

# **A** contenção judicial pelos precedentes e o novo código de processo civil

*The judicial contention by judicial precedents and the new civil procedure code*

Caio Márcio Gutterres Taranto<sup>1</sup>

## **Resumo**

O presente estudo comenta os modelos de contenção judicial e o novo Código de Processo Civil.

**Palavras-chave:** Precedente judicial; Contenção judicial; *models precedential constraint*; Novo Código de Processo Civil; *Legalist behavior*.

## **Abstract**

Comments the models of precedential constraint and the new Code of Civil Procedure.

**Keywords:** Precedent; Precedential constraint; Models of precedential constraint; New Code of Civil Procedure; Legalist behavior.

## **1. INTRODUÇÃO**

A ordem jurídica processual foi inovada por um novo *Codex*. Assim como ocorre com todos os atos normativos, a Lei 13.105/2015 assume a proposta e o desafio de superar o antigo regime. Dentre as inovações, destacam-se disposições relativas à aplicação de um sistema de precedentes judiciais. Inegavelmente, o legislador projetou seu olhar para a *common law* com o afã de solucionar problemas que desqualificavam o Código superado, a exemplo da morosidade processual e da convivência com decisões judiciais díspares.

A uniformização de jurisprudência, com o Novo Código, deverá tornar o *ius in thesi* estável, íntegro e coerente (artigo 926). Pela estabilidade exigida, os precedentes serão paradigmas para os Juízes e tribunais (artigo 927). Por outro lado, o *Codex* desafia a tradição jurídica pátria ao propor a superação de aplicação de precedentes por dedução. Essa ruptura advém da normatização (e exigência) da construção indutiva que vincula as circunstâncias fáticas (artigo 926, § 2º) e da expressa previsão da *distinguishing* como metodologia decisória (489, §1º, VI).

A convivência do direito legislado com o judicial exige harmonia. Entretanto, é caracterizada pela presença de inúmeros paradoxos. Se por um lado há o fomento à criatividade judicial, por outro os precedentes agem como instrumento de contenção da

---

<sup>1</sup> Doutor pela Universidade Gama Filho. Juiz federal, professor da Universidade Cândido Mendes, do curso de Direito do Centro Universitário Serra dos Órgãos-FESO e da Pós-Graduação em Justiça Federal da UGF-Ajuferjes.

atividade jurisdicional. Esse fenômeno é teorizado, em especial na experiência americana, por quatro modelos principais, quais sejam, o *natural model of precedential constrain*, o *rule model of precedential constraint*, o *result model of precedential constraint* e o *model of principles*.

Passaremos, então, a abordar cada um desses modelos que compõe a contemporânea teoria da contenção judicial, confrontando-os com a proposta de aplicação dos precedentes judiciais pelo Novo Código de Processo Civil. A questão central consiste na abordagem desses modelos atuarem como paradigma para o legislador ou para o pensamento doutrinário.

## 2. A TEORIA DA CONTENÇÃO JUDICIAL. *MODELS OF PRECEDENTIAL CONSTRAINT*

A doutrina de precedentes, por si só e ao mesmo tempo, como adverte Duxbury<sup>2</sup>, atua como força de contenção e de fomento da criatividade judicial. Sustenta<sup>3</sup> que a constrição do precedente, por vezes, reforça a sua própria autoridade ao limitá-lo. Para tanto, argumenta que o jurisdicionado (o autor emprega o cidadão) tende a confiar e a aceitar as diretrizes de um magistrado que não insiste em exercer o poder de forma irrestrita.

Larry Alexander<sup>4</sup> apresenta classificação tripartite de modelos em que os precedentes restringem a atuação criativa dos órgãos jurisdicionais com vinculação hierárquico-recursal. São eles o *natural model of precedential constrain*, o *rule model of precedential constraint* e o *result model of precedential constraint*. Posteriormente, apresenta um quarto modelo, que denomina de *model of principles*.

A questão em exame consiste como que os precedentes constrem as decisões futuras e qual o funcionamento dos instrumentos de constrição. A coerência é um dos referenciais para a construção desses modelos e é expressamente exigida pelo Novo

---

<sup>2</sup> “*The doctrine of precedent entails both constraint and creativity*”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008, p. 27.

<sup>3</sup> “*Submitting to constraint by precedent will sometimes be a case of bolstering one's authority by limiting it, because citizens will more readily trust and accept the directives of a decision-maker who does not insist on exercising unfettered power.*” DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 166.

<sup>4</sup> “*The doctrine of precedent, or stare decisis, requires courts to follow earlier judicial decisions on matters of law. Precedent is one of several doctrines of repose. If the precedent court is only bound to decide its case as the precedent court decided its case when the facts are the same, then the constrained court always will be able to do what it thinks best regardless how the precedent case was decided, for there will always be some factual differences between cases, the view that precedent cases only constrain subsequent courts presented with the same facts is a view that denies any precedential constraint whatsoever.*” ALEXANDER, Larry. Precedent, *Apud* PATTERSON, Dennis (org). **A companion to philosophy of law and legal theory**, 2ª Ed. Blackwell Publishing Ltd, 2010, p. 495.

Código de Processo Civil (artigo 926). Atuam os instrumentos de constrição como fundamento para o afastamento de teses radicais de indeterminabilidade do direito.

De acordo com o *natural model*, Alexander <sup>5</sup>aponta que um precedente é pensado como um natural instrumento no mundo jurídico para figurar na argumentação de uma decisão posterior. Atua na tentativa de atingir a resposta correta. Dessa forma, um caso semelhante é apreciado a partir de casos semelhantes anteriores, produzindo previsibilidade da atividade jurisdicional. Esse modelo independe, na visão do autor, de qualquer doutrina de aplicação de precedentes.

O *rule model of precedential constraints*, segundo Alexander, constitui um modelo normativo. Um precedente, assim, contém não apenas uma decisão, mas também uma declaração de alguma norma especial por meio da qual a decisão foi justificada. Para esse modelo, é a norma que produz a contenção<sup>6</sup>. Assim, um tribunal subsequente contido deve aplicar as normas contidas em precedentes quando dos julgamentos, mantendo-se a estabilização.

Um olhar sumarizado de disposições do novo *Codex*, a exemplo dos artigos 489, VI, e 927, pode nos conduzir ao equívoco da adoção desse modelo pelo legislador. Ele expressamente contempla que uma decisão judicial (interlocutória, sentença ou acórdão) não será considerada fundamentada caso se limite a invocar o precedente (artigo 489, V). Afasta-se, pois, a aplicação meramente dedutiva dos precedentes, constantemente associada a distorções hermenêuticas.

Já o terceiro modelo representa o *result model of precedential constraint*. Para seguir um precedente, de acordo com esse modelo, o tribunal que sofre a restrição deve decidir o caso tendo como referência a prestação jurisdicional atribuída à parte vencedora. O resultado do precedente paradigma, então, independente da norma consagrada, será o que vinculará os tribunais constrangidos.<sup>7</sup> É inerente ao modelo de

---

<sup>5</sup> “According to this model, past decisions naturally generate reasons for deciding present cases the same way” (...) *The natural model is so called because the model does not depend on the existence of any posited doctrines of precedent.*” ALEXANDER, Larry. *Precedent*, Apud PATTERSON, Dennis (org). Op. cit., p. 495.

<sup>6</sup> “According to this model, precedent courts in deciding cases promulgate rules of law (Hardisty, 1979, PP. 53-5). It is these rules that constrain subsequent courts. And it is these rules on which actors may justifiably rely, and which further predictability and stability.” ALEXANDER, Larry. *Precedent*, in PATTERSON, Dennis (org). Op. cit., p. 496.

<sup>7</sup> “A third model of precedential constraint is the result model. According to his model, the result reached in the precedent case, rather than any rule explicitly endorsed by the precedent court, is what binds the constrained court. Unlike the natural model, however, the result model gives the result in the precedential case more constraining scope than it “naturally” carries.” Loc. cit.

resultado o princípio de justiça formal para que se trate o semelhante de forma semelhante.

No modelo de resultados, os precedentes atuam como preposições paradigmas *a fortiori* para casos posteriores igualmente densos, razão pela qual sua noção requer exame da força decisória para uma das partes. Nesse modelo de precedentes, adverte Larry Alexander, ocorre o fenômeno que Dworkin referiu por “força gravitacional do precedente”, em que eles normalmente governam os princípios (com o risco de gerir princípios equivocados).

Dessa forma, o terceiro modelo<sup>8</sup> consagra a avaliação do equilíbrio dos motivos apresentados pelos fatos do caso em exame, o que representa um problema para sua aplicação, adverte Horty<sup>9</sup>. Argumentos relevantes favorecem sempre uma das partes, o que pode ser objeto de maior ou menor teor argumentativo pelo magistrado.

O novo Código aperfeiçoa a resolução de demandas repetitivas como instrumento de gêneses e aplicação de precedentes judiciais. À luz do artigo 976, seu cabimento na qualidade de cabimento decorre da repetição de processos com a mesma controvérsia de direito e risco à isonomia e à segurança jurídica. Uma vez julgado o incidente, o precedente será aplicado como paradigma a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito, inclusive futuros (artigo 927, III, e 985).

A sistematização da resolução das demandas repetitivas, ao determinar a mesma resposta jurisdicional em demandas com a mesma controvérsia de direito, denota a inclinação do *Codex* ao modelo de resultados. Entretanto, disposições outras, inclusive relativas à superação dos precedentes, o afastam do *result model*, que se apresenta como excessivamente estático para a dinâmica e instável experiência brasileira.

Teóricos do direito, em especial Dworkin e seguidores, reconstruíram a premissa de aplicação de princípios derivados de decisões passadas na qualidade de fontes formais do direito. Por força da contenção inerente da aplicação desse modelo

---

<sup>8</sup> “According to Lamond, what is most important about an earlier court’s decision in a precedent case is, not the rule it contains nor even the strength of the precedent case for one side or another, but instead, the earlier court’s assessment of the balance of reasons presented by the facts of that case”. HORTY, Jonh. **Rules and reason in the theory of precedent**. Legal Theory n° 17, 2011, 1-33, Cambridge University Press, p. 3. Disponível em <<http://journals.cambridge.org>>. Acesso em 11 de setembro de 2012.

<sup>9</sup> “Still, there are arguments within moral philosophy suggesting that the polarity of certain factors might vary depending on the context in which they appear—that a particular factor might favor one side when taken together with one group of factors, and a different side when taken together with a different group.” Loc. cit.

principiológico, L. Alexander<sup>10</sup> prega o desenvolvimento de um quarto modelo de construção, que denomina de *model of principles*. Assim como o modelo de resultados, o modelo de princípios visa a encontrar um equilíbrio moral nos julgamentos.

