

Procuradoria Geral do Estado

Súmula Vinculante O Precedente como Fonte de Direito

Marco Antonio Duarte de Azevedo

Prêmio “Procuradoria Geral do Estado”
2008

Série
Estudos



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOSÉ SERRA
Governador do Estado

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO
Procurador Geral do Estado

MARCELO DE AQUINO
Procurador Geral do Estado Adjunto

CARMEN LÚCIA BRANDÃO
Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO
Procurador do Estado
Chefe do Centro de Estudos



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

**SÚMULA VINCULANTE
O PRECEDENTE COMO
FONTE DE DIREITO**

Marco Antonio Duarte de Azevedo

Prêmio “Procuradoria Geral do Estado”

2008

Série Estudos n. 17



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

CENTRO DE ESTUDOS

Procurador do Estado Chefe

Carlos José Teixeira de Toledo

Assessoria

João Carlos Pietropaulo, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

ESCOLA SUPERIOR DA PGE

Diretora

Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-Diretora

Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Julgadora Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” 2008

Anna Cândida da Cunha Ferraz, Cassio Scarpinella Bueno e Odete Medauar

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos

da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Procurador responsável José Luiz Souza de Moraes

Rua Pamplona, 227, 4º andar, CEP 01405-902 – São Paulo – SP, Tel. (11) 3286-7020,
servicodedivulgacao@pge.sp.gov.br.

Azevedo, Marco Antonio Duarte

Súmula vinculante : o precedente como fonte do direito / Marco Antonio Duarte
Azevedo. – São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São
Paulo, 2009.

184 p. ; 23 cm. – (Série estudos, n.17).

Tese laureada com o Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” 2008

1. Direito constitucional. 2. Brasil. Constituição Federal de 1988. 3. Poder Judiciário.
4. Súmula vinculante. I. Título.

CDD-341.256

CDU-342.56(81)

**PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO
Centro de Estudos**

SÉRIE ESTUDOS
Volumes Publicados

1. Direito Tributário: conferências
2. Ação Direta do Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais em Tese
3. Seminário sobre a Execução da Dívida Ativa, São Paulo, 1980
4. Seminário sobre a Execução da Dívida Ativa, n. 2, São Paulo, 1981
5. Prêmio “O Estado em Juízo” - 1983
6. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” - 1984
7. Prêmio “O Estado em Juízo” - 1985
8. Prêmio “O Estado em Juízo” - 1991
9. Plano Estratégico de Informatização da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo 1992/93
10. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” - 1992
11. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade
12. Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
13. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
13. Sistema interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
14. Direitos Humanos no Cotidiano Jurídico
15. Prêmio “O Estado em Juízo” - 2003
16. Prêmio “O Estado em Juízo” - 2004

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	13
1 INTRODUÇÃO	15
1.1 Crise do Judiciário ou crise do sistema?.....	16
1.1.1 A crise do Judiciário.....	16
1.1.2 Um parâmetro de abordagem	23
2 OS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS	
E AS FONTES DO DIREITO	29
2.1 A família da common law e o primado do precedente.....	31
2.1.1 A experiência inglesa	35
2.1.2 A experiência americana	40
2.2 A família romano-germânica e o primado da lei	46
2.2.1 Europa continental.....	52
2.2.2 A experiência portuguesa	54
2.2.3 A experiência brasileira.....	58
2.2.4 Atomização e molecularização das lides.....	67
3 O PROBLEMA DAS FONTES DO DIREITO NA FAMÍLIA	
ROMANO-GERMÂNICA	71
3.1 As fontes do Direito	71
3.2 A lei como fonte do Direito	72
3.3 A jurisprudência como fonte do Direito.....	73
4 A SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE.....	83
4.1 Natureza e função	83
4.2 Disciplina anterior à Emenda Constitucional n. 45	86
4.3 Abordagem e leita	89

5 A SÚMULA VINCULANTE NA REFORMA

DOJ UDICIÁRIO.....	95
5.1 A proposta de emenda constitucional	95
5.2 A constitucionalidade da proposta	97
5.2.1 O princípio do due process of law.....	97
5.2.1.1 Acesso ao Judiciário (direito de ação)	98
5.2.1.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa	102
5.2.1.3 Independência judicial.....	106
5.2.1.4 Motivação das decisões judiciais.....	110
5.2.1.5 Princípio do juiz natural	112
5.2.2 O princípio democrático.....	113
5.2.3 O princípio da legalidade	115
5.2.4 O princípio da separação de poderes.....	125
5.3 Conveniência e oportunidade.....	130
5.3.1 Compatibilidade sistêmica	130
5.3.2 O princípio da independência judicial.....	131
5.3.3 Celeridade, economia e eficiência.....	132
5.3.4 Segurança jurídica	136
5.3.5 Previsibilidade e igualdade.....	138
5.3.6 Rigidez	141
5.3.7 Princípio da “harmonia entre os poderes”	143
5.3.8 Conclusão do tema	148
5.4 Técnicas de utilização	149
5.4.1 A adequação sumular fática.....	151
5.4.2 A adequação sumular jurídica	154

6 A SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSOS	157
6.1 Adequação da proposta	157
6.2 Uma proposta mista – os Tribunais de Justiça	160
7 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	163
7.1 Jurisdição constitucional e súmula vinculante	163
7.2 Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade?	169
8 À GUIA DE CONCLUSÃO	171
REFERÊNCIAS.....	175

APRESENTAÇÃO

O prêmio “Procuradoria Geral do Estado”, edição de 2008, conferido ao procurador do Estado Marco Antônio Duarte de Azevedo, representa o mérito que se lhe atribui, como autor de obra jurídica singular, ora editada, denominada “Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito”. Tal honraria não somente reconhece a valiosa contribuição do premiado no desenvolvimento doutrinário do novo instituto jurídico por ele enfrentado, como também difunde, dentre os demais integrantes da Carreira, o valor da busca incessante pelo aprimoramento intelectual de quem atua em defesa do Estado.

A premiação sinaliza também que a súmula vinculante é tema de estudo de grande interesse para a advocacia pública, por se constituir em instrumento destinado a, senão obstar, ao menos reduzir substancialmente a indesejada repetição dos processos judiciais sobre a mesma matéria, o que irá mitigar o excessivo nível de litigiosidade existente em face da Administração Pública, o mais demandado dentre todos os atores sociais.

Com a redução do passivo judicial do Poder Público, bem como do número de feitos judiciais em curso no País, tem-se que a súmula vinculante irá interferir positivamente na previsibilidade das ações administrativas conducentes à promoção do bem público, e atenuar até mesmo o chamado “custo Brasil”, inaugurando-se, a partir de então, um ambiente juridicamente mais seguro e propiciatório do desenvolvimento sócio-econômico, objetivo almejado em qualquer estatuto programático.

É o que se espera.

MARCOS NUSDEO
Procurador Geral do Estado

1 INTRODUÇÃO

Vive-se, a par das grandes mudanças que o mundo assiste¹, período de acelerado desenvolvimento, tanto científico quanto legislativo, no Direito como um todo, e especialmente no campo do Direito processual civil, que se encontra em estágio de prolongada reforma, desde 1994. Princípios as-sentes são rediscutidos e suas zonas limítrofes exploradas.

E nem poderia ser diferente. O Direito moderno, de origens liberais, burguesas e individualistas, haurido do legado das grandes revoluções do século XVIII – francesa e americana, em necessária ordem de relevância para o modelo jurídico brasileiro – e das codificações do século XIX², está em questionamento, para dar lugar a um sistema mais equilibrado entre o individual e o coletivo, o privado e o público, bem como para reavaliar o papel das suas fontes formais e o significado da quase mítica doutrina da separação dos poderes.

O Direito brasileiro, por sua herança lusa e tradição romano-germânica, herdou o modelo privatístico da revolução francesa e sofreu clara influência, principalmente no Direito civil, dos romanistas e da codificação alemã. O monumental Código Civil de 1916 foi inspirado no Código Civil francês de 1804 e nasceu numa e para uma sociedade patriarcal e agrária,

1 Alguns historiadores anunciaram, com a queda do muro de Berlim, a abertura político-econômica da Rússia e a ascensão dos Estados Unidos à condição de única superpotência mundial, o “fim da história”, assim como chegou a ser lançado um livro intitulado *O fim da física*, de Fritjof Capra. Motivou esses pensadores a derrocada de modelos clássicos no campo científico, econômico, político e filosófico, como o modelo de produção comunista, a dualidade política Leste-Oeste, o abrandamento do conceito de soberania nacional e sensíveis alterações dentro do modo de produção capitalista.

2 “A teoria contratual sofre o seu polimento final, nesta linha individualista, no século XIX. Junto com o liberalismo do Código Civil francês e da Pandectística alemã, triunfa na tradição romano-germânica. (...) Adotando a liberdade individual e a utilidade geral como critérios para a crítica da vida moral política, ajudam a definir o *ethos* jurídico da codificação, incorporado no direito privado (civil e comercial).” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 398).

orientando-se para a proteção da propriedade e da renda³, e não do trabalho e do salário⁴, quando o proprietário podia demandar por longa data, aguardando um juízo de certeza que permitisse a intromissão no patrimônio alheio e tutela ressarcitória em dinheiro. Poucos eram os casos em que se fazia necessário juízo de verossimilhança e tutela de urgência, a não ser para a própria proteção da propriedade (como, por exemplo, no juízo possessório e sua tutela interdita).

1.1 Crise do Judiciário ou crise do sistema?

1.1.1 A crise do Judiciário

Parafraseando conhecido ditado popular, a justiça que tarda, falha. A existência de um processo é, em si mesma, como já escreveu célebre processualista italiano, um mal e um dano, que deve ser abreviado o quanto possível, tendo como balizamento o *due process of law*⁵ e a necessária maturação do

3 “Muitos códigos consolidam os resultados de uma reconstrução recente da sociedade. (...) Outros códigos, ao contrário, são criados em tempos de estabilidade social e política; seu espírito é, freqüentemente, retrospectivo e reflexivo, buscando manter uma situação favorável ao *establishment*. O BGB alemão é um destes códigos conservadores. Retrata exatamente a sociedade do império de Bismarck. O papel principal no Estado naquele tempo era desempenhado pela grande burguesia liberal que havia produzido o Estado-nação alemão colaborando com os poderes autoritários da Prússia. (...) Para o BGB, o cidadão típico não é o pequeno artesão ou o trabalhador da fábrica, mas o empresário endinheirado, o proprietário de terras e o funcionário, gente que se espera que tenha experiência em negócios e discernimento sadio, capaz de triunfar na sociedade burguesa da liberdade de contratos, liberdade de estabelecimento e livre concorrência, e capaz de agir na sua própria defesa.” (LOPES, José Reinaldo de Lima, *O direito na história: lições introdutórias*, cit., p. 398).

4 Pode-se conceber tranquilamente nos dias de hoje, quando a população sobrevive em sua maioria a duras penas, a “constituição de capital” para a garantia de pagamento de pensão? Ou então a constituição, pelo ofensor, de dote para a mulher virgem, ou viúva em idade para casar, que fique deformada ou aleijada em decorrência de ato ilícito?

5 Nelson Nery Júnior assim define o instituto: “Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio do devido processo legal, verifica-se que a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, *his day in court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.” (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42).

pensamento do julgador, mas que possa dar, efetivamente e em prazo razoável, tudo aquilo, e exatamente aquilo, que a parte tem direito. E o Judiciário brasileiro, assoberbado com uma quantidade de feitos em muito superior à sua capacidade de com eles lidar, em nada se aproxima da máxima de Carnelutti.

Facilmente constatável, até por quem não convive nos meios jurídicos, é a insuficiência de juízes no Brasil. Segundo dados constantes do parecer do senador Bernardo Cabral⁶, relator da Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000, que trata exatamente da reforma do Judiciário⁷, “no Brasil, a relação atual é de um juiz para cada 30.000 habitantes. Como comparação, na Alemanha, essa relação está em um juiz para cada 3.863 habitantes. A proporção ideal, na visão da doutrina brasileira, não deveria ser maior do que um juiz para cada 10.000 habitantes. Além disso, cerca de 30% dos cargos de juiz não estão providos, e aproximadamente 26% das Varas Federais criadas recentemente estão vazias. Isso é especialmente grave quando se ouve do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que não são raras as Varas onde tramitam mais de dez mil processos por juiz (Introdução ao Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil, 1994). Na Justiça Federal, entre 89 e 94, as Varas Federais receberam 2.843.007 processos, dos quais 1.735.431 foram julgados, permanecendo um milhão em tramitação. Cada magistrado do TRF da 5ª Região recebeu para relatar, em média, em 1994, 3.930 processos. Esses números, projetados para todo o Judiciário, ganham dimensões críticas: 4.000.000 de processos por ano; no Supremo Tribunal Federal, 40.000 processos em 1997, quase 60.000 em 1999, e algo próximo de 70.000 em 2001; no Superior Tribunal de Justiça, 100.000 processos em 1997, 128.000 em 1999 e algo em torno de 200.000 em 2001!”

6 Os textos integrais do parecer e da proposta estão disponíveis em: <<http://www.interlegis.gov.br/jurisprudencia/20020314141716>>.

7 Que aglutina e/ou substitui várias outras propostas de emendas, algumas que tratam parcialmente do tema, outras que pretenderam exauri-lo, em especial as de ns. 112-A/95 do deputado José Genoíno, 127-A/95 do deputado Ricardo Barros, destacando-se as de ns. 54/95 do senador Ronaldo Cunha Lima e PEC n. 96-E/92 do deputado Hélio Bicudo, relatado pela deputada Zulaiê Cobra. A proposta ainda leva o número 96/92 na Câmara Federal e 29/2000 no Senado. O acompanhamento do processo legislativo está disponível em: <http://legis.senado.gov.br/pls/prodasen/PRODASEN.RPT_MATERIA.SHOW>.

Segundo o Banco Nacional de Dados do Judiciário, no ano de 1997, dos 11.600 cargos de juízes existentes no país, apenas 9.000 se encontravam ocupados, enquanto deram entrada nos tribunais 8,5 milhões de processos, dos quais foram julgados apenas 6,6 milhões. A relação, ainda conforme a mesma base de dados, juiz/habitante brasileira era 5,5 vezes menor do que a germânica, 3,5 vezes inferior à francesa e 2 vezes menor que a norte-americana. Mesmo em relação à Argentina, que oferece parâmetro bem mais adequado, o Brasil está em desvantagem, já que naquela nação a relação é de um juiz para cada 17.000 habitantes.

Segundo dados da Assessoria da Presidência do Tribunal Regional da 4ª Região, por exemplo, foram julgados, em 1999, 39% processos a mais do que no ano anterior, mas, no mesmo período, a distribuição dos feitos cresceu 59%, perpetuando uma defasagem histórica que já fez acumular um estoque de aproximadamente 55.000 processos⁸. Considerando todos os juízes de segundo grau (desembargadores estaduais e federais), o Ministro Carlos Velloso, então presidente do Supremo Tribunal Federal, calculava que, em 1997, a proporção era de um sobrejuiz por 116.369 habitantes. Segundo o mesmo Ministro, a proporção juiz/habitantes é um pouco melhor, mas ainda assim assustadora: um juiz para cada 25.000 habitantes, enquanto que a média mundial é de 7.000⁹. A figura a seguir é ilustrativa:¹⁰

No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (o que leva alguns autores a chamar a crise de “crise dos Tribunais Superiores”), a situação é especialmente grave. O Supremo, segundo o Ministro Sepúlveda Perence, julgou, até março de 1988, 89% dos casos a ele apresentados de forma repetitiva, assim se manifestando o então presidente daquela corte: “Quer dizer que, neste ano, praticamente nos limitamos a repetir decisões já proferidas.”¹¹

8 *Jornal do TRF4*, ano 4, n. 13, fev. 2000

9 STF julgou 110 mil ações em 2002; Suprema Corte dos EUA julgou cem. *Folha de S. Paulo*, edição *on line* de 25 out. 2003. Disponível em: <www.folha.com.br>.

10 *Ibidem*.

