

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E SÚMULA VINCULANTE

7.^a edição

revista, atualizada
e ampliada

2026

 EDITORA
jusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 1

DE ORDEM GERAL SOBRE A JURISPRUDÊNCIA

SUMÁRIO: 1.1 Breve notícia histórica – 1.2 Precisoões terminológicas: 1.2.1 Evolução do conceito de jurisprudência – 1.3 Natureza jurídica da jurisprudência – 1.4 Funções da jurisprudência – 1.5 E as fontes substanciais e formais do Direito: 1.5.1 E os meios suplementares de integração do Direito – 1.6 Revisão crítica das precedentes considerações – 1.7 E a tripartição dos Poderes do Estado – 1.8 E a garantia constitucional da isonomia – 1.9 Concepção contemporânea de jurisprudência.

1.1 BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

Na antiguidade mais remota, alguns textos permitem especular sobre a existência de uma atividade que, em certo modo, corresponderia ao que hoje se compreende, basicamente, por *jurisprudência*. Assim, Rubens Limongi França traz indicações da técnica de aplicação de um texto de regência a um caso concreto – a *subsunção* – já entre os hindus, no Código de Manu, passando pelos hebreus, no Deuteronômio, e mesmo na Grécia, com as reformas institucionais implementadas por Sólon.¹

Brevitatis causa, é razoável considerar o tema a partir das fontes romanas, até porque, como informa Paulo Dourado de Gusmão, “antes de Roma, não se pode falar em jurisprudência, pois na Grécia, onde as ideias filosóficas e políticas se desenvolveram, a jurisprudência se confundia com ética, com investigações sobre a *República* perfeita, a lei justa, a justiça considerada como virtude”.² Nesses primórdios, pode-se dizer que a expressão *jurisprudência* se vinculava à tarefa exegetica então praticada pelos jurisconsultos da época – ditos *prudentes* – no afã de esclarecer e interpretar os textos jurídicos, então incipientes, numa fase em que estavam ainda esbatidos os

-
1. Verbete Jurisprudência. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, coord. Carvalho Santos e Aguiar Dias, vol. XXX, p. 275-276, *passim*.
 2. *Introdução à ciência do direito*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 6.

contornos do Direito, de envolta com regras de natureza moral, religiosa e consuetudinária.

Esse caráter, em certo modo *difuso*, da concepção originária de *jurisprudência*, é facilmente perceptível nos textos de Ulpiano: “Divinarum atque humanarum rerum notitia, jus atque injusti scientia” (Digesto, I, 1, 10, 2); “Publicum jus in sacris in *sacerdotibus* in magistratibus consistit” (Digesto, I, I, 2). Ou seja, a jurisprudência ora aparecia como o conhecimento das coisas divinas e humanas, ora como a ciência do justo e do injusto; aliás, o segundo daqueles fragmentos sugere a aproximação do Direito Público aos ofícios sacramentais, religiosos, tanto quanto à atividade estatal de distribuição da Justiça.

A palavra “prudente” é bastante sugestiva nesse contexto, na medida em que punha em realce uma característica ou uma qualidade que se pretendia imanente ao labor jurídico, qual seja a vocação (e a legitimidade) do que hoje se chama *operador do Direito* para interpretar os textos com autoridade, sabedoria e ponderação, ou, numa palavra, com a desejável *prudência*. Aliás, esta palavra vinha usualmente mencionada no campo do processo *cautelar*, indicando-se o *prudente arbítrio* com que deve agir o magistrado na prevenção do dano temido pela parte ou interessado. Como diz Galeno Lacerda, “essa atividade, de tão alta relevância, possui natureza fundamentalmente administrativa, o que significa que apresenta como nota peculiar enorme faixa de discricção, confiada ao prudente arbítrio judicial”.³

Retomando o fio da evolução histórica, cabe lembrar, com Paulo Dourado de Gusmão, que “a ciência do direito se desenvolveu, devido, principalmente, ao *jus respondendi* conferido por Augusto e seus sucessores aos jurisconsultos”.⁴ A propósito, aduz Roberto Rosas: “A grande função do jurisprudente explica o poder da antiga jurisprudência na vida romana, sua influência organizadora, a observância da rigorosa linguagem jurídica e, em suma, a flexibilidade dos atos jurídicos e a pouca expansão da lógica jurídica. Os jurisprudentes em Roma, isto é, os indivíduos que se consagravam à jurisprudência, o faziam por vocação. Não recebiam honorários ou remuneração. O povo não tinha antipatia, nem desconfiança por estes homens. Onde o poder da antiga jurisprudência sobre a vida romana”.⁵

3. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. VIII, p. 130.

4. Ob. cit.

5. Aspectos da jurisprudência como fonte de direito. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 111, set. 1969, p. 18-19.

