

A jurisprudência como fonte de Direito

Rogério Soares de Souza

Introdução

O presente trabalho tem por finalidade, sem a pretensão de esgotar o assunto e até mesmo em razão da amplitude deste, catalogar as fontes de direito, classificá-las e proceder ao enquadramento da jurisprudência dentre elas. Para tanto, proceder-se-á inicialmente à definição de fonte de direito, sua conceituação e classificações apontadas por doutrinadores de escola.

Passar-se-á, posteriormente, a definição do que se pode considerar como jurisprudência e quais são seus aspectos gerais, de modo a se obter um primeiro enquadramento do assunto enquanto fonte de direito. Ressalve-se que a referência a primeiro enquadramento toma em conta a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 ao ordenamento jurídico brasileiro, que culminou por inserir a figura da súmula vinculante ao nosso sistema. Tal fato provoca a necessidade de um maior aprofundamento no exame da jurisprudência como fonte de direito, em se tratando a súmula da cristalização de um entendimento jurisprudencial consolidado ou dominante no âmbito pretoriano.

Necessário, portanto, o exame das características da súmula vinculante, seus efeitos em comparação às outras espécies de súmulas e sua repercussão e enquadramento enquanto fonte de direito, o que será feito por ocasião da conclusão do presente trabalho.

Definição de Fonte

Antes do início do estudo de qualquer tema, necessário estabelecer seus parâmetros, seu sentido, significado e definição. É por este motivo que, seja qual for o tema objeto de desenvolvimento, importante o estabelecimento das premissas básicas para seu estudo, análise e investigação, razão pela qual deve o investigador recorrer às suas fontes.

Para Miguel Reale, por fonte do direito designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia.¹

Sob o sentido etimológico, fonte é a origem, a nascente, o manancial de onde provém algo ou alguma coisa.

Fontes Materiais e Formais de Direito

Assevera Renato César Jardim² que a catalogação das fontes do direito sempre foi fruto de divergências entre os doutrinadores e operadores do direito, e que a inclusão da doutrina, da

¹ Miguel Reale. Lições Preliminares de Direito. São Paulo, 1986, p. 140.

² Renato César Jardim. As súmulas dos tribunais como fonte formal de direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculantes e impeditivas de recurso. Revista Jurisprudência Mineira, ano 58, n. 181, p. 19-36, abr/jun. 2007, Belo Horizonte.

jurisprudência, do negócio jurídico e das súmulas dos tribunais no rol das aludidas fontes, classificando-as como fontes formais, sempre rendeu acalorados debates.

Por força do disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei n. 4657, de 1942), “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Ainda nesse aspecto, o artigo 126 do Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 1973), que traz em seu conteúdo o princípio da indeclinabilidade, pelo qual o juiz não poderá deixar de sentenciar alegando lacunas ou obscuridades na lei, fonte formal por excelência, caso em que deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Assim, por uma questão didática, as fontes de direito são divididas em duas espécies, quais sejam, fontes materiais e fontes formais.

Entende-se por fonte material do direito o órgão imbuído de competência para sua elaboração e criação. São, portanto, os valores sociais que orientam o legislador na criação das leis. A Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 22, inciso I, dispõe que compete privativamente à União Federal dispor sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Isto posto, estão os demais entes federativos alijados do direito de legislar sobre referidos temas.

Fonte formal, por sua vez, pode ser compreendida como aquela através da qual o direito se manifesta, podendo ser subdivididas em duas espécies: formais imediatas e formais mediatas.

Por fonte formal imediata são reconhecidas as normas legais, ou lei em seu sentido lato, considerada como objeto de produção do Poder Legislativo em seus diversos níveis e dentro de seu âmbito de competência.

A fonte formal mediata, por conseguinte, consiste em mecanismos na qual se apoia o julgador para, diante de uma situação concreta, solucionar o caso que lhe é posto à análise, atendendo, então, os ditames da regra de que ao juiz não é dado deixar de decidir alegando inexistência de regra específica para tanto. Podemos apontar como fontes formais mediatas os costumes, os princípios gerais do direito, a doutrina e a jurisprudência.