11 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Ação declaratória de constitucionalidade: ainda o efeito vinculante. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 18, p. 127, abr./jun. 1997.

O Judiciário em números

16.900 é o número de juizes hoje no país



Fonte: AMB (Associação dos Magistrados do Brasil), Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho) e Ajufe (Associação dos Juizes Federais do Brasil)

Orçamento (do Judiciário)

R\$ **12,0**

R\$ **13,1**

R\$ **14,7**

Em bilhões de reais

2002

2003

2004*

Fonte: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão * Previsão

Quanto ganham os juizes

Nos Estados*

Remuneração, em R\$



Na União

Remuneração, em R\$



(**) - Esse valor já inclui os 35% de adicionais por tempo de serviço após 35 anos de trabalho (quinquênios). Os salários correspondem a uma média nacional. Nos Estados, a renda de desembargadores pode superar R\$ 25 mil em razão de gratificações pessoais. Os salários são escalonados e variam de 5% a 10% de uma instância para outra
 Fonte: AMB (Associação dos Magistrados do Brasil), Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho) e Ajufe (Associação dos Juizes Federais do Brasil)

Segundo matéria publicada recentemente na revista *Veja*, iniciam-se todos os anos 12 milhões de ações no Brasil, uma a cada três segundos. Oito delas têm o governo como autor ou réu. E a burocracia judiciária consome 70% do tempo que cada um dos processos leva até o seu término.¹²

E o jurisdicionado, diante da evidente morosidade e inefetividade do Judiciário, acredita cada vez menos na sua prestação, como sublinhou o mesmo magistrado, em palestra promovida pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal em 2 de abril de 1997: “Essa crise de funcionalidade leva a uma crise de confiabilidade na Justiça maior, mais aguda talvez, do que a crise geral nas instituições estatais de hoje.”¹³

Em grande parte, o culpado por essa morosidade é o próprio Estado¹⁴ – aqui não no sentido de legislador nem de prestador da tutela jurisdicional, mas como litigante, consumidor dos serviços da Justiça – que recorre de tudo, até onde o sistema recursal permite, mesmo sabedor de que muitas vezes o faz em vão, diante da plethora de decisões contrárias

12 *Veja*, ano 37, n. 2, 14 jan. 2004, p. 86.

13 COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 38. E acrescenta o autor: “Releva observar ainda que a mesma pesquisa indicou que, para 81% dos brasileiros, a Justiça tem dois pesos e duas medidas, tratando diferentemente ricos e pobres, e que, para 86%, muitas pessoas desonestas jamais serão punidas. Em suma: para os brasileiros, a Justiça é lenta e não é cega. A pesquisa foi realizada pelo IBOPE entre os dias 24 e 28 de fevereiro de 1999. Abrangeu todas as regiões do país e foram ouvidas duas mil pessoas – in *O Estado de S. Paulo*, de 24 mar. 1999, Seção Política, p. A6). Essa pesquisa corrobora, em linhas gerais, os dados de uma outra, anterior, realizada pela empresa Grottera Comunicação nas regiões metropolitanas do Rio de Janeiro e São Paulo, entre julho e agosto de 1998. Segundo esse estudo, 86% dos entrevistados consideram que o Brasil é o país da impunidade e, para 24%, a culpa é da Justiça, que não faz nada. Para 14%, a Justiça dá diferente tratamento a ricos e pobres e, na opinião de 26%, a Justiça brasileira não serve para nada. Por fim, para 20% dos entrevistados, quem tem dinheiro não é condenado e a principal razão disso é a demora da ação do Judiciário – in *Jornal da AJUFESP* (Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul), São Paulo, set. 1998).” (Ibidem, p. 92).

14 É verdade que a qualidade das leis é, em muito, baixíssima, levando, principalmente na área tributária, a um sistema por demais complexo e falho e também à multiplicação das lides. É certo ainda que o próprio sistema processual, especialmente no processo de execução, é propício à eternização das ações sem qualquer efetividade. Por fim, o Estado não é responsável pela plethora de recursos apenas como recorrente, mas talvez, até ainda mais, figurando no pólo passivo dos recursos, já que tanto a baixa qualidade das leis como a facilidade de utilização do processo com finalidade protelatória incentiva a atividade de contribuintes e devedores, em geral recalcitrantes.

(como veremos com mais vagar adiante). Além dos problemas sociais e políticos daí decorrentes, e do alto custo para o Estado Democrático de Direito, danos mais facilmente mensuráveis são percebidos: prejuízos da ordem de dez bilhões de reais por ano.¹⁵

Muitas e de variadas ordens são as causas diagnosticadas desse gravíssimo problema. Vejamos algumas análises.

Para o Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, as principais causas da lentidão da Justiça são o número deficiente de juízes, a forma inadequada de seu recrutamento, a insuficiente especialização dos órgãos de primeiro grau, o desaparelhamento do apoio administrativo destinado aos magistrados, o formalismo excessivo e o sistema irracional de recursos.¹⁶

Uma das sistematizações foi elaborada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷. Esse estudioso distribui o problema do Judiciário em três grupos: as causas estruturais, as causas funcionais e as causas individuais, a saber:

Estruturais

- a) sistema judiciário complexo e obsoleto: há muitas justiças especializadas, muitas instâncias (quatro) e inúmeros tribunais;
- b) inexistência de uma Corte Constitucional: é necessário um tribunal exclusivamente constitucional, principalmente num país em que tudo se constitucionalizou;

15 Estimativa do escritório de advocacia de São Paulo Leite, Tosto e Barros, baseado em estudo do BNDES (STF julgou 110 mil ações em 2002; Suprema Corte dos EUA julgou cem. *Folha de S. Paulo*, edição *on line* de 25 out. 2003, disponível em: <www.folha.com.br>).

16 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas. *In Verbis: Caderno de Estudos*, Rio de Janeiro, n. 10, mar. 1998.

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Poder Judiciário e seu papel na reforma do Estado: o controle jurisdicional dos atos administrativos e a súmula vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 30, abr./jun. 1999.

- c) morosidade e deficiência espacial: há a necessidade de proximidade e de celeridade de atuação dos órgãos de primeira instância e do aperfeiçoamento dos sistemas de justiça alternativa e parajudicialidade;
- d) deficiência de controles: falta de cumprimento de prazos, de assiduidade e de residência dos titulares nas respectivas comarcas;
- e) controle do Judiciário: necessidade de um sistema nacional de controle que supere o corporativismo, sem expor o Judiciário à politização;
- f) número insuficiente de juízes: necessidade de incentivo para atrair as legítimas vocações para preencher o impressionante número de cargos vacantes na primeira instância;

Funcionais

- a) impropriedade das leis: abundância de leis, inadequação aos fatos que pretendem reger e má confecção das leis;
- b) complicação procedimental: predominância do hermetismo, processualística sobrevalorizada, excesso de meandros técnicos e sistema irracional de recursos;
- c) deficiência no sistema de provocação: descaso do Poder Público na motivação, seleção e aperfeiçoamento dos membros das funções essenciais à Justiça, notadamente nas defensorias públicas;

Individuais

- a) deterioração da formação acadêmica do bacharel: proliferação de faculdades sem bom nível científico, currículos deficientes nas matérias de Direito público, falta de adequado rigor nos exames de ordem;
- b) carência na formação específica dos magistrados: seleção para a carreira através de concursos para ingresso nas Escolas da Magistratura, promoções condicionadas a cursos de reciclagem ou titulação em pós-graduação.

1.1.2 Um parâmetro de abordagem

Carlos Aureliano Motta de Souza¹⁸ também percorre e classifica de forma muito semelhante as causas da crise do Judiciário, agrupando na chancela *causas orgânicas* as pertinentes ao campo processual, como aquelas que se referem ao processo praticado no Brasil e à necessidade urgente de sua revisão, enquanto outras dele desviam, seja por estarem ligadas à forma como se concebeu e estruturou o Estado brasileiro, a outras áreas do Direito, à administração dos serviços ou à política em sentido estrito. Dessa forma podemos denominar as que dizem respeito à intrincada sistemática do processo civil pátrio, excesso de recursos, falta de efetividade. Várias dessas causas refogem a soluções que possam ser dadas pela ciência processual, seja por estarem na organização própria do Estado, seja por se consubstanciarem em decisões afetas ao campo político (no sentido de governança). Desde 1994, o Código de Processo Civil vem passando por progressiva revisão, cujo principal objetivo é aumentar-lhe a efetividade.

No centro da discussão colocou-se uma possível solução que, além de lidar com as causas orgânicas, poderia mitigar algumas questões estruturais (asoberbamento das cortes superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal; morosidade da prestação jurisdicional) e funcionais (deficiência na forma de litigância do Estado e não-acatamento das decisões): prestar-se efeito vinculante às súmulas de jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, tanto para os órgãos judicantes subordinados ao prolator, como para a Administração Pública.

Anunciada por alguns como a melhor solução no campo processual, a adoção do efeito vinculante gerou uma das mais acaloradas discussões jurídicas dos últimos tempos.

Podemos listar como exemplos de partidários da sua adoção os juristas Miguel Reale, Carlos Mário da Silva Velloso, Sálvio de Figueiredo

18 SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Teixeira, José Augusto Delgado, Walter Nunes da Silva Júnior, Carreira Alvim, Calmon de Passos, Edgard Silveira Bueno Filho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Fernando da Costa Tourinho Filho, Ivan Lira de Carvalho e Saulo Ramos. Além desses, também aconselham a medida Cândido Rangel Dinamarco¹⁹ e Rodolfo de Camargo Mancuso.²⁰

Em sentido contrário manifestaram-se, entre outros, Evandro Lins e Silva, José Celso de Mello Filho, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Luiz Flávio Gomes, Valmir Pontes Filho, Dalmo de Abreu Dallari, Pestana de Aguiar, Dínio de Santis Garcia, Vicente de Paula Maciel Júnior e Mauro Gomes de Mattos. Ainda em posição contrária à súmula vinculante encontramos Sílvio Nazareno Costa²¹, Lênio Luiz Streck²² e Lúcia Valle Figueiredo²³. Álvaro de Melo Filho, por exemplo, sem se posicionar sobre o tema, colacionou na doutrina trinta e três argumentos contrários e favoráveis à adoção da súmula vinculante.²⁴

Seria exigir demais que a discussão tivesse sido desapaixonada. Contudo não é o melhor caminho nem para discutir a constitucionalidade da proposta, nem a operacionalidade da sua aplicação, nem, muitos menos, o contexto em que se situa. É comum, até nos mais sérios e consistentes trabalhos doutrinários, encontrar expressões plenas de conteúdo ideológico, como, por exemplo: “Com efeito, as reformas constitucionais em tramitação estão ajustadas ao projeto neoliberal do governo, no contexto do qual o *establishment* busca gestar um novo modo de produção de Direito,

19 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

20 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

21 COSTA, Sílvio Nazareno, *Súmula vinculante e reforma do judiciário*, cit.

22 STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

23 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O controle judicial dos atos administrativos e a súmula vinculante. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, v. 16, n. 7, p. 473-479, jul. 2000.

24 MELO FILHO, Álvaro. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Revista de Processo*, São Paulo, revista dos Tribunais, v. 22, n. 87, p. 103-109, jul./set. 1997.

condizente com a pós-modernidade globalizante”²⁵ e posições inocentes que acreditam ser a súmula vinculante a solução para todos os males. Nada mais infundado.

Mais comum do que dizer que a súmula vinculante, o controle externo do Judiciário ou qualquer outra medida isolada é a solução para a Justiça e para o Direito brasileiro, é o ataque feito a ela, afirmando que a vinculação não é a solução para todos os males.

Ambas as extremadas posições estão erradas. A questão deve ser analisada em outro contexto.

As perguntas que devem ser formuladas e detidamente analisadas são as seguintes:

a) É constitucional a adoção de uma súmula de jurisprudência dominante vinculante ou impeditiva de recursos diante de nosso Direito positivo?

b) Se, e somente se, constitucional, é oportuna e adequada tal medida, em face das peculiaridades de nosso sistema jurídico, de nosso ordenamento e das condições socioeconômicas vigentes no Brasil?

c) Como a súmula vinculante deve ser manejada pelo operador do Direito?

d) Qual o contexto em que se dá a adoção da súmula vinculante no Direito brasileiro e qual é o novo papel do precedente entre nós?

Esses são os parâmetros que devem nortear a discussão.

Antes de defender ou atacar a súmula vinculante ou impeditiva de recursos é imprescindível, por óbvio, analisar a sua viabilidade constitucional, diante da rigidez do modelo entre nós adotado. Haveria violação a alguma cláusula pétrea? Haveria desrespeito a algum princípio essencial ao nosso

25 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 277.

sistema constitucional, implicitamente protegido? Somente se negativas as respostas podemos passar para a análise da adequação da proposta.

As demais perguntas devem ser respondidas, tanto quanto possível, de forma científica e desapaixonada. E nunca com a crença inocente de que pode ser a solução para todos os males, mas apenas buscando elementos que contribuam para um debate equilibrado do tema. Em suma, nesse particular: se constitucional a proposta, conferir efeito vinculante ou impeditivo de recursos às súmulas dos Tribunais Superiores, ou apenas do Supremo Tribunal Federal, configura aperfeiçoamento do sistema jurídico brasileiro e ganho para a sociedade como um todo, ou tratar-se-ia de um indesejável retrocesso de perniciosas conseqüências?

A importância que o precedente judicial adquiriu é um fato isolado e acabado ou faz parte de uma mudança sistêmica com outras e várias conseqüências?

A alteração em questão só poderia, mesmo em tese, afetar para o bem ou para o mal, fazendo-se uso da classificação de Moreira Neto acima exposta: as deficiências *estruturais* “a” (já que a adoção de “prejulgados” poderia ser um contraponto à existência de muitas instâncias), “c” (no que diz respeito à morosidade da Justiça) e reflexamente “f” (ao maximizar a eficiência do sistema, combater-se-ia a deficiência quantitativa de juízes); problemas *funcionais* “a” (a vinculação a uma determinada interpretação poderia corrigir impropriedades legislativas ou agravá-las), “b” (ao reduzir sensivelmente os recursos); e problemas *individuais* “a” e “b” (a certeza gerada por interpretações prefixadas poderia conduzir os operadores do Direito a uma postura de comodismo?).

A alteração na eficácia das súmulas dos tribunais, contudo, jamais poderia suprir a insuficiência de recursos materiais e humanos do Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia e das Defensorias Públicas, a falta de utilização maciça da tecnologia da informação já disponível e a manutenção da mentalidade cartorial e burocrática de grande parte dos operadores do Direito.

É para esse debate que o presente trabalho pretende contribuir, propondo respostas para as perguntas suscitadas.

Antes, contudo, de analisar a controvertida proposta, que ocupa o centro do debate jurídico nacional, impende tecer algumas considerações sobre o sistema jurídico no qual o precedente é a pedra angular, para então submetê-lo a análise crítica, diante da realidade brasileira.

2 OS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS E AS FONTES DO DIREITO

De Plácido e Silva trata o verbete sistema nos seguintes termos: “Do grego *sistema*, e trazendo o sentido de *reunião, método, juntura*, exprime o conjunto de regras e princípios sobre uma matéria tendo relações entre si, formando um corpo de doutrinas e contribuindo para a realização de um fim. É o *regime* a que se subordinam as coisas. Assim, todo *conjunto de regras*, que se devem aplicar na ordenação de certos fatos integrantes de certa matéria, constitui um sistema”²⁶. Mais adiante, o mesmo autor trata de sistema jurídico, aduzindo: “É o conjunto de regras e de princípios jurídicos que se instituem e se adotam em países para regular todo corpo de leis de um país. Dentro dele, estabelecem-se os vários *regimes jurídicos* e se fundam as várias instituições legais, sejam de ordem interna, sejam de ordem externa.”²⁷

Não se pode confundir, contudo, sistema *jurídico* com sistema *judiciário*, que Bobbio define como “(...) um complexo de estruturas, de procedimentos e de funções mediante o qual o sistema político (do qual o sistema judiciário é na realidade um subsistema) satisfaz a uma das necessidades essenciais para a sua sobrevivência: a adjudicação das controvérsias pela aplicação concreta das normas reconhecidas pela sociedade”.²⁸

Do cotejo dessas lições, podemos extrair alguns dos elementos nucleares do que venha a ser sistema jurídico e sistema judiciário. Um sistema não é apenas um conjunto de objetos, ou, no que nos interessa, de regras e princípios. É um conjunto de regras e princípios que se inter-relacionam com vistas à realização de um determinado fim.