Assim, Augusto outorgou aos jurisconsultos aquele *jus respondendi*, valendo destacar as contribuições de Labão, Sabino, Juliano (*Digesto*), Pomponio, Gaio (*Institutiones*), Papiniano (*Quaestiones*), e, mais adiante, Paulo e Ulpiano. Nesse sentido, esclarece Luís Carlos Bartoletto, reportando-se ao texto de Gaio: “as respostas dos prudentes são as sentenças e as opiniões daqueles a quem é permitido construir o direito”,⁶ isto é, os jurisconsultos, dotados do *jus respondendi*. Para José Cretella Júnior, a jurisprudência, “em direito romano, significa o trabalho interpretativo dos prudentes, aproximando-se, assim, do que atualmente entendemos por doutrina”.⁷

No ponto, observa Washington de Barros Monteiro: “(...) a jurisprudência converteu-se na filosofia nacional dos romanos; consoante afirma Ihering, quem quiser conhecer como os romanos compreenderam o homem e a sociedade não deve perguntá-lo a Lucrécio, Sêneca ou Marco Aurélio, porém, principalmente, a Paulo, Gaio e Ulpiano”.⁸

Vale observar que em Roma a atividade de dizer o direito – *jurisdicere*, donde deriva o vernáculo *jurisdição* – era exercida tanto através dos editos dos pretores, como das respostas dadas pelos prudentes. Com efeito, Gaio assinava que o Direito Romano provinha de várias fontes: “ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum edictis eorum qui jus edicendi habent, responsis prudentium” (*Institutas*, 1 e 2).⁹ Rubens Limongi França admite que tanto os editos dos pretores, como as respostas dos prudentes “parecem estar na origem da atual jurisprudência dos tribunais. A relação mais estreita, porém, se verifica entre esta e os primeiros, porque, embora os *responsae* tendessem a ser obrigatórios para o juiz, os editos estavam mais de perto relacionados com a função concreta de distribuir justiça”.⁹

Quanto à autoridade de que desfrutava esse direito *pretoriano*, em sentido largo, os textos diferem um tanto: Limongi França refere que no Digesto de Justiniano (I, 3, 12) há um excerto do livro XV do Digesto de Juliano, onde se lê: “Os casos todos, de caráter particular, não podem estar compreendidos nas leis ou nos senatusconsultos; mas quando, em alguma causa, a sentença que os resolva, seja manifesta, aquele que tem a jurisdição deve proceder de modo símile, e, desse modo, dizer o direito”.

Nesse sentido de aproximação entre o *jurídico* e o *equitativo*, há no Código de Justiniano, Livro VII, tit. 45, lei 13, o seguinte texto, colacionado

6. Analogia, jurisprudência e princípios gerais do direito, *Revista de Direito Civil*, n. 72, abr.-jun. 1995, p. 29.

7. *Direito romano*, São Paulo, RT, 1963, p. 20.

8. Da jurisprudência, *Revista Forense*, n. 202, p. 373.

9. Verbete cit., *Repertório enciclopédico do direito brasileiro cit.*, p. 277.

por Limongi França: “Que nenhum juiz, ou árbitro, julgue estar obrigado, quer às consultas imperiais, quer ainda, e com maior razão, às sentenças dos eminentíssimos prefeitos e dos outros dignatários, sempre que lhes pareça não terem sido apreciadas de modo correto (‘*quas non rite judicatas esse putaverit*’); – pois, com efeito, se alguma pendência não foi dirimida convenientemente, cumpre não estender esse vício aos outros juízes, porquanto não é com base em exemplos, mas com fundamento nas leis, que se deve julgar (‘*non exemplis, sed legibus judicandum sit*’). Mesmo quando cognicionais e altíssimas sejam as prefeituras, ou de algum máximo magistrado as sentenças prolatadas, as suas decisões não obrigam; porque a todos os nossos juízes ordenamos que julguem segundo os ditames da verdade, da lei, e da justiça (*sed omnes iudices nostros veritatem, et legum, et justitiae sequi vestigia sancimus*)”.¹⁰

É incontroverso que esse Direito *vivo* gozava de enorme prestígio e credibilidade, reconhecendo-se mesmo aos agentes dotados do *ius respondendi* o poder de *criar o direito*, quando o ordenamento se revelasse lacunoso, lendo-se em Pompônio: “*Supplet praetor in eo quod legi deest*” (Digesto, livro XIX, tit. V, fragmento 11). Assim, conclui Limongi França: “Não há dúvida, pois, preenchido o requisito da omissão da lei, ao pretor incumbia criar o direito não elaborado, sem o que não lhe seria possível solucionar a pendência submetida à sua autoridade”.¹¹

Ordinariamente, a jurisprudência romana se condicionava pelo direito positivo vigente à época – *secundum legem*, pois –, sendo assim natural que as alterações gradativamente apresentadas pelo Direito escrito fossem projetando reflexos na dicção estatal desse Direito, ou seja, na *jurisprudência*, valendo ainda não descurar, nesse contexto, as ocorrências sociopolíticas que, paulatinamente, acabariam levando à decadência e queda do Império. Verdade que o Direito Romano, após ter vigorado por mais de 12 séculos (de 754 a.C. até 476 d.C.) ainda mostraria vitalidade para alcançar o chamado *período bizantino*, assim entendido, segundo José Cretella Júnior, “o lapso de tempo que vai desde a morte do imperador Justiniano, em 565, até a queda de Bizâncio ou Constantinopla, em 1453, invadida e tomada pelos turcos”.¹²

Nessa época, o Direito Romano teve que passar por relevantes adaptações aos novos tempos e costumes, inclusive pela dificuldade dos povos então conquistados, na compreensão dos textos escritos em latim, donde o

10. Idem, p. 277-278.

11. Idem, p. 277

12. *Direito romano cit.*, p. 35.

aparecimento de *compilações*, já agora em língua grega, como a *Egloga legum compendiaría*, a *Lex Rhodia*, o *Prochiron legum*.