Alexander constrói diferenças entre os modelos de resultado e de princípio. Sustenta que esse possui um espectro mais amplo que o de resultado, responsável por limitar a autoridade dos precedentes aos resultados dos julgamentos aos fatos apreciados. Nesse contexto, o modelo de princípios admite maior abstração e relativização, mesmo porque os princípios fogem do regime de aplicação tudo-ou-nada inerente às regras. Por outro lado, a aplicação de um princípio não necessariamente irá determinar um resultado, sobretudo quando se pondera com outros princípios. O modelo de resultado, na visão do autor, limita a força do precedente às implicações dos casos paradigmas.

Vale ressaltar que os princípios são menos determinados que as *judicial rules*, o que torna a construção de seus sentidos dependente dos valores. Exemplificando esse postulado, Alexander<sup>11</sup> cita as reflexões dworkinianas do princípio que veda o enriquecimento a partir de um erro (ninguém deve lucrar com um erro), pois não fornece orientação determinada dos sentidos de erro e de lucro.

O juiz ideal, de acordo com o pensamento dworkiniano, emprega a razão e o juízo moral para desenvolver os adequados princípios que podem satisfazer uma exigência de ajuste com decisões anteriores e, em seguida, decide o caso. Em outras palavras, o juiz de Dworkin busca coerência com os princípios desenvolvidos pelos precedentes paradigmas. Engaja-se, também, em argumentar moralmente para alcançar o melhor resultado possível e, ao mesmo tempo, coerente.

---

<sup>10</sup> “Another approach that has won support among theorists holds that courts should resolve disputes on the basis of legal “principles” derived from past decisions. A court faced with a particular dispute surveys prior decisions and either discerns or constructs a principle or underlying reason that explains those decisions. The resulting principle provides an authoritative source of law in the case now before the court. If the present case appears to fall within the terms of a previously announced judicial rule, the principle can also serve as a ground for distinguishing and limiting the rule. At the same time, legal principles do not govern outcomes in the all-or-nothing manner of rules. The body of legal material may suggest several valid but conflicting principles relevant to a given dispute, in which case the court must determine the principles’ relative weights as applied to the dispute.” ALEXANDER, Lerry; SHERWIN, Emily. Judges as rulemakers, *Apud* EDLIN, Douglas E.. **Common law theory**. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge University Press, 2007, p. 40

<sup>11</sup> “For example, the principle that no one should profit from a wrong does not provide determinate guidance because it leaves undefined the notions of a wrong and of profit.” ALEXANDER, Lerry; SHERWIN, Emily. Judges as rulemakers, *Apud* EDLIN, Douglas E.. *Op. cit.*, p. 43.

Neil Duxbury<sup>12</sup> questiona a tese dworkiniana ao sustentar a impossibilidade da força gravitacional de um precedente. Entretanto, ressalta o argumento defendido por Dworkin ao enfatizar a noção da referida força e apontar como equivocado tratar o *precedent-following* como equivalente à interpretação da obrigatoriedade das normas jurídicas.

Em continuidade ao exame da força gravitacional, Duxbury equipara-a à incidência da autoridade no sentido de ambas serem variáveis, na medida em que pode haver discordância entre os juízes a respeito da interpretação de um dado precedente a ser aplicado ou sobre qual princípio deve incidir e estabilizar.

Reflexões a respeito do modelo de princípio não devem ser desprezadas à luz do novo Código. Expressamente exige a identificação dos fundamentos determinantes para a aplicação de um precedente judicial e o exame da matéria fática para a gênese do precedente paradigma.

Na leitura de Larry Alexander<sup>13</sup>, esse hiato do modelo de princípios que faz com que o Poder Judiciário não simplesmente deduza os resultados das argumentações das decisões anteriores e, ao mesmo tempo, não decide autonomamente, mas sim determina o melhor resultado compatível a partir de precedentes que consagram princípios, consistiu o que Neil MacCormick, Marshall e Bankowski denominaram de *determinative theory*. Apesar da associação construída por Alexander, identifica-se que o modelo determinativo possui peculiaridades próprias ao conter a produção de normas judiciais a partir da imposição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O modelo determinativo, assim, diferencia-se dos demais, em especial pela proposta de assunção pelos precedentes dos espaços abstrados existentes entre o direito legislado. Esse modelo prega que os precedentes, simultaneamente, declaram e constiuem normas jurídicas. O novo Código de Processo Civil não adentra em questões de teoria do direito a ponto de expressamente adotá-lo.

---

<sup>12</sup> “The objective here, however, is not to develop a critique of Dworkin’s account of precedent but to highlight its value; for by emphasizing the notion of gravitational force he illustrates that it is a mistake to treat precedent-following as equivalent to the interpretation of binding legal rules. Gravitational force is, like authority, variable: not only might judges disagree about the significance of a particular precedent, or about what principle it should be understood to have established, but the might even disagree as to whether it should be acknowledged to have established a principle at all”. DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 61-62

<sup>13</sup> Alexander faz essa construção da seguinte forma: “Bankowski, MacCormick, and Marshall aptly refer to this as a “determinative” theory of precedent: Courts neither deduce results from prior opinions nor decide independently what is best; instead, they determine the best result consistent with prior cases. Bankowski, MacCormick, and Marshall, “Precedent in the United Kingdom” in MacCormick and Summers, *Interpreting Precedents*, 332.” ALEXANDER, Lerry; SHERWIN, Emily. Judges as rulemakers, in EDLIN, Douglas E.. Op. cit., p. 42, nota 47.

### 3. CONTENÇÃO JUDICIAL E A IMPOSIÇÃO DO *LEGALIST BEHAVIOR*

O exame da contenção judicial pelos precedentes exige reflexão quanto à obrigatoriedade de seguimento do complexo das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e do desvalor por desconsiderá-las à luz do novo Código de Processo Civil. *A priori*, destaca-se que ele estende o efeito vinculante vertical para todos os precedentes judiciais (artigo 927). É necessário abordar eventuais sanções e instrumentos processuais aptos a resguardar a autoridade que deles emanam.

Da autoridade dos precedentes decorrem os efeitos vinculantes, impeditivos de recurso e meramente persuasivos. Essa conclusão já foi reconhecida pelo próprio Pretório mesmo à luz do antigo Código. No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 203.498, o relator expôs que “a interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. (...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. (...)”

Por outro lado, os efeitos dos precedentes variam conforme o instrumento processual de aplicação e a técnica decisória utilizada. Essa premissa, igualmente, foi salientada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 921.469, decisão de 15 de maio de 2007, relator Ministro Teori Albino Zavascki. Dispôs que não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal que reconhecem a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo<sup>14</sup>.

Mesmo quando tomadas em controle difuso, na visão do Supremo, suas decisões são de incontestável e natural vocação expansiva, premissa essa positivada no novo Código. Possuem eficácia vinculante para os demais tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, assumem força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> “não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”), e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05)”.

<sup>15</sup> No voto dos Embargos de Declaração no Recursos Extraordinário nº 328.812, o relator, também o Ministro Gilmar Mendes, expôs que a interpretação do texto constitucional pelo Pretório deve ser

Em nosso sistema, o efeito vinculante concretiza autoridade do precedente perante a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário independentemente do teor argumentativo. Ao menos quanto à vinculação, há a possibilidade de utilização da reclamação e de outros instrumentos, como os recursos, para o resguardo da autoridade. Logo o *Codex* contempla o desvalor em não seguir os precedentes do Supremo Tribunal Federal e sistematiza um complexo de remédios para corrigir posturas que desconsideram a última palavra em hermenêutica constitucional, em especial a reclamação (artigo 988).

Richard Posner<sup>16</sup>, ao enumerar as nove teorias de comportamento judicial, empregou grande ênfase à teoria legalista (*legalist theory*). O legalismo é compreendido como uma teoria positiva de comportamento dos juízes que prega que as decisões são determinadas pelo Direito, concebido como um corpo preexistente de regras previstas na Constituição, nas leis e nas decisões judiciais<sup>17</sup>. É salutar a observação de Posner, ao tratar do *legalism behavior*, no sentido de que, quando um juiz segue precedente<sup>18</sup> de um tribunal com competência hierárquica, o magistrado não está fazendo um julgamento político, mas sim respeitando a uma força superior.

A imposição do legalismo pelo novo Código representa a obrigatoriedade de afastamento de outros comportamentos, ou melhor, a contenção das demais cortes, em especial frente a comportamentos pragmatistas. O emprego de precedentes é central no *legalist*, responsável por consagrar uma aparência de rigor intelectual ao processo decisório. Posner, contudo, adverte que esse rigor é meramente aparente<sup>19</sup>.

---

acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão.

<sup>16</sup> POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 19.

<sup>17</sup> *Legalism, considered as a positive theory of judicial behavior (it is more commonly a normative theory), hypothesizes that judicial decisions are determined by “the law”, conceived of as body of preexisting rules found stated in canonical legal materials, such as constitutional and statutory texts and previous decisions of the same or a higher court, or derivable from those materials by logical operations.* POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 41.

<sup>18</sup> Gerhardt também enfatiza a influência dos precedentes no comportamento dos juízes. Expõe que “*those who favor, or combine, these models have long been conducting extensive empirical tests of precedent’s influence on judicial behavior.*” GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 68.

<sup>19</sup> Cumpre ressaltar que, em sentido oposto à experiência americana, o *legalism* aplicado pelo Supremo normalmente é não originalista. A respeito da relação entre legalismo e originalismo, Hernández sustenta que o formalismo adota basicamente posiciones próprias de um positivismo legalista; diversamente, o realismo possui peculiaridade de um positivismo sociológico. HERNÁNDEZ, José López. **El formalismo en la teoría jurídica estadounidense**. Anuario de Filosofía del Derecho, XVIII, 2001, p. 267-299.



#### 4. CONTENÇÃO JUDICIAL, ESTABILIZAÇÃO E VINCULAÇÃO

Na *common law*, a estabilização constitui uma atribuição do juiz. Significa o efeito da determinação do direito e da obrigatoriedade da reprodução em todos os casos entendidos como idênticos perante o *judicial decision-making*. Em outras palavras, representa a dicção, pela atividade jurisdicional, da norma jurídica vigente em contexto de tempo e lugar apta a reger todas as relações jurídicas que se adjudicam ao precedente.

Em tradicional reflexão, Arthur L. Goodhart<sup>20</sup> expõe, após exame de casos e suas respectivas justificações, que mesmo que um precedente seja equivocado, seu princípio se estabiliza de forma válida e obrigatória. Em momento nenhum, estabilização representa engessamento ou a impossibilidade do intérprete em examinar um dado caso. Pelo contrário. Como bem expõe Jan Komárek<sup>21</sup>, permite flexibilidade, sobretudo caso haja comparação com as práticas de interpretação e aplicação do direito legislado.