26 DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 4, p. 242 (grifos no original).

27 *Ibidem*, p. 242 (grifos no original).

28 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. p. 1.157.

Jean-Louis Le Moigne²⁹ coloca especial ênfase no aspecto *funcional* do sistema, em oposição ao aspecto meramente descritivo. Outra característica apontada pelo autor francês é a *interação* entre o sistema e o ambiente, no caso social, em que se insere. O sistema, então, interage com o meio recebendo elementos (*inputs*), transformando-os e devolvendo-os (*outputs*).

Plínio Back Silva afirma que “o sistema processa objetos, transformando matéria, recursos humanos ou informação em produtos, serviços ou outras informações, transformando a sua própria estrutura interna ao longo do tempo: o sistema faz algo (produz alguma coisa), por intermédio de mecanismos internos e suas inter-relações, alterando a sua estrutura interna, interagindo com o meio ambiente no qual está inserido e evoluindo, mas conservando a sua identidade”.³⁰

E quais são esses elementos em um sistema do tipo *jurídico*? Um sistema jurídico recebe do ambiente conflitos resultantes da interação entre as forças sociais ativas. Esses conflitos são resultado de grupos econômicos, políticos e intelectuais que buscam a todo momento fazer prevalecer seus pontos de vista e assegurar a satisfação de seus interesses. A resposta produzida pelo sistema será, então, o vetor resultante dessa interação de forças, dando à sociedade uma resposta capaz de manter um equilíbrio aceitável.

Podemos dizer então que um sistema jurídico é o conjunto de regras e princípios logicamente ordenados visando a um determinado fim, agindo sobre um determinado meio social num dado momento histórico, que recebe desse meio os conflitos resultantes de seus interesses e os devolve de forma elaborada, como respostas socialmente aceitas, com a finalidade precípua de manutenção da paz e da coesão social.

29 LE MOIGNE, Jean-Louis. *A teoria do sistema geral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 64 e ss.

30 SILVA, Plínio Back. *Responsabilidade ambiental do estado no direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 39.

Sistema judiciário, ao seu turno, é a instituição, ou grupo de instituições, que tem por função operacionalizar em concreto os conflitos não solucionados por outras formas de atuação dessas regras e princípios.

Vemos assim que é impossível dissociar da noção de sistema, tanto jurídico quanto judicial, os influxos históricos a que está sujeito. A explicação é histórica, pela existência de dois grandes sistemas de Direito contemporâneo no mundo dito ocidental, e dentro deles os sistemas jurídicos e judiciários adotados por cada país, com todas as peculiaridades históricas e culturais derivadas de seu processo de formação. Esses dois grandes sistemas são o romanístico, romano-germânico ou da *civil law* e o anglo-saxônico, anglo-americano ou da *common law*.

2.1 A família da *common law* e o primado do precedente

O termo *common law* tem pelo menos cinco acepções: a) o sistema inglês; b) o sistema adotado nos países de tradição britânica; c) uma das três partes da ordem jurídica daqueles países (juntamente com a *equity* e a *statute law*); d) o Direito comum, de alcance para todo o Reino da Inglaterra, em oposição ao Direito local, das jurisdições senhoriais, no período de formação do sistema; e, e) um tipo de processo originário dos Tribunais Reais, em que predomina a oralidade, o júri e a sanção em perdas e danos, que contrasta com o processo de *equity*, peculiar dos Tribunais de Chancelaria.

Carlos Jáuregui, que se reporta ao *Black's law dictionary*, define que o sistema da *common law* consiste “*en aquellos principios, usos y reglas de acción aplicables al gobierno y a la seguridad de las personas y de los bienes, cuya autoridad no descansa en una expresa e positiva declaración del poder legislativo (...). La ley que no es legislación, esto es, la ley creada por los costumbres del pueblo y de las decisiones de los jueces*”.³¹

31 JÁUREGUI, Carlos. *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*. Buenos Aires, Depalma, 1990. p. 37.

Lênio Luiz Streck aduz que “tal como ocorria no Direito romano, em que a *actio* era um pressuposto do Direito subjetivo, assim também na Inglaterra a *common law* foi uma criação do Direito processual. Os direitos subjetivos foram ali surgindo de maneira empírica, à medida que era criada cada ação judiciária (*remedy*), que garantia determinado interesse. No moderno Direito do tipo continental europeu, o Direito subjetivo é um *prius* e a ação um *posterius* (*ubi jus, ibi remediis*). No Direito do tipo inglês, onde não há ação não há direito (*where there is no remedy, there is no right*)”.³²

Enquanto a divergência jurisprudencial é ínsita a qualquer sistema jurídico, e jamais um mal a ser extirpado, as técnicas para a sua superação variam de sistema para sistema, como também varia sua força normativa. Não se concebe mais desconsiderar a jurisprudência como *fonte* do Direito (ainda que secundária em relação às elencadas no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil) mesmo nos sistemas de índole romanista, mas deve-se pesquisar em cada sistema, em cada pacto político que o embasa, qual o balizamento para a construção e recepção dos *standards* de condutas socialmente aceitas, rejeitadas e buscadas. O sistema da *common law* tem esse balizamento firmado pelas decisões judiciais, como a *civil law* o tem pelo Direito legislado. É como ensina Mancuso: “Se o ponto de referência estabelecido é o precedente judiciário, então o caso análogo, pendente ou futuro, será resolvido de acordo com o princípio ou fundamento (*ratio decidendi* no Direito inglês; *holding*, no Direito norte-americano) extraído do paradigma (*leading, binding case*), e, nesse caso, não haveria demasia em afirmar que a jurisprudência assim exponenciada passa a operar como fonte *principal* do Direito, conseqüentemente, a tarefa do julgador consistirá no enquadramento do caso concreto ao caso indigitado”³³. E os juízes e tribunais subordinados ao prolator daquele paradigma estão a ele vinculados quando da sua própria decisão. A isso chamam *stare decisis*, expressão advinda do

32 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 38.

33 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 190-191.

latim *stare decisis, et non quita movere*³⁴, assim definido pelo *Black's law dictionary*: “Doutrina pela qual, baixando à Corte o princípio legal aplicável a certo estado de fato, aderir-se-á a esse princípio e aplicar-se-á a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos.”³⁵

Nesse sistema, como já dito anteriormente, são também fontes do Direito a *equity* (equidade) e o *statute law* (Direito legislado).

René David, acerca da *equity*, esclarece: “O Tribunal do Chanceler aceita os princípios da *common law* (*equity follows the law*), mas intervém num certo número de casos – do que resultarão regras complementares, ditas de *equity* – de forma a aperfeiçoar, no interesse da moral, o sistema de Direito aplicado pelos tribunais. O que se poderia desejar em relação a essas regras complementares seria que os tribunais de *common law* as desenvolvessem. Por uma série de razões, não puderam fazê-lo ou não o fizeram: foi outra autoridade, a Chancelaria, que as elaborou.”³⁶

O mesmo autor identifica, então, cinco características básicas do julgamento por *equity*: as regras de *equity* foram desenvolvidas pelo Tribunal da Chancelaria, com raízes históricas diferentes daquelas da *common law*, elaboradas pelos Tribunais de Westminster; a sua aplicação era feita, na origem, exclusivamente pelo Tribunal da Chancelaria; o processo da *equity* não comportava nunca um júri; as soluções da *equity* eram diferentes daquelas que um tribunal de *common law* poderia ordenar; a outorga de uma solução de *equity*, finalmente, tinha caráter discricionário³⁷. A antiga dualidade dos processos é hoje evitada, podendo princípios da *common law* e da *equity* ser aplicados indistintamente ao caso concreto numa mesma ação perante a mesma corte, devido à fusão entre os dois sistemas promovida pelos *Judicature Acts* de 1873-1875.

34 Aderir ao que está decidido e não alterar as coisas que já estão estabelecidas.

35 BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 3rd ed. Saint Paul, Minn.: West Publishing, 1933, p. 564.

36 DAVID, René. *O direito inglês*, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 311.

37 *Ibidem*, p. 312.

Mesmo nos países que adotam tal sistema, a força vinculante do precedente deve ser entendida sem exageros. Ensina Mancuso que: “i) não é a decisão toda que se estende ao caso análogo, e sim o seu núcleo, o princípio nela assentado, ou seja, a *ratio decidendi*³⁸, abstraindo-se, pois, para esse efeito, as demais considerações aduzidas *a latere*, circunstancialmente (*obiter dicta*), que em nosso sistema processual corresponderiam, em certo modo, às ponderações que no julgado são expendidas *incidenter tantum*; ii) apesar de certas expressões jurídicas sugerirem que existe uma certa discricionariedade reconhecida ao julgador para a identificação da similitude entre o paradigma e o caso pendente (v.g. *beyond reasonable doubt, fairness, equity*), fato é que a extensão do precedente ao caso análogo pressupõe uma efetiva semelhança entre ambos (*precisely similars*); iii) o *stare decisis* não tem hoje o mesmo poder vinculativo de que já desfrutou outrora na *common law*, em virtude mesmo de uma revalorização crescente do Direito escrito (*statute law*), fenômeno igualmente observado na *praxis* judiciária dos Estados Unidos.”³⁹

Assim, nota-se quão árdua é a tarefa do julgador, num primeiro momento, de identificar o precedente que adquiriu, pela sua importância e origem, força vinculante e não apenas persuasiva (*persuasive precedent*) e, posteriormente, dentro dele, seu núcleo efetivamente relevante (*ratio decidendi*), e ainda as circunstâncias fáticas que assemelham ambos e aconselham sua invocação. A respeito, Luís Renato Ferreira da Silva: “A determinação passa por saber-se quais os fatos tratados pelo tribunal como fatos materiais. Consideram-se fatos materiais (*material facts*) aqueles que são considerados imprescindíveis para que se possa decidir um caso e cuja presença caracteriza aquela situação e outras futuras”⁴⁰. E,

38 A *ratio decidendi* foi assim definida por Rupert Cross: “The *ratio decidendi* of a case is any rule or law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury.” (*Precedent in english law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 76).

39 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 191-192.

40 SILVA, Luís Renato Ferreira da. A regra do precedente do direito inglês. *Revista do Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 20, n. 75, p. 51, jan./mar. 1996.

sobre o particular, novamente Mancuso: “Impende ressaltar que, mesmo nos precedentes efetivamente vinculativos (*bindings, authoritative precedents*), pode dar-se que, presentes certas condições, o julgador decline de aplicá-los, demonstrando a excepcionalidade ou a singularidade da espécie *sub judice*, assim destacando os pontos que distanciam o caso concreto do indigitado paradigma e assim desaconselham ou mesmo impedem a subsunção.”⁴¹

O juiz da *common law* tem à mão para fazer essa distinção as técnicas do *distinguish* e do *overrule*, assim conceituadas por Gilmar Ferreira Mendes: “*Overruling* é a superação de determinado entendimento jurisprudencial mediante a fixação de outra orientação; já o *distinguishing* é a prática utilizada pelos tribunais para fundamentar a não-aplicação do precedente a determinado caso.”⁴²

Concluindo, vale citar o seguinte diagnóstico de Edward Re: “A doutrina do *stare decisis*, conseqüentemente, não exige obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo. Antes de mais nada, é necessário que o tribunal determine se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável. Em seguida, deve decidir em que extensão o princípio será aplicado.”⁴³

2.1.1 A experiência inglesa

A Inglaterra (*angle terre*, terra dos anglos, uma das primeiras tribos germânicas que invadiu a grande ilha) foi um dos primeiros países a se unificar e as peculiaridades desse processo estão intimamente ligadas às

41 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 199.

42 MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57.

43 RE, Edward Domenic. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 19, n. 73, p. 30, jan./mar. 1994.

características do sistema jurídico que adota, de origem feudal, e que exportou para as terras de além-mar, colonizadas a partir do século XVI.

Na alta Idade Média, o rei nada tinha a ver com o monarca absolutista e autocrático cuja imagem o cinema tratou de consolidar. As relações entre os senhores feudais, os atores da cena política medieval, junto com aquela que provavelmente era o maior dos senhores feudais, a Igreja Católica, eram relações entre vassallos e seus suseranos, senhores mais poderosos a quem deviam fidelidade em caso de guerra. O rei era o maior dos suseranos, de quem todos os senhores do reino eram vassallos. O reino então não tinha rígidos contornos geográficos como têm os países modernos, mas tinha a feição da soma dos territórios pertencentes ao rei pessoalmente e aos seus vassallos. O rei era, antes de mais nada, o senhor da guerra, e era nos tempos de beligerância que exercia o verdadeiro poder como comandante supremo dos exércitos. Gradativamente, os poderes foram se concentrando em suas mãos para, na Idade Moderna, em alguns países já desde a baixa Idade Média, formar o Estado nacional absolutista.

Mas o território britânico, originalmente habitado por povos celtas (bretões), foi sucessivamente invadido pelos romanos e, após a sua retirada, por várias tribos germânicas (jutos, anglos, saxões etc.) e, por fim, pelos normandos⁴⁴ (tribo germânica que se fixou no norte da França, hoje conhecida como Normandia). Em permanente estado de guerra, os reis ingleses anteriores à unificação, e após seu acontecimento, sempre tiveram esse poder de fato pela maior parte do tempo, o que incutiu no costume do povo a imagem de um rei forte e um poder mais centralizado do que no continente.

A formação do sistema da *common law* se solidificou mais precisamente a partir da conquista por Guilherme da Normandia, por isso mesmo dito “o conquistador”, em 1066 (quando o Estado inglês unificado surgiu

44 Por isso talvez fosse mais fiel se referir aos seus povos como *anglo-normandos*, e não *anglo-saxões*.

efetivamente). Esse sim era um rei muito mais próximo da imagem comum de um monarca, por direito de conquista.

Como ensina José Reinaldo de Lima Lopes, “para controlar seus domínios Guilherme mandara realizar um inquérito geral sobre as terras e em 1085 publicara o resultado. Este torna-se conhecido como o *Doomsday Book*, o livro do juízo final: a legitimidade das posses seria aferida pelo registro que o rei mandara fazer”⁴⁵. Na falta de um Direito legislado e de uma cultura com suficiente influência romana ou presença eclesiástica⁴⁶ para tanto⁴⁷, a submissão dos litígios aos Tribunais do rei (a existência desses tribunais, e não apenas da justiça do senhor feudal do local é em si um fruto do fortalecimento da Coroa, originando o que alguns autores chamam de *feudalismo centralizante*) era resolvida pela utilização do costume local, e se ele não lhe desse solução, aplicava-se o costume geral do reino, expressão do espírito do povo inglês (formado pela miscigenação dos povos invasores com o autóctone), tal como reconhecido nas decisões dos juízes do rei – *the common law*. Nobre Júnior conta que “com o passar do tempo, ao lado da *common law*, vocábulo agora empregado em sentido estrito, irrompeu, em face do rigor dos julgamentos dos tribunais ingleses, a *equity*, consubstanciada na súplica ao rei, representado pelo seu chanceler, para que interviesse de forma a eliminar injustiças, tributadas ao rigorismo dos tribunais na solução dos casos. Tanto a *common law* quanto a *equity* se manifestavam em conformidade com a doutrina do precedente.

45 LOPES, José Reinaldo de Lima, *O direito na história: lições introdutórias*, cit., p. 78-79.

46 Foi a aliança entre Carlos Magno, Rei dos Francos, e a Igreja Católica que permitiu a incorporação da cultura legiferante do *jus civilis* ao novo reino, em “franco” benefício (sem qualquer trocadilho...) de ambas as partes. A Igreja ganhou uma importância que não tinha desde o declínio do Império Romano do Ocidente, aliando-se ao militarmente mais poderoso dos reinos “bárbaros”, enquanto que o reino nascente ganhou em legitimidade, reconhecimento e com a aquisição de um corpo burocrático altamente treinado e disciplinado.