Assim, em certo modo *rejuvenescido*, o Direito Romano seguiu recepcionando influências diversas, mercê das migrações dos povos ao largo e ao longo do continente europeu, em consequência das guerras de conquista. Na Alta Idade Média (séculos XI e XII), registrou-se um movimento de releitura das fontes romanas, com os chamados *glosadores* – Irnério e sua “Escola de Bolonha” –, com destaque para Búlgaro, Martinus, Hugo e Jacob. Na sequência, advieram as glosas de Accursius, Cino de Pistoia e Bártolo, que concentraram esforços no sentido de adaptar os textos romanos aos direitos emergentes e aos costumes locais. Nesse ponto, observa Paulo Dourado de Gusmão, estava “introduzido o direito romano na Europa e fundada a jurisprudência ocidental”.¹³

A partir daí, a *jurisprudência* passou, naturalmente, a apresentar características e mesmo finalidades diversas, conforme os *Direitos* se foram constituindo nos vários países, notando-se que, no continente europeu, os ordenamentos continuaram a se inspirar nas fontes romanas, com as necessárias adaptações, formando os chamados “Direitos codicísticos”, com forte prevalência da *norma escrita*, ao contrário da vertente anglo-saxã, onde o primado recaiu no *precedente judiciário*, como é sabido.¹⁴

Sem embargo, desde o final da República romana já se registrava uma preocupação com a força obrigatória das *responsae* dos prudentes, observando Cacique de New York ter então o gênio político do imperador Augusto criado “o *jus respondendi ex auctoritate principis*, concedendo esse privilégio aos jurisconsultos mais afeiçoados ao sistema, ao tempo em que exercia atrativo sobre os mais ariscos. Havia, portanto, uma jurisprudência oficial”. O autor lembra que esse *jus respondendi* acabou elevado “à condição de norma de observação obrigatória nos julgamentos, consoante um

13. *Introdução à ciência do direito* cit., p. 7.

14. Hoje essas duas grandes famílias jurídicas – a romano-germânica, com o primado na *norma*, e a anglo-saxã, com o primado no *precedente judiciário* – estão em visível *rota de aproximação*: a primeira está valorizando o dado jurisprudencial em intensidade crescente, falando-se mesmo num direito *sumular*, cujo expressão otimizada, dentre nós, é a súmula *vinculante* do STF (CF, art. 103-A e §§; Lei 11.417/2006); já a segunda família está cada vez mais valorizando o Direito escrito (Statutes), valendo mencionar que em 1998 adveio o Código de Processo Civil inglês (*Federal Rules of Civil Procedure*); e, nos Estados Unidos – outro país de *common law* –, segue prestigiado o *Uniform Commercial Code*, como dá notícia Lívio Goellner Goron – A jurisprudência como fonte do Direito: a experiência anglo americana, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 47, abr.-jun. 2004, p. 290.

rescriptum do imperador Adriano, consolidando-se, assim, a supremacia do direito imperial em detrimento de manifestações contestatórias”. Essa *força impositiva* da jurisprudência acabaria por deitar raízes alhures, lembrando o autor que no direito *visigótico* “há vestígios de decisões vinculantes, a partir do próprio código euriciano que viveu durante largo período por suas manifestações posteriores na Espanha, um dos territórios em que se firmou um reino bárbaro com larga duração”.¹⁵

Em nosso país esse direito continental-europeu aportaria por intermédio das “Ordenações” lusitanas que, no capítulo da *jurisprudência*, apresentaram a importante contribuição dos *assentos obrigatórios* e, de maneira geral, serviram como o elo que viria possibilitar a filiação do então incipiente Direito brasileiro à vertente dos países de Direito codicístico, ditos de *civil law*, ou seja, aqueles integrantes da “família romano-germânica”. Sobre esta última, assim se pronuncia René David: “Cette famille groupe les pays dans lesquels la science du droit s’est formée sur la base du droit romain. Les règles du droit sont conçues dans ces pays comme étant des règles de conduite, étroitement liées à des préoccupations de justice et de morale (...)”. Essa família, prossegue, “a son berceau dans l’Europe. Elle s’est formée par les efforts des Universités européennes, qui ont développé depuis le XII siècle, sur la base des compilations de l’empereur Justinien, une science juridique commune à tous, appropriée aux conditions du monde moderne. L’épithète ‘romano-germanique’ est choisie pour rendre hommage à ces efforts communs, déployés à la fois dans les Universités des pays latins et des pays germaniques”.¹⁶

Na Idade Moderna, a *jurisprudência* foi acompanhando o evoluer do Direito, à medida em que este foi sendo reconhecido como uma disciplina autônoma e distinta de outros ramos do conhecimento, que antes o tangenciavam ou com ele se mesclavam. Nesse sentido, é possível formular a pontuação que se segue:

A) destacou-se o Direito da *Moral*, valendo observar que, embora esta e aquele integrem o grande gênero da *Ética* (do grego *ethikós*, a norma de conduta, o que deve ser), diferenciam-se nisso que as regras morais não gozam de *coercibilidade-atributividade-exigibilidade*, justamente os elementos sensíveis nas normas jurídicas; todavia, sobrevivem resquícios daquela primitiva convivência, em pontos diversos da ordem jurídica, como dentre nós a alusão à “moralidade administrativa”, que constitui fundamento autônomo para a ação popular (CF, art. 5.º, LXXIII), ou a exigência da “idoneidade moral

15. Súmula vinculante, *Revista LTr*, vol. 60, n. 10, out. 1996, p. 1.313.

16. *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8. ed., Paris, Dalloz, 1982, p. 23.

