



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A CONGRUÊNCIA COMO PARÂMETRO DE PROTEÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES
NA EDIÇÃO DE ENUNCIADOS VINCULANTES

Mário Henrique de Araújo Ciraudó

Rio de Janeiro
2017

MÁRIO HENRIQUE DE ARAÚJO CIRAUDO

A CONGRUÊNCIA COMO PARÂMETRO DE PROTEÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES
NA EDIÇÃO DE ENUNCIADOS VINCULANTES

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A CONGRUÊNCIA COMO PARÂMETRO DE PROTEÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA EDIÇÃO DE ENUNCIADOS VINCULANTES

Mário Henrique de Araújo Cirauco

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Petrópolis – (UCP). Advogado

Resumo – A Emenda Constitucional nº 45/04 outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para editar súmula com efeitos vinculantes para o poder judiciário e para a Administração Pública. Em seguida, foi editada a Lei nº 11.417/06, que disciplinou tal instituto. Cerca de dez anos depois, entrou em vigor o novo Código Processo Civil, consolidando um amplo sistema de valorização dos precedentes no direito brasileiro ao criar o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Dentro desse contexto, este estudo tem como objetivo analisar o papel da súmula vinculante nesse novo sistema, debater os limites da sua legítima edição e perquirir a viabilidade de se empregar a técnica do *ampliative distinguishing*, de origem norte-americana, na aplicação dos enunciados vinculantes.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Súmula Vinculante. Separação de Poderes. Congruência.

Sumário - Introdução. 1. O papel da súmula vinculante no sistema de precedentes criado pelo novo Código de Processo Civil. 2. A congruência como limite para a legitimidade para a edição dos enunciados vinculantes. 3. É possível ampliar o alcance de um precedente? A solução do direito norte-americano: o *ampliative distinguishing*.

INTRODUÇÃO

O art. 103-A, da CRFB, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/04, outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para, presentes determinados pressupostos, editar enunciados com força vinculante para o poder judiciário e para a administração pública. Assim, fortaleceu-se ainda mais a autoridade de um tribunal que, em decorrência do modelo constitucional brasileiro, já protagonizava cenas importantes no cenário jurídico-político nacional.

Em seguida, foi editada a Lei nº 11.417/06, que regulamentou o supramencionado dispositivo. Quase dez anos depois, foi publicado o novo Código de Processo Civil, que manteve a tendência de valorização dos precedentes judiciais e que, inclusive, trouxe novas aplicações práticas para a súmula vinculante, como, por exemplo, a de servir de fundamento para a concessão de tutela da evidência.

Trata-se, portanto, de instituto em plena evolução no direito brasileiro, cujo uso encontra-se em termos experimentais, seja pelo seu pouco tempo de criação, seja pela inovação da valorização dos precedentes judiciais num sistema jurídico de tradição romano-germânica. Certamente, por esses motivos, a prática demonstre a existência de algumas imperfeições que podem ser lapidadas. É sobre uma dessas questões que este estudo visa a examinar.

Sabe-se que o princípio da separação dos poderes constitui um dos principais fundamentos de limitação ao exercício das funções do Estado, motivo pelo qual pode-se questionar a legitimidade de determinados enunciados vinculantes por possível violação à congruência, compreendida como corolário das virtudes passivas da jurisdição.

No plano teórico, a violação à congruência põe em xeque a própria constitucionalidade desses enunciados, tendo em vista a ausência de legitimidade democrática do STF para a prática de atos com tais características. No plano prático, aumenta-se a tensão institucional entre o poder legislativo e o poder judiciário, bem como cria-se um espaço de incerteza na aplicação e na impugnação desse instituto.

No primeiro capítulo, busca-se analisar a relevância da súmula vinculante dentro do sistema de precedentes consolidado pelo CPC/15, especialmente como instrumento para racionalização da atividade jurisdicional.