Na *common law*, portanto, a estabilidade produzida pelos precedentes convive harmonicamente com a *flexibility* na qualidade de criação humana perante o sistema. Como adverte Zander<sup>22</sup>, não há dúvidas que a doutrina de precedentes possui várias lacunas que permitem aos juízes aproveitarem a oportunidade de recusar um dado precedente. A constatação dessas lacunas torna ainda mais complexa e necessária a maturidade de operacionalizar os modelos de contenção judicial pelos precedentes.

Um precedente pode atuar como paradigma em um complexo de julgamentos posteriores e, com a repetição da incidência da *ratio decidendi* ao longo do tempo, pode haver mudança de seu significado. A partir desse fato, na lição de Geldart<sup>23</sup>, todo

---

<sup>20</sup> “Citei um grande número de casos em que as razões dadas para as decisões eram, obviamente, equivocadas ou foram baseadas em um mal-entendido da história do Direito, mas, no entanto, os princípios estabelecidos por estes casos são válidos e vinculantes” (tradição livre do autor). Original em inglês: “I cited a large number of cases in which the reasons given for the decisions were obviously wrong or were based on a misunderstanding of legal history, but nevertheless the principles established by these cases were valid and binding GOODHART, Arthur L. **The ratio decidendi of a case**. *Moder Law Review*, London, V. 22, 1959, p. 118.

<sup>21</sup> “The relevance of the case in which the precedent court adopted is decision establishing the norm 'implicated' in it gives subsequent courts a flexibility which legislative rules do not allow.” (...) It is not suggest that legislated rules are more determinative or that they allow less flexibility. But, contrary to precedent, their interpretation is not inextricably intertwined with a particular case.” KOMÁREK, Jan. **Judicial lawmaking and precedent in Supreme Courts**. LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011. London School of Economics and Political Science. Law, p. 14 e nota n°. 70.

<sup>22</sup> ZANDER, Michael. **The law-making process**. Cambridge University Press, p. 304.

<sup>23</sup> “A distinction is sometimes made between ‘declaratory’ precedents, which merely declare existing law and ‘original’ precedents which lay down new law. In truth the difference is one of degree and not of kind. If we have a case which deals with certain facts by applying an acknowledged rule, we really have an addition to the rule, because we now know that a certain kind of fact falls within it, and in the nature

precedente possui teor de originalidade, razão pela qual critica a classificação de *declaratory precedents* e *original precedents*.

A estabilização, exigência do novo Código (artigo 926), constitui, nesse contexto, uma consequência do *judicial lawmaking* através dos efeitos produzidos pelos precedentes. Entretanto, o que gera a estabilização? Qual seria sua fonte ou seu sentido em nosso sistema? Por outro lado, os precedentes gozam de natural missão modernizadora. Ora, uma decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, *verbi gratia*, pode produzir efeito vinculante, impeditivo de recurso e, inclusive, persuasivo. A indicação de que o efeito do precedente depende do contexto da aplicação, hoje, é afirmada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>24</sup>. Por decorrer de interpretação constitucional, é suprema à Lei 13.105/15.

Com outras palavras, em nosso sistema, a estabilização peculiariza-se pelo efeito da obrigatoriedade ou persuasão para que um precedente seja aplicado como paradigma pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública. Essa peculiaridade decorre de nosso modelo de precedentes associada à imposição do *legalist behavior*.

Estabilização e vinculação não se confundem. O efeito vinculante é uma qualidade da sentença. Leciona Teori Albino Zavascki<sup>25</sup>, que vai além das suas eficácias comuns (*erga omnes*, coisa julgada, efeito preclusivo). Conclui que esse efeito confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, “com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor o seu cumprimento”<sup>26</sup>.

No Direito brasileiro, a vinculação constitui solução para a carência de uniformidade e incerteza das decisões oriundas do controle de constitucionalidade.

---

*of things we can never have two sets of facts which are precisely similar. No precedent is purely 'declaratory' ou 'purely 'original''*. GELDART, William. **Elements of english law**, 5ª ed. Londres: Oxford University Press, 1953, p. 15.

<sup>24</sup> Quando da aprovação do Enunciado da Súmula Vinculante nº 11, por força do *Habeas Corpus* nº 91.952, relator Ministro Marco Aurélio, o Pretório estabeleceu que as súmulas vinculantes “passam a ser dotadas das características das súmulas impeditivas de recursos”.

<sup>25</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

<sup>26</sup> O § 31 (2) da Lei do *Bundesverfassungsgericht* confere força de lei aos pronunciamentos em matéria relativa à jurisdição constitucional. Parte do pensamento doutrinário pátrio defende que as súmulas teriam a natureza jurídica de “quase-lei”, em um esforço em se estabelecer coerência ao nosso sistema em um contexto, ainda, apegado ao paradigma positivista. Por todos, vide: MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 53.

Passamos a adotar o sistema difuso em 1889 despojado da doutrina do *stare decisis*<sup>27</sup>, conjugando-o, posteriormente em 1965, com a fiscalização abstrata.

A concepção de efeito vinculante construída pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, pelas Emendas Constitucionais nº 03/93 e 45/2004 e pelas Leis nº 9.868/99, 9.882/99, 10.259/01, 11.418/06, 11.417/06 e agora de forma mais ampla pelo novo Código de Processo Civil diferencia-se da doutrina do *stare decisis*<sup>28</sup>. Essa doutrina reiteradamente é delimitada como, apenas, uma política e uma prática, e não um estrito instrumento de produção de normas absolutas (*inexorable command*)<sup>29</sup>.

Com propriedade, George Costello<sup>30</sup> expõe que ela significa a regra geral dos Tribunais, ao identificar uma norma em um caso, em aplicá-la em casos futuros com matéria de fato substancialmente similar<sup>31 32</sup>. Sob o aspecto histórico, o *stare decisis* surgiu como consequência da regra *judge made-law*.

---

<sup>27</sup> Michael Stokes Paulsen sustenta que a doutrina do *stare decisis* não possui origem constitucional nos Estados Unidos, por conta de ausência expressa, inclusive no Artigo III. Dispõe que “*the doctrine of stare decisis is not constitutionally required, in any sense, and has never been so understood. Nothing in Article III of the Constitution (or in any other provision of the Constitution) mandates a practice of adherence to precedent; nothing in Article III specifies any rules or set of criteria for when a court should, must, or may follow a prior decision.*” [PAULSEN, Michael Stokes. Does the Supreme Court’s current doctrine of stare decisis require adherence to the Supreme Court’s current doctrine of stare decisis? **North Carolina Law Review** V. 86, 2008, p. 105. Entretanto, não há unanimidade quanto à inserção da doutrina na Constituição Americana. No caso *Helvering v. Hallock*, 309 U.S. 109, 119 (1940), o Justice Frankfurter defendeu que o “*stare decisis* não é uma norma constitucional”. Tradução livre do autor. Original em inglês: “*stare decisis is not a constitutional command*”. Em voto vencido no caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co* (U.S. 285, 393, 407), o Justice Brandeis defendeu que o *stare decisis* tem limitado campo de atuação no Direito Constitucional. Original em inglês: “*Stare decisis has only a limited application in the field of constitutional law.*” HEALY, Thomas. **Stare decisis as a constitutional requirement**. *West Virginia Law Review* V. 104, 2001, p. 91.

<sup>28</sup> *In Helvering v. Hallock*, 309 U.S. 109, 119 (1940), o Justice Frankfurter defendeu que o *stare decisis* é “um princípio de policiamento e não uma fórmula mecânica de seguimento da última decisão.” Tradução do autor. Original em inglês: “*Stare decisis is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision*”.

<sup>29</sup> A Suprema Corte Americana, no caso *Agostini v. Felton* (U.S. 203,235-36 1997) expôs que coletar casos e seguir os precedentes não é um comando inexorável, mas uma política de julgamento. Tradução livre do autor. Original em inglês: “*collecting cases and stating that adherence to precedent is “not an inexorable command” but a “policy judgment*”.

<sup>30</sup> COSTELLO, George. The Supreme Court’s overruling of constitutional precedent: *an Overview*. **CRS Report for Congress**, Novembro 29, 2005. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w12913>. Acesso em 08 de março de 2009, p. 01.

<sup>31</sup> Em brilhante estudo efetuado perante o *Law Institute of the Americas* da *Southern Methodist University School of Law*, Texas, Julio César Cueto Rúa defende que Um princípio cardinal do *common law* se encontra em o que se chama *stare decisis et non quita movere* ou, simplesmente, *stare decisis*. Que o *stare decisis* seja uma norma jurídica geral de origem consuetudinária, ou um princípio axiológico (os valores ordem e segurança pareceriam ser manifestos no caso) ou uma mera técnica judicial é algo muito discutido na teoria jurídica norteamericana. Por certo que todas estas doutrinas tenham sido defendidas com boas razões. [...] Segundo o princípio do *stare decisis*, os juizes devem resolver os casos que se encontram pendentes de sentença atendendo ao fixado por sentenças precedentes ditadas em casos similares por juizes da mesma jurisdição, com hierarquia equivalente ou superior. [...] Em nossa concepção, pois, o *stare decisis* no *common law* norteamericano é uma norma jurídica cujo sentido axiológico se encontra nos valores ordem, segurança, paz e justiça, conforme os quais os juizes de uma jurisdição determinada são obrigados a resolver os casos que se encontram pendentes de julgamento

Por se tratar de uma doutrina oriunda da sedimentação do costume ao longo dos séculos, não possui marco temporal claramente delimitada<sup>33 34</sup>. Salmond<sup>35</sup>, como exponte do pensamento britânico do início do século XX, expõe que um precedente atua com autoridade e não é apenas a evidência ou prova de um direito, mas uma fonte e os tribunais são obrigados a segui-lo por força da estabilização que ele gera. Nenhum operador do direito ou advogado no sistema anglo-americano, na visão de C. K. Allen<sup>36</sup>, defenderia, provavelmente, o abandono do *stare decisis* em favour do *free law-finding*. Uma defesa com esse grau de desafio teria o fim de revolucionar e possivelmente obstaria todo o desenvolvimento da *common law*.

Gerhardt, autor contemporâneo da *common law*<sup>37</sup>, propõe passos mais densos, na medida em que sustenta que a estabilização de um dado precedente em grau elevado

---

mediante a aplicação das normas gerais que podem ser explicitadas por eles nas sentenças prolatadas no passado por juizes da mesma jurisdição, da mesma ou superior hierarquia, em casos que oferecem certa semelhança ou analogia básica, salvo que: a) as sentenças do passado traduzam uma grasseira injustiça ou sejam irracionais; ou b) haja operado uma alteração substancial da situação social de tal natureza que, à sua luz, os precedentes hajam perdido sentido como expressão de justiça, transformando-se em um fator de iniquidade e atentatório ao bem-estar social; ou c) o precedente considerado como aplicável traduza uma clara violação de uma norma do *common law*, definitiva e firmemente estabelecida (*settled rule of law*), é decidir, de uma norma que tenha sido constante e uniformemente aplicada pelos tribunais. RÚA, Julio César Cueto. **El common law**: su estructura normativa, su enseñanza. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 89 e 104-105. Tradução livre do autor.