e reputação ilibada” para o provimento de certos cargos públicos (CF, art. 73, II), ou ainda no uso de expressões de conteúdo um tanto vago, como a referência à “mulher honesta”, antes elemento do tipo no crime de rapto (CP, art. 219), figura penal depois suprimida pela Lei 11.106/2005; ou, ainda hoje, com as referências à *boa-fé* (CCi, art. 1.268), à *união estável* (CCi, art. 1.723);

B) distinguiram-se Direito e *Costume*, este último precedendo àquele, e surgindo como um verdadeiro *jus non scriptum*, ao qual ainda hoje se recorre para dirimir certas pendências comerciais, constando ainda o costume dentre os meios de integração do Direito (LICCi (1942), hoje redenominada *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro* – Lei 12.376/2010, art. 4.º); a outro giro, o próprio ordenamento processual autoriza o juiz a levar em conta “as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece” (CPC, art. 375).

Cumpra ainda ter presente que a *jurisprudência*, no sentido técnico-jurídico de uma *coleção harmônica e sistemática de acórdãos reiterados sobre uma dada matéria*, vem por vezes chamada *costume judiciário*.¹⁷ No ponto, esclarece André Franco Montoro: “O caráter consuetudinário da jurisprudência foi ressaltado por Savigny no seu ‘Sistema do Direito Romano’. Nesse sentido, a jurisprudência é obrigatória na medida em que se reveste das características do costume judiciário. E isso se dá com a aceitação comum, reiterada e pacífica, por parte dos tribunais, dos preceitos consubstanciados em decisões idênticas”. Na sequência, todavia, esse autor enumera “certas características que permitem distinguir, com clareza, o costume da jurisprudência: 1. O costume é criação da consciência comum do povo e pode originar-se de qualquer setor da coletividade. A jurisprudência é obra exclusiva de um setor apenas da comunidade: o dos juízes e tribunais. 2. O costume nasce naturalmente, como decorrência do exercício de direitos e obrigações. A jurisprudência decorre de decisões sobre casos em conflito. 3. O costume é espontâneo; a jurisprudência é reflexiva: provém do trabalho de reflexão dos julgadores, que recorrem a noções técnicas e a métodos peculiares de investigação e raciocínio”.¹⁸

Esse direito *jurisprudencial* ou *costume judiciário* não se firmou sem fortes resistências, como se deu em Portugal, segundo relata Oscar Tenório:

17. Cf. Paulo Dourado de Gusmão. *Introdução à ciência do direito* cit., p. 123. Mais recentemente, Lênio Luiz Streck, salientando “a aproximação que muitos autores fazem entre a jurisprudência e o costume. Alguns chegam mesmo a denominá-la ‘costume judiciário’, em oposição ao ‘costume popular’”. *Súmulas no direito brasileiro* – Eficácia, poder e função, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 84.

18. Fontes do direito em suas modalidades fundamentais, *Revista de Informação Legislativa*, n. 38, p. 67, Senado Federal, 1972

“No século XVIII, no período autoritário do governo do Marquês de Pombal, a função hermenêutica do juiz era condenada. Os assentos da Casa da Suplicação, tomados em Mesa Grande, dependiam da vontade do monarca, o que se fez em largo período da história de Portugal”.¹⁹

Acerca dos *assentos* da lusitana Casa de Suplicação, ressalte-se o disposto no II, título LVIII, § 1.º das Obrigações Manuelinas: “a determinação que sobre entendimento da dita Ordenação se tomar mandará o Regedor escrever no livrinho para depois não viir em duuida”. Ao propósito, comenta Júlia Raquel Dinamarco: “Esse livrinho era o Livro dos Assentos da Casa de Suplicação onde, uma vez registradas, as *determinações* (é nesse sentido a redação da disposição legal) passariam a gerar efeito geral de obrigatoria observância para os casos futuros semelhantes ou idênticos. A disposição foi mantida nas Ordenações Filipinas”. Na sequência, a autora colaciona alguns daqueles assentos, v.g.: “XIV – *Veda querelar contra os nobres, e outras pessoas amancebadas que não servirem na Côrte*; XLVI – *Sobre a epoca em que se pôde engeitar escravos da Guiné, e outros*”.²⁰

Esse contexto que ora se vai sumariando permite inferir que naquelas priscas eras o Direito e sua interpretação se fundiam na figura do Rei, que em certo modo repassava tal atribuição à Casa da Suplicação, a qual, por sua vez, inscrevia no *Livro da Relação* a interpretação a ser observada, na forma de assentos obrigatórios, “para depois não vir em dúvida”. E, num claro alerta aos juízes, diziam as Ordenações Filipinas (Livro I, t. V, § 5.º): “os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, ou derem sentença em algum feito, tendo algum dêles dúvida no entendimento da dita Ordenação, sem irem ao Regedor, serão suspensos até nossa mercê”. (Neste passo, é interessante um contraste entre esse vetusto texto e aquele que chegou a ser cogitado entre nós, no bojo do Substitutivo n. 13 à PEC n. 96-A/92, cujo projetado § 4.º ao art. 111 da CF previa: “O descumprimento das decisões sumuladas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, por agente político ou por agente público, é motivo para a perda do cargo e responsabilização pelos danos patrimoniais provocados, com decretação de indisponibilidade dos bens, sem prejuízo das demais sanções previstas em lei”).