No segundo capítulo, pretende-se compreender a congruência como um limite para a legítima edição de enunciados vinculantes. Ressalta-se que foram escolhidos como exemplos os enunciados de números 2, 11, 23, 28 e 39 tendo em vista que, nos debates das suas edições, houve expressa menção, entre os ministros, de que estar-se-ia a criar enunciados com alcance mais abrangente do que os dos seus respectivos precedentes.

No terceiro capítulo, buscando inspiração no sistema da *Common Law*, objetiva-se analisar se há viabilidade do emprego da técnica do *distinguishing* para, legitimamente, aplicar enunciado vinculante a casos que não guardam perfeita analogia com os precedentes de sua respectiva edição.

Por fim, salienta-se que, neste trabalho, aplica-se o método hipotético-dedutivo com pesquisa bibliográfica essencialmente focada em documentos fornecidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

1. O PAPEL DA SÚMULA VINCULANTE NO SISTEMA DE PRECEDENTES CRIADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Há cinquenta anos, a sobrecarga de trabalho já se apresentava como um importante desafio a ser vencido pelo Supremo Tribunal Federal, sendo as ações repetitivas e o desconhecimento de sua jurisprudência pelos seus próprios integrantes as principais causas dos entraves operacionais da corte¹. Tornava-se, portanto, evidente a necessidade de um novo método de trabalho. Em 1964, na famosa palestra intitulada “Atualidade do Supremo Tribunal”, o ministro Vítor Nunes Leal narrou detalhadamente o fardo asfixiante em que o Supremo mergulhava, e indicou a necessidade de se consagrar a jurisprudência estável do Supremo Tribunal Federal como meio de facilitar o conhecimento geral das suas decisões e de agilizar o julgamento de causas repetitivas cujos precedentes já expressavam o entendimento pacificado do Tribunal, afirmando que:

bastaria simplificar o exame dos processos rotineiros, não mediante vaga a alusão a nossa jurisprudência, mas com precisa indicação dos precedentes em que a matéria foi mais amplamente apreciada. Para isso, seria indispensável um sistema oficial e singelo de remissão a esses precedentes, para bem observar o princípio legal da fundamentação do julgado².

Assim, realizando um esforço para solucionar o congestionamento processual do STF, Nunes Leal projetou a “Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal”³, como um conjunto de enunciados enumerados em que cada um deles veiculava a tese jurídica fixada pela jurisprudência do Tribunal em precedentes respectivamente indicados, ao qual se atribuíam determinados efeitos jurídico-processuais que permitiam aos relatores, basicamente, o indeferimento monocrático ou o não recebimento de recursos quando contrariassem enunciado nele compreendido. Tratava-se, a rigor, de instituto precursor da súmula vinculante criada pela Emenda Constitucional nº 45/05⁴.

Com a edição do CPC/15⁵, a súmula vinculante passou a figurar ao lado de outros institutos valorizadores dos precedentes dos tribunais, também dotados de efeitos vinculantes,

1 FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O legado do ministro Victor Nunes Leal: defesa e construção de uma corte suprema democrática*. Disponível em: <<http://ivnl.com.br/wp-content/uploads/2017/03/o-legado-de-victor-nunes-leal-eric-baracho.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

2 LEAL, Vitor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 208, out. 1964, p. 17.

3 Instituída por meio da Emenda Regimental de 28/08/1963 no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

4 BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45/05*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.

5 BRASIL, op. cit., nota 6.

tais como o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987, do CPC/15⁶), o incidente de assunção de competência (art. 947, do CPC/15⁷) e dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (arts. 1.036 a 1041, do CPC/15⁸).

Cada um desses institutos observa pressupostos, requisitos e procedimentos próprios. No entanto, todos consistem em técnicas para racionalizar o exercício da atividade jurisdicional, dando máxima efetividade a princípios como o da isonomia, o da razoável duração do processo e o da segurança jurídica.