47 “Durante o reinado dos plantagenetas (a partir de 1154, com Henrique II) o sistema foi sendo estabilizado. Quando no continente o direito erudito se expande e depois influencia a organização da justiça (sobretudo pela via do direito e do processo canônicos), a Inglaterra já tem uma tradição de direito real determinada não pela universidade, mas pela forma do juízo e pelos precedentes. Isto dificultará a romanização do seu direito.” (LOPES, José Reinaldo de Lima, *O direito na história: lições introdutórias*, cit., p. 80).

Para tanto, contribuíra decisivamente o registro das decisões reais e do chanceler, sendo os mais antigos os *Year-books*, feitos por compiladores anônimos entre os reinados de Eduardo I e Henrique VIII. Dessa maneira, surgindo um conflito idêntico ou similar, assomava-se forte probabilidade de se emitir a mesma solução, ou adaptá-la às novas circunstâncias exigidas pela espécie⁴⁸. Esses registros foram os precursores dos atuais *law reports*.

A respeito das diferenças entre a *equity* e a *common law*, leciona Streck: “As regras de *equity*, desenvolvidas pelo Tribunal da Chancelaria, tinham uma origem histórica diferente das da *common law*, elaboradas pelos Tribunais de Westminster. A sua aplicação era feita exclusivamente pelo Tribunal da Chancelaria, à exceção dos Tribunais de Westminster. O processo da *equity*, não comportando nunca um júri, era diferente do da *common law*. As soluções de *equity*, isto é, as soluções que se podiam pedir ao tribunal de *equity*, eram diferentes daquelas de um tribunal de *common law*. A outorga de uma solução de *equity*, enfim, tinha um caráter discricionário.”⁴⁹

Em certos casos, podia ser necessário intentar duas ações complementares: uma perante o Tribunal da Chancelaria (*equity*) e outra perante os Tribunais de Westminster (*common law*). Seria assim se a parte desejasse, por exemplo, a execução *in natura* do contrato (solução de *equity*) e também perdas e danos (solução de *common law*)⁵⁰. Apenas com os *Judicature Acts* de 1873-1875 a situação se alterou, permitindo-se que qualquer tribunal adotasse a solução cabível, quer fosse ela baseada em *equity* ou na *common law*.

48 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, n. 105, p. 67, jan./mar. 2002.

49 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 40.

50 O exemplo é de Lênio Luiz Streck, op. cit.

Também contribuíram para o prestígio da decisão judicial e sua primazia como fonte do Direito, além do expendido acima, outros dois fatores: as características do ensino inglês e a imensa centralização do seu Judiciário.

Segundo Lima Lopes “Os juízes [ingleses], por seu turno, não aprendiam Direito na universidade, mas em corporações profissionais, os *inns of courts*. Ali ingressavam os que eram capazes de aprender a técnica dos julgamentos e dos precedentes e iam aprendendo dos mesmos juízes que já estavam na profissão. O Direito nacional nunca foi objeto de estudo universitário até o século XX. Quem quisesse exercer o Direito, formava-se em alguma disciplina ‘séria’ em Oxford ou Cambridge (filosofia, história etc.) e depois se profissionalizava na corporação dos juízes para aprender apenas uma técnica, não uma ciência. Oxford e Cambridge só ensinavam Direito romano ou canônico como especulação intelectual e filosófica.”⁵¹

Sobre o extremado centralismo do Judiciário inglês, noticia o clássico René David: “Um fator que desempenhou um papel decisivo no reconhecimento, na Inglaterra, da existência de um Poder Judiciário foi a extrema concentração da justiça realizada nos Tribunais Superiores. Até 1800 apenas existiam quinze juízes, no máximo, nos Tribunais Superiores de Westminster, e mesmo em 1900 não passavam de vinte e nove. Além disso, todos estes juízes estavam domiciliados e sediados em Londres; a descentralização da justiça no nível dos Tribunais Superiores fora realizada apenas nas viagens de serviço, efetuadas periodicamente pelos seus juízes, e depois em seções do *Kings Bench* em certas cidades da província. Os advogados ingleses (*barristers*) estavam igualmente concentrados em Londres, onde pertenciam necessariamente a alguma das quatro associações de advogados (*Inns of Court*): Gray’s Inn, Inner Temple, Lincoln’s Inn e Middle Temple.”⁵²

51 LOPES, José Reinaldo de Lima, *O direito na história: lições introdutórias*, cit., p. 79.

52 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 339.

Em suma: é através do precedente que o Direito inglês pode ser conhecido. “O Direito inglês é de base jurisprudencial. Daí que, em vez de citar o texto de uma lei, se citem sentenças que aplicam essa lei. Para o jurista inglês é mais fácil contemplar a lei através da sentença, a regra legal através da regra jurisprudencial.”⁵³

2.1.2 A experiência americana

Enquanto fizeram parte do Império Britânico, as treze colônias originais da América do Norte, a exemplo do Brasil com relação ao Reino de Portugal, estavam submetidas ao sistema judiciário utilizado pela metrópole. A partir da sua independência (1776), em especial após a promulgação da sua Constituição ainda vigente (1787), os Estados Unidos da América trilharam caminho sensivelmente diferente do Reino Unido, sem contudo se separar da família da *common law*.

A necessidade de formar uma nova nação sem o respaldo concedido por séculos de costume profundamente arraigados no seio da população e dos operadores do Direito obrigou os *founding fathers* a adotar uma Constituição escrita, diferentemente da Inglaterra. Foi necessário que se escrevesse, ainda que em documento bastante enxuto, o pacto que unia as várias colônias que lutaram juntas pela independência, definindo áreas de competência para a união e para os Estados que a formaram, e criando três poderes independentes, tal como sistematizado pelo Barão de Montesquieu. Criou-se também, posteriormente, uma Justiça Federal, ao lado das Justiças de cada um dos Estados.

Sensíveis as diferenças entre a prática norte-americana e a inglesa. “O Direito americano, desde o início do século XIX até hoje, sempre apresentou maior grau de flexibilidade nas decisões judiciais do que o Direito inglês de nossos dias. Aceitando a doutrina inglesa dos casos antecedentes,

53 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 42.

pela qual a corte é obrigada a seguir decisões judiciais nos casos análogos, as cortes americanas foram sempre mais inspiradas e demonstraram um maior espírito de criação, interpretando novamente casos já julgados, em lugar de procurarem adaptar a lei às condições que cercavam o caso que seria julgado. As Cortes de Justiça americanas não aceitaram, porém, a doutrina inglesa de que a Corte Suprema nunca deve rejeitar seus próprios julgamentos anteriores; a Corte Suprema dos Estados Unidos, assim como as Cortes Supremas do Estados da União, já tiveram ocasião de declarar que uma de suas decisões fora reestruturada e julgada errada e que não deveria ser acatada dessa data em diante.”⁵⁴

Apenas em 1966 é que o Direito inglês admitiu essa possibilidade, após solene declaração do Lorde Chanceler de que, no futuro, a Câmara dos Lordes poderia se afastar de uma regra por ele reconhecida anteriormente, se razões de monta no interesse da justiça aconselhassem essa postura.

Os Estados Unidos nunca conheceram algo parecido com a polarização entre remédios baseados em *equity*, em oposição a remédios baseados na *common law*.

O ensino do Direito em terras americanas, também em grande parte um treino em técnicas de raciocínio e argumentação, cedo passou a ser ministrado em universidades como um curso regular. Langdell é tido como o pai da metodologia do Direito americano. A respeito, leciona Streck: “Christopher Columbus Langdell revolucionou os estudos de Direito nos Estados Unidos, a partir de 1870, introduzindo o método dos casos práticos com que os estudantes liam e debatiam processos já julgados pelos tribunais de apelação. Implantou também o método socrático de ensino, mediante perguntas e respostas. De certa maneira, Langdell também criou a figura do catedrático de Direito.

54 BERMAN, Harold. O fundamento histórico do direito americano. In: _____. *Aspectos do direito americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 19-20.

Antes dele, os professores de Direito haviam sido juízes e advogados. O ensino para esses era uma atividade secundária. Langdell terminou com essa prática, contratando James Barr Ames, recém-saído da Faculdade de Direito. Ames não tinha qualquer experiência profissional como advogado. Langdell incentivou-o a ser professor. Considerava irrelevante a tese de que, para ser professor, tinha que ser primeiro advogado ou juiz. Os métodos de Langdell eram revolucionários, recebendo forte oposição, inclusive em Harvard. *Pouco a pouco porém o método foi triunfando*. Na segunda década do século XX o método de Harvard de estudo da jurisprudência era quase universal. Ainda hoje o método de Langdell segue sendo o mais utilizado.”⁵⁵

Também para os norte-americanos, tradicionalmente o Direito legislado (*statute law*) não é a fonte primária do Direito. Segundo Streck: “O Direito, tanto para o jurista inglês como para o americano, desenvolve-se sob a forma jurisprudencial. Os juristas desses países têm as regras de Direito produzidas pelo legislador (*statutes*) como algo ‘anormal’ no sistema. De qualquer maneira, tais regras (*statutes*) são sempre melhor assimiladas depois de devidamente interpretadas pelos tribunais, mormente se se tratar do Direito norte-americano. Quando não existe precedente, diz-se que ‘*there is no law on the point*’, mesmo que exista uma lei que preveja a situação sob análise.”⁵⁶

Esse panorama vem se modificando paulatinamente, enquanto o *statute law* ganha cada vez mais relevância.

Hoje, praticamente todas as pretensões deduzidas perante os tribunais americanos têm por base uma regra de Direito legislado, ao passo que no ano de 1875, a proporção de casos com base no Direito costumeiro do tipo inglês era de 40%. Ou seja, os tribunais deixaram de ser os principais

55 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 51-52 (grifo no original).

56 *Ibidem*, p. 55.

autores do Direito americano⁵⁷. Uma das razões que teriam levado a isso, em contraponto ao Direito inglês, seria o sistema federativo adotado pelos americanos. Ou, nas palavras de Streck, “a existência de um sistema federativo faz com que seja necessário abrandar o sistema do precedente, uma vez que é preciso evitar que se estabeleçam entre os Direitos dos diversos estados-membros diferenças consideráveis”.⁵⁸

A doutrina americana começou, em determinado momento, a questionar a legitimidade dos juízes como criadores de normas. Ronald Dworkin, expoente da literatura jurídica norte-americana, escreveu: “*The argument from democracy, therefore, does not provide an argument in favor of the rule-book conception. So far I have not contested the root assumption of that argument, that it is offensive to democracy if matters of political principle are decided by courts rather than elected officials. We must now ask whether that assumption is sound. Do judicial decisions on matters of principle (as distinct from policy) offend any plausible theory of democracy?*”⁵⁹

Dworkin responde à pergunta (1º) analisando se os legisladores são capazes de tomar decisões mais corretas (*accurate*); (2º) demonstrando que os juízes estão menos sujeitos a pressões do que os legisladores (a sua pena por contrariar a vontade popular é menor respeito por parte dela, enquanto que a do legislador é a sua substituição), julgando por isso com mais justiça (*fairness*).

E mais adiante acrescenta: “(...) *the public discriminates between political decisions taken by legislatures and those taken by courts, and that the public believes that the former are legitimate and the latter are not. But even if this is so now, the public sense of illegitimacy hold presumably disappear if it were recognized by lawyers and other officials that such*

57 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 60.

58 Ibidem, p. 59.

59 DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 23-24.

decisions are consistent with democracy and recommended by an attractive conception of the rule of law.”⁶⁰

Temos então que, no sentir desse jurista, não se trata de discutir acerca da legitimidade do juiz ou do legislador como criador de normas. Ambos a detêm. Os juízes tendem a adotar posturas mais justas, por estarem menos sujeitos às pressões populares, enquanto que os legisladores tendem a criar regras mais consentâneas com a vontade geral, ou pelo menos com a vontade de certos grupos. Muda-se então o foco do debate: Quais grupos ganham ou perdem com a opção de concentrar no Legislativo a função criativa do Direito?

O mesmo Dworkin, em trecho de clareza e realismo notáveis discorre sobre a questão: *“Political stability, however, is not the main reason – but form reasons of accuracy – why most people want decisions about rights to be made by legislatures. **The reason is one of fairness. Democracy supposes equality of political power, and if genuine political decisions are taken from the legislature and given to courts, then the political power of individual citizens, who elect legislators but not judges, is weakened, which is unfair.** Learned Hand gave this reason, in his famous Homes lectures, for resisting political decisions by the Supreme Court. He said he would not want to be ruled by ‘a bevy of Platonic Guardians’, even if he knew how to choose them, which he did not.*

If all political power were transferred to judges, democracy and equality of political power would be destroyed. But we are now considering only a small and special class of political power, if courts are assigned some of these decisions. But it seems plausible that – however gains or losses in political power are measured – some citizens gain more than they lose.

It is no doubt true, as a very general description, that in a democracy power is in the hands of the people. But it is all too plain that no democracy

60 DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, cit., p. 26.

provides genuine equality of political power. Many citizens are for one reason or another disenfranchised entirely. The economic power of large business guarantees special political power for its managers. Interest groups, like unions and professional organizations elect officers who also have especial power. Members of entrenched minorities have, as individuals, less power than individual members of other groups that are, as groups, more powerful. These defects in the egalitarian character of democracy are well known and perhaps in part irremedial. We must take that into account in judging how much individual lose in political power whenever an issue about individual rights is taken from the legislature and given to courts. Some lose more than others only because they have more to lose. (...) We must also remember that some individuals have power by that transfer in institutional assignment. Some individuals have powers under the rights conception of the rule of law that they do not have under the rule-book conception. They have power to demand, as individuals, a fresh adjudication of their rights. If their rights are recognized by a court, these rights will be enforced in spite of the fact that no Parliament had the time or will to enforce them. (...)

Members of entrenched minorities have in theory most to gain from transfer, for the majoritarian bias of the legislature works most harshly against them, and it is their rights that are for that reason most likely to be ignored in that forum. If courts take protection of individual rights as their special responsibility, then minorities will gain its political power to the extent to which the courts' decisions about their rights are in fact sound. The gains to minorities, under these conditions would be substantial under a system of judicial review of legislative decisions.”⁶¹

Ou seja: é razoável a opinião de que um sistema que encontre um balanceamento entre as fontes do Direito, atribuindo a função criativa primordialmente aos legisladores, mas também, ainda que em outro plano, aos juízes, será um sistema igualmente legítimo e mais justo.

61 DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, cit., p. 26-27 (grifamos).

Discussões como essa mostram que o Direito americano, apesar de integrante da família da *common law*, não aceita o precedente como única fonte de Direito, e nem como a principal. Aliás, tendência nítida do Direito atual é que ambos os grandes sistemas aproximem-se cada vez mais: o Direito legislado se torna cada vez mais importante no Direito anglo-saxão e o precedente se torna cada vez mais importante no Direito de origem romano-germânica.

2.2 A família romano-germânica e o primado da lei

O sistema romano-germânico, europeu continental ou ainda sistema do Direito constitucional ou da *civil law*, floresceu nas áreas da Europa dominadas pelo Império Romano (à exceção da Inglaterra, que também o foi) e nas posteriores áreas colonizadas pelos países que lá surgiram.