A outro giro, na França monárquica a atividade judicial era, no mínimo, vista com *desconfiança*, restringindo-se o magistrado a atuar como *la bouche*

19. A formação judicial do direito, *Revista Forense*, n. 211, p. 5.

20. *Súmula vinculante*, tese (doutorado), FADUSP, 2000, sob orientação do Prof. José Rogério Cruz e Tucci, p. 71, 72, 85, 86.

qui prononce les paroles de la loi, sem maiores elásticos, o que explica ter a *Cour de Cassation*, em sua origem, finalidade francamente censória-fiscalizatória. No ponto, Fábio Cardoso Machado: “(...) a cassação pós-revolucionária tinha um propósito francamente autoritário, pois pressupunha não a independência da função jurisdicional, e sim a sua estrita subordinação ao Poder Legislativo. E revela uma das singulares características da feição que a nossa tradição jurídico-política atribuiu ao princípio da separação dos poderes: o soberano poder do povo não se manifesta em qualquer medida pelo Poder Judiciário, mas exclusivamente através da atividade legislativa, à qual os juízes devem subordinar-se passivamente aplicando a lei, manifestação da vontade geral”.²¹

À parte esses períodos históricos, pode-se dizer que a jurisprudência foi, gradativamente, firmando-se como elemento de renovação e arejamento do direito escrito, apresentando-se como fator de temperamento, humanização e atualização da *fria letra da lei*. Nesse sentido, exemplifica Washington de Barros Monteiro que, embora o Código de Napoleão tenha proscrito a cláusula de inalienabilidade, a intervenção jurisprudencial logrou atenuar tal rigor, “passando a admitir-lhe a validade nos três casos seguintes: a) quando conexa a um ato de alienação; b) quando temporária; c) quando justificada por legítimo interesse”.²² (Ainda hoje se nota essa aptidão da jurisprudência para flexibilizar, atualizar e contextualizar o texto normativo, como, por exemplo, o fez o STJ em face da Lei 8.009/90 sobre a impenhorabilidade do bem de família, ao emitir a súmula 486: “É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou moradia da sua família”, parecendo-nos tratar-se, aí, de jurisprudência *praeter legem*).

O *ius respondendi* exercido pelos jurisconsultos romanos guardaria, em nossos dias, alguma relação com o labor dos juristas e cultores do chamado Direito *Doutrinal*. Nesse sentido, hoje fala-se em “peso doutrinário” ou mesmo em “argumento de autoridade”, em face do pronunciamento de jurista renomado ou notoriamente especializado em determinado campo. Em ocorrendo que uma determinada posição jurídica venha perfilhada por vários autores, forma-se o que se costuma chamar *corrente doutrinária*, cuja influência é naturalmente maior do que a opinião isolada. Ainda assim, impende ter presente que remanesce a natureza privada, opinativa, a saber, *não*

21. Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às Súmulas de jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sócio-cultural e político-jurídica, *RePro* n. 124, jun. 2005, p. 142.

22. Da jurisprudência cit., *Revista Forense*, n. 202, p. 373.

oficial da exegese doutrinal, o que explica a inexistência de recursos judiciais ou de direitos subjetivos calcados uns e outros *apenas* em entendimento doutrinário, mesmo que pacífico ou prevalecente. Como observa Paulo Dourado de Gusmão: “A doutrina não é, segundo a opinião dominante, em nossa época, fonte imediata de direito positivo, pois não têm mais os juristas o *jus respondendi*. Só indiretamente a doutrina contribui para a formação do direito positivo, indicando reformas aos legisladores, originando uma interpretação comum, usual, do direito positivo”²³.

Conquanto não se reconheça à doutrina o papel de *fonte imediata* do Direito, fato é que, amiúde, o labor doutrinário acaba *pavimentando* o caminho ou dando *apoio logístico* para importantes *inovações legislativas*, como se verifica, dentre outras, nestas ocorrências: a) a identificação de uma *litigiosidade contida*, ao interno de vasto segmento social com dificuldade para acessar a Justiça, deu ensejo à criação dos Juizados Especiais para causas cíveis de menor complexidade e infrações criminais de menor potencial ofensivo (CF, art. 98, I; Leis 9.099/95 e 10.259/2001); b) o alerta doutrinário para a premente necessidade de maior *efetividade* do processo e presteza na resposta judiciária veio dar respaldo à introdução de tutelas judiciais *diferenciadas*, como a ação monitória, as antecipações de tutela, a prolação de comandos judiciais para prestação específica do objeto (respectivamente: CPC, arts. 700, *caput*; 303, *caput* e 305 e parágrafo único; 536 e § 1º), a par da constitucionalização do direito à *razoável duração dos processos* (art. 5.º, LXXVIII, cf. EC 45/2004); c) a recepção doutrinária dos chamados *interesses difusos* – mote da *segunda onda* de renovação do processo civil –²⁴ e a ênfase na necessidade de sua proteção judicial, levaram à inserção daqueles valores

23. *Introdução à ciência do direito* cit., p. 120. (Uma modalidade contemporânea de *ius respondendi* pode ser perscrutada nos pronunciamentos do STF nas *arguições de descumprimento de preceito fundamental* (CF, art. 103, § 1.º; Lei 9.882/99), observando Georghio Alessandro Tomelin: “A máxima segundo a qual o Poder Judiciário não responde a consultas vale para todos os temas que não os ligados a preceitos fundamentais” (Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento para uma remodelada “interpretação autêntica” dos direitos fundamentais, in Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (coords.), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, São Paulo, Malheiros: 2003, p. 660). A outra hipótese reside na atribuição ao TSE para “responder, sobre matéria eleitoral às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político” (Lei 4.737/65 – *Código Eleitoral* – inciso XII do art. 23).

