso regime de súmulas vinculantes, assim, fazemos eco com a resposta de Castanheira Neves para a pergunta acima, cremos "não haver dúvidas: no conjunto destas determinações não pode deixar de ver-se a natureza de uma disposição legislativa". [37]

Outro argumento irretorquível acerca da natureza legislativa da súmula vinculante é o fato de que este instituto ao contrário das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade que não podem ser impugnadas, alteradas ou revogadas em razão da estabilidade da coisa julgada, a súmula vinculante em decorrência de sua natureza legislativa pode ser revogada ou revisada. A característica essencial da legislação é que o legislador pode revogar ou substituir por outra em sentido até contrário (lex posterior derogat...), efetivamente a revogabilidade das leis é um princípio inerente ao conceito de legislação, essa revogabilidade não existe no âmbito da jurisdição em razão da coisa julgada. [38] Esse argumento reforça o caráter legislativo da súmula vinculante que pode ser revogada ou revisada a qualquer momento por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103-A, § 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)) e de ofício pelo próprio STF (art. 5.º da Lei 11.417/2006). Não se admitir a natureza legislativa da súmula vinculante implica em caracterizá-la como ato jurisdicional com a característica da imutabilidade do caso julgado, contudo a súmula vinculante em nosso ordenamento tem vigência até que sua revisão ou cancelamento (art. 103-A, § 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)) seja proposta por um dos legitimados do art. 3.º da Lei 11.417/2006, a revogabilidade que é característica essencial da legislação está presente também no procedimento de revisão da súmula vinculante, reforçando, desse modo, a natureza legislativa desse instituto.

6. Conclusões

1. A súmula vinculante ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal. No que diz respeito ao modo de sua aplicação, o precedente constitui-se num critério jurídico que serve como problematização e fundamentação para casos análogos, já o teor do verbete sumular tem status de entidade geral e abstrata que

dispõe uma disposição de natureza legislativa que para os casos concretos que ela abrange, lhe vão referidos como casos da sua aplicação.

2. A súmula vinculante encerra-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo que passa a ter validade após sua publicação. Em contrapartida, os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formativo legislativo, o precedente deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte, a delimitação de seu alcance é extremamente conflituosa.

3. A regra de vinculação por precedentes do stare decisis não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pelo EC 45, que permite a cassação de toda a decisão judicial por meio de reclamação ao STF, conforme teor do parágrafo terceiro do art. 103-A da CF/1988 (LGL\1988\3), a vinculação proposta é tamanha que da maneira como foi aprovada não permite nenhuma ponderação racional ou ajuste jurisprudencial pelos juízes.

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

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

7. Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito introdução e teoria geral.2. ED. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2001.

BERMAN, Harold J. Law and Revolutio. The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Massachusetts and London. England: Harvard University Press, 1983.

BONAVIDES, Paulo. DO PAÍS CONSTITUCIONAL AO PAÍS NEOCOLONIAL: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CASTANHEIRA NEVES. O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais. Separata da Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra, 1983.

_____. O problema da constitucionalidade dos assentos: comentário ao Acórdão 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério.São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDDEY, Keith. The English Legal System. 3. ed. Londres: Sweet & maxwell, 1982.

FINE, Toni M. O uso do precedente o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. RT 782, dez. 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. Questões controvertidas sobre a súmula vinculante, In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. A súmula vinculante como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência. RT773, MAR. 2000.

SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. ISONOMIA, N. 21, OCT. 2004.

STRECK, Lenio Luis. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Orgs.). Constituição e democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. Nova Lei da Súmula Vinculante. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TRIBE, Laurence H. American constitutional law. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante. Revista do Advogado 75, abr. 2004.

---

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

2. De acordo com Toni M. Fine: "a doutrina do stare decisis é firmemente estabelecida no sistema legal norte-americano. Tal doutrina, também conhecida como aplicação do precedente, estipula que, uma vez que um Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subseqüentes que apresentam fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior. Segundo essa doutrina, uma regra de direito, uma vez proferida por um Tribunal, normalmente deve ser seguida até que tal regra tenha que, ou deva ser, modificada. A regra do stare decisis é, pois, a política das Cortes de manter o precedente e não interferir, nos casos que se sucedem, em questões já decididas em casos anteriores. Enquanto facilmente definida em abstrato, a doutrina do stare decisis não se afigura um princípio simples, de fácil definição. Ao contrário, é ela um fenômeno complexo, cuja aplicação reflete prudência e exercício de discrição judicial. O uso do precedente o o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. RT 782/90 (DTR\2000\674)-91, dez. 2000. Keith Eddey define o stare decisis (to stand upon decisions) da seguinte forma: "This doctrine, in its simplest form, means that when a judge comes to try a case, he must always look back to see how previous judges have dealt with previous cases (precedents) which have involved similar facts in that branch of the law. In looking back in this way the judge will expect to discover those principles of law which are relevant to the case which he has to decide.

The decision which he makes will thus seek to be consistent with the existing principles in that branch of the law, and may, in its turn, develop those principles a stage further". The English Legal System. 3.ed. Londres: Sweet & maxwell, 1982, p. 125.

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

4. Castanheira Neves. O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais. Separata da Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra, 1983, p. 12.