Quanto à última, sua valorização, atualmente, nos ordenamentos jurídicos resultou na disseminação de estudos e manifestações doutrinárias daqueles que defendem sua inclusão dentre as fontes do Direito. Anteriormente relegada a mero elemento integrador de dado ordenamento jurídico, a jurisprudência já começa a ser discutida como legítima fonte do Direito. Tais manifestações ainda são minoritárias e o tema ainda é alvo de demasiada divergência doutrinária. No entanto, as vozes dissonantes representam uma tendência de mudança dogmática no estudo do direito.

Entretanto, é necessário esclarecer que esse enquadramento não encontra consenso na doutrina brasileira. Dentre aqueles que entendem não ser, a jurisprudência, fonte formal do Direito, encontra-se Cândido Rangel Dinamarco³. Aduz o referido processualista que a

³ Cândido Rangel Dinamarco. Instituições de direito processual civil, tomo 1. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81.

afirmação da jurisprudência como fonte do Direito incorre em confusão conceitual, uma vez que tal admissão só seria possível caso fosse, a mesma, portadora de normas gerais e abstratas com eficácia em relação aos casos futuros, com força vinculante em relação aos sujeitos atingidos e aos juízes que se defrontassem com situações análogas posteriormente.

Na mesma esteira encontra-se Sílvio Venosa⁴, que visualiza a jurisprudência como uma fonte informativa do Direito, de natureza subsidiária. Argumenta o autor que a ausência de força vinculativa dos julgados não permite que seja a jurisprudência considerada fonte primária do Direito. Destaca, todavia, a importância do conjunto de decisões uniformes sobre determinada matéria como fator que influencia a mente do julgador, que tenderá a julgar de maneira semelhante.

Entendimento diverso é o de Miguel Reale⁵. Para ele, a importância da jurisprudência na contemporaneidade decorre da plenitude legislativa e da necessidade de se adequar as normas legais, cada vez mais insculpidas sob a forma aberta e indeterminada, às peculiaridades das relações sociais. Ante essa atividade de interpretação e concretização, afirma que não há que se negar à jurisprudência a categoria de fonte do Direito.

Assim, uma vez classificada e enquadrada a jurisprudência enquanto fonte formal mediata de direito, com ressalva às posições doutrinárias divergentes, passamos à análise desse vetor do direito, que é o tema do presente trabalho.

Jurisprudência – definição e aspectos gerais

Jurisprudência, em noção bem simples, é o conjunto de decisões emanadas de um determinado órgão jurisdicional, que, orientadas em um determinado sentido, auxiliam ou indicam uma tomada de decisão.

Jurisprudência deriva de *juris-prudentia*, prudência do direito, tomada a expressão prudência como virtude intelectual voltada para a prática, para a ação honesta, leal e justa. Segundo Sálvio de Figueiredo Teixeira⁶, a jurisprudência se constitui na grande força criadora da ordem jurídica, designava a ciência que se ocupa do direito, enquanto a expressão *juris prudentes* se destinava para designar os que a cultivavam, os quais, embora não recebessem honorários ou remuneração, desfrutavam de inegável prestígio cultural e generalizado acatamento.

Destaca ainda que, em países como o Brasil e a França, a expressão se destina a apontar a “prática dos tribunais”, enquanto caracterizada por certa continuidade, isto é, “forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”. Ou, nas palavras de Roberto Rosas⁷, um código norteador das decisões a seguir, a reiteração de casos análogos passados para o rol

⁴ Sílvio de Salvo Venosa. Direito civil: parte geral, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. p.21.

⁵ Op. Cit. p. 168.

⁶ Sálvio de Figueiredo Teixeira. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. *in* O juiz – seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

⁷ Roberto Rosas. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT.

dos fatos consumados, que podem ser revistos em virtude de motivos relevantes ou alteração das suas origens ou fonte emanadora: a lei, a doutrina, e assim por diante.