<sup>32</sup> Em comparação com a experiência inglesa, a incidência da doutrina do *stare decisis* nos Estados Unidos é mais atenuada. Forças atuam para a mitigação, quais sejam, a existência do *judicial review* perante os *statutes* e a assunção de novos valores (*according to law and good conscience*). Decisões da Suprema Corte Americana a partir das três últimas décadas do século passado acolheram postura mais evolutiva do *stare decisis*, como nos casos *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (U.S. 505, 833 (1992)) e *Payne v. Tennessee* (U.S. 501, 808 (1991)). PAULSEN, Michael Stokes. **Does the Supreme Court's current doctrine of stare decisis require adherence to the Supreme Court's current doctrine of stare decisis?** North Carolina Law Review. V. 86, 2008, p. 73-85.

<sup>33</sup> Thomas Healy leciona que, “em um tratado escrito por volta de 1256, um juiz de nome Henry de Bracton empenhou-se em explicar os princípios e procedimentos do Direito Inglês. Para ilustrar suas conclusões, ele inclui discussões a respeito de cinco centenas de casos decididos pela *Court of Common Pleas*, (...). Ele expressou a forte crença nos valores dos precedentes.” Defende que a obra de Bracton fora importante passo para o desenvolvimento do *stare decisis* porque ele familiarizou advogados com o uso de casos para atribuir suporte argumentativo para o Direito. Seu exemplo serviu de inspiração para a criação dos *Year Books*, marcando-se, assim, o início da doutrina de precedentes na Inglaterra. HEALY, Thomas. Op. cit., 2001, p. 56-58.

<sup>34</sup> HEALY, Thomas. Op. cit., p. 62-66.

<sup>35</sup> “A *judicial precedent* speaks in England with authority; it is not merely evidence of the law but a source of it; and the courts are bound to follow the law that is so established.” SALMOND, John W.. **Jurisprudence**, 4<sup>a</sup> ed. London: Stevens and Haynes, 1913, p. 159.

<sup>36</sup> “No English lawyer is likely to advocate the abandonment of the general principle of *stare decisis* in favour of 'free law-finding'; to do so would be to revolutionize, and possibly to arrest, the whole development of our *Common Law*.” ALLEN, C. K.. **Law in the making**. Londres: Oxford University Press, 1958, p. 339

<sup>37</sup> “Throughout this book I have referred to some precedents as being so deeply embedded in our law and culture that they have become practically immune to overturning. I call these precedents *super precedents*(...).” GERHARDT, Michael J. Op. cit., p. 177.

pode construir um *super precedent*. Esse resultado representaria normatização oriunda do Poder Judiciário que não é passível de alterações.

Apesar da similitude, a doutrina do *stare decisis*, em especial por força do *binding power effect*, não deve ser confundida com o efeito vinculante, não só pela origem histórica, mas pela diversa finalidade, mesmo que gerando análogos resultados práticos. Aprofundando-se sobre o tema, Roger Stiefelmann Leal<sup>38</sup> defende que a vinculação foi forjada no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade europeu com a precípua função de impedir a reiteração material do vício de inconstitucionalidade. O *stare decisis* é instrumento de coerência interna do Poder Judiciário, enquanto o efeito vinculante tem natureza impositiva externa, obrigando, inclusive e principalmente, instâncias não jurisdicionais, notadamente o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

O *stare decisis* consubstancia doutrina que sistematiza os precedentes no centro do *common law* através da extração da *ratio decidendi* e das *obiter dicta*<sup>39</sup> para incidência indutiva em casos posteriores. Despoja os precedentes de caráter absoluto e consagra gênero de métodos de decisão voltados para a alteração das orientações jurisprudenciais em um contexto de produção judicial do direito (*judge make-law*)<sup>40</sup>, como o *distinguishing*, o *overruling* e o *reversal*, espécies do gênero *judicial departures*<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 127-128.

<sup>39</sup> A respeito da identificação da doutrina do *stare decisis* através da determinação desses elementos, Neil Duxbury, tecendo críticas à teoria de identificação de *ratio decidendi* de Karl Llewellyn, estabelece que “*that stare decisis will be undermined where the distinction between ratio decidendi and obiter dicta is blurred. A test which makes the distinction credible is valuable, in other words, not primarily for the purpose of information-management but because it will help judges identify what it is within a precedent that actually constrains them. The logical conclusion of this argument is that the concept of the ratio decidendi has to be taken seriously because the ratio decidendi triggers stare decisis: it is the binding part of a previous case.*” DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 91.

<sup>40</sup> Com muita propriedade, o Justice Souter, em voto vencido na *Appeal of Concerned Corporators of Portsmouth Savings Bank* expôs que “*stare decisis is essencial if case-by-case judicial decisionmaking is to be reconciled with the principle of the rule of law, for when governing legal standards are open to revision in every case, deciding cases becomes a mere exercise of judicial will, with arbitrary and unpredictable results*”.

<sup>41</sup> As *judicial departures* na qualidade de afastamentos e alterações de precedentes possui como hipóteses, dentre outros, a *distinguishing*, a *overruled*, a *fact-adjustin* e o *reversal*. ENG, Svein; SUMMERS, Robert, *Departures from precedent*, Apud. MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 521.

Já o efeito vinculante no Direito brasileiro<sup>42</sup> possui caráter rígido para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública, com a possibilidade de utilização da reclamação e de outros instrumentos, como os recursos para a garantia da autoridade. Esse efeito, ao contrário do *stare decisis*, é despojado de *judicial departures*, com exceção, apenas, das revogações de súmula vinculante e de precedente vinculante por lei posterior.

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, perante a anterior ordem processual, acolheu a dogmática não adoção da doutrina do *stare decisis* e a correlação existente entre essa doutrina e o sistema do *common law*, consoante denotam os argumentos do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, apreciando o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 179.560-RJ, *in verbis*:

Súmula - enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária - constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em consequência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado *binding effect*, ao contrário do que se registra, no sistema da *Common Law*, por efeito do princípio do *stare decisis et non quieta movere*, que confere força vinculante ao precedente judicial.

Estamos, então, perante um impasse. Qual dos modelos de contenção judicial melhor se adaptaria ao novo Código de Processo Civil se não acolhemos a doutrina no *stare decisis*?

---

<sup>42</sup> Parte do pensamento doutrinário pátrio mantém a correlação do efeito vinculante na experiência brasileira com a construção doutrinária do *stare decisis* no sistema do *common law*, inclusive em momento posterior à Lei nº 9.868/99. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara sustenta a assertiva de que “o sistema processual brasileiro faz com que se produza coisa julgada *erga omnes* nos processos de controle direto da constitucionalidade das leis e atos normativos. Esse sistema, como se viu, é incompatível com a eficácia vinculante dos precedentes. Por estas razões é que aqui se sustenta não existir, nas decisões proferidas em tais processos, eficácia vinculante. Tais decisões ficam cobertas pela *auctoritas rei judicatae*, que se produz *erga omnes*, e é só.” CÂMARA, Alexandre Freitas. **A coisa julgada no controle direto da constitucionalidade**, *Apud*. SARMENTO, Daniel, organizador. **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002, p. 03-20. Autores outros também fazem a referida associação com fundamento em questões históricas. VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 83.

## 5. CONTENÇÃO E VALIDADE DO PRECEDENTE

Salmond<sup>43</sup> consagra verdadeiro princípio da presunção de validade dos precedentes. Sustenta que a sua aplicação é baseada na legal presunção da correção das decisões judiciais em aplicação da máxima *pro veritate accipitur res judicata*. Entretanto, a validade do precedente submete-se ao atendimento e completude das normas constitucionais e do direito legislado constitucionalmente interpretado, sobretudo quando a construção de seu sentido decorrer do monopólio da última palavra inerente ao múnus dos Tribunais Constitucionais.

Indaga-se a respeito da validade de um precedente não constituído a partir da jurisdição constitucional contemplar disposições contrárias a normas judiciais decorrentes da última palavra em hermenêutica constitucional? O pensamento doutrinário da *common law* desenvolve o sentido de decisões/julgados *per incuriam*<sup>44 45</sup>, que são os que desconsideram um ato do Parlamento ou precedente com força obrigatória.

No magistério de W. F. Frank<sup>46</sup>, mostra-se bastante evidente, a partir da leitura dos *law reports*, que a um dado juiz, ocasionalmente, pode não ser interessante aplicar um precedente em que ele sente que gerou uma injustiça no caso anterior. Então, o julgador pode, sustenta Frank, recusar-se a seguir a decisão anterior caso seja compreendida como *per incuriam* em virtude de ter desconsiderado ato normativo do Parlamento ou alguma outra decisão anterior dotada de *binding force*.

Representam esses precedentes a demonstração de que os juízes possuem capacidade de adicionar elementos novos ao *case law*. Entretanto, quando essas decisões são provocadas como paradigmas, os demais magistrados possuem a

---

<sup>43</sup> “The operation of precedents is based on the legal presumption of the correctness of judicial decisions. It is an application of the maxim. *Res judicata pro veritate accipitur*. A matter once formally decided is decided once for all. The courts will listen to no allegation that they have been mistaken, nor will they reopen a matter once litigated and determined.” SALMOND, John W. Op. cit., p. 170.

<sup>44</sup> No magistério de Michael Zander, precedente *per incuriam* constitui “the third and most difficult exception is where the earlier decision was given *per incuriam* (in ignorance).” Cita o caso *Miliangos* [1975], em que Lord Denning empenhou-se em apontar diretrizes para essa espécie de precedente. ZANDER, Michael. Op. cit., p. 241-242. Marcelo Alves Dias de Souza leciona que “a definição mais corriqueira de decisão *per incuriam* diz que uma decisão é assim considerada quando foi dada na ignorância de um precedente obrigatório ou de uma lei relativos ao caso.” SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 147.

<sup>45</sup> Vide caso *Williams vs. Fawcett* (1985 - *House of Lords*, Sir Raymond Evershed).