“Note-se que isso não significa que em todos os casos se tenha feito sentir a presença física das legiões romanas, ou que o Direito romano se tenha de outro modo propagado no tempo do império. Há regiões, como a Escandinávia, em que isso de nenhum modo aconteceu. Em outras houve até a erradicação do Direito romano, após a invasão bárbara. O prestígio do Direito romano acabou por fazê-lo prevalecer sobre as ordens indígenas das ordens jurídicas de territórios que tinham ou não estado submetidos diretamente ao domínio romano. Nos primeiros, em que os países mediterrâneos se incluem, operam-se através dos séculos sucessivas recepções do Direito romano, que são importantes para a romanização da sua ordem jurídica como a marca deixada pelos romanos.”⁶²

“Se acrescentarmos a importância da herança romana na América Latina, onde se combinam a influência do Código napoleônico, do *Bürgerliches Gesetz Buch*, do Código Civil suíço e do Código italiano,

62 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 66-67.

somos compelidos a reconhecer a homogeneidade do sistema romanista por inteiro.”⁶³

O Direito romano, sem nos aprofundarmos nos detalhes históricos da sua formação e das fases por que passou, encontrou no *corpus juris civilis* sua expressão mais bem acabada. Este, embora normalmente visto como um todo unitário, era originalmente dividido em quatro obras intrinsecamente diferentes: “O *digesto*, composto de 50 livros, em que se encontravam reunidos fragmentos extraídos das obras dos principais juristas romanos (também era chamado de *pandectas*); o *código*, que compreendia as leis imperiais, repartidas em doze livros; as *institutas*, que era uma obra didática encomendada pelo imperador para facilitar o aprendizado de seu Direito; e, por último, as *novelas*, que, embora fosse a compilação de leis mais recentes, tinha o condão de derogar leis anteriores.”⁶⁴

O ponto mais importante a ressaltar é a peculiaridade de que o Direito romano nasceu basicamente jurisprudencial. As primeiras “leis” (com exceção da lei das doze tábuas) não foram editadas pelo rei, pelo cônsul, ou pelo Senado, mas eram oriundas do trabalho de um juiz, o pretor. Eram leis de cunho muito mais processual do que material e fruto do edito promulgado pelo pretor, ao assumir seu mandato, anunciando quais ações admitiria.

Se o Código Civil de 1916 dizia que para cada direito (subjeto) corresponde uma ação que o assegura, no Direito romano do período das *legis actiones*, a frase poderia ter sido outra: de cada ação reconhecida deriva um direito assegurado. Não seria demais dizer que só os direitos processualmente protegidos poderiam ser considerados direitos efetivamente. É evidente, ressalve-se, que muitos séculos ainda iriam transcorrer antes que as linhas divisórias entre o Direito processual e o material fossem claramente estabelecidas. Mas é razoável afirmar que o Direito da

63 ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980. p. 157.

64 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 66.

common law estaria mais próximo das raízes romanas que o Direito da *civil law*, em certo aspecto.

Nos países dessa família, o precedente judicial não costuma ter força vinculante, salvo quando proferida pelo órgão competente pelo controle concentrado de constitucionalidade.

O Direito canônico fez a ponte entre o Direito romano e o Direito moderno, sendo talvez o responsável pela denominação romano-germânico. A respeito, José Rogério Cruz e Tucci escreveu que “a partir do reinado de Constantino, como visto, muitas normas de Direito romano são imbuídas de princípios de Direito canônico. Passa assim a haver uma verdadeira reciprocidade conceitual entre os dois ordenamentos jurídicos” e ainda que “em 506, no Ocidente, vários dos textos imperiais, de inspiração cristã, foram reproduzidos na *lex romana visigothorum*, promulgada por Alarico II, rei dos visigodos, para reger as relações entre os ibéricos cristãos”.⁶⁵

Aliás, a família da *civil law* deve a sua feição legalista e formalista basicamente a Justiniano e muito ao Direito canônico. Tucci afirma que “com o incremento do volume de causas entre cristãos, torna-se imperiosa a regulamentação do processo canônico. Aqueles que detinham o poder de julgar passam a extrair de cada julgamento uma regra sintética que pudesse iluminar futuras decisões em hipóteses semelhantes. Esse estrato receberia o nome de cânone (do grego *kanon*, significando regra), daí Direito canônico (= Direito das regras). Diferentemente do jurista romano que não se preocupava com regras fixas (preocupação que surgiria somente com Justiniano), os responsáveis pela aplicação da norma canônica, desde as suas mais remotas origens, recolheram e difundiram estes cânones, no âmbito da Igreja, entre todos os julgadores”.⁶⁶

65 TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 30.

66 *Ibidem*, p. 19.

Tal sistema foi construído tendo como base ser a função do jurista descobrir, na interpretação dos códigos, qual o real e adequado sentido da regra legislada. Contudo, tal crença deve ser aceita *cum grano salis*, e a doutrina vem enfrentando esse dilema.

O jurista espanhol José Puig Brutau escreveu, corajosamente sem dúvida, que “*la teoría de que las reglas generales resuelven los casos particulares ha conseguido engañar durante un siglo, no sólo a los ratones de biblioteca, sino a los mismos jueces*”.⁶⁷

Prossegue o mesmo autor: “*La afirmación de que la regla general es impotente por sí sola y en muchas ocasiones para resolver el caso particular; señala que el centro de gravedad de la creación jurídica reside en la decisión concreta y no en la reglamentación genérica. Muchos juristas prácticos, a pesar de su capacidad creadora ante el caso concreto, albergan en su mente a la más ingenua confianza sobre el valor del método deductivo. Dada la regla general, creen que por deducción, mediante adaptar las circunstancias concretas a la hipótesis genérica, ya han logrado resolver el caso particular sometido a su consideración. Pero en realidad, pierden de vista que no se trata propiamente de concretar una norma abstracta, sino de crear la regla concreta que resuelva el problema planteado y que, por razón de su propia eficacia, pueda tener el valor de precedente. Cuando la norma general se puede concretar, en realidad se aplica mecánicamente tal como es; en caso contrario se crea nuevo derecho, una norma distinta.*”⁶⁸

E arremata: “*Es debido a que el derecho, por lo que aspecto debatido concierne, no está claramente formulado. Es completamente ilusorio, por tanto, suponer que la sentencia que se dicte no reaccionará sobre el mismo ordenamiento jurídico en el sentido de introducir una claridad donde no la había.*”⁶⁹

67 PUIG BRUTAU, José. *La jurisprudencia como fuente del derecho: interpretación creadora y arbitrio judicial*. Barcelona: Bosch, [1952]. p. 49.

68 *Ibidem*, p. 51.

69 *Ibidem*, mesma página.

Um pouco de realismo permite notar que o primado absoluto da lei não passa de uma ficção.

Nesse sentido, Cueto Rúa: *“Los códigos siguen conservando su prestigio en todos los países de tradición romanista. Se los sigue utilizando de manera prioritaria. Son guía indispensable para el conocimiento del derecho y base primaria para la búsqueda de soluciones racionales consistentes y omni-compreensivas de los problemas característicos tanto de las relaciones económico-financieras como de las relaciones no-económicas (v.g. las familiares), pero los códigos han dejado de constituir el paradigma normativo y el eje alrededor del cual gira la actividad jurídica. Su predominio se ha visto amenizado por dos desarrollos relativamente recientes. Por un lado se ha multiplicado la acción legiferante en sus diversas manifestaciones (leyes propiamente dichas, reglamentos, regulaciones administrativas) y, por el otro, **ha crecido la influencia de la jurisprudencia como instrumento de determinación específica de los sentidos normativos generales, y como fuente diferenciada del derecho.**”*⁷⁰

*“Las visibles ventajas de la especificación jurisprudencial de las significaciones legislativas ha llevado al surgimiento de un pujante movimiento de reforma legislativa con la finalidad de atribuir a la jurisprudencia un cierto carácter obligatorio, utilizando diversas técnicas procesales. Se reduce, así, la incertidumbre asociada al carácter genérico de los textos legislativos.”*⁷¹

Cada vez um número maior de países, almejando a unificação jurisprudencial, adota a obrigatoriedade da aplicação dos precedentes em matéria constitucional, como a Alemanha, Argentina, Colômbia, Suíça, Espanha e México.⁷²

70 CUETO RÚA, Julio. La ley en el mundo contemporáneo. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, n. 6, p. 247, 1986 (grifamos).

71 *Ibidem*, p. 250.

72 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 70.

Pode-se concluir que o codificador já não é mais o personagem central do Direito, sendo substituído por um trabalho conjunto entre legisladores, administradores e julgadores⁷³. Corroborando a crescente similitude entre os dois grandes sistemas, Streck afirma que “de um ponto de vista linguístico (plano da hermenêutica), não há grandes diferenças entre *common law* e *civil law*, o que se pode perceber em autores como Herbert Hart, que fala de uma textura aberta do Direito”⁷⁴. Ou, no mesmo sentido, Reale: “Se alardearmos as vantagens da certeza legal, podem os adeptos da *common law* invocar a maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo. Na realidade, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime da *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística.”⁷⁵

E nada autoriza a identificação de traços intrinsecamente diferentes entre a vinculação ao precedente em matéria constitucional e em matéria infraconstitucional. A “superlegalidade” do texto constitucional, subordinante para o texto legal e condicionante para a sua interpretação, não o torna, necessariamente, mais ou menos infenso à vinculação da jurisprudência formada na sua interpretação do que os diplomas de hierarquia inferior. A questão da admissibilidade da vinculação ao precedente formado na interpretação da lei *stricto sensu* deve ser auferida em termos de constitucionalidade da norma que institua a vinculação, não em termos de compatibilidade com o sistema.

73 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função*: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante, cit., p. 69.

74 Ibidem, p. 71.

75 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 142.

2.2.1 Europa continental

Assim é, com variações de sistema a sistema, na Alemanha, Itália, França e Espanha. Em linhas gerais, fora da questão constitucional, a força do precedente vem da autoridade da corte julgadora, atuando com forte persuasão de fato sobre as instâncias que lhe forem subordinadas.

Na Espanha, o precedente tem maior força, do que nos dá notícia René David: “O papel criador da jurisprudência é também reconhecido formalmente na Espanha com a noção de *doctrina legal*. Admite-se em virtude da lei, neste país, um recurso para o Supremo Tribunal contra uma decisão judiciária, se esta decisão violou a *doctrina legal*, isto é, a jurisprudência estabelecida por várias decisões do Supremo Tribunal. Uma noção análoga à *doctrina legal* espanhola é admitida em Honduras e no México, nas matérias que dizem respeito às liberdades públicas (*amparo*)”⁷⁶. Na espécie, a “força” vinculante dos julgados na Espanha em muito se aproxima da simples eliminação de divergências jurisprudenciais, como existe no Direito brasileiro (hipótese de cabimento de recurso especial por força do art. 105, III, “c”, da Constituição da República, além da uniformização de jurisprudência).

Na experiência francesa, vicejou tratamento peculiar, especialmente em face da formação histórica da sua república. No período que antecedeu a revolução francesa do século XVIII, os membros do Judiciário, dada a venalidade e hereditariedade desses cargos, “fizeram dos juízes franceses uma espécie de casta dotada duma inteira autonomia em relação aos funcionários da administração”.⁷⁷

Tido como o poder mais ligado à monarquia, a revolução burguesa vitoriosa via os juízes com extrema desconfiança e até mesmo repulsa, o que sedimentou na experiência romano-germânica uma opção quase

76 DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 128.

77 *Ibidem*, p. 123.

obsessiva pela primazia da lei escrita e oriunda do parlamento, expressa no conhecido aforismo *in claris cessat interpretario*, fazendo com que se tentasse tornar o juiz verdadeiro autômato aplicador do quanto contido no texto legislativo (*la bouche de la loi*). A mesma razão explica a criação do *Conseil d'Etat* como órgão integrante do Poder Executivo, mero organismo de controle interno em suas origens. Viu-se no texto legal, especialmente nas codificações, uma forma de conseguir segurança e isonomia na solução das controvérsias, na crença que a lei a tudo poderia abarcar e resolver.

Exemplo disso é o artigo 3º da Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791: “Os tribunais não podem imiscuir-se no exercício do Poder Legislativo ou suspender a execução das leis, nem se intrometer nas funções administrativas ou citar perante eles os administradores por motivo das suas funções”. Lei de 1790 criou o *référé législatif*, pelo qual, havendo dúvida, a supressão da lei pela senda interpretativa estaria confiada ao legislador do qual se originou a norma. Nobre Júnior nos conta que “com o correr dos anos, mais precisamente em 1837, o Tribunal de Cassação assume outra feição, configurando-se como verdadeiro órgão judicial, integrante da estrutura do Poder Judiciário, com a possibilidade de rever qualquer sentença que se baseie em *ratio decidendi* contrária à sua orientação jurisprudencial. Evidente, portanto, a influência, perante os demais juízos ordinários, da interpretação da referida Corte”.⁷⁸

A respeito pontificam Georges Vedel e Pierre Devolvé: “*Officielement, si l'on peut s'exprimer ainsi, notre droit est entièrement un droit écrit et législatif, sans participation du juge. Les règles de droit procèdent uniquement de la Constitution, des traités, de la loi, des règlements. Le juge interprète les textes et ne crée pas de règles de droit*”. Para, mais adiante acrescentar, mitigando esse postulado: “*Même en droit civil il est*

78 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores, cit., p. 76.

évident que, en fait, une partie importante des règles de droit administratif où les règles les plus importantes n'ont, le plus souvent, pas d'autre origine."⁷⁹

2.2.2 A experiência portuguesa

Portugal é nota dissonante nesse assunto.

A mais remota forma de uniformização da jurisprudência no Direito ibérico, antes ainda da separação do Condado Portucalense, são as *fazañas y albedrios*, segundo Rogério Lauria Tucci⁸⁰. O instituto foi assim conceituado por Alfredo Buzaid: "A façanha significava, no Direito português, juízo ou assento que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso que, por autoridade de quem o fez e dos que o aprovaram, fica servindo como de aresto para se imitar, quando outra vez acontecesse"⁸¹. Prossegue o autor, trazendo à colação a sua previsão no *Código de Las Siete Partidas* espanhol: "*Otrosy dezimos, que no debe valer ningun juyzio que fuesse dado por fazanãs de otro; fueras ende, si tomassen aquella fazaña de juyzio que el Rey ouviessse dado. Ca entonces bien pueden julgar por ella; porque la del Rey a fuerza, e debe valer como ley, en aquel pleito sobre que es dado, e los otros que fueren semejantes*". Fica claro assim que vem de longa data a busca de uma fórmula que contemplasse, em sede judicial, o binômio segurança-justiça, o que exigia uma forma de garantir razoável uniformidade na aplicação da lei (o que, como dito acima, acabou contemplado no sistema francês de proibição, *tout court*, de interpretação da lei, que seria em si a garantidora dessa igualdade de tratamento).

A legislação portuguesa vigente à época do descobrimento do Brasil (as ordenações de El-Rei Manuel, o Venturoso) caracterizou-se por ter sido elaborada por compilações e acréscimos àquela que a precedeu (as

79 VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1997. p. 486-487.

80 TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3, p. 165.

81 BUZOID, Alfredo, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 58, p. 134, apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 207-208.

Ordenações Afonsinas) e dispunha, em seu Livro V, Título 58, § 1º: “E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho. Para depois não vir em dúvida”. Lançou-se assim o gérmen dos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa. Nas que lhes seguiram, as Ordenações Filipinas, as *fazañas y albedrios* vieram efetivamente a ser substituídas pelos assentos da Casa da Suplicação (Livro I, Título V, § 5º). Informa sobre elas Alfredo Buzaid, com suporte em Cândido Mendes de Almeida, que os assentos “tinham, pois, por fim, fixar a verdadeira inteligência da lei; e tomados na Mesa Grande tinham força de lei”.⁸²

Entre as fontes do Direito lusitano da época figurava em posição de destaque a atuação do rei, como chefe máximo do Estado e do governo, detendo poder legiferante. Disso é exemplo o seguinte trecho de dispositivo das Ordenações Filipinas (Livro III, Título 75, 51, parte final): “O Rey he lei animada sobre a terra, e pode fazer lei e revogá-la, quando vir que convém fazer-se assi”. Ao lado do poder legiferante do rei, por meio de *decretaes*, dever-se-ia, na solução do caso concreto, analisar se havia estilos e costumes sobre o caso e, alternativamente, recorrer ao Direito canônico e às leis imperiais (o Direito romano). As *decretaes* resolviam o caso concreto, mas pela autoridade da sua fonte (o rei) ficavam os desembargadores obrigados a analisar os casos de semelhante a semelhante, resolvendo assim os que fossem afins.