5. Cf. Castanheira Neves, O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais, p. 228.

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

7. Cf. Castanheira Neves, O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais, p. 60.

8. Castanheira Neves, O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais, p. 62.

9. Idem, p. 74.

10. Conferir nesse ponto a exaustiva comparação dos assentos com os precedentes feita por Castanheira Neves, O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais, p. 71-80.

11. Ronald Dworkin, Levando os direitos a sério, p. 174.

12. Cf. Castanheira Neves, O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais, p. 78.

13. Ronald Dworkin, Levando os direitos a sério, p. 172-173.

14. Ver por exemplo a Súmula Vinculante 1 Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001.

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

16. Sobre a questão Keith Eddey pondera: "The system of judicial precedent causes judgements to be carefully scrutinised, and one result of this is that it has been discovered long since that every judgement falls into two parts. There is first the vital reasoning which leads the judge to decide the particular issue in favour of the plaintiff or the defendant, the reason for the decision or ratio decidendi as it is kown; and then the remainder of the judgment, which deals by way of explanation with cases cited and legal principles argued before the court, is called obter dicta or things said by the way. The whole of a dissenting judgement is obter dicta. It is the ratio of a decision, which constitutes the binding precedent; or rationes if there is more than one reason. So that when in case a judge is referred to a precedent, the first task of the court is to decide what was the ratio of that case, and to what extent it is relevant to the dictum is not binding, it can, if it comes from a highly respected judge, be very helpful in establishing the legal principles in the case under consideration. So important is it that a judgement should be accurately recorded that, before publication in the 'official' law reports, judges

are asked to check for accuracy the court reporterŽs version of the judgment". The English Legal System, p. 129.

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

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

19. Harold J. Berman, Law and Revolution, p. 479.

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

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

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

23. Laurence H. Tribe, American constitutional law, p. 244.

24. Tanto é que o jurista João Carlos Pestana de Aguiar indica a origem autoritária da súmula vinculante: "alterando o art.119, I, L da CF de 1967/1969, dispôs a Emenda acima competir ao STF processar e julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Eis aí, em nosso direito positivo constitucional, o embrião da atualmente cogitada súmula vinculativa ou vinculante, esta com pretenso alcance amplo para matéria constitucional e infraconstitucional, aquele, pela nada recomendável espuriedade de sua origem. Se a liberdade de julgar fora, naqueles tempos de repressão ao comunismo, considerada como um excesso comprometedor da ordem constituída então vigente, servia aquela 'interpretação', forcejada e aliada à súmula obrigatória, como meio da coibição de qualquer suposto extremismo. Hoje isso seria um sombrio passado, não estivesse surgindo, no seio da reforma constitucional, a pretensa regulamentação dessa mesma idéia de, agora sob o pretexto ser um mecanismo para reduzir a multiplicação de processos, se manifestar, engessar, robotizar ou desprezar toda a magistratura nacional, exceto aquela elitizada que editará as súmulas, assim também se mumificando, involuindo ou estereotipando a jurisprudência nacional". O receio do jurista se concretizou com a EC 45, esse é um dos motivos que reforçam a necessidade de se admitir o controle difuso de constitucionalidade do teor da súmula vinculante. João Carlos Pestana de Aguiar. A súmula vinculante como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência. RT 773/38 (DTR\2000\160)-39, mar. 2000.

25. Sobre o controle do Legislativo pelo Executivo por meio de medidas provisórias e a crise constitucional que isso acarreta ver Paulo Bonavides. Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 103-107. Sobre os instrumentos autoritários do regime socialista conferir Castanheira Neves, O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais, p. 668. Esse risco do Supremo declarar medidas com caráter vinculante em prol do Poder Executivo em detrimento das garantias do jurisdicionado tem como exemplo emblemático a Ação Declaratória de Constitucionalidade número 4, proposta pelo Presidente da República cujo objeto foi o art. 1.º da Lei 9.494/1997, nessa ação, "o plenário do Supremo Tribunal deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia ex nunc e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei 9.494/1998, sustando,

ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias já proferidas contra a Fazenda Pública (...) Discutível ou não a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conceder medidas cautelares em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o que se tem, como conseqüência, no mundo da vida, é que, a partir de então, tornou-se impossível por exemplo, via tutela antecipada, buscar o fornecimento de remédios e tratamentos de saúde de qualquer tipo (...) Observe-se que a Lei 9.494 originou-se de medida provisória, transformada em lei, os juízes - no controle difuso de constitucionalidade - deixavam de aplicar o art. 1.º em face de sua flagrante inconstitucionalidade.". Lenio Luis Streck. Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 142-143.

26. Castanheira Neves, O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais, p. 669.

27. Laurence H. Tribe, American constitutional law, p. 243.

28. Eduardo Sodero, Sobre el cambio de los precedentes, p. 227.

29. Keith Eddey, The English Legal System, p. 129.

30. Eduardo Sodero, Sobre el cambio de los precedentes, p. 227-228.

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

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

33. Essa comparação é feita por Lenio Luis Streck, Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função, p. 267-274.

34. Cf. Castanheira Neves, O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais, p. 91.

35. Castanheira Neves, O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais, p. 228. Em nosso ordenamento a súmula vinculante tem vigência até que sua revisão ou cancelamento (art. 103-A, § 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)) seja proposta por um dos legitimados do art. 3.º da Lei 11.417/2006.

36. Castanheira Neves, O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais, p. 315 (itálicos do original).

37. Castanheira Neves, O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais, p. 315 (grifamos).

38. Rui Medeiros. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 803.