A importância e o papel da jurisprudência variam a depender do modelo de ordenamento jurídico, ou seja, tem maior relevância nos países adeptos da *common law* do que naqueles de origem romano-germânica, como é o caso do Brasil. Todavia, isto não quer dizer que nos últimos a jurisprudência não goze de nenhum relevo ou importância, pelo contrário, uma vez que o presente trabalho pretende, ainda que de forma despretensiosa, demonstrar o alcance e o papel dado à jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, ademais após o advento da Emenda Constitucional de n. 45, de 2004, que promoveu a chamada “reforma do judiciário” e implantou a figura da súmula vinculante.

Nos países em que vigora o sistema da *common law*, a exemplo dos Estados Unidos da América e a Inglaterra, a *ratio decidendi* como regra de direito é necessariamente mais concreta do que naqueles adeptos do sistema romano-germânico. Aos olhos da *common law* as regras abstratas do direito continental não se parecem com verdadeiras regras jurídicas, mas com exortações morais à consciência do julgador.

Para Lívio Goellner Goron⁸, na ótica de um jurista inglês ou mesmo norte-americano as regras jurídicas típicas do Direito continental, significativamente mais abertas à discricionariedade do julgador, deixam muito espaço à arbitrariedade e ameaçam perigosamente a segurança jurídica. A *common law* ofereceria, assim, aos seus juizes, basicamente três métodos para extrair a *ratio decidendi* dos precedentes. Ela pode sê-lo de forma extensiva, restritiva ou analógica. Pelo método extensivo o juiz está habilitado a ampliar o campo de abrangência da regra jurisprudencial. O método restritivo é usado em regra para evitar a aplicação de precedentes injustos ou incômodos. A aplicação analógica, por fim, tem lugar nos campos chamados *cases of first impression*, quando não existe um precedente que possa ser diretamente aplicado e o juiz necessita criar a solução adequada ao caso concreto.

Assim, para o referido autor, o juiz inglês tem grande dificuldade em negar a autoridade de um precedente com força vinculante. Em muitos casos quando a solução contida no precedente lhe parece injusta ou inadequada, o juiz da *common law* prefere se utilizar da técnica conhecida como distinção, as vezes sob o pretexto de criar delimitações bastante artificiais. Esse método, denominado *distinguishing*, apresenta a vantagem essencial de não demonstrar incompatibilidade técnica com a regra do *stare decisis*, ainda que, muitas vezes, como visto, seja tênue a linha que separa a distinção da superação pura e simples do precedente.

Nosso sistema jurídico, de alicerces romano-germânicos e filiação à família do *civil law*, estrutura seu ordenamento jurídico na supremacia da lei, considerando esta a principal e imediata fonte do Direito. Os juristas clássicos refutam o enquadramento da jurisprudência como fonte formal do Direito em nosso sistema sob o principal argumento de que os tribunais

⁸ Lívio Goellner Goron. A jurisprudência como fonte do direito: a experiência anglo-americana. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 12. abr/julho, n. 47, p. 287, RT, 2004, São Paulo.

não criam regra jurídica com força vinculativa, caracterizada pela obrigatoriedade, abstratividade e generalidade.

O próprio ordenamento, como apontado alhures, em dispositivo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao elencar as fontes do Direito, excluiu a jurisprudência desse rol. Importante, portanto, a observação de que, por jurisprudência, neste tocante, se entende “o conjunto de decisões dos tribunais, ou uma série de decisões similares sobre uma mesma matéria”. Relevante destacar, também, as características da reiteratividade e da similaridade a fim de que reste claro que não constitui jurisprudência um único precedente. Trata-se, indubitavelmente, de conceito coletivo.

No Brasil, ordenamento cuja influência é de origem romano-germânica, alterações legislativas vem adotando técnicas semelhantes à da *common law* como forma de minimizar os impactos do aumento vertiginoso de recursos sobre a máquina jurisdicional. Cite-se, como exemplos, o requisito da arguição de relevância nos recursos extraordinários e a já mencionada súmula vinculante.