Dizia-se da atividade das Relações⁸³ que, quando houvesse reiteração sobre o mesmo tema, “sendo as sentenças da Relação muitas e conformes

82 BUZOID, Alfredo, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 55, p. 134 apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 208.

83 Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, no topo da organização judiciária régia de Portugal postava-se a Casa de Suplicação de Lisboa, em segundo lugar a Mesa de Consciência e Ordens (com competência para matéria atinente às matérias eclesiásticas, às ordens militares, órfãos e interesses dos escravos) e, em seguida, os tribunais intermediários, as Relações (do Porto, criada em 1580, de Goa, na Índia, e da Bahia, criadas em 1609, e do Rio de Janeiro, criada em 1715). Abaixo das Relações havia os ouvidores-gerais e por fim juizes ordinários ou juizes de fora, conforme o caso (*O direito na história: lições introdutórias*, cit., p. 260).

sobre o mesmo tema, induzem estilo”, ou seja, adquirem eficácia expansiva *ultra partes*, à semelhança das decretais. Os assentos⁸⁴ eram assim, em sua origem, o registro feito no livrinho (conforme mandavam as Ordenações Manuelinas) e depois no Livro da Relação (por força das Ordenações Filipinas), dotado de força vinculante e sujeitando o julgador a sanção disciplinar a ser aplicadas pelo regedor. É o que diziam as Ordenações Manuelinas (Livro V, Título 58, § 1º): “E assim havemos por bem que, quando os Desembargadores que forem no despacho de algum feito, todos ou alguns deles tiverem alguma dúvida em alguma Nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dita dúvida ao Regedor, o qual na Mesa Grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará e segundo o que aí for determinado se porá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça que é bom de no-lo fazer saber, para a nos logo determinarmos, no-lo fará saber, para nós nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossa Ordenação ou derem sentença em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da dita Ordenação, sem irem do Regedor, como dito é, serão suspensos até nossa mercê. E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho para depois não vir em dúvida.”

Segundo Nazareno Costa: “No Direito recente de Portugal, os assentos foram definidos como enunciados de uniformização de jurisprudência emitida pelo Pleno dos Tribunais Superiores, imodificáveis e irrevogáveis pelo órgão emissor, embora pudessem sê-lo até o advento do Código Civil português de 1961 (art. 2º). Essa impossibilidade manteve-se inclusive com as modificações introduzidas naquele diploma em 1967. A reforma do processo civil de 1995, contudo, os extinguiu”⁸⁵. Diga-se que o caráter

84 O termo assento, ensina Edilson Pereira Nobre Júnior, advém do fato de que os tribunais superiores, apesar de terem sede numa cidade determinada, aí não se fixavam, tendo caráter até certo ponto itinerante, como se davam com os tribunais ingleses. Exemplo disso é o Assento I (“extingue a pena da marca de ferro no rosto”), que foi feito em Évora, em 27 de fevereiro de 1523 (O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores, cit., p. 77).

85 COSTA, Sílvio Nazareno, *Súmula vinculante e reforma do judiciário*, cit., p. 23.

vinculante dos assentos já sofria forte crítica pela doutrina portuguesa, que neles via verdadeiro caráter legislativo, como se vê em Canotilho⁸⁶ e Castanheira Neves⁸⁷. Esse tipo de entendimento jurisprudencial vinculativo denomina-se jurisprudência qualificada.

É importante mencionar a sensível diferença entre os assentos portugueses e a *doctrina legal* espanhola e a jurisprudência obrigatória da Suprema Corte mexicana, tal como enunciada por Castanheira Neves: “Em ambos os casos [Espanha e México] o que se torna vinculante é a orientação jurídica que, através de uma jurisprudência reiterada ou de determinado número de decisões jurisdicionais, estes Supremos Tribunais tenham mantido constante. Já não é o caso dos assentos, onde não se tratava de dar relevo a uma jurisprudência constante, ou uniforme, mas sim de impor, mediante uma norma expressamente formulada para o futuro, a solução de um conflito de jurisprudência – solução-norma que nem necessitava cingir-se às teses jurisprudenciais em conflito, podendo o Tribunal Pleno simplesmente optar por uma delas, além de não existir a obrigação de que o julgamento – de onde se originaria o assento – traduzisse qualquer orientação jurisprudencial anteriormente seguida. O assento era, assim, ‘norma’, constituindo-se *ex novo*, visando ao futuro, e não à jurisprudência.”⁸⁸

Dizia Canotilho sobre os assentos: “Os assentos eram normas materiais ‘recompostas’ através de uma decisão jurisdicional ditada pelo Supremo Tribunal de Justiça sempre que houvesse contradição de julgados sobre as mesmas questões de Direito no domínio da mesma legislação. Hoje, o problema deixou de ter interesse, pois o DL 329-A/95, de 12-12 (Reforma do Processo Civil), revogou os artigos 763º a 770º do Código de Processo Civil reguladores do recurso para o Tribunal Pleno eventualmente conducente ao assento, e o artigo 4º/12 do mesmo diploma revogou o artigo 2º do Código

86 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 613.

87 CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O problema da constitucionalidade dos assentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 37.

88 *Ibidem*, p. 37.

Civil onde se considerava o assento como ‘fonte de Direito’. O Tribunal Constitucional já se havia pronunciado pela inconstitucionalidade dos assentos (cf. ACTC 743/96, 18-9-96).”⁸⁹

2.2.3 A experiência brasileira

Enquanto fomos colônia, o sistema judiciário português tinha plena aplicação no Brasil e, proclamada a independência política, alterou-se apenas a competência para prolação dos assentos, mantendo-se a projeção de seus efeitos cá na América por força de Decreto Imperial de 20 de outubro de 1823. Mesmo sem legislação que aos assentos ou às Ordenações fizesse menção específica, silêncio mantido pela Constituição Imperial de 1824, continuaram eles tendo aplicabilidade (como aconteceu com grande parte do Livro III das Filipinas, que tratava de matéria processual). O suporte legal expresso veio com o artigo 1º do Decreto Legislativo n. 2.684, de 23 de outubro de 1875, que autorizava o Supremo Tribunal de Justiça a levá-los em conta “para inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada”. O artigo 2º dizia que os assentos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio seriam “obrigatórios provisoriamente até que derogados pelo Poder Legislativo”.

Decreto posterior (Dec. n. 6.142, de 10.03.1876) passou a regular a forma como deviam ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça, sendo indispensável: “1º - Que os julgamentos tenham sido proferidos em processos que estejam findos, depois de esgotados os recursos ordinários facultados por lei. 2º - Que a divergência dos julgamentos tenha por objecto o direito em these ou a disposição da lei, e não a variedade da applicação proveniente da variedade dos factos. 3º - Os assentos assim tomados não prejudicarão os casos julgados contra ou conforme a doutrina que estabelecerem.”

⁸⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 827.

A aplicabilidade dos assentos em solo pátrio só cessou por completo com a proclamação da República, face ao novo modo de superação das divergências jurisprudenciais⁹⁰, ao lado de uma nova organização judiciária (bipartição da jurisdição entre federal e estadual) e da instituição de competência para que os Estados legislassem em matéria processual. É interessante ressaltar a longevidade dos assentos entre nós, mantendo a profunda diferença entre a maioria dos outros sistemas jurídicos da família romano-germânica, mesmo tendo sido realizadas importantes reformas legislativas na área processual durante o Brasil Império, como a promulgação do Código de Processo Criminal em 1832, o Regulamento n. 737 em 1850 (que tratava do “processo das causas comerciais”) e a outorga de força de lei à Consolidação das Leis do Processo Civil (a Consolidação Ribas), por Resolução Imperial de 1876. A Consolidação, aliás, mencionava expressamente os assentos (art. 156).

A uniformização de jurisprudência seria também tratada em vários códigos estaduais, com a adoção do prejudgado, como os de São Paulo⁹¹ e de Minas Gerais. O Código de Processo Civil de 1939, unificando a legislação sobre a matéria em nível nacional, adotou o prejudgado. Sobre o tema escreveu Alfredo de Araújo Lopes da Costa: “Artigo 861 - A requerimento de qualquer de seus juízes, a câmara ou turma julgadora poderá promover o pronunciamento prévio das câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre ou pode ocorrer divergência de interpretação entre câmaras ou turmas. É isso que entre nós se denominou prejudgado. Sua origem foi o Projeto Crisólito Gusmão, de organização judiciária para o Distrito Federal, em 1923. O legislador brasileiro foi procurar o modelo na Lei de Organização Judiciária alemã.”⁹²

90 A divergência passaria a ser dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo essa uma das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, na forma do artigo 60, parágrafo 1º, da Constituição, com a redação que lhe fora dada com a reforma de 1926.

91 Dispunha o artigo 1.126 do Código paulista: “Quando ao relator parecer que já existem divergências entre as Câmaras, proporá, depois da revisão do feito, que o julgamento da causa se efetue em sessão conjunta.”

92 COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. v. 3, p. 303.

Interessante notar que esse não era um recurso, pelo menos no sentido técnico da palavra. Era, no dizer do mesmo autor, “apenas uma providência para assegurar a uniformidade da jurisprudência e levar o Poder Legislativo a corrigir a obscuridade da lei. Não era um recurso, porque deixava intacta a situação obtida pela parte com a sentença. O que se submetia ‘de novo’ ao tribunal não era a causa, mas apenas a tese de Direito sobre a qual a divergência se manifestara. (...) É do mesmíssimo remédio administrado de forma muito inferior que se serve a Justiça francesa, com o recurso de cassação, interposto, no interesse da lei, pelo Procurador Geral junto àquela Corte. (...) Tal decisão obriga, na espécie, a câmara singular que a provocou, mas não tem força obrigatória para casos futuros semelhantes”⁹³. O prejudgado também era meio preventivo da divergência, já que obtido antes do julgamento do recurso que havia levado a causa ao tribunal (apelação ou agravo).

O sistema de controle da divergência jurisprudencial era, no Código de 1939, completado pelos recursos extraordinário e de revista, ambos tendo este como sua finalidade precípua⁹⁴. O recurso de revista vinha regulado pelo artigo 853 daquele Código de Processo Civil, que assim dispunha: “Conceder-se-á recurso de revista para as câmaras civis reunidas nos casos que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras ou turmas entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das câmaras ou turmas em contrariar outro julgado, também final, das câmaras reunidas”. O extraordinário, a seu turno, era previsto nos artigos 863 a 869, c.c. o artigo 101, III, “d”, da Constituição da República de 1937, e era bastante semelhante ao nosso recurso especial, pela alínea “c”, inciso III, do artigo 105 do texto constitucional hoje vigente.

O legislador brasileiro republicano optou, assim, por afastar-se da tradição até então imperante no Brasil, aproximando-se mais dos outros

93 COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da, *Direito processual civil brasileiro*, cit., v. 3, p. 304 e 306.

94 *Ibidem*, v. 3, p. 234.

ordenamentos romano-germânicos. O senador Bernardo Cabral faz o seguinte comentário no relatório da PEC n. 29/2000 (à p. 3): “A Carta de 1934, como se sabe, decidiu pelo repúdio ao sistema norte-americano do *stare decisis*, com as variáveis do *distinguishing* e do *overruling*, numa opção que iria cobrar do modelo brasileiro então desenhado um pesado tributo, já que as premissas assentadas a partir do modelo de controle de constitucionalidade iriam alastrar-se e contaminar o funcionamento dos Tribunais Superiores. Na Assembléia Nacional Constituinte, não obstante o registro justo da existência de movimentos fortes no sentido de uma revisão do nosso modelo judiciário – e a história faria justiça, em curtíssimo espaço de tempo, aos diagnósticos e prognósticos que sustentavam as teses revisionistas então brandidas – a opção foi conservadora e manteve as raízes, os mecanismos e as colunas centrais do Poder Judiciário e, com elas, as sementes das cepas robustas que iriam gerar o caos que tomou conta do sistema brasileiro de prestação jurisdicional.”

A idéia de adotar-se no Brasil a súmula vinculante, segundo Carlos Alberto do Amaral, “surgira, já, através de projeto elaborado por Haroldo Valladão e encaminhado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros ao constituinte de 1946, pretendendo-se, aí, que da interpretação da lei fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, se tomasse assento de observância obrigatória pelos Tribunais e juízes pátrios. Ressurgiu, posteriormente, em 1963, no anteprojeto de Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas, de autoria do mesmo professor – ainda inexitosamente”.⁹⁵

O projeto mencionado é o de nova Constituição, apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros em 1946, de autoria de Haroldo Valladão, que previa o cabimento do recurso extraordinário “quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva de lei federal entre dois tribunais, ou entre um deles e o STF. Neste caso, o recurso poderá

95 AMARAL, Carlos Alberto do. *Súmula e efeito vinculante*. Disponível em: <<http://www.caamaral.adv.br/efvincul.htm>>. Acesso em: 11.01.2008.

também ser interposto pelo Ministério Público e, uma vez fixada pelo STF a interpretação da lei, pela forma e nos termos determinados no regimento interno, dela será tomado assento que os tribunais e juízes deverão observar”.⁹⁶

O mesmo Valladão fez nova tentativa no sentido de dotar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de efeito vinculante, conforme noticia Streck: “Seu autor, porém, voltou à carga quando da elaboração do Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (63/64), especificando o artigo 7º que: ‘O STF, no exercício das atribuições que lhe confere o artigo 101, III, ‘d’, da Constituição Federal, uma vez fixada a interpretação da lei federal pelo Tribunal Pleno, em três acórdãos, por maioria absoluta, torna-la-á pública, na forma e nos termos determinados no Regimento, em resolução que os tribunais e os juízes deverão observar enquanto não modificada segundo o mesmo processo, ou por disposição constitucional ou legal superveniente. Parágrafo único - A modificação pelo STF se fará, havendo razões substanciais, mediante proposta de qualquer ministro, por iniciativa própria ou sugestão constante dos autos’.”⁹⁷

Ainda na vigência da Constituição de 1946, foi criada, por iniciativa do então presidente da Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Ministro Victor Nunes Leal, mediante emenda ao regimento daquela corte, de 20 de agosto de 1963, a súmula oficial de jurisprudência dominante. Assim se expressou o magistrado sobre sua criação: “Firmar a jurisprudência, de modo rígido, não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do Direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é frequentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descabro e tormento. Razoável e possível é o meio termo, para que o Supremo Tribunal

96 VALLADÃO, Haroldo. Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal I. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 71, p. 333.

97 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 110.

Federal possa cumprir seu mister de definir o Direito federal, eliminando ou diminuindo os dissídios de jurisprudência.”⁹⁸

Ou, nas palavras do último sobrevivente da composição do Supremo Tribunal Federal, quando da criação das súmulas, Evandro Lins e Silva: “*Súmula* foi a expressão de que se valeu Victor Nunes Leal, nos idos de 1963, para definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, onde era um dos maiores ministros, vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam amiudamente em seus julgamentos. Era uma medida de natureza regimental, que se destinava, primordialmente, a descongestionar os trabalhos do Tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação de seus juízes. Ao mesmo tempo, a Súmula servia de informação a todos os magistrados do país e aos advogados dando a conhecer a orientação da Corte Suprema nas questões mais freqüentes. Houve críticas e resistências à sua implantação sob o temor de que ela provocasse a estagnação da jurisprudência ou que pretendesse atuar com força de lei⁹⁹. Seu criador, Victor Nunes, saiu a campo e, em conferências proferidas na época, explicou e deixou bem claro que a Súmula não tinha caráter impositivo ou obrigatório. Ela era matéria puramente regimental e podia ser alterada a qualquer momento, por sugestão dos ministros ou das partes, através de agravo contra o despacho de arquivamento de recurso extraordinário ou do agravo de instrumento. Nunca se imaginou a possibilidade de conferir à Súmula o poder vinculante ou de cumprimento obrigatório, imutável para o próprio Tribunal que a edita ou para as instâncias inferiores. Do contrário teríamos a revivescência dos Assentos do Superior Tribunal de Justiça, na esteira dos Assentos das Casas de Suplicação, considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, desde a fundação da República. Súmula ‘vinculante’ seria um novo nome para os velhos Assentos. O grande ministro Pedro Lessa já estigmatizara a figura do ‘juiz legislador’, não prevista ‘pelos que organizaram e limitaram os nossos poderes políticos’.”¹⁰⁰

98 LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 61, n. 208, p. 16, out./dez. 1964.

99 Algumas das mesmas críticas que foram feitas à súmula vinculante durante sua discussão.

100 SILVA, Evandro Lins e. Crime de hermenêutica e súmula vinculante. *In Verbis*, Rio de Janeiro, Instituto dos Magistrados do Brasil, n. 5, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.imb.org.br/revista05/artigo/artigo.htm>>.