Especificamente em relação à súmula vinculante, quanto à isonomia (art. 5º, caput, da CRFB/88⁹), busca-se sua máxima efetividade em razão de garantir que haverá a aplicação de decisões análogas para casos análogos, reduzindo, portanto, a influência da “loteria” do distribuidor. Ainda que, eventualmente, o magistrado de primeiro grau não prestigie a correta aplicação da súmula vinculante, a parte interessada poderá propor reclamação junto ao STF para impugnar tal decisão.

Quanto à segurança jurídica (art. 5º, caput, da CRFB/88¹⁰), dá-se máxima efetividade a esse valor tendo em vista que haverá maior previsibilidade do sentido do provimento jurisdicional. Além disso, em razão da eficácia perante a Administração Pública (art. 103-A, da CRFB/88¹¹), o cidadão saberá, de antemão, qual deverá ser a postura da Administração Pública diante de hipótese já contemplada na súmula vinculante. Naturalmente, caso o administrador público pratique ato que descumpra enunciado vinculante, o prejudicado poderá propor reclamação junto ao STF para impugnar o referido ato (art. 103, §3º, da CRFB/88¹²).

Quanto à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVII, da CRFB/88¹³), a súmula vinculante permite a abreviação procedimental e o cabimento de reclamação constitucional (art. 103, §3º, da CRFB/88¹⁴). Em relação à abreviação procedimental, há exemplos que ocorrem ainda na fase postulatória do processo. O primeiro consiste numa novidade trazida pelo CPC/15¹⁵, a tutela antecipada de evidência (art. 311 do CPC/15¹⁶), que quando tiver fundamento em

6 Ibid.

7 Ibid.

8 Ibid.

9 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 mai. 2017.

10 Ibid.

11 Ibid.

12 Ibid.

13 Ibid.

14 Ibid.

15 BRASIL, op. cit., nota 6.

16 Ibid.

súmula vinculante, até permitirá decisão liminar (art. 311, parágrafo único, do CPC/15¹⁷). O segundo consiste na improcedência liminar do pedido (art. 322 do CPC/15¹⁸), que permite o julgamento da causa sem nem mesmo a citação do réu. Observa-se assim que, na etapa postulatória, a existência da súmula vinculante poderá provocar abreviação procedimental apta a ter efeito satisfativo tanto em relação ao interesse do autor, como em relação ao interesse do réu.

Nesse contexto, percebe-se que, diante da ainda atual sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal Federal, a súmula vinculante, instituto de edição exclusiva desse tribunal, busca atender imperativos de ordem prática para o regular exercício da jurisdição já sinalizados pelo ministro Nunes Leal¹⁹ ainda na década de sessenta do século passado. Portanto, diante de suas peculiaridades – como a de só poder ser editada pelo STF, produzir efeitos *erga omnes* e obrigar a Administração Pública – pode-se concluir que a súmula vinculante exerce um papel especial e inconfundível no atual sistema de precedentes do direito brasileiro. Seguramente, pode-se afirmar que foi o sucesso de seu desenvolvimento que encorajou o legislador a dar outros passos em direção à *Common Law*, prestigiando os precedentes judiciais em diversos institutos no CPC/15²⁰.

2. A CONGRUÊNCIA COMO LIMITE PARA LEGITIMIDADE PARA A EDIÇÃO DOS ENUNCIADOS VINCULANTES

Os efeitos da súmula vinculante atingem o Poder Judiciário e a Administração Pública, aproximando-se da lei. Entretanto, tal súmula emana do Supremo Tribunal Federal, órgão estatal destituído de legitimidade representativa. Então, como garantir que atos judiciais com efeitos gerais não ultrapassem a fronteira de sua legítima edição? Sob este título, analisa-se a praxe do STF no desenvolvimento da súmula vinculante.