Trata-se, no primeiro caso, e conforme magistério de Fátima Nancy Andrichi⁹, de um instrumento de controle, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, da interposição, conhecimento e julgamento do recurso extraordinário instituído no cenário nacional para fazer frente ao excesso de trabalho que sobreveio ao STF a partir de 1965, vez que, somente os casos que envolvam questões federais de relevo, no prisma do interesse público, devem ser submetidos ao julgamento do Supremo Tribunal Federal. Aproxima a suprema corte brasileira, portanto, à suprema corte norte-americana, no tocante à necessidade de relevância do caso concreto como condição para análise por aquele sodalício. Encontra semelhança, segundo ela, com o *writ of certiorari* norte americano e com o recurso de revisão alemão.

Quanto ao último instrumento, a súmula vinculante, dissertaremos mais abaixo, após analisarmos as súmulas dos tribunais enquanto cristalizadoras de entendimentos jurisprudenciais consolidados.

Funções da Jurisprudência

Feitas as considerações acerca do que se pode entender como jurisprudência, cabe destacar, a seguir, os papéis que cumpre a esta forma de expressão do direito desempenhar. Rubens Limongi França¹⁰ aponta as seguintes funções assumidas da jurisprudência:

- a) Interpretação da lei, mesmo porque não se pode aceitar o aforismo inexplicável que prega que *a lei clara não necessita de interpretação*;
- b) Atualização e vivificação da lei, porque uma nova lei influi e sofre influência do ordenamento que a precede, podendo surgir a necessidade de novas interpretações para a harmonização de todo o sistema jurídico;

⁹ Fátima Nancy Andrichi. Arguição de relevância. Disponível em: [HTTP://www.bdjur.stj.jus.br](http://www.bdjur.stj.jus.br).

¹⁰ Rubens Limongi França. A jurisprudência como forma de expressão do direito. Revista de Direito Civil, v. 51.

- c) Humanização da lei, porque há que se atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum;
- d) Suplementação da lei, para que as lacunas – que são inevitáveis – sejam vencidas e todos os eventos da vida disciplinados pelo direito;
- e) Rejuvenescimento da lei, para destacar-lhe as imprecisões, incongruências, aspectos ásperos e mesmo as inevitáveis falhas, reelaborando, constantemente, o sistema jurídico que é dinâmico e relativo a um determinado momento histórico e da sociedade.

Considerando-se as funções acima destacadas, o referido autor aponta, em decorrência delas, duas consequências ou requisitos inevitáveis: i) a jurisprudência deve ser progressiva e sempre deve interpretar o direito que lhe é apresentado (mesmo que aparentemente claros os termos da lei), impedindo que esta se torne imune aos avanços da sociedade; e ii) deve ser uniforme para que cumpra essa mesma função, mas proporcionando, acima de tudo, segurança ao jurisdicionado.

Assim, o envelhecimento e caducidade da lei, à medida que deixaria de ser aplicada àquelas circunstâncias motivadoras de sua existência, será objeto de renovação, oxigenação, rejuvenescido pela interpretação jurisprudencial, que lhe dará as cores e formas próprias à nova realidade social que se apresenta. Cabe à jurisprudência revelar os princípios e costumes que ali serão aplicados, sendo indispensável à aplicação e ao progresso do direito, por seu caráter *completativo e perfeccionador* em relação à lei.

Considerando a própria dinâmica do direito, pode ocorrer que um julgado diverso venha a alterar de forma definitiva um entendimento que, até então, se considerava cristalizado pela jurisprudência. Muitos são os fatores que podem levar a esta situação: a evolução dos meios tecnológicos, a necessidade de se dar uma interpretação mais restritiva ou mais ampliativa a determinados assuntos, devendo a jurisprudência, portanto, se amoldar a essa nova realidade que se apresenta.

As súmulas como forma de sedimentação de uma jurisprudência consolidada

Com base nas noções postas acima, e com o objetivo de definir o âmbito de enquadramento da jurisprudência enquanto fonte de direito, necessário discorrer quanto à relação entre a jurisprudência das cortes de justiça brasileiras e as súmulas por elas editadas.