Mesmo assim, a edição de uma súmula, ainda que não vinculante, e além da sua evidente força persuasiva na forma do Direito hoje vigente, passa a projetar vários outros efeitos sobre casos análogos, tendo uma força quase normativa: permite ao relator indeferir recursos contra entendimento sumulado ou dominante (art. 557 do CPC) e resolver de plano o conflito de competência (art. 120, parágrafo único); abrevia o rito nas arguições de inconstitucionalidade (art. 481); dispensa a indicação de outros julgados (art. 102, § 4º, do RISTF); e tem evidente influência no julgamento de recursos fundados em divergência (revista trabalhista, embargos de divergência no STF e STJ, recurso especial pela alínea “d”). Além das permissões legais, a súmula exerce inequívoca força persuasiva sobre todo o Judiciário, derivada da autoridade da sua fonte prolatora, inclusive para efeito de verificação da verossimilhança em caso de concessão de tutela antecipada. Mancuso noticia inclusive que “já esteve em tramitação projeto de lei (n. 3.804-A/93) que propunha nova redação aos artigos 478 e 479 do Código de Processo Civil, sendo que no parágrafo 4º deste último haveria uma alínea (d), com a seguinte redação: ‘Nos processos pendentes e nos posteriores, com pretensão fundada na tese da súmula, poderá ser concedida a antecipação da tutela, prosseguindo o feito até final julgamento’.”¹⁰¹

Outros resquícios de jurisprudência com eficácia expandida para processos outros que não aquele onde surgiu restaram ainda no Direito brasileiro, e outros novos foram criados. Um deles foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Superior Eleitoral após a edição da Constituição de 1988, o prejulgado eleitoral. Sobre o tema, Nobre Júnior: “Aproximadamente dois anos depois de instituídas as súmulas do STF, o atual Código Eleitoral, consubstanciado pela Lei 4.717, de 15 de julho de 1965, criou a figura do prejulgado eleitoral, de natureza distinta daquela prevista na legislação processual civil em vigor, prescrevendo: ‘No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de Direito constituem prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois

101 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 222.

terços dos membros do Tribunal’ (art. 263)”¹⁰². A inconstitucionalidade foi declarada no Acórdão n. 12.501¹⁰³, sob três argumentos: a) violação à separação dos poderes, haja vista a força de lei que portava o preceito; b) recente edição das súmulas de jurisprudência do próprio Tribunal, as quais não se revestem de nota vinculativa; e, c) redação do artigo 97 da Constituição, a exigir maioria absoluta dos membros do respectivo Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade, enquanto, inteiramente desproporcional, a norma fixava *quorum* de dois terços para a alteração da jurisprudência.

Na década seguinte, veio o Código de Processo Civil ora vigente, trazendo o incidente de uniformização de jurisprudência, para harmonização do entendimento dentro de um mesmo tribunal. Importante ressaltar que o anteprojeto de Código de Processo Civil de 1964, da autoria de Alfredo Buzaid, trazia de volta o assento, com sua característica força obrigatória. A redação do anteprojeto dizia:

“Artigo 518 - A decisão tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos que integram o Tribunal será obrigatória, enquanto não modificada por outro acórdão proferido nos termos do artigo antecedente.¹⁰⁴

Artigo 519 - O presidente do Tribunal, em obediência ao que ficou decidido, baixará um assento. Quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicado, o assento terá força de lei em todo o território nacional.”

102 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores, cit., p. 79.

103 T SE – REsp Eleitoral n. 9.936/RJ, v.u., DJU, de 11.03.1993.

104 Vale aqui sublinhar que o anteprojeto caminhava em linha muito próxima às tendências da *common law*, já que não havia procedimento específico para a formação do assento, exigência de certo número de decisões naquele sentido, especial relevância ou divergência sobre a matéria, e não vinculava o próprio tribunal, que poderia modificar o entendimento contido no assento mediante simples decisão em sentido diverso.

Esses dispositivos foram alvo de fortes críticas, tendo sido extirpados ainda na comissão revisora. Aliás, não só esses artigos, mas todo o capítulo, sob o principal argumento de que as leis já carecem de flexibilidade suficiente, e endurecer ainda mais sua interpretação significaria abrir mão do pouco que o sistema deixa para a moldagem do Direito ao caso concreto.¹⁰⁵

Na seara constitucional, a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade tem efeito vinculante e *erga omnes* desde a criação dessa forma de proteção da supremacia do texto constitucional, com a inserção da representação de inconstitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965. Transformada em ação direta de inconstitucionalidade pela Carta de 1988, manteve-se esse efeito, mas apenas para a decisão de procedência em sua origem, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal na Representação n. 1.349/DF. A Emenda Constitucional n. 3/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade, com força vinculante e eficácia *erga omnes*. Por fim, a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, no artigo 28, estendeu o mesmo efeito para a ação direta de inconstitucionalidade, inclusive para a decisão de inconstitucionalidade sem redução do texto e a interpretação conforme a Constituição. A propósito da emenda que criou a ação declaratória de constitucionalidade, voltaremos ao ponto mais adiante, comentando o julgado da questão de ordem que precedeu o julgamento da ADC n. 1 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Como se vê, não é novidade no Direito brasileiro a força vinculante, ou quase vinculante, de decisões, sendo nítida a tendência de emprestar-lhes cada vez mais uma eficácia que desborde os limites subjetivos clássicos da sentença.

105 PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 671.

É nesse contexto, nessa progressão histórica, que tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000 que, ao reformar o Judiciário, instituiu a súmula de jurisprudência dominante com efeito vinculante, aproximando-nos do modelo da *common law*, expressamente mencionado no parecer do seu relator.

2.2.4 Atomização e molecularização das lides

O processo civil brasileiro foi construído, valendo-nos da terminologia adotada por Kazuo Watanabe, num modelo atomizado, de demandas individuais e personalistas, em que a coisa julgada não prejudica nem favorece outros que dela não fizeram parte. Que cada um, singularmente considerado, tenha seu *day in court*, é aconselhável numa sociedade como a que originou o revogado Código Civil de 1916, mas não numa outra, plural como a hodierna, em que as querelas, muitas vezes, têm muito mais de comum do que de particular.

Ao mesmo tempo, os grandes sistemas de Direito modernos mitigam seus princípios básicos, e se aproximam um do outro¹⁰⁶. O Direito anglo-saxão – *common law*, fundado primordialmente no *binding precedent* e na *equity* –, sofre cada vez mais influência do Direito legislado – *statute law* –, ao passo que os países de tradição romano-germânica dão cada vez mais valor ao precedente (o que para um país de origem portuguesa como o nosso é mais um retorno do que uma novidade), como forma de privilegiar a isonomia entre as decisões e desafogar o congestionado Judiciário, entulhado de lides intrinsecamente plurais, mas enfrentadas individualmente.

106 Vítor Nunes Leal, de marcante atuação no Supremo Tribunal Federal, já registrara uma atenuação progressiva da diferença entre os regimes da *common law* e da *civil law*. Segundo o autor, “Vão-se assemelhando cada vez mais os problemas judiciários que eles e nós enfrentamos. De uma parte, vai se ampliando, dia a dia, nos Estados Unidos, a área coberta pela legislação (*statute*); de outra, entre nós, o lento ritmo das codificações não dá vazão à nossa plethora de leis extravagantes, o que transpõe o seu ordenamento sistemático para o plano da jurisprudência. Partimos, assim, de pontos distanciados, mas estamos percorrendo caminhos convergentes, sendo aconselhável a comparação dos métodos que uns e outros vamos imaginando para espancar o pesadelo da sobrecarga judiciária, que nos é comum.” (A súmula do Supremo Tribunal Federal e o *restatement of the law* dos norte-americanos. *Revista LTR*, n. 30, p. 5).

Que caminho o Brasil deseja trilhar? As lides devem ser tratadas de forma a privilegiar o individual ou o coletivo? Estão sendo dados passos significativos na direção da coletivização.

Em palestra proferida nos idos de 1999, Dinamarco¹⁰⁷ noticiava a formação de um grupo idealizado por Ada Pellegrini Grinover e constituído pela própria, por ele, e ainda por Waldemar Mariz de Oliveira Júnior e Kazuo Watanabe, com o propósito de elaborar anteprojeto de lei que fosse capaz de provocar julgamento de eficácia e a autoridade *ultra partes*, embora proferidos em litígios originalmente individuais. Pensou-se em criar um incidente de coletivização da tutela jurisdicional, a ser suscitado em processos individuais, sempre que se tratasse de causa cuja questão central dependesse de questão de Direito reiteradamente debatida nos tribunais. O interesse central do grupo era, nas próprias palavras do autor citado, “naquele quadrinômio que, no Direito americano, se invoca em justificativa do sistema do *stare decisis*, ou seja, igualdade-segurança-economia-respeitabilidade”.¹⁰⁸

A idéia não frutificou. É Dinamarco quem explica os motivos aos quais credita o resultado negativo: “Infelizmente a idéia não frutificou, principalmente em virtude uma série de preconceitos então em pleno vigor e difíceis de vencer, como o da eficácia exclusivamente *inter partes* dos provimentos jurisdicionais e o dogma da coisa julgada restrita aos litigantes.”¹⁰⁹

Nota-se, contudo, marcante tendência da legislação infraconstitucional para, gradativamente, aumentar a eficácia pamprocessual da jurisprudência dominante e conferir-lhe caráter normativo, passando mais e mais a operar como padrão exegético para julgamento do recurso. Veja-se, por exemplo: a) o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, que prevê novo tratamento

107 DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. *Revista Forense*, v. 95, n. 347, p. 51-65, jul./ set. 1999.

108 *Ibidem*, p. 55.

109 *Ibidem*, mesma página.

da coisa julgada (*ultra partes, erga omnes, in utilibus, secundum eventum litis*) a espriar seus efeitos por vários processos, existentes ou futuros; b) negativa de seguimento de recurso na disciplina da Lei n. 8.038/90 por decisão singular do relator; c) os já citados artigos 557, 120 parágrafo único e 481 do Código de Processo Civil e 102, parágrafo 4º do RISTF; d) a *ratio essendi* do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, que é delimitar a projeção geográfica da decisão (com aplicabilidade à ação civil pública, *ex vi* do art. 117 do mesmo *codex*); e) a decisão na ação civil pública, que tem efeito *erga omnes* (art. 16 da Lei n. 7.347/85); e, f) uma das hipóteses de cabimento do recurso de revista trabalhista (art. 896, “a”, da CLT).

A súmula vinculante, a impeditiva de recursos e o novo artigo 285-A do Código de Processo Civil são outros exemplos dessa tendência de molecularização das lides.¹¹⁰

110 A publicação da Lei n. 11.672, de 8 maio de 2008 (com entrada em vigor em agosto de 2008), que acresceu o artigo 543-C ao Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é mais um passo nesse inexorável caminho, ao fazer com que o recurso especial tenha, à semelhança do extraordinário, que atender a requisitos para ser admitido.

3 O PROBLEMA DAS FONTES DO DIREITO NA FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA

3.1 As fontes do Direito

Utilizamos o termo fontes do Direito para indicar os processos de produção das normas jurídicas. Ou, nas palavras de 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 no contexto de uma estrutura normativa. O Direito resulta de um complexo de fatores que a filosofia e a sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas fôrmas”.¹¹¹

Em outra obra lapidar do mestre, encontramos que as fontes do Direito “são sempre estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de um poder de decidir sobre o seu conteúdo, o que equivale a dizer um poder de optar entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que é declarada obrigatória, quer *erga omnes*, como ocorre nas hipóteses da fonte legal e da consuetudinária, quer *inter partes*, como se dá no caso da fonte jurisprudencial ou na fonte negocial”.¹¹²

Esse trecho demonstra porque a doutrina não pode ser considerada uma fonte do Direito, ainda que de grande importância cultural e persuasiva. O conceito de fonte demanda, além do fato de ser fruto de uma opção mais ou menos consciente, um exercício de poder. Poder de optar por uma determinada solução, mas de impor-lhe a observância com obrigatoriedade, o que falta à doutrina.

Assim, o mesmo autor identifica as seguintes fontes do Direito: “A meu ver, quatro são as fontes do Direito: a legal, resultante do poder estatal

111 REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 140.

112 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 11.

de legislar editando leis e seus corolários normativos; a consuetudinária, expressão do poder social inerente à vida coletiva e revelada através de sucessivas e constantes formas de comportamento; a jurisdicional, que se vincula ao Poder Judiciário, expressando-se através de sentenças de vários graus e extensão; e, finalmente, a fonte negocial, ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem.”¹¹³

3.2 A lei como fonte do Direito

Como fruto típico do processo legislativo, a lei é a fonte primordial do Direito, pelo menos no sistema romano-germânico. “Lei é toda relação necessária, de ordem causal ou funcional, estabelecida entre dois ou mais fatos, segundo a natureza que lhes é própria. É nesse sentido amplo que nos referimos às leis éticas como às leis sociais, ou às físico-matemáticas.”¹¹⁴

Trataremos aqui da regra, ou norma, legal, chamada simplesmente de lei. O termo lei, mesmo em seu contexto jurídico, não é unívoco. Maria Helena Diniz nos mostra as várias acepções que o vocábulo pode ter: “1ª) Amplíssima, em que o termo lei é empregado como sinônimo de norma jurídica, incluindo quaisquer normas escritas ou costumeiras. Hipótese em que, segundo Vicente Ráo, a palavra lei possui o sentido compreensivo de toda norma geral de conduta que define e disciplina as relações de fato incidentes no Direito, e cuja observância é imposta pelo poder do Estado. 2ª) Em sentido amplo, designa todas as normas jurídicas escritas, sejam as leis propriamente ditas, decorrentes do Poder Legislativo, sejam os decretos, os regulamentos, ou outras normas baixadas pelo Poder Executivo. 3ª) Estrita ou técnica, em que a palavra lei indica tão-somente a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de processo adequado.”¹¹⁵

113 REALE, Miguel, *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*, cit., p. 12.

114 REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 162

115 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução ao direito*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 261.

Em um sistema que prima pela precedência da lei em sentido estrito, está insculpido em nossa Lei Maior que apenas ela é passível de criar direitos e obrigações (princípio da legalidade, inscrito no art. 5º, II, da CF). Celso Bastos comenta esse princípio da seguinte forma: “O princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei”¹¹⁶. Luiz Alberto David Araújo arremata dizendo que “além de garantia individual, o princípio da legalidade também pode ser considerado uma garantia institucional de estabilidade das relações jurídicas”.¹¹⁷

E o conceito de fonte legal é o processo legislativo, sendo certo que os decretos, regulamentos e outras normas congêneres só podem ser consideradas fontes legais subordinadas, complementares ou mediatas.¹¹⁸

O assunto será retomado mais adiante, quando analisarmos a possível ofensa ao princípio mencionado pela proposta de reforma constitucional que trata da súmula vinculante ou súmula impeditiva de recursos.

3.3 A jurisprudência como fonte do Direito

O termo jurisprudência pode ter vários significados. Por ele se pode referir à ciência do Direito, como área do conhecimento humano. Pode também significar um conjunto maior ou menor de decisões de juízos monocráticos ou colegiados sobre um determinado assunto (como na frase “o advogado não localizou nenhuma jurisprudência sobre o tema”), harmônicas ou contraditórias. Pode ser ainda o conjunto de sentenças

116 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 23.

117 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 94.