A congruência é corolário da inércia jurisdicional e, evidentemente, também deve ter aplicação na edição de enunciados vinculantes. Dessa maneira, cada enunciado deve corresponder ao exato conteúdo dos precedentes, não podendo dispor sobre hipóteses não

17 Ibid.

18 Ibid.

19 LEAL, op. cit.

20 BRASIL, op. cit., nota 18.

decididas, sob pena de frustrar sua legitimidade. Luís Roberto Barroso, ao examinar o tema, afirma que “respeitando-se essa exigência – correspondência fiel entre o enunciado sumular e o conteúdo decisório dos julgados de origem -, a edição de súmula vinculante não caracterizará usurpação da competência legislativa²¹”.

À medida que o conteúdo do enunciado vinculante fosse diverso daquele decidido nos precedentes que lhe deram origem, haveria afronta à separação de poderes, acarretando, portanto, exercício ilegítimo da função legislativa. O constituinte reformador não permitiu que o STF editasse atos gerais sem conexão com casos concretos, tal como ocorre em alguns países, segundo informa Mauro Cappelletti:

e, mais uma vez, operam com competência legislativa, ao invés de judiciária, quando exercem, como na hipótese das cortes supremas dos países da Europa oriental, o poder de emanar “diretivas” gerais em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto²².

O próprio conceito de súmula como “enunciados sintéticos da jurisprudência de um tribunal, nos quais se refletem linhas de decisões reiteradamente tomadas sobre determinados pontos de direito”²³ impede que tais verbetes sejam editados sem correspondência ao estritamente decidido nos precedentes. Entretanto, a praxe do STF na edição dos enunciados vinculantes nem sempre permanece adstrita a esses contornos.

Em relação ao enunciado n.º 2²⁴, o STF indica seis precedentes, a ADI n.º 2690/RN²⁵, a ADI n.º 3277/PB²⁶, a ADI n.º 2996/SC²⁷, a ADI n.º 3147/PI²⁸, a ADI n.º 3183/MS²⁹ e a ADI n.º 2847/DF³⁰ e, em todos, declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que dispunham sobre bingos e loterias. Ocorre que o conteúdo do enunciado é mais abrangente, conforme se percebe através da simples leitura do enunciado: “É inconstitucional a lei ou ato normativo

21 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

22 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 81.

23 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 173.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia/SumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

25 Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 2.690/RN*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266888>>. Acesso em: 20 out. 2017.

26 Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 3.277/PB*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459632>>. Acesso em: 20 out. 2017.

27 Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 2996/SC*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363277>>. Acesso em: 20 out. 2017.

28 Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 3147/PI*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363321>>. Acesso em: 20 out. 2017.

29 Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 3183/MS*. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363329>>. Acesso em: 20 out. 2017.

30 Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 2847/DF*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266940>>. Acesso em: 20 out. 2017.

estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

O Ministro Marco Aurélio³¹, na sessão em que o Supremo aprovou a edição do referido enunciado, ao notar a maior abrangência do que estava a ser sumulado, ponderou que “nesses processos não apreciamos qualquer lei que houvesse disposto sobre consórcios e sorteios. Logo, a referência no verbete a consórcios e sorteios, a meu ver, mostra-se discrepante dos precedentes”. Desse modo, alargou-se o alcance do enunciado em relação aos precedentes.

O enunciado n. 11³² causa polêmica por diversos aspectos, mas para os fins deste trabalho, deve-se analisar o exame da congruência. O STF indicou quatro precedentes, dos quais três, o HC n.º 91.952/SP³³, o RHC n.º 56.465/SP³⁴ e o HC n.º 71.195/SP³⁵ tratam do uso de algemas em audiência e, em apenas um, o HC n.º 89.429/RO³⁶, garantiu-se o direito de não ser algemado no momento da captura. No entanto, tal enunciado faz alusão inclusive à responsabilização do agente que aplicar as algemas, tema que não fora objeto de análise em nenhum dos supramencionados precedentes.