24. Sobre esse ponto, v. Mauro Cappelletti, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, 1975. Também, o nosso *Interesses Difusos* – conceito e legitimação para agir, 9. ed., São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2019, p. 165 e s.

no ordenamento positivo (CF, art. 129, III; Lei 8.078/1990, art. 81, parágrafo único e incisos; Lei 7.347/85, art. 1.º, IV).

Isso tudo, sem descurar hipóteses em que a jurisprudência, recepcionando alvitre doutrinários, acaba formulando o adequado *temperamento* na exegese de textos controvertidos, como se dá, v.g., nas ações renovatórias de locação não residencial, no tocante ao quesito do prazo contratual de cinco anos *ininterruptos* (Lei 8.245/91, art. 51, II). Na antiga *Lei de Luvas* (Dec. 24.150/34, art. 2.º, b), aquele adjetivo – *ininterrupto* – não aparecia, de sorte que, vindo depois inserido no *jus novum*, permitiu a Theotonio Negrão inferir que a *mens legis* fora a de “vedar a *accessio temporis* quando haja solução de continuidade entre um contrato e outro de locação. Caberá à jurisprudência, portanto, verificar, em cada caso, se não existiu, da parte do locador, a intenção de burlar a lei e impedir a renovação da locação. Se isso tiver ocorrido, a ação renovatória não poderá deixar de ser julgada procedente, sob pena de violação do art. 45”.²⁵

Impende ainda aduzir que a jurisprudência apresenta uma importância variável, a depender do contexto de valores e interesses imperantes num determinado espaço-tempo, e ainda, de acordo com o modelo político-institucional adotado no pacto fundamental de cada país. Considere-se que alguns países, como o nosso, enquadram-se na vertente romano-germânica (família *civil law*), de natureza codicística, onde prepondera a norma escrita, enquanto outros se filiam à família *common law*, onde o primado recai no *precedente judiciário*. É de se considerar, também, as peculiaridades da organização judiciária de cada país, havendo os que, como o Brasil, têm *jurisdição una*, e outros, como a França, que contam com o *contencioso administrativo*. E nesse contexto não pode ainda ser descurada a própria *índole* de cada povo: alguns apresentam uma tendência natural ao cumprimento *espontâneo* das normas, assim como à autocomposição dos conflitos, ao passo que outros revelam natureza resistente ao comando normativo, revelando-se outrossim refratários às formas alternativas de composição, o que se traduz, no plano judiciário, numa postura marcadamente *demandista*.

É dizer, com António M. B. Hespanha: “Se, no agir de todos os dias, tivéssemos que invocar a lei ou que recorrer aos tribunais para fazer reconhecer os nossos direitos, a convivência seria pura e simplesmente impossível”.²⁶

25. *Código Civil e legislação civil em vigor*, 15. ed., São Paulo, Saraiva, 1996. Nota nº 4 ao art. 51 da Lei 8.245/91.

26. *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*, Fundação Calouste Gulbekian, Porto, 1993, p. 23. *Apud* Alberto Nogueira, *Segurança jurídica, liberdade e Súmula vinculante*, *Revista Ciências Sociais*, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, dez. 1977, p. 66.

A *postura demandista* está à base do expressivo número de recursos (CPC, art. 994), aos quais se somam os de base *regimental* e ainda os chamados *sucedâneos* de recursos, tudo a engendrar situações que beiram o paroxismo, como dá notícia Vicente Greco Filho: “Todos sabemos que nosso sistema recursal é dos mais complexos do mundo. Disse-me uma ocasião um Ministro do STF que julgara um recurso cujo nome tinha três linhas: tratava-se de algo como ‘embargos de declaração em agravo regimental de despacho de indeferimento de embargos de divergência em agravo de despacho denegatório de recurso extraordinário’. O pior é que esse recurso existe”.²⁷

1.2 PRECISÕES TERMINOLÓGICAS

A palavra *jurisprudência* não apresenta um conteúdo unívoco, ao longo da evolução do Direito, no tempo e no espaço. Sob o primeiro ângulo, ainda no Direito Romano, o termo se apresentava plurívoco, assim valendo para identificar um “Direito Pretoriano” (os éditos baixados pelos magistrados, com maior carga de *imperium* do que de *cognitio*), como para significar os *repositórios*, que, segundo Paulo Dourado de Gusmão, “ou são coleções de *responsa* dos jurisconsultos do período clássico, ou são interpretações, desprovidas de originalidade, das obras do período anterior”.²⁸

De outra parte, sob o enfoque espacial, o termo “jurisprudência” toma acepções diferentes, conforme se trate de um sistema jurídico: *i*) afeto à *common law* (direito anglo-saxão, onde predomina a aplicação do *precedente judiciário* – o *stare decisis*) ou, *ii*) jungido ao sistema dito *continental europeu* (países filiados à família romano-germânica, ou da *civil law*, onde o primado repousa na norma legal). Nesse sentido, assinala Natacha Nascimento Gomes Tostes: “Destarte, pode-se verificar que nos sistemas da *common law* apenas constitui precedente vinculante o que está expresso na *ratio decidendi*, tendo eficácia meramente persuasiva aquilo que consta na esfera da *obiter dictum*. Transpondo o instrumento para os sistemas de direito escrito, a relevância da distinção repousa na perfeita identificação das razões que levaram à formação da jurisprudência constante, ou mesmo da Súmula, para que, nos casos futuros, se verifique a identidade ou a similitude do caso em exame com

27. Questões sobre a Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998. In: Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior (coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo: RT, 1999, p. 600.