Enquanto a jurisprudência isolada serve apenas como forma de se alcançar o conteúdo de uma norma jurídica, assim como ocorre com a doutrina, as súmulas dos tribunais, pelo fato de trazerem sedimentado ou cristalizado o entendimento de uma determinada Corte sobre casos análogos, reiteradamente decididos, criando para os aplicadores do direito uma orientação que muito de perto se aproxima de uma verdadeira fonte do direito.

Não se trata, no dizer de Renato César Jardim¹¹, da análise de um único caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas de diversos casos idênticos com a mesma solução, que acabam dando ensejo a uma interpretação consolidada pelos dispositivos legais existentes em nosso

¹¹ Op. Cit.

ordenamento jurídico. Para o referido magistrado, a edição de súmulas não consubstancia um processo legislativo na acepção da palavra, mas, ao contrário, apenas uma orientação acerca de determinado dispositivo legal. Conclui que não se deve aceitar opiniões no sentido de que as súmulas dos tribunais, mesmo as vinculantes, têm o escopo de trazer à tona a figura do *judge made law*, para ele incompatível com a tripartição dos Poderes, embora reconheça que seus efeitos se aproximem aos das leis.

Quanto às súmulas, questão de relevante indagação diz respeito à súmula vinculante dos Tribunais, instrumento ainda recente no ordenamento jurídico brasileiro e que, como exposto acima, aproximou de certa maneira nosso ordenamento da regras da *common law*.

Súmula Vinculante

Trata-se de instituto relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, eis que introduzido por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 31.12.2004. Referido ato normativo, cujas disposições foram voltadas à chamada “reforma do Judiciário”, trouxe significativa alteração no panorama jurídico nacional, merecendo destaque, dentre outros importantes temas nela abordados, a inclusão expressa do princípio da razoável duração dos processos, sedimentado no inciso LXXVIII do artigo 5º da Carta Magna.

Além do citado princípio, e ainda com a mesma finalidade, qual seja, abreviar os litígios judiciais e administrativos, conferindo celeridade na solução das demandas, trouxe também a Emenda Constitucional 45/2004 a figura da súmula vinculante, que passou a ser expressa no artigo 103-A, da Constituição Federal, sob a seguinte redação:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá

reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Verifica-se, portanto, que atualmente o Supremo Tribunal Federal conta com duas espécies diversas de súmulas¹²: as súmulas já existentes, ou comuns, sem prejuízo de outras da mesma espécie que forem editadas, e as vinculantes, com efeito especial definido acima, e que dependem de um quórum especial de votação para alcançarem essa condição. Nota-se da redação do art. 103-A da Carta Constitucional que essa espécie de súmula tem por finalidade dar cabo às discussões envolvendo questões repetitivas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, desafogando o Pretório Excelso, ao menos nesses assuntos.

Aproxima-se a súmula vinculante das *stare decisis*, próprias da *common law*, embora nos ordenamentos jurídicos optantes por esse sistema, um único precedente jurisprudencial é capaz de impor o alinhamento de julgados posteriores que versem sobre o mesmo assunto.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal conta com trinta e duas súmulas vinculantes sobre os diversos ramos do direito.

Quanto ao efeito vinculante das súmulas, defende Renato César Jardim que antes mesmo do advento da Emenda Constitucional 45/2004 já existia em nosso ordenamento situações que davam às súmulas dos tribunais o referido efeito. Cita o magistrado mineiro os arts. 22, § 1º e 56, § único do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que permitem ao Ministro Relator arquivar ou negar seguimento a eventual recurso que contrarie súmula¹³. Aponta, ainda, o art. 557 do Código de Processo Civil, que exorta o relator a negar seguimento a recurso que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, e o art. 90, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que estabelece que o relator mandará arquivar ou negará provimento a recurso que contrarie súmula do Supremo Tribunal Federal.