Com relação ao enunciado n.º 23³⁷, houve situação parecida com a do enunciado n. 2. Nos precedentes que basearam a edição do enunciado, o RE n.º 579.648/MG³⁸, o CJ n.º 6959/DF³⁹, o RE n.º 238.737/SP⁴⁰, o RE n.º 555.075/SP⁴¹ e o RE n.º 576803⁴², o STF decidiu a respeito da espécie, mas o conteúdo do enunciado tratou do gênero. Os tais precedentes versaram sobre a competência da justiça do trabalho para julgar interdito proibitório em

31 Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n. 2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_01_02_03__Debates.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

32 BRASIL, op. cit., nota 29.

33 Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 91.952/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 20 out. 2017.

34 Idem. Supremo Tribunal Federal. *RHC n.º 56.465/SP*. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=96906>>. Acesso em: 20 out. 2017.

35 Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 71.195/SP*. Relator: Francisco Rezek. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72948>>. Acesso em: 20 out. 2017.

36 Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 89.429/RO*. Relator: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>>. Acesso em: 20 out. 2017.

37 BRASIL, op. cit., nota 29.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 579.648/MG*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579797>>. Acesso em: 20 out. 2017.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *CJ n.º 6.959/DF*. Relator: Ministro Célio Borja. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=30431>>. Acesso em: 20 out. 2017.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 238.737/SP*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=256201>>. Acesso em: 20 out. 2017.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 555.075/SP*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000060364&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 17 out. 2015.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 576.803*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000063510&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20 out. 2017.

decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada. Ocorre que, em vez de dispor apenas sobre “interdito proibitório”, o enunciado veiculou a expressão “ação possessória”, consignando assim, a competência da Justiça do Trabalho para julgar todas as espécies de ações possessórias e não apenas o interdito proibitório.

Mais uma vez, o Ministro Marco Aurélio⁴³ se opôs a edição de enunciado com alcance maior do que o dos seus precedentes: “o Ministro Peluso propõe verbete mais abrangente, que apanha outras situações. Ocorre que devemos ficar presos, na edição de verbete – já que a Constituição requer reiterados pronunciamentos sobre a matéria, para ter-se a aprovação de verbete vinculante -, ao que realmente existe no mundo dos precedentes”.

A redação do enunciado n.º 28⁴⁴ também extrapola o precedente do qual se originou, a ADI n.º 1074/DF⁴⁵. O Ministro Gilmar Mendes notou a maior abrangência do enunciado, inclusive, afirmando que:

essa também era a minha preocupação, porque a decisão na ADI já está dotada de eficácia *erga omnes*. Agora, com a súmula vinculante nessa redação mais ampla vamos abranger também os fundamentos determinantes. Estará abrangendo, também, leis estaduais e municipais eventualmente⁴⁶.

O enunciado n.º 39⁴⁷ também abrange hipóteses não previstas em seus precedentes, fazendo expressa menção ao Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal, apesar não haver decisão sobre essa corporação. Durante os debates, o ministro Marco Aurélio percebeu o que ocorria e manifestou-se, nos seguintes termos, pela aprovação do enunciado sem a inclusão do Corpo de Bombeiros:

por isso, permito-me ficar fiel à necessidade de contar-se, para a edição do verbete vinculante, com reiterados pronunciamentos. Voto no sentido da aprovação do verbete tal como proposto – creio – pelo ministro Gilmar Mendes, sem a inclusão do Corpo de Bombeiros⁴⁸.

Demonstrada a existência de enunciados cujas redações vão além do que o decidido em seus respectivos precedentes, cumpre-nos apresentar a técnica mais adequada para lidar com

43 Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n.º 24. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_24__PSV_29.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

44 BRASIL, op. cit., nota 29.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE ADI n.º 1034/DF*. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459624>>. Acesso em: 20 out. 2017.

46 Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n.º 28. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_28__PSV_37.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

47 BRASIL, op. cit., nota 29.

48 Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n. 39. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_39__PSV_91.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

esse tipo de situação, buscando inspiração, especialmente, na *Common Law*, em que a teoria dos precedentes encontra-se bem desenvolvida. É o que será feito no próximo capítulo.