28. *Introdução à ciência do direito cit.*, p. 6.

os anteriormente decididos, aplicando-se, a bem da garantia da segurança jurídica, o que já assentado”.²⁹

Em outro senso, a palavra “jurisprudência” pode ainda ser utilizada para significar a tendência exegética predominante num determinado Tribunal, acerca de certo tema; assim, pode-se dizer, *v.g.*, que a *jurisprudência do STJ*, sobre determinada matéria, encontra-se *estabilizada* neste ou naquele sentido.

A configuração *plurívoca* do termo em questão, a par do crescente clamor pela *uniformização da jurisprudência e a correlata segurança jurídica*, a par do implemento dos meios para sua consecução (“súmula vinculante”, “súmulas persuasivas”, “precedentes judiciais obrigatórios”, “enunciados normativos”, “questões de ordem”, “decisões-quadro”, “temas” extraídos de recursos extraordinários julgados com repercussão geral), tudo está a reclamar uma prévia clarificação conceitual, para que se possa, na sequência, aprofundar a análise dos muitos pontos controvertidos e complexos ensinados pelo tema.

Dentre esses tantos *pontos nevrálgicos*, considerem-se os elencados nesta singela pontuação: Decisões de primeiro grau, quando uniformes, configuram “jurisprudência”? É possível e, em caso positivo, será conveniente e oportuna a uniformização já em primeiro grau? A divergência entre julgados constitui um mal em si, a ser prevenido ou reprimido? Ou, ao contrário, o dissenso pretoriano há de ser visto como uma contingência previsível e tolerável, num modelo jurídico-político em que o magistrado forma livremente sua convicção, realizando em cada caso a subsunção da norma ao fato? O *duplo grau de jurisdição* já não bastaria a assegurar, razoavelmente, uma resposta judiciária de boa qualidade, na medida em que o órgão colegiado *ad quem* tem oportunidade de corrigir os *errores in procedendo vel in iudicando* porventura verificados no julgado recorrido? A uniformização pretoriana desejável é a que se pode estabelecer entre Tribunais diversos, ou deveria limitar-se a cada Tribunal *de per si*? Os critérios dessa uniformização hão de ser os mesmos, tanto no campo da jurisdição singular como no da coletiva?³⁰ O trato processual coletivo dos chamados *conflitos de massa*, que contrapõem interesses metaindividuais, já não bastaria para prevenir os virtuais dissídios jurisprudenciais e uniformizar os já ocorrentes, nessa dimensão coletiva?³¹

29. Uniformização de Jurisprudência, *Revista de Processo*, n. 104, out.-dez. 2001, p. 204.

30. Sobre o que se entende por “jurisdição coletiva”, v. o nosso *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 84 e ss.

31. Escrevem José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier: “Criações legislativas, como as ações coletivas, têm grande potencial para

Corolariamente, o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada *coletiva* para o âmbito das demandas individuais subjacentes (CDC – Lei 8.078/90, arts. 103, § 1.º e 104), já não seria suficiente para evitar a proliferação desmesurada das chamadas demandas seriais, mormente em se considerando que a parte processual do CDC (título III) aplica-se à defesa dos interesses metaindividuais, cf. art. 21 da Lei 7.347/85? O caráter *obrigatório* da jurisprudência sumulada é compatível com o nosso regime jurídico-político? A Súmula, *quando vinculativa*, deve ser apanágio dos Tribunais da Federação (STF/STJ) ou caberia estendê-la aos demais Tribunais do País? O CPC, dizendo no art. 927, *caput*, que “os juízes e tribunais *observarão*” (os padrões decisórios elencados nos incisos), e dizendo, no § 3º do art. 947, que o “acórdão proferido em assunção de competência *vinculará* todos os juízes e tribunais, exceto se houver revisão de tese”, significa que houve uma mutação em nosso regime jurídico-político, o qual passa a reconhecer certas formas otimizadas de jurisprudência como fonte e forma de expressão do Direito, ao lado da norma legal? O mesmo se aplicaria à ação rescisória fundada em decisão que “violar manifestamente norma jurídica” (CPC, art. 966, V), hipótese que também se aplica à decisão reportada a preceito jurisprudencial vinculativo, não tendo, todavia, “considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento” (§ 5º desse artigo), ou seja, que não procedeu ao devido *distinguishing*?

Em outras palavras, cabe indagar: é apenas a lei – enquanto norma obrigatória, geral, abstrata e impessoal, emanada do Parlamento – que deve ser *igual para todos* (CF, art. 5.º, *caput*), ou, numa visão mais abrangente e *holística* do Direito e da realidade brasileira, essa desejável isonomia haveria de se estender também à lei quando venha interpretada e aplicada judicialmente aos casos concretos? Em suma: é plausível que a isonomia se aplique à *norma legislada*, mas não atue em face da *norma julgada*? É admissível ter-se uma *dualidade no conteúdo axiológico* da norma, por modo que ela seja *igual para todos*, enquanto abstratamente posta no ordenamento, mas torne-se variável e cambiante quando vem a ter o seu *momento judiciário*?