<sup>46</sup> “It is quite evident from reading law reports that a judge is occasionally none too keen to apply a precedent where he feels that it might to injustice in the case before him. He may refuse to follow the past decision if that decision has been given *per incuriam*, which means that the court giving the decision had omitted to consider some relevant Act of Parliament or some decision which was binding or it.” FRANK, W. F.. **The general principles of english law**, 3ª ed. London: George G. Harrap & Co. Ltd, 1964, p. 24.

prerrogativa para reconhecer-lhes a invalidade. Esse fato, adverte John Gardner<sup>47</sup>, desafia a premissa de que o ordenamento jurídico foi alterado pela decisão equivocada. Ora, se há reconhecimento de “anulação”, não se identifica-se hipótese de *overruling*, ou seja, nova hipótese de *judicial law-making*.

Antonin Scalia, pautado para a realidade americana, na interpretação de Weizer<sup>48</sup>, demonstra verdadeira preferência por regras claras em vez de abordagem fragmentada de interpretação constitucional e das leis. O *Justice* propõe a consideração de invalidade de precedentes que transmudam o sentido originário da Constituição ou de um estatuto, a exemplo de sua manifestação no caso *Feres v. United States*.

Um exame do tema à luz do novo Código de Processo Civil leva-nos a concluir que uma decisão que desconsidera a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é inválida. Até por isso o *Codex* é expresso quanto ao cabimento da reclamação (artigo 988). Portanto, é necessário diferenciarmos o reconhecimento de invalidade/inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional de sua mera desconsideração de vigência (ou baixa efetividade) por um precedente.

Um precedente inválido, por contrariar dispositivo magno, pode ser objeto de controle pelo Supremo Tribunal Federal através de recurso extraordinário (artigo 102, inciso III, “a”, da Constituição) e até mesmo por reclamação (artigo 988 do novo Código). Por outro lado, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 80, relator Ministro Eros Grau, o Pretório fixou o entendimento de que um verbete de jurisprudência consolidada não poderia ser objeto de fiscalização abstrata. Esse posicionamento já foi superado por decisões posteriores, em especial pela Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, em que a validade do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho foi objeto, por via transversa, de controle de constitucionalidade.

---

<sup>47</sup> “In many legal systems, judges with the ability to add to case law do so even if they do so per incuriam: even if they ignore and contravene existing law in doing so. When that happens, other judges may have extra powers to overrule the errant decision when it comes to light in later cases. But this confirms, rather than challenges, the claim that the law was changed by the errant decision in the meantime. If the law was not changed, overruling would not be necessary. Such judicial law making without the support of existing law is in one respect akin to legislating. It is an activity of making law de novo. Yet it is not legislating, for legislators do not make law de novo by applying law.” GARDNER, John. *Some types of law*, Apud EDLIN, Douglas E. Op. cit., p. 67.

<sup>48</sup> Paul I. Weizer, estudioso e comentarista do textualismo de Scalia, observa que “Justice Scalia has also demonstrated a real preference for clear, bright line rules rather than a piecemeal approach to constitutional and statutory interpretation. Oftentimes, the Supreme Court will use a balancing teste or choose to review situations on a case-by-case basis. This type of approach obviously is looked down upon by Justice Scalia. Textualism requires that original understanding and meaning be your guide.” WEIZER, Paul I. **The opinions of Justice Antonin Scalia: the caustic conservative**. New York: Peter Lang Publishing, 2004, p. 15.



O novo Código de Processo Civil, mesmo que sumariamente, contempla requisitos de validade de um precedente judicial. Em especial exige a observância às circunstâncias fáticas e o respeito aos precedentes de tribunais superiores, consolidando a perspectiva vertical do efeito vinculante. Assim, é inválido um precedente de um Tribunal de Justiça contrário à Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Nessa mesma linha, exige o *Codex* argumentação específica para a superação de um dado precedente (artigo 928, §§ 2º e 4º), inclusive para a *distinguishing*.

## 6. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE CONSTRICÇÃO JUDICIAL

Sem dúvida, a reclamação consubstancia um dos mais enigmáticos institutos de nossa jurisdição constitucional. Recebeu destaque do legislador no novo Código de Processo Civil (artigo 988). Perante o novo *Codex*, possui dupla face, ou seja, ora atua como precedente propriamente dito a ser aplicado como paradigma, ora assume a natureza<sup>49</sup> de ação autônoma para a aplicação de precedentes judiciais<sup>50</sup>. Questiona-se, então, se atuaria, também, como instrumento de contenção judicial.

Na Reclamação nº 4.987, o relator, Ministro Gilmar Mendes procedeu a verdadeira síntese do histórico do instituto, dispondo que “desde o seu advento, fruto de criação jurisprudencial, a reclamação tem-se firmado como importante mecanismo de tutela da ordem constitucional”. A reclamação atua para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões.

A reclamação surge para o direito objetivo em 1957, incorporada ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1967 autorizou o Pretório Excelso a estabelecer o regime processual de sua competência (artigo 119, § 3º), conferindo força de lei ao referido Regimento. Esse fato foi apontado pelo Ministro Gilmar Mendes no voto da Reclamação nº 4.987 como legitimador do instituto. Já a

---

<sup>49</sup> Leonardo Morato disserta a respeito das várias orientações e posturas a respeito da natureza jurídica da reclamação, indicando a atuação desse instituto como modalidade de ação, como medida administrativa, como medida de jurisdição voluntária, como processo objetivo, como sucedâneo recursal, como recurso, como incidente processual, como exercício do direito de petição e como remédio processual. MORATO, Leonardo. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81 e seguintes.

<sup>50</sup> Gilmar Ferreira Mendes defende que “essa forma de advocatória pressupõe, em primeiro lugar, causa posta em juízo (*ubi, nen est actio...*) e, em segundo lugar, o conhecimento dela por autoridade diversa e incompetente.” MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**, 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 67.

Constituição de 1988 a inseriu no rol da competência originária do Supremo, dispondo que a função da reclamação representa a preservação da competência e a garantia da autoridade das respectivas decisões.

O Supremo procedeu a crescente evolução da valorização da reclamação, identificando-se quatro consolidações de orientações a respeito do instituto. Rumaram, historicamente, em busca da contenção judicial. Parte do não reconhecimento da possibilidade de utilizá-la para impor o efeito vinculante de decisão de ação direta de inconstitucionalidade<sup>51</sup>.

André Ramos Tavares<sup>52</sup>, comentando esse primeiro momento das reclamações, leciona que não se reconhecia, no caso do processo objetivo, uma decisão que demandasse execução, não havendo como a parte interessada invocá-la. Defende que uma reclamação em função do descumprimento de decisão do Supremo “só era admissível quando isso ocorresse em um caso concreto, não em tese.” Por fim, leciona que “restava bloqueada a alternativa da reclamação nos casos de decisões judiciais renitentes em seguir a decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”<sup>53</sup>.

Nesse contexto, em estudo da consolidação de orientações do Supremo a respeito de controle de constitucionalidade anterior à Lei nº 9.868/99, Rodrigo Lopes Lourenço<sup>54</sup> sustenta que, à luz da jurisprudência do Supremo, “a reclamação é um processo jurisdicional, não sendo inteiramente adequada sua conjugação com o procedimento legislativo-negativo da ação direta de inconstitucionalidade.” Veja que sua utilização não impedia a reedição de normas já declaradas inconstitucionais pelo controle abstrato.

O referido autor questiona, uma vez que não se entendia possível a reclamação, qual seria o mecanismo que deveria utilizar o requerente de uma ação direta de inconstitucionalidade para combater a reedição de norma já declarada inconstitucional.

---

<sup>51</sup> Nesse sentido, na Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.423-SP, o relator Ministro Moreira Alves asseverou que as ações diretas são despojadas de “execução específica, ainda que provisória, para permitir a adoção da providência – depósito judicial para resguardo de eventuais direitos pleiteada pela autoridade requerente”. Na Reclamação nº 354, relator Ministro Celso de Mello, fora fixado pelo Pretório que “a natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta.”

<sup>52</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 370.

<sup>53</sup> Loc. cit.

<sup>54</sup> LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 69-70.

Concluiu, com fundamento nos precedentes do Pretório reinantes à época, que a única solução era o ajuizamento de nova ação direta.

Essa orientação fora revista, figurando a Questão de Ordem na Medida Cautelar na Reclamação nº 397, relator Ministro Celso de Mello, publicada em 21 de maio de 1993, como *leadin case*. As decisões proferidas em sede de controle concentrado, embora dotadas de eficácia *erga omnes*, vinham sendo descumpridas. Assim, o Pretório passa a aplicar esse instrumento em prol da concessão de autoridade de suas decisões. Entretanto, fora limitada a legitimidade dos reclamantes nos termos do rol do artigo 103 da Constituição<sup>55</sup>.

Em estudo desse momento na evolução do instituto, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas<sup>56</sup> atenta ao fato de que o Pretório, apenas, reconhecia a legitimidade para a propositura da reclamação pelos legitimados para ação direta de inconstitucionalidade. Visava a preservar a autoridade de decisões vinculantes.

O passo seguinte na evolução da reclamação a consolida como instrumento de contenção judicial. Foi dado no julgamento da Questão de Ordem em Agravo Regimental na Reclamação nº 1.880, relator Ministro Maurício Corrêa, em novembro de 2002, quando o Supremo passou a admitir a legitimidade para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do Pretório. Esse *leadin case* cristaliza o efeito vinculante das decisões de mérito proferidas em sede de fiscalização abstrata. Positivando essa orientação, a Emenda Constitucional nº 45 torna a reclamação apta a resguardar o efeito obrigatório de súmula que venha a ser desrespeitada (artigo 103-A, § 3º).

Contudo, o verdadeiro *turn* na relevância da reclamação como instrumento para o resguardo da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal foi dado com o julgamento da Reclamação nº 4.335, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nele, o Pretório admitiu (ainda que por parte dos Ministros) a análise da constitucionalidade de lei de teor idêntico ou semelhante à lei que fora objeto de fiscalização abstrata.

---

<sup>55</sup> Reclamações nº 380 e 399, relator Ministro Sepúlveda Pertence.

<sup>56</sup> O autor sustenta que “a admissão dessa evidência é tributária da preocupação crescente, nos últimos anos, com a efetividade do processo, e da conscientização cada vez maior, ainda que muitas vezes não expressa, de que a reclamação, dada a sua atual sede na Constituição, tem muito a dizer em termos de jurisdição constitucional, não só como mecanismo de reforço às competências constitucionalmente traçadas aos órgãos maiores do Judiciário – especialmente o S.T.F. e o S.T.J. – mas também para dotar o sistema de controle de constitucionalidade de maior eficácia possível”. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 337 e 343.

Nesse precedente, o Pretório distingui a aplicação da eficácia transcendente no sentido de produção de efeito vinculante aos fundamentos de uma dada decisão em sede de controle concreto da possibilidade de, em sede de reclamação contra aplicação de lei idêntica à declarada inconstitucional, declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de ato normativo ainda não atingida pelo controle concentrado.