3. É POSSÍVEL AMPLIAR O ALCANCE DE UM PRECEDENTE? A SOLUÇÃO DO DIREITO NORTE-AMERICANO: O *AMPLIATIVE DISTINGUISHING*

No capítulo anterior, demonstrou-se a existência de enunciados vinculantes cujos conteúdos alcançam hipóteses não julgadas em seus respectivos precedentes e a correspondente violação à separação de poderes decorrente dessa prática. Na *Common Law*, há uma técnica específica de aplicação de precedentes capaz de lidar com tais situações, trata-se do *distinguishing*.

No Direito Americano admite-se a aplicação da decisão de um precedente a outro caso, mesmo que não haja perfeita analogia entre eles, através da técnica do *ampliative distinguishing*, conforme explica Fredie Didier Jr:

notando, pois, o magistrado que há distinção (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).⁴⁹

José Rogério Cruz e Tucci⁵⁰, ao comentar as técnicas acima mencionadas, também afirma que no Direito Americano é possível ampliar a aplicação de um precedente a uma hipótese não exatamente análoga ao caso decidido no precedente.

o tribunal pode decidir um caso de forma contrária a solução dada em um precedente, por meio de interpretação restritiva da regra extraída do precedente em cotejo com o caso sob apreciação. Descobre-se aí alguma diferença juridicamente relevante entre os elementos estruturais dos dois casos. Ao acompanhar um precedente, por outro lado, o tribunal pode afastar um ponto, entendendo que tal aparente exceção não encontra qualquer óbice no ordenamento jurídico. Amplia-se, destarte, a regra do precedente.

49 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. V. 2. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 353.

50 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

Sendo assim, cumpre ressaltar a existência de importantes diferenças entre a técnica do *ampliative distinguishing* do Direito Americano e a maneira pela qual o STF lida com esse tema na edição de enunciados vinculantes.

Na *Common Law*, a técnica do *ampliative distinguishing* é aplicada no momento do julgamento da causa pelo órgão jurisdicional que está a decidir o caso *sub judice*. No Brasil, é o próprio STF que, ao editar enunciados vinculantes com conteúdo mais abrangente do que o dos precedentes, estende, *a priori*, a aplicação das decisões dos precedentes a casos futuros que não foram objeto de exame pela Corte.

A outra diferença reside na fundamentação. No Direito Americano, *a ratio decidendi* é composta por três elementos: “a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgment*)”⁵¹. Enquanto isso, no Direito Brasileiro simplesmente não há fundamentação para a edição do enunciado vinculante, ou seja, o STF não indica os fatos relevantes em cada precedente nem o raciocínio lógico-jurídico que empregou para alcançar o texto do verbete.

E, aqui, atestamos a existência de um fato que merece atenção: quando o Supremo edita enunciado vinculante com conteúdo mais abrangente que o dos seus precedentes, determina *a priori* e sem fundamentação como casos diferentes daqueles analisados nos seus precedentes devem ser decididos, contrariando, inclusive, o requisito das “reiteradas decisões” previsto no art. 103-A da CRFB/88⁵² e, também, ao art. 926, §2º, do CPC/15⁵³, que determina que ao editar suas súmulas “os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Sendo assim, a técnica aplicada pelo STF provoca dois problemas: a violação ao requisito das “reiteradas decisões”, afinal edita-se enunciado sobre conteúdo não previamente decidido e, além disso, viola-se o dever de fundamentação dos atos judiciais. Neste estudo, propõe-se que seja aplicada aqui no Brasil a técnica do *ampliative distinguishing* como meio de solucionar tais problemas. Assim, seria o órgão aplicador da súmula vinculante que deveria, analisando o caso concreto sob exame e de maneira fundamentada (art. 489, do CPC⁵⁴ e art. 93, IX, da CRFB/88⁵⁵), ampliar a ele o alcance do enunciado. Desta maneira, preservam-se as normais constitucionais e legais que disciplinam a matéria, não obstante o forte caráter doutrinário do tema.