Conquanto reconheçamos a eficácia desses dispositivos, é inegável a amplitude dos efeitos conferidos à súmula vinculante pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Nesta última hipótese estão sujeitos até mesmo os órgãos administrativos, sendo possível a revisão e cancelamento de decisões que a contrariem, sendo facultada, ainda, a utilização do mecanismo da reclamação ao Supremo Tribunal Federal a fim de corrigir eventuais desacertos e confrontos com súmula vinculante.

Como dito, referido instituto foi introduzido com a finalidade precípua de conferir maior celeridade aos processos, desafogando o Poder Judiciário e garantindo ao jurisdicionado a efetiva prestação jurisdicional. Entretanto, por se tratar de tema ainda relativamente recente,

¹² Cabe aqui um parêntese para salientar que, na melhor acepção técnica, quando se faz referência a determinada súmula de um tribunal, a menção diz respeito a um enunciado. Esse esclarecimento, inclusive, já foi regulamentado pelo Tribunal Superior do Trabalho, que, através da Resolução n. 44, de 28 de junho de 1985, esclareceu que a súmula de um Tribunal é composta por enunciados, ou seja, a súmula é um rol de enunciados.

¹³ Op. Cit., p. 32.

enfrenta profundas discussões doutrinárias quanto à sua real eficácia na solução célere dos processos e quanto à sua possível violação de direitos, princípios e garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito.

Conforme expõe Lênio Luiz Streck, com o passar dos anos, transitou em julgado a tese de que a solução para os problemas da justiça brasileira passa, necessariamente, pela adoção do efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal. Esquece-se com isto, que o problema da efetividade das decisões judiciais e da assim denominada morosidade da justiça não serão resolvidos mediante um ataque à funcionalidade do ordenamento ou do sistema, mas, sim, a partir de uma profunda mudança na estrutura do Poder Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça, além da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que pré-domina o imaginário dos juristas.¹⁴

Merecem registro, também, as opiniões sobre a súmula vinculante proferidas pelos próprios ministros que compõem o Excelso Tribunal. Para Sepúlveda Pertence, a súmula vinculante representa uma estagnação da jurisprudência, uma vez que nos casos por ela abrangidos não haverá sequer a apreciação dos fatos para construção da sentença, posto que a matéria já fora decidida. Referido ministro, citado por José de Anchieta da Silva, posicionou-se da seguinte forma¹⁵:

O efeito vinculante implicaria uma redução, quando não uma eliminação, da independência jurídica do juiz e levaria à paralisia da jurisprudência. Não nego seriedade a essas críticas nem riscos de sua procedência se a redisciplina e a prática do efeito vinculante não forem cercados de cuidados.

A independência do juiz para decidir em cada caso concreto conforme os fatos apresentados durante o processo é uma garantia constitucional precípua, com a função de resguardar a sociedade de possíveis interferências do Estado, segundo manifesta o ministro Celso de Melo¹⁶:

Mais que a própria instituição judiciária, é a sociedade quem efetivamente necessita de juízes livres e independentes.

[...] a independência do juiz, para decidir com autonomia as controvérsias, traduz uma prerrogativa destinada à proteção da coletividade contra eventuais interferências ilegítimas do poder estatal.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2005, p. 102-103.

¹⁵ SILVA, José Anchieta da. A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro: um problema e não uma solução. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 83.

¹⁶ Op. Cit. p. 83.

Para Renato César Jardim¹⁷, em que pesem as opiniões em sentido contrário, após a instituição das chamadas súmulas vinculante e impeditiva de recurso, a questão em debate não mais comporta discussões. Para ele, não resta dúvida de que a súmula vinculante tem mesmo força de lei, não se podendo negar a ela a qualidade de fonte formal de direito. E prossegue:

A súmula vinculante, portanto, constitui inegavelmente fonte formal do direito de origem estatal, tal como a lei, porque seus enunciados derivam do Poder Judiciário e porque a atividade jurisdicional é uma atividade do Estado, um dos braços da soberania. Dentre as fontes não estatais, podemos citar a analogia, os costumes, o negócio jurídico e a doutrina, estes últimos para quem os aceita como tais.