Na Reclamação nº 5.470<sup>57</sup>, o relator enfatizou que, na tendência hodierna, esse instrumento assume o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Vide que essa proteção tem a força normativa como fundamento. Em outras palavras, protege a ordem constitucional a partir da contenção de juízos que não seguem os precedentes do Supremo. A reclamação, assim, harmoniza as tensões endógenas da jurisdição constitucional. Sustentou o Relator que os vários óbices à aceitação da reclamação, em sede de controle concentrado, já foram superados, estando, a partir de então, o Pretório em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional.

O novo Código de Processo Civil positiva a evolução da reclamação como instrumento de contenção judicial ao firmar o cabimento para garantir a autoridade das decisões do tribunal, garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

## 7. A SÚMULA VINCULANTE COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO JUDICIAL

A edição de súmula com efeito vinculante representa expressivo instrumento de contenção judicial. Entretanto, na origem, essa função não era identificada pelos estudiosos do tema<sup>58 59</sup>. Consubstancia característica típica do Direito brasileiro. Estudo

<sup>57</sup> Reclamação nº 5.470, relator Ministro Gilmar Mendes. Decisão de 29 de fevereiro de 2008.

<sup>58</sup> A expressão "súmula" é oriunda do latim *summula* e significa a síntese de uma orientação. Representa o reconhecimento da adoção, por um tribunal, de uma dada tese jurídica, bem como a intenção de reproduzi-la de forma uniforme nos posteriores julgamentos com a mesma *ratio decidendi*. Observa-se que alguns órgãos jurisdicionais optam pela expressão "verbete" ou "enunciado". Para fins desse estudo, as duas expressões serão tratadas como sinônimas. O pensamento doutrinário consagrou, de uma forma geral, que o termo súmula representa o conjunto da jurisprudência dominante de um dado tribunal.

<sup>59</sup> Merece ênfase a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha ao dispor que em dois sentidos emprega-se a palavra súmula no direito positivo brasileiro, ou seja, como o resumo de um julgado enunciado formalmente pelo órgão julgador e como o resumo de uma tendência jurisprudencial adotada, predominantemente, por determinado tribunal sobre matéria específica, sendo enunciada em forma legalmente definida e publicada em número de ordem. Disserta, por fim, que no primeiro significado, a

detalhado das construções do Ministro Victor Nunes Leal mostra-se demasiadamente relevante para a compreensão da dimensão inicial desse instituto.

Na histórica sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, foi publicada a pioneira súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. O próprio Nunes Leal assume o seu caráter autêntico. Sustenta que “nem todos compreendem a finalidade da Súmula, que é realmente, sob vários aspectos, uma inovação a que o Supremo Tribunal se decidiu depois de longa meditação de seus juízes.”<sup>60</sup>

O Ministro Leal<sup>61</sup>, consagrado como o idealizador das súmulas, não as identificou como instrumento de contenção, mas sim de otimização dos julgamentos. Procede a estudo paralelo com a figura do *restatement of the law* da experiência norte-americana. Defende que a súmula tende a remover ou aliviar o inconveniente do aumento de demandas, representando solução mais rápida e eficaz para nós do que tem sido, para os norte-americanos, o *restatement of the law*. Leciona o renomado magistrado que:

É sabido que não são idênticos os sistemas jurídicos dos dois países. Não damos aos precedentes judiciais a mesma força que têm nas nações de origem britânica. E seus juristas, afeiçoados a uma prestigiosa tradição de direito pretoriano, teriam de ser mais hostis do que nós às codificações, princípio de organização do direito a que sempre fomos habituados.

[...] Observa-se, desde logo, que os *Restatement* se referem ao *common law* e objetivam expô-lo com tal cuidado e exatidão que os Tribunais e advogados neles possam confiar como um correto enunciado do direito vigente, cujos princípios através deles possam ser citados com clareza e precisão. Em nossa linguagem habitual, poderíamos chamá-los uma Consolidação da Jurisprudência, valorizada pelo prestígio intelectual, mas não oficial da equipe incumbida de sua organização e atualização. Como o próprio nome indica, não é um simples digesto de decisões, mas uma acurada reformulação dos princípios e preceitos que dela derivam. Tão autorizados são esses *Restatements* que, no período de 1932 a 1950, foram citados 17.951 vezes pelas Cortes de apelação.

---

súmula nasce de um julgamento, enquanto, “no segundo, ela nasce de uma repetição de julgamentos que cristalizam ou direcionam a interpretação de uma norma ou de uma matéria contida no Direito Positivo em determinado sentido”. Na visão da Ministra, buscar no sistema anglo-saxão a origem pelo que se construiu e constrói por súmula na experiência pátria representa um equívoco histórico, apesar da validade de um estudo comparado com institutos afins. Igualmente, a Ministra Cármen Lúcia, nesse estudo, não as apresenta como instrumento de contenção. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Sobre a súmula vinculante**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, nº 133, jan/mar de 1997, p. 51-64.

<sup>60</sup> LEAL, Victor Nunes, A súmula do Supremo Tribunal Federal e o *restatement of the law* dos norte-americanos. Legislação do Trabalho, ano 30, jan/fev, 1966. Nesse sentido, Marcelo Alves Dias de Souza sustenta que é “crucial ficar claro que súmula (ou um enunciado dela) significa algo diverso do precedente obrigatório (*binding precedent*) nos termos da teoria do *stare decisis*. Observando a súmula brasileira e comparando-a com o *binding precedent* (o que é de grande utilidade para a correta compreensão do instituto brasileiro), vê-se, imediatamente, que sua origem é diferente e seu alcance é bem menor.” SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. Cit., p. 255.

<sup>61</sup> LEAL, Victor Nunes, **A súmula do Supremo Tribunal Federal e o *restatement of the law* dos norte-americanos**. Legislação do Trabalho, ano 30, jan/fev, 1966.

Steven H. Gifis<sup>62</sup>, em seu *Law Dictionary*, conceitua o *restatement* como uma tentativa do *American Law Institute* de informar uma apresentação disciplinada e geral do *common law* dos Estados Unidos, incluindo questões jurídicas desenvolvidas não apenas por decisões judiciais, mas também o direito produzido da aplicação das leis pelas Corte.

No magistério do autor, os *restatements* são compilações de diversas matérias e incluem temas como tratados, responsabilidade civil, propriedade, agências, conflitos de leis, julgamentos, seguros, relações internacionais entre outros. Os autores que trataram dos *models precedential constraint* não apontaram função de contenção por parte dos *restatements*.

Nunes Leal<sup>63</sup> salienta que “dar normatividade obrigatória ao *Restatement*, por ato do legislativo, seria transformá-lo num Código, e essa conseqüência encontra resistência na tradição jurídica norte-americana”. Por fim, conclui que:

Neste ponto da nossa análise comparativa é que está a superioridade prática, para nós, da Súmula do Supremo Tribunal, porque não sendo ela um Código, também não é um simples repositório particular de jurisprudência. É uma consolidação jurisprudencial autorizada com efeitos processuais definidos, porque a inscrição de enunciados na Súmula, como a sua supressão, depende de formal deliberação do Supremo Tribunal. E a autoridade do Supremo Tribunal para assim proceder deriva dos seus poderes regimentais, tanto expressos como imanescentes, e da prerrogativa, que lhe confere a Constituição de uniformizar o entendimento do direito federal.

[...] A autoridade que nos foi possível atribuir à Súmula – e que falta ao *Restatement* dos norte-americanos – não é inspiração do acaso ou da livre imaginação. As raízes desta fórmula estão na abandonada tradição luso-brasileira dos assentos da Casa da Suplicação e na moderna experiência legislativa dos prejulgados.

O Ministro Nunes Leal<sup>64</sup>, referindo-se aos objetivos da súmula à época, expõe que ela atende, portanto, a vários objetivos. É um sistema oficial de referência dos

---

<sup>62</sup> Tradução livre do autor. Original: “an attempt by the American Law Institute “... to present an orderly statement of the general common law of the United States, including in that term not only the law developed solely by judicial decision, but also the law that has grown from the application by the courts of statutes. ...” *Restatement, Torts* viii, ix (1<sup>st</sup> ed). *Restatement are compiled according to subject matter; those compiled include contracts, torts, property, trusts, agency, conflict of laws, judgments, restitution, security, ad foreign relations. The policy of the A. L. I. In the Restatements (Second) has turned away from a mere head count of the jurisdictions in determining what the general state of the law is and has taken into account other factors, such as the modern trend of the law according to influential jurisdictions and well-thought-out opinions.” GIFIS, H. Steve. **Law dictionary**, 5<sup>th</sup> ed, New York: Barron`s, 2003, p. 444.*

<sup>63</sup> LEAL, Victor Nunes. Op. cit.

precedentes judiciais mediante a simples citação de um número convencional. Distingue a jurisprudência firme da que se acha em vias de fixação. Atribui à jurisprudência firme conseqüências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetem e exterminar as protelações deliberadas. Não assumiam, dessa forma, a função de contenção.

### 7.1. DA PLURIPROCESSUALIDADE À CONTENÇÃO JUDICIAL

A súmula vinculante atua na contenção judicial findando com a divergência até então existente. Roberto Rosas aborda que o processo de elaboração de uma súmula é exaustivo. Depende de pronunciamento único mas expressivo ou da reiteração.<sup>65</sup> Análises concretas denotam que se trata de precedente pluriprocessual, ou seja, exige a reiteração e emana da apreciação de um certo número de processos que atuaram na qualidade de precedentes monoprocessuais.

A natureza pluriprocessual das súmulas foi objeto de conclusão dos estudiosos desse fenômeno. Nesse sentido, Néri da Silveira<sup>66</sup>, em texto publicado em 1981, tece referência à Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao dispor que o Pretório “tem por predominante e firma a jurisprudência aqui resumida, embora nem sempre tenha sido unânime a decisão dos precedentes relacionados na súmula.” A reiteração para a edição de uma súmula é uma garantia do jurisdicionado<sup>67</sup>. Impede consolidações formadas para projeção futura e sem o respeito ao procedimento de gênese de um precedente pluriprocessual.

A partir do Código de Processo Civil de 1973, todos os tribunais passaram a ter autorização do direito positivo para editar súmulas. Anteriormente, além do Pretório Excelso, o Tribunal Superior do Trabalho editava enunciados e o Código Eleitoral já permitia que o Tribunal Superior Eleitoral fizesse o mesmo.

---

<sup>64</sup> LEAL, Victor Nunes. **Atualidades do Supremo Tribunal Federal**. Revista Forense, vol. 208, out/dez de 1964.