51 Ibid., p. 175.

52 BRASIL, op. cit., nota 15.

53 BRASIL, op. cit., nota 6.

54 Ibid.

55 BRASIL, op. cit., nota 15.

CONCLUSÃO

Tendo em vista a recente criação de institutos valorizadores dos precedentes judiciais, tais como o incidente de assunção de competência (art. 947, do CPC/15) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, do CPC/15), ganha importância o estudo da teoria dos precedentes e a análise do modo pelo qual o Supremo Tribunal Federal trabalhou com a súmula vinculante. A rigor, analisando o que tem sido praticado com os enunciados vinculantes, pode-se desenvolver uma técnica mais sofisticada para o trabalho com os novos institutos.

Neste estudo, demonstra-se as diferenças entre a técnica empregada pelo STF na edição de seus enunciados vinculantes, em especial em relação ao dever de congruência, e a técnica do *ampliative distinguishing* no Direito Americano. No direito Brasileiro, é o próprio órgão editor que amplia o alcance do enunciado. Além disso, cumpre ressaltar a ausência de fundamentação nesta decisão. No Direito Americano, trabalha-se com a técnica do *ampliative distinguishing*, sendo assim, não é o órgão prolator da decisão que determinará a ampliação do alcance do precedente, mas sim o órgão aplicador do precedente, o que, naturalmente, acarreta para este, maior ônus argumentativo em sua fundamentação.

A ausência de fundamentação e a violação da congruência da atuação jurisdicional, nesse caso, ostenta contornos de exercício ilegítimo da função legislativa, em manifesta violação da separação de poderes. Trata-se, a rigor, de ato dotado de generalidade e imperatividade editado pelo Poder Judiciário, que não detém legitimidade representativa, sem fundamentação e que vai além do conteúdo da provocação jurisdicional.

Consequentemente, pode-se sustentar que essa prática contraria um vasto conjunto de dispositivos constitucionais e legais, além de princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, tal como a separação de poderes.

No Brasil, o atual modelo constitucional colocou o Poder Judiciário numa posição de grande importância política. Em seguida, o CPC/15 manteve essa tendência de valorização dos atos praticados pelo Judiciário, especialmente ao criar outros institutos valorizadores dos precedentes judiciais. Sendo assim, ao lado das súmulas vinculantes, também há os recursos extraordinários e especiais repetitivos, o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Dentro desse contexto normativo, que evidencia uma aproximação do direito brasileiro com a *common law*, faz-se necessário que o Judiciário atue de maneira parcimoniosa e autocontida na aplicação dos referidos instrumentos, tanto com o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes, como com a observância rigorosa do devido processo legal. Dessa maneira, haverá um contínuo aprimoramento nas técnicas do exercício da jurisdição, bem como na gestão de processos, sempre respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos e os fundamentos previstos no art. 1º, da CRFB/88.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.690/RN*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266888>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.277/PB*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459632>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2996/SC*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363277>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3147/PI*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363321>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3183/MS*. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363329>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2847/DF*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=26694>>.

0>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 91.952/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC 56.465/SP*. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=96906>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 71.195/SP*. Relator: Francisco Rezek. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72948>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 89.429/RO*. Relator: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 579.648/MG*. Relator: Ministro Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579797>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *CJ n.º 6.959/DF*. Relator: Ministro Célio Borja. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=30431>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 238.737/SP*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=256201>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 555.075/SP*. Relator: Ministro Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000060364&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 17 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 576.803*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000063510&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE ADI n.º 1034/DF*. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459624>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 3. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEAL, Vitor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 208, p. 15-18, out. 1964

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n. 2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_01_02_03__Debates.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n.º 28. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_28__PSV_37.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n. 39. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_39__PSV_91.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

Sessão Plenária para debate e aprovação da súmula vinculante n.º 24. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_24__PSV_29.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.