Ao propósito, ponderam José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier: “De nada adiantaria um princípio constitucional, cujo destinatário é o legislador, se o Judiciário não tivesse de seguir idêntica orientação. O princípio da isonomia recomenda que não

fazer com que pessoas que estejam em situação idêntica recebam tratamento idêntico do Judiciário, que deverá disciplinar da mesma forma a situação de todos” (A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. *Revista do Advogado* (AASP), n. 92, jul. 2007, p. 8).

se decida diferentemente, em face de casos iguais. Só assim será proporcionada plena aplicabilidade do princípio da legalidade, funcionando ambos *engrenadamente*”.³²

Passando em revista as prestigiadas classificações de José Afonso da Silva, Celso Antonio Bandeira de Mello e Luís Roberto Barroso acerca da tipologia das normas constitucionais, sob o prisma de sua efetividade ou exigibilidade,³³ Jorge Hage Sobrinho observa que essa eficácia deve ser vista sob o prisma *jurídico* (“a capacidade de produzir efeitos”) e sob o prisma *social* (“o cumprimento efetivo do Direito na sociedade, no mundo dos fatos”). Na sequência, ponderando que “não há como pensar em efetividade (ou eficácia social) sem que esteja assegurada, antes, a eficácia jurídica da norma”, conclui Hage Sobrinho que *todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica*, podendo apenas ocorrer certas variações no grau dessa efetividade.³⁴

Portanto, à exceção das (poucas) normas constitucionais que se podem dizer *programáticas* (v.g., a que estabelece a meta de “reduzir as desigualdades sociais e regionais” – CF, art. 3.º, III), nas quais se reconhece uma certa indeterminação conceitual, permitindo uma certa flexibilidade na atuação política do Estado, no mais, e como regra, as normas constitucionais não de ser vistas como *atributivas e exequíveis*, ainda quando comportem ou reclamem alguma regulamentação (v.g., como se deu com o pré-requisito genérico da “repercussão geral da questão constitucional”, no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário – CF, art. 102, § 3.º), cujo conteúdo vem explicitado no art. 1.035 e § 1º do CPC.

É dizer, se a Constituição assegura que “todos são iguais perante a lei” (art. 5.º, *caput*), entendida a *lei* no sentido de norma estatal de obrigatoriedade geral, é logicamente imperioso que essa isonomia seja válida tanto em face da *norma legislada* (= produto final da atividade parlamentar), como perante a *norma julgada*, ou seja, quando o texto de regência vem subsumido aos fatos de uma lide, no bojo de uma ação judicial.

32. Art. cit., *Revista do Advogado* (AASP) n. 92, jul.2007, p. 14.

33. José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2. ed., São Paulo, RT, 1982; Celso Antonio Bandeira de Mello, *Eficácia das normas constitucionais*, Tese apresentada à IX Conferência Nacional da OAB, Florianópolis, 1982; e Luís Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 3. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1996.

34. A realização da Constituição, a eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção, *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 9, p. 114-118, jan.-jun. 1997, *passim*

A se entender de outro modo, se chegaria a uma situação de verdadeira *aporia*, em que ninguém mais estaria seguro de seus direitos, o que se traduziria em injustiça social, prejuízo para os jurisdicionados, insegurança jurídica e desprestígio para o Judiciário. No ponto, analisa Natacha Nascimento Gomes Tostes: “É que a pulverização de decisões judiciais, traduzindo entendimentos os mais díspares, deixa em situação de perplexidade a população, mormente quando um gama dessas decisões judiciais não reflete a chamada ‘consciência coletiva’. Pode-se, destarte, afirmar que, em virtude de tal ocorrência, o Poder Judiciário, que teria como função primordial a pacificação dos conflitos sociais, através da aplicação do Direito, tem se tornado, muitas vezes, fonte de criação de novos conflitos, inserindo, na esfera íntima dos envolvidos nos litígios, e em toda a sociedade, a sensação de injustiça. Ou seja, caminha o Judiciário exatamente no sentido contrário à sua função primordial. (...) É que, se dois casos idênticos recebem tratamento diverso, qual das decisões é justa, e qual é injusta? Onde se efetuou a distribuição da Justiça? Cremos, assim, que em nenhuma das hipóteses pode se falar em verdadeira distribuição de Justiça, já que houve uma desestabilização da ordem. Sujeitar o indivíduo, portanto, à ‘loteria das decisões judiciais’ pode ser considerado um dos caminhos mais propícios para a desestruturação da ordem e para o não cumprimento dos preceitos insculpidos na Carta de 1988”³⁵

Não por outro motivo, prevê o CPC no art. 926, *caput*: “Os tribunais *devem* uniformizar sua jurisprudência e *mantê-la* estável, íntegra e coerente”; é também por conta da *eficácia expandida* dos preceitos jurisprudenciais impositivos que o art. 311 do CPC autoriza o juiz a conceder *tutela da evidência*, ainda na fase postulatória, quando “(...) III – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

A indagação fundamental seria, portanto, a seguinte: A isonomia estabelecida pelo constituinte se reduz àquela meramente formal, virtual, retórica, afirmada como princípio ou diretriz, ou, antes e superiormente, deve ser real, efetiva, exigível, compreendendo o *tratamento equânime dos jurisdicionados diante da norma*, quando esta vem aplicada pelo Estado-juiz aos casos concretos? Está a se falar de isonomia abstrata/teórica ou concreta/exigível?!

Ao propósito, aduz José Celso de Mello Filho, então Ministro do STF: “O tratamento discriminatório só se legitima, juridicamente: a) em função de expressa disposição constitucional; ou b) em virtude de pressupostos lógicos

35. Uniformização de jurisprudência cit., *RePro* n. 104, out.-dez. 2001, p. 194.