<sup>65</sup> ROSAS, Roberto. **Direito sumular. Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 11ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>66</sup> SILVEIRA, José Néri da. **O Supremo Tribunal Federal e a interpretação jurídica com eficácia normativa**. Brasília: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Distrito Federal, nº 10, 1981, p. 07-26.

<sup>67</sup> “O precedente pluriprocessual vinculante, seja isolado ou sumulado, é defendido, em geral, em nome da segurança jurídica, com enfoque na idéia de eficiência devida ao jurisdicionado, tomado como consumidor de justiça, linha de José Marcelo Menezes Vigliar ou, mais freqüentemente, com enfoque na exigência de isonomia devida ao jurisdicionado cidadão, dotado de direitos fundamentais exercitáveis mesmo quando em face do Estado Juiz, linha de Rodolfo de Carmargo Mancuso.” NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Aspectos processuais da súmula vinculante: reflexos na efetividade da defesa dos direitos fundamentais. *Apud*. PRADO, Geraldo Luiz Mascaranhas (coordenador). **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

O artigo 479 do antigo Código de Processo Civil, inserto no Capítulo relativo à uniformização de jurisprudência, ampliou o campo de incidência das súmulas ao dispor que o julgamento "será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência." *A priori*, uma súmula produz efeito, apenas, persuasivo, no sentido de que atua na qualidade de opinião formada de um certo tribunal, cujo teor não necessita de ser aplicado a casos posteriores com a mesma *ratio decidendi*. O novo Código contempla proposta mais ampliativa do emprego da súmula vinculante, mesmo porque já nasce adaptado à contenção que dela emana (artigo 926, IV).

Nelson de Souza Sampaio<sup>68</sup>, em artigo doutrinário publicado em 1985, inicia reflexão quanto ao efeito de constrição por parte das súmulas. Disserta que o teor de um verbete compreende uma série de julgados uniformes. Não cria, na visão do autor, nova orientação, mas fixa jurisprudência dominante. Defende o renomado mestre que uma súmula goza de uma espécie de *stare decisis de facto*, decorrente do prestígio do Supremo Pretório. Ressalta a inutilidade de as instâncias inferiores decidirem contra uma súmula e da obrigação que os magistrados possuem em verem as reformas de suas sentenças.

Ainda mais com o novo Código de Processo Civil, estão ultrapassadas posturas que vislumbravam na súmula uma espécie de “quase-lei” ou um “meio-caminho entre a lei e a jurisprudência”<sup>69 70 71</sup>, de mera “proposição jurídica destituída de caráter

---

<sup>68</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário**. Revista de Direito Público, n. 75, jul./set. de 1985, p. 14.

<sup>69</sup> Sustentando essa orientação doutrinária, Marco Antônio Botto Muscari defende que “a súmula vinculante é mais do que a jurisprudência e menos do que a lei; situa-se a meio-caminho entre uma e outra. Com a jurisprudência guarda similitude pelo fato de provir do Judiciário e de estar sempre relacionada a casos concretos que lhe dão origem. Assemelha-se à lei pelos traços da obrigatoriedade e da destinação geral, a tantos quantos subordinados ao ordenamento jurídico pátrio. É um *tertium genus*, portanto.” MUSCARI, Marco Antonio Botto. Op. cit., p. 53

<sup>70</sup> Essas construções doutrinárias de identificação da súmula vinculante como uma “quase-lei” ou “meio caminho entre a lei e a jurisprudência” foi tecida no Brasil de forma isolada, despojada de paralelos com outras experiências, como a doutrina do precedente como ato quase-legislativo na Finlândia. A respeito do tema, Raimo Siltala disserta que “*the quasi-legislative precedent ideology has a special positing in Finland, since Olavi Heinonen, then one of the justices and later the Chief Justice of the Supreme Court, openly professed the court’s adherence to such a conception of precedent-identification in the mind – 1980.*” SILTALA, Raimo. **A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law**. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 137.

<sup>71</sup> Em junho de 2006, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 80, relator Ministro Eros Grau, o Supremo Pretório assentou que os enunciados das súmulas não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental. Firmou que são expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, assim como se formam os entendimentos jurisprudenciais que resultam na edição dos verbetes. A construção do Pretório, contudo, mostra-se parcialmente prejudicada em virtude da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 16 que, de forma transversa, apreciou a validade do Enunciado nº. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.



normativo<sup>72</sup>”. Esse entendimento fora defendido nos anos sessenta com maestria por Vitor Nunes Leal<sup>73</sup>, ao dispor que

(...) o Supremo Tribunal Federal, depois de demorada reflexão, preferiu adotar a inovação conhecida como Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, ou, mais vulgarmente, apenas Súmula. A Súmula, pode-se dizer, é um meio-termo entre os antigos assentos da Casa de Suplicação, excessivamente rígidos, e os prejulgados das nossas leis processuais, que se têm revelado quase completamente ineficazes. Na Súmula, o Supremo Tribunal inscreve, em enunciados distintos, devidamente classificados por assunto, o seu entendimento sobre as questões mais controvertidas na jurisprudência e sobre as quais o Supremo Tribunal chegou a uma opinião firme, em face da sua composição contemporânea, ainda que não compartilhada por todos os Ministros.

Após intenso debate parlamentar, a Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu no Texto Constitucional o artigo 103-A. Cabe ressaltar que o artigo 8º da Emenda Constitucional nº 45/2004 manteve efeito persuasivo às súmulas do Pretório Excelso já editadas, mas que, caso confirmadas por dois terços dos respectivos ministros assumiriam a beatitude da vinculação.

Nos Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 414.207, publicado em 26 de maio de 2006, relator Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal negou, por força desse dispositivo, a incidência imediata do efeito vinculante das antigas súmulas após a promulgação da Emenda nº 45/2004. Posteriormente, o artigo 103-A da Constituição foi regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

O artigo 103-A do Texto Magno e a Lei nº 11.417/2006 não estipulam o número de precedentes necessário para a edição de uma súmula apta a satisfazer à garantia da pluriprocessualidade. Dependerá do contexto argumentativo que emana da conjugação dos precedentes de referência.

Toda súmula com efeito vinculante exerce função confirmatória de um dado precedente judicial, que atuará como referência, e, simultaneamente, consubstancia

---

<sup>72</sup> No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº... 179.560-RJ, o relator, Ministro Celso de Mello, assentou que: Súmula - enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária - constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em conseqüência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado *binding effect*, ao contrário do que se registra, no sistema da *Common Law*, por efeito do princípio do *stare decisis et non quieta movere*, que confere força vinculante ao precedente judicial.

<sup>73</sup> LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público e outros problemas**, V.2. Brasília: Imprensa Nacional, 1999, p. 50-51; LEAL, Victor Nunes. **Atualidades do Supremo Tribunal Federal, Revista Forense**, vol. 208, out/dez de 1964.

instrumento de uniformização de jurisprudência em sentido amplo. Possui como requisito para a edição a reiteração de decisões e a controvérsia entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Logo, a súmula vinculante finda a controvérsia a partir da constrição das orientações contrárias existentes nos demais tribunais. Finda, assim, com as tensões endógenas da jurisdição constitucional.

O artigo 4º da Lei nº 11.417/2006 dispõe que uma súmula vinculante produz eficácia imediata. Entretanto, admite que, por decisão de dois terços dos membros, o Supremo Tribunal Federal poderá restringir a produção de vinculação ou fixar termo para a respectiva eficácia. A modulação temporal das súmulas vinculantes deve ser pautada em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público. Trata-se de norma com a mesma essência do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, já proclamado constitucional em sede de controle incidental.<sup>74</sup>

Questão a ser entendida com temperamento diz respeito à norma contida no artigo 6º da Lei nº 11.417/2006. De fato, a simples proposta de edição ou revogação de súmula com efeito vinculante não determina a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão. O efeito suspensivo do trâmite dos demais processos pode ser obtido por meio de provimento de urgência. Essa possibilidade, inclusive, é prevista pela conjugação dos artigos 14 e 15 da Lei 10.259/2001, que disciplina a instalação dos Juizados Especiais Federais, com o artigo 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem como pelo parágrafo 1º do artigo 543-B do antigo Código de Processo Civil, inserido pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006.

A suspensão das demandas nas instâncias ordinárias demonstra a função de contenção das súmulas. A aplicação da Súmula Vinculante nº 01 é exemplo dessa prática. Como já exposto, o efeito vinculante no Direito brasileiro qualifica-se pela possibilidade de propositura de reclamação.<sup>75</sup> Essa premissa fora, de certa forma, realçada pelo teor do parágrafo 3º do artigo 103-A da Constituição da República, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004<sup>76</sup>. Há, pois, dupla incidência para a contenção judicial.

---

<sup>74</sup> Nesse sentido, vide Medida Cautelar em Petição nº 2.859, relator Ministro Gilmar Mendes.

<sup>75</sup> Vide teor da Reclamação 2.256, relator Ministro Gilmar Mendes, publicada em 30 de abril de 2004.

<sup>76</sup> Empenhando-se a respeito da utilização de reclamação para a preservação de autoridade de orientação contida em uma súmula vinculante, Leonardo Morato leciona que “de acordo com o art. 103-A da CF, a reclamação poderá ser proposta para evitar ou impugnar o desrespeito a uma súmula vinculante, o que

O *caput* do artigo 7º da Lei nº 11.417/2006 ressalva que a utilização da reclamação ocorre sem prejuízo de recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. Assim, caso eventual apelação, mandado de segurança ou outro instrumento impugnativo obste ato do Poder Judiciário ou da Administração Pública contrário à orientação contida em uma súmula vinculante seja apreciado antes da reclamação, esta estará prejudicada por força de ausência superveniente de interesse de agir.

A utilização de reclamação para a contenção judicial pela súmula vinculante possui características próprias. O Pretório Excelso poderá anular a decisão judicial por força da reclamação e determinar que o juízo de origem prolate outra decisão com o devido respeito à súmula obrigatória ou a reformar. O novo Código reitera a obrigatoriedade de acolhimento do verbete vinculante, inclusive prevendo a reclamação como remédio pelo descumprimento por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário (988, IV).

A premissa de que a previsão das súmulas com efeito vinculante representa a adoção do sistema de regras pelo novo *Codex* exigira, de um lado, um número a maior de verbetes e, de outro, a consolidação, pelo pensamento doutrinário, da qualidade de precedentes judiciais. Há um longo caminho para ambos os requisitos, até pela relevância da vertente que nega a elas o *status* de normas judiciais.

## **8. A AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM PRECEDENTE COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO JUDICIAL**

O sistema jurídico pátrio admite que uma sentença transitada em julgado seja submetida ao juízo revisor por ser contrária a um precedente que atuará na qualidade de paradigma. Essa construção não pode ser confundida com a hipótese prevista no artigo 485, inciso V, do antigo Código de Processo Civil, que, apenas, consagra o cabimento de ação rescisória perante a literal violação de dispositivo de lei.