Nesse mesmo sentido é o magistério de Maria Helena Diniz¹⁸:

... as fontes formais podem ser estatais e não estatais. As estatais subdividem-se em legislativas (leis, decretos, regulamentos, etc), jurisprudenciais (sentenças, precedentes judiciais, súmulas, etc) e convencionais (tratados e convenções internacionais). As não estatais, por sua vez, abrangem o direito consuetudinário (costume jurídico), o direito científico (a doutrina) e as convenções em geral ou negócios jurídicos.

Postas essas considerações, e uma vez feito o enquadramento da súmula vinculante na atual sistemática legal brasileira, e ainda considerada enquanto cristalização de uma jurisprudência reiterada, verifica-se que, enquanto fonte de direito, apresenta contornos e características diferenciadas.

Conclusão

Do quanto exposto nos tópicos anteriores, não pairam dúvidas quanto à inclusão da jurisprudência como fonte de direito brasileiro. Como registrado, tanto o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei n. 4657, de 1942), quanto o art. 126 do Código de Processo Civil enquadram a jurisprudência como fonte supletiva em face de lacunas legais.

Inegável, portanto, seu enquadramento na condição de fonte formal de direito, ou seja, aquela através da qual o direito se manifesta. Aprofundando o exame, é possível a classificação da jurisprudência como fonte formal mediata, consistente em mecanismo no qual se apoia o julgador para, diante de uma situação concreta, solucionar o caso que lhe é posto à análise, atendendo, então, os ditames da regra de que ao juiz não é dado não decidir alegando inexistência de regra específica para tanto.

¹⁷ Op. Cit. p. 32.

¹⁸ DINIZ. Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1., p. 22.

O mesmo poderia ser dito em relação às súmulas dos tribunais – ou enunciado da súmula, como ressaltamos alhures – resultante na consolidação ou cristalização enunciativa de um entendimento reiterado no seio das Cortes, no qual também se apoia o magistrado diante de uma situação concreta.

Entretanto, referida conclusão não nos parece razoável quando o objeto de análise é a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, criada e introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Referido instrumento, como vimos, apresenta delineamentos diversos das súmulas propriamente ditas, efeitos mais amplos e vinculativos, além de *quorum* mais dificultoso para aprovação.

A súmula vinculante do STF, enquanto resultado de uma jurisprudência reiterada e consolidada, tem efeitos mais profundos e cogentes, obrigando as instâncias judicial e administrativas e vinculando-as aos seus comandos. Assemelha-se, como acima aduzido, das *stare decisis* da *common law*, e geram efeitos semelhantes. Sua cogência, obrigatoriedade e efeitos *erga omnes*, portanto, acabam por lhe carrear os mesmos resultados de uma lei, não sob o aspecto formal, já que derivada do Poder Judiciário e resultado de quórum diferenciado. Classificando-se a súmula vinculante sob esses predicados, poderíamos dizer tratar-se de fonte formal imediata de direito, tal qual a lei *lato sensu*.

Isto posto, enquanto jurisprudência propriamente dita, e ainda que cristalizada sob a forma de enunciado de súmula *sodalícia*, a jurisprudência é sem dúvida fonte formal mediata de direito. Em se tratando de súmula vinculante, e, com base no que foi exposto, entendemos razoável seu enquadramento na condição de fonte formal imediata de lei.

Referências

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arguição de relevância. Disponível em: <http://www.bdjur.stj.jus.br>.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, tomo 1. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1., p. 22.

FRANÇA, Rubens Limongi. A jurisprudência como forma de expressão do direito. Revista de Direito Civil, v. 51.

GORON, Lívio Goellner. A jurisprudência como fonte do direito: a experiência anglo-americana. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 12. abr/julho, n. 47, p. 284-295, RT, 2004, São Paulo.

JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal de direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculantes e impeditivas de recurso. Revista Jurisprudência Mineira, ano 58, n. 181, p. 19-36, abr/jun. 2007, Belo Horizonte.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo, 1986.

ROSAS, Roberto. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT.

SILVA, José Anchieta da. A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro: um problema e não uma solução. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. *in* O juiz – seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.