---

ocorrerá ou por não ter sido aplicada a súmula; ou por ter sido aplicada inadequadamente; ou por ter sido aplicada quando não aplicável; ou por ter sido distorcido o conteúdo da súmula em sua aplicação no caso concreto; ou por terem sido desbordados os limites da súmula; ou por ter sido ela interpretada inadequadamente; e tantas outras situações que de qualquer modo acabem configurando um desrespeito à súmula (e, portanto, da autoridade do STF, o responsável pela edição da súmula). [...] Com o julgamento da reclamação, é possível alcançar uma tutela mandamental, podendo o STF determinar, ordenar, que a autoridade reclamada promova o cumprimento da decisão desacetada, ou o respeito da norma de competência desrespeitada, ou a aplicação (adequada) ou a inaplicação da súmula vinculante, dependendo do caso em questão. E o STF poderá se valer de todas as medidas necessárias para atingir esse fim.” MORATO, Leonardo. Op. cit., p. 225-227

A admissibilidade de ação rescisória fundada na não aplicação de um dado precedente representa a assunção de que o valor segurança no novo Código de Processo Civil é buscado pela isonomia na prestação da atividade jurisdicional. Para tanto, constrange-se a atividade jurisdicional de tribunais inferiores e afasta-se a coisa julgada.

A origem dessa forma de contenção judicial remonta às Ações Rescisórias de nº 323 e 602. O Supremo Tribunal Federal, nesses precedentes, concluiu, a *contrario sensu*, que não caberia ação rescisória quando o julgado pautou-se em orientação jurisprudencial. Essa construção fora consolidada pelo Pretório Supremo por força do Verbete nº 343, que dispõe que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.” Na Ação Rescisória nº 957, o Supremo assentou a orientação de que a validade da decisão para fins de incidência dessa súmula corresponde à jurisprudência vigente à época.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 328.812, o relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes expôs que a aplicação da Súmula nº 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade. Sustentou, ainda, que admitir a aplicação da orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328.812, decisão de 06 de março de 2008, o relator, Ministro Gilmar Mendes, asseverou ser preciso que o Verbete nº 343 venha a ser revisto pelo Supremo Tribunal Federal. Referiu-se, especificamente, aos processos que identificam matéria constitucional contraditória à época da discussão originária e à orientação fixada em favor da tese do interessado.

No sentido da aplicação da ação rescisória pela não adequada aplicação de precedente, cita-se o Recurso Especial nº 479.909, publicação de 23 de agosto de 2004, relator Ministro Teori Albino Zavascki, cuja ementa dispõe, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA (CPC, ART. 485, VI). MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DO STF, EM CONTROLE DIFUSO, EM SENTIDO CONTRÁRIO AO DA SENTENÇA RESCINDENDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE RESCISÃO.

1 – Na interpretação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão de sentença que ‘violou literal disposição de lei’, a jurisprudência do STJ e do STF sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à

lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada.

2 – Na esteira desse entendimento, editou-se a Súmula 343/STF, segundo a qual não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida dos tribunais.

3 – Ocorre, porém, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão primeira do órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102).

4 – Por essa razão, a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta.

5 – Essa, portanto a orientação a ser seguida nos casos de ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC: em se tratando de norma infraconstitucional, não se considera existente ‘violação a literal disposição de lei’, e, portanto, não se admite ação rescisória, quando ‘a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (Sumula 343). Todavia, esse enunciado não se aplica quando se trata de texto constitucional.

6 – A orientação revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição. Esses os valores dos quais deve se lançar mão para solucionar os problemas atinentes à rescisão de julgados em matéria constitucional.

7 – Assim sendo, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja literal violação a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele é que justifica nas ações rescisórias a substituição do parâmetro negativo da Súmula 343 por um parâmetro positivo segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF.

8 – Recurso especial provido.

A novo ordem processual potencializa a obrigatoriedade de aplicação dos precedentes. Assim, que a ação rescisória à luz do novo *Codex* pode atuar na qualidade de instrumento processual de constrição judicial a partir da jurisdição constitucional no juízo rescisório. Permite que a imposição do *legalist behavior* seja exigida pelo jurisdicionado e pelo Código. Por outro lado, contempla um peculiar instrumento de controle das decisões judiciais.

Quanto debruçamos perante o novo Código, identificamos que há uma diferença entre a reclamação e a ação rescisória como instrumentos de aplicação de precedentes e contenção judicial. Enquanto aquela não cabe após o trânsito em julgado (§ 5º do artigo 988), esta não se limitaria à preclusão decorrente da *res judicata*. Assim, à luz do novo Código de Processo Civil, a estabilidade da contenção judicial sobrepõe-se à segurança decorrente da imutabilidade da coisa julgada.

## 9. CONCLUSÃO

Teoria tradicional da contenção judicial contempla três modelos básicos. A sua finalidade consiste em compreender, justificar e limitar a dinâmica existente entre a criatividade judicial e normatização. O *natural model of precedential constrain* parte do pressuposto de que seguir precedentes é inerente a um dado sistema. É associado à *common law* e à doutrina do *stare decisis*. Sua contemplação purista não se harmonizaria à tradição de direito legislado que caracteriza a experiência pátria.

Por outro lado, *rule model of precedential constrain* representa um modelo normativo. Algumas disposições do novo Código de Processo Civil, em especial a massificação da vinculação vertical, conduz à equivocada conclusão de assunção desse modelo. O mesmo ocorre com o *result model*, em especial pela sistematização de julgamento de demanda repetitivas.

O pensamento doutrinário contemporâneo reconhece a relevância da teoria da contenção judicial para afastar teses de indeterminabilidade do fenômeno jurídico. Ao mesmo tempo, contudo, critica os três modelos tradicionais e propõe outros, a exemplo do modelo de princípios e a teoria determinativa. Esses modelos exigem processo hermenêutico mais complexo que, na sistemática processual, tende a colidir com a exigência de celeridade processual.

O *Codex* prevê a contenção judicial. Impõe aos Magistrados e tribunais, inclusive superiores, o *legalist behavior*. Instrumentos como a reclamação, a ação rescisória, a súmula com efeito vinculante e o incidente de julgamento de demandas repetitivas ilustram a obrigatoriedade em seguir os precedentes judiciais e o desvalor em desconsiderá-los. Não há paradoxo na previsão de instrumentos de aplicação precedentes e contenção judicial sem a presença da doutrina do *stare decisis*.

Ora, se o novo Código de Processo Civil, a exemplo do anterior, não adotou um modelo de contenção judicial, cabe a reflexão de quem deverá firmar qual modelo (ou a conjugação deles) de contenção judicial é o mais adequado para as inovações do *Codex*? Esse mister caberá essencialmente aos Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, será fundamental o trabalho do intérprete, sobretudo para afastar as amarras de um processo hermenêutico. Por essa razão mostra-se relevante o especial olhar perante os modelos de princípio e o determinativo.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXANDER, Larry. Precedent, *in* PATTERSON, Dennis (org). **A companion to philosophy of law and legal theory**, 2ª Ed. Blackwell Publishing Ltd, 2010.

ALEXANDER, Lerry; SHERWIN, Emily. Judges as rulemakers, *in* EDLIN, Douglas E.. **Common law theory**. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge University Press, 2007.

ALLEN, C. K.. **Law in the making**. Londres: Oxford University Press, 1958.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A coisa julgada no controle direto da constitucionalidade**, *in* SARMENTO, Daniel, organizador. O controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2002

COSTELLO, George. The Supreme Court's overruling of constitutional precedent: *an Overview*. **CRS Report for Congress**, Novembro 29, 2005. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w12913>. Acesso em 08 de março de 2009.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008.

ENG, Svein; SUMMERS, Robert, *Departures from precedent*, *in* MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.

FRANK, W. F.. **The general principles of english law**, 3ª ed. London: George G. Harrap & Co. Ltd, 1964.

GARDNER, John. Some types of law, *in* EDLIN, Douglas E.. **Common law theory**. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge University Press, 2007.

GELDART, William. **Elements of english law**, 5ª ed. Londres: Oxford University Press, 1953.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008.

GIFIS, H. Steve. **Law dictionary**, 5<sup>th</sup> ed, New York: Barron`s, 2003.

GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. **Moder Law Review**, London, V. 22, 1959.

HEALY, Thomas. Stare decisis as a constitutional requirement. **West Virginia Law Review** V. 104, 2001.

HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. **Anuário de Filosofia del Derecho**, XVIII, 2001, p. 267-299.

HORTY, Jonh. Rules and reason in the theory of precedent, **Legal Theory** n° 17, 2011, 1-33, Cambridge University Press, p. 3. Disponível em <http://journals.cambridge.org>, acesso em 11 de setembro de 2012.

KOMÁREK, Jan. Judicial lawmaking and precedent in Suprem Courts. **LSE Law, Society and Economy Working Papers** 4/2011. London School of Economics and Political Science. Law.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL.Victor Nunes, A súmula do Supremo Tribunal Federal e o *restatement of the law* dos norte-americanos. **Legislação do Trabalho**, ano 30, jan/fev, 1966.

\_\_\_\_\_. Atualidades do Supremo Tribunal Federal. **Revista Forense**, vol. 208, out/dez de 1964.

\_\_\_\_\_. **Problemas de direito público e outros problemas**, V.2. Brasília: Imprensa Nacional, 1999.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**, 3<sup>a</sup> ed.. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORATO, Leonardo. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Aspectos processuais da súmula vinculante: reflexos na efetividade da defesa dos direitos fundamentais. *in* PRADO,



Geraldo Luiz Mascaranhas (coordenador). **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

PAULSEN, Michael Stokes. Does the Supreme Court's current doctrine of stare decisis require adherence to the Supreme Court's current doctrine of stare decisis? **North Carolina Law Review** V. 86, 2008.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, nº 133, jan/mar de 1997, p. 51-64.

ROSAS, Roberto, **Direito sumular**. Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, 11ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

RÚA, Julio César Cueto. **El common law**: su estructura normativa, su enseñanza. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

SALMOND, John W.. **Jurisprudence**, 4ª ed. London: Stevens and Haynes, 1913.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário. **Revista de Direito Público**, n. 75, jul./set. de 1985.

SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVEIRA, José Néri da. O Supremo Tribunal Federal e a interpretação jurídica com eficácia normativa. Brasília: **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Distrito Federal**, nº 10, 1981, p. 07/26.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WEIZER, Paul I. **The opinions of Justice Antonin Scalia**: the caustic conservative. New York: Peter Lang Publishing, 2004.

ZANDER, Michael. **The law-making process**, 6<sup>a</sup> ed. Cambridge University Press, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.