118 REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 165.

uniformes, sentido em que se fala “firmar jurisprudência” ou “contrariar jurisprudência”¹¹⁹. É, contudo, mais correta e frequentemente utilizado denotando uma série reiterada e harmônica de decisões judiciais, em geral de tribunais, em determinado sentido, sobre certa matéria.

É nesse sentido que Maria Helena Diniz utiliza o vocábulo quando aborda o tema: “O termo jurisprudência é aqui empregado como o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas.”¹²⁰

No mesmo sentido, Miguel Reale: “Pela palavra ‘jurisprudência’ (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do Direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.”¹²¹

Nem todos consideram a jurisprudência uma fonte do Direito. Veja-se, por exemplo, o festejado Vicente Ráo: “A lei surge como fonte direta e imediata do Direito, seguindo-se tão-somente, com caráter imediato e direto, o costume. Além dessas, nenhuma outra fonte pode admitir-se, nem mesmo com caráter supletivo. E também se exclui a jurisprudência, isto é, a *autorictas rerum similiter judicaturum*, porque, por maior que seja a influência dos precedentes judiciais, jamais eles adquirem o valor de uma norma obrigatória e universal, podendo, quando muito, propiciar reformas ou inovações legislativas, como também pode fazer a ciência jurídica.”¹²²

A prestação da tutela jurisdicional cria normas jurídicas, ao fazer o cotejo entre as regras existentes em vários diplomas ou pontos do mesmo diploma legislativo e ao temperá-las e traduzi-las em uma nova norma, sendo por isso considerada verdadeira fonte do Direito.

119 MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Livresiros, 1971. p. 90.

120 DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de introdução ao direito*, cit., p. 266.

121 REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 167.

122 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 303.

Assim pensa Puig Brutau, ao discorrer que: *“Sobre la improcedencia de considerar que el ordenamiento jurídico esté formado por un conjunto de reglas en sentido estricto. Incluso en el caso, ciertamente discutible, de que la idea de Derecho se reduzca al nivel de lo normativo, no puede operarse con los preceptos jurídicos como si sólo fueran previsiones por las que se establezca una consecuencia precisa y detallada para el caso de ocurrir un supuesto de hecho también previsto con toda precisión y detalle. Esta falsa concepción ha sido una causa poderosa que, según creemos, ha contribuido a que no se reconozca la naturaleza verdaderamente creadora de la función judicial y el valor de las sentencias como fuente del Derecho.”*¹²³

O juiz, em sua atividade típica, cria uma nova norma simplesmente ao fazer a concreção das previsões legais abstratas porque a lei padece de um vício intrínseco e inexorável: é uma previsão abstrata e genérica a ser aplicada em casos concretos e específicos.

Diante dessa realidade, e forçado a se pronunciar diante da lide que lhe é submetida, é da natureza da sua função, e jamais uma exceção, que o juiz crie norma jurídica. Essa idéia, pelas razões históricas que permearam a evolução do sistema romanístico já expostas, causa verdadeiros arrepios de horror ao pensamento burguês oriundo das revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX.

O pensamento jurídico reinante nos últimos dois séculos foi assentado sobre a ficção de que apenas o legislador cria normas jurídicas, o que não é verdade.

É o que ensina Miguel Reale: “A jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas

123 PUIG BRUTAU, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., p. 171.

oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito.”¹²⁴

E também Maria Helena Diniz: “Logo, fácil perceber que a fonte formal é o processo ou a atividade jurisdicional do Estado no exercício da função de aplicar o Direito, que se expressa na jurisprudência. A obra dos tribunais, havendo uma série de julgados que guardem entre si certa continuidade e coerência, converte-se em fonte formal do Direito, de alcance geral, pois suas decisões se incorporam na vida jurídica, sendo consideradas pelas pessoas e passando a integrar o Direito vigente sob a denominação de jurisprudência.”¹²⁵

É evidente que a norma produzida pela atividade judicial é de hierarquia inferior à norma legislada. Em nosso sistema, a lei é a fonte primeira e subordinante em relação a todas as demais, e o juiz só poderá julgar contrariamente a ela se estiver em desacordo com outra lei de hierarquia ainda mais alta, como é o caso da lei inconstitucional.

Ou, nas palavras de Puig Brutau: “*A obrar así (como un legislador ocasional), el juez no procederá arbitrariamente, de la misma manera que, en sentido opuesto, tampoco puede proceder como un autómeta. El Tribunal no ha de convertirse en un instrumento de medición que deba verificar una operación aritmética cuando los hechos en litigio presionan las manivelas. Pero tampoco es libre de inventar para el caso cualquier solución. Podríamos añadir que debe proceder como un legislador del caso o ocasional, pero que mantenga su resolución dentro del conjunto armónico del Derecho vigente. Debe proceder como un legislador, pero como el mismo legislador del Derecho establecido. El arbitrio judicial no degenerará en arbitrariedad por el hecho de que mantenga la continuidad del Derecho objetivo en terreno no pisado hasta entonces por el legislador.*”¹²⁶

124 REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 168.

125 DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de introdução ao direito*, cit., p. 266.

126 PUIG BRUTAU, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., p. 189 (grifamos).

A regra que autoriza ao juiz criar a norma apenas quando julgar por equidade, nos casos de jurisdição voluntária ou outros casos expressamente previstos em lei, é enganadora, já que não é sequer possível que o juiz exerça seu ofício sem assumir postura criadora no plano normativo. Essa atuação criadora não se dá apenas, como muitos ainda acreditam, quando há uma lacuna na lei, seja ela uma incompletude satisfativa ou insatisfativa.¹²⁷

A norma jurídica atua através de formulações de várias naturezas. Umas mais abertas à atividade criativa do seu aplicador, outras menos. São elas, novamente com espeque em Puig Brutau: *“El Derecho vigente se manifiesta como formulación normativa através de cinco tipos o estructuras jurídicas diferentes, que intervienen en la decisión de las controversias jurídicas. Para caracterizarlas de momento con brevedad y para poder examinarlas después detenidamente, diremos que son las siguientes: a) reglas en el sentido más estricto que, como ya hemos dicho, adhieren una consecuencia precisa y detallada a un supuesto de hecho (Tatbestand, fat-tispecie, state of facts) también preciso e detallado. b) principios de Derecho, que son puntos de partida para el razonamiento jurídico dotados de autoridad. c) conceptos jurídicos o categorías también dotadas de autoridad, en las que pueden ser encajados los casos o situaciones que están en controversia, para que de ellos puedan predicarse las consecuencias adscritas a la respectiva categoría. d) standards o prototipos de conducta razonable que el Derecho prescribe con referencia a una fuente de conocimiento situada fuera de la norma.”*¹²⁸

A regra é a estrutura normativa mais fechada à atividade criativa do juiz. Uma vez verificada a ocorrência dos fatos nela descritos, o juiz deve adotar a solução preconizada. A maioria das normas tributárias, em especial as que definem a hipótese de incidência de um tributo, são bons exemplos desta categoria.

¹²⁷ A respeito dessa terminologia acerca do silêncio, eloquente ou não, da lei, ver: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

¹²⁸ PUIG BRUTAU, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., p. 172.

Os princípios, no outro extremo, são as estruturas de menor densidade normativa e mais afeitas à criação. Na verdade, o princípio atua nesse aspecto em duas frentes: a) é verdadeira bússola da interpretação do Direito, orientando todos os operadores quanto às finalidades e aos valores que devem buscar na concreção do comando legislativo; b) é, muitas vezes, fruto da própria atividade criadora do operador do Direito.

Nessa última feição, o princípio não está positivado na lei, mas resulta da própria aplicação da lei. Os intérpretes do Direito, ao aplicar repetidamente determinada regra ou conjunto de regras, dela extraem seus valores implícitos, formulando uma regra geral que retorna ao sistema e passa a nortear futuras decisões. É evidente a atividade criativa do juiz.

A respeito escreve Puig Brutau: *“La actividad que consiste en hallar un principio de Derecho y en razonar a base del mismo, puesto que consiste en sentar afirmaciones relativas a qué elementos sirven para diferenciar o para cohesionar un grupo de casos, equivale a generalizar con carácter normativo. Por tanto, equivale a desempeñar una fundación equivalente a la legislativa y no debe extrañarnos que, por ello, la doctrina anglosajona, con una razón que no se limita a su sistema, hable de ‘legislación judicial’”*¹²⁹

Vejamos, exemplificativamente, o princípio da causalidade, contido no artigo 20 do Código de Processo Civil, mas ali não textualmente expresso. A regra fala na “condenação do vencido”.

Tomemos como exemplo uma execução fiscal extinta com base no artigo 26 da Lei de Execuções Fiscais, devido ao cancelamento da inscrição do débito da dívida ativa, quando constatado que o contribuinte cometeu um erro nas informações prestadas ao Fisco. Esclarecido o erro, o procurador da Fazenda requer a extinção da execução e o contribuinte, que não

129 PUIG BRUTAU, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., p. 184.

era devedor, é condenado a pagar as custas do processo. A regra do artigo 20 do Código de Processo Civil fala em “vencido”, e o contribuinte não foi vencido, mas a sua atuação desatenta causou o ajuizamento do executivo fiscal, e isso justifica a condenação.

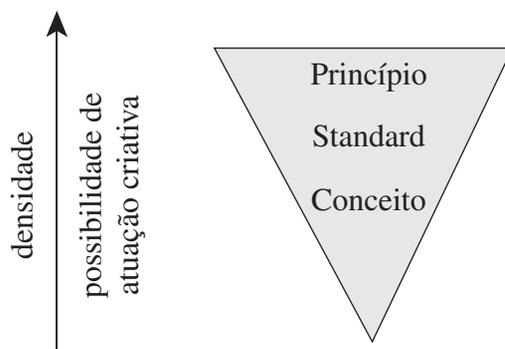
A interpretação recorrente da regra do artigo 20 permitiu o “reconhecimento” do princípio implícito da causalidade, pelo qual, nas palavras de Nelson Nery Júnior, “aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo”.¹³⁰

Joseph Raz faz a seguinte comparação entre regras e princípios: *“Rules and principles differ in this respect. A court can establish a new rule in a single judgment which becomes a precedent. Principles are not made into law by a single judgment; they evolve rather like a custom and are binding only if they have considerable authoritative support in a line of judgments. Like customary law, judicially adopted principles need not to be formulated very precisely in the judgment which count as authority for their existence. All that shown is that they underlie a series of courts’ decisions, that they were in fact a reason operating in a series of cases.”*¹³¹

Os conceitos e *standards* encontram-se em posição intermediária quanto à densidade e possibilidade de atuação criativa. O conceito é mais aberto que a regra e menos que o *standard*. O *standard*, a seu turno, é um modelo normativo mais aberto que o conceito mas menos que o princípio.

130 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 380.

131 RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. In: COHEN, Marshall (Ed.). *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983. p. 77.



Um conceito é uma categoria, descrita com menor ou maior precisão, na regra jurídica, na qual deve o intérprete encaixar os sujeitos ou objetos envolvidos no caso *sub judice*. Os exemplos são muitos e variados, como o conceito de associação, firma, fundação, domicílio etc.

Um *standard* é um modelo normativo aberto às peculiaridades das relações sociais¹³². Vale dizer, um *standard* estabelece um modelo cujo contorno não está no próprio ordenamento jurídico, mas fora dele, no meio histórico, cultural ou social, onde o operador vai buscar o subsídio para a aplicação da regra.

Os *standards* receberam o seguinte tratamento de Puig Brutau: “*De los standards hemos dicho que son modelos o prototipos de conducta razonable que el Derecho prescribe con referencia a una fuente de conocimiento situada fuera de la norma. (...) Así como es esta tenemos que la misma norma contiene la descripción detallada de un hecho preciso al que deja adherida una consecuencia también descrita con detalle y precisión, en el standard ambos términos de la ecuación legal quedan solamente indicados con los rasgos mínimos para que sepamos, con ayuda de criterios ajenos a la norma, cuándo nos hallaremos ante una conducta que merecerá ser calificada como normal o regular. (...) El legislador, en realidad,*

¹³² REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 169.

*deposita su poder normativo en las manos del intérprete cuando esto ha de aplicar a determinadas situaciones ciertos standards como buena fe, conducta razonable, justa causa, cuidado debido etc.*¹³³

Os exemplos acima são eloquentes, e também presentes no ordenamento brasileiro.

Em suma, podemos notar que a jurisprudência não só é uma fonte incontestada do Direito, mas também uma fonte que porta um poder criativo imanente maior do que tradicionalmente se aceita, já que o ato de “julgar” é indissociável do de “criar” nova norma jurídica.

Evidentemente o juiz, ao criar, está subordinado à lei. Seu campo de atividade será mais ou menos limitado pela estrutura normativa das leis aplicáveis à espécie. Podemos dizer, em outras palavras, que sua discricionariedade é condicionada pela lei, fonte do Direito de hierarquia superior. Ou, como diz Raz: *“Even when discretion is not limited or guided in any specific direction the courts are still legally bound to act as they think is best according to their beliefs and values. If they do not, if they give arbitrary judgment by tossing a coin, for example, they violate a legal duty. A judge must always invoke some general reason.”*¹³⁴

Por outro lado a atividade judicante também pode ser entendida como parâmetro de reconhecimento da vigência da norma. Alf Ross afirma que a norma, seja legislativa, consuetudinária ou jurisprudencial, não é dotada de vigência imanente. A possibilidade da sua aplicação pelos tribunais é que a transforma em norma vigente. E os tribunais só as aplicam porque as consideram obrigatórias.¹³⁵

Daí a tremenda importância do estudo daquela que é a síntese do produto da atividade judicante: a súmula.

133 PUIG BRUTAU, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., p. 205.

134 RAZ, Joseph, *Legal principles and the limits of law*, cit., p. 76.

135 ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1974.

4 A SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE

4.1 Natureza e função

Já abordamos sumariamente a origem histórica das súmulas no Direito brasileiro, mencionando desde as suas origens nos assentos do Direito luso, até a sua criação formal no Brasil, por inspiração do ministro Victor Nunes Leal. Mas o que é uma súmula?

Kelsen¹³⁶ afirma que a aplicação da norma geral ao caso concreto é uma atividade de caráter político-jurídico. É ato jurídico enquanto determinação do leque de soluções juridicamente aceitáveis para o caso concreto que é submetido ao julgador; mas é uma atividade política na medida que a escolha de uma solução em detrimento de outra é um ato de vontade que cria uma outra norma jurídica de hierarquia inferior.

As súmulas, fruto principalmente do aspecto político da atividade judicante (porque não apenas escolhem uma entre as várias opções disponíveis, mas também elaboram um modelo para o futuro, vinculante para o próprio tribunal que as formulou e de grande força persuasiva para os juízos inferiores) foram assim definidas por Teresa Arruda Alvim Wambier: “Consistem num resumo da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, expressando a interpretação da maioria absoluta dos ministros a respeito de questões julgadas, ainda que as decisões precedentes não tenham sido unânimes. Representam a orientação pacífica desse Tribunal, no que concerne à exegese de leis, quer de Direito material, quer de Direito processual, e no que diz com assuntos não tratados de forma específica pelo texto do Direito positivo.”¹³⁷

Maria Helena Diniz, a seu turno, afirma que “as súmulas do Supremo Tribunal Federal, que periodicamente vêm sendo atualizadas, não são

136 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Porto: Armênio Amado, 1979. p. 324 e ss.

137 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 225, out./dez. 1985.

simples repertórios de ementas de acórdãos, mas normas jurisprudenciais a que a Corte subordina os seus arestos”.¹³⁸

Botallo, em elaborado estudo sobre a natureza das súmulas do Supremo Tribunal Federal, chegou à conclusão de que “a natureza normativa das Súmulas se justifica pelo fato, internamente demonstrado e externamente reconhecido, de que elas são geralmente aceitas e adotadas pelos juízos e tribunais como pautas ou critérios conducentes a uma decisão correta”¹³⁹. Seriam assim algo muito próximo do conceito kelseniano de moldura, desprovida de obrigatoriedade.

É necessário aqui abordar sucintamente a questão do critério de identificação das regras legais. Hart, Ross, Dworkin e vários outros, em especial na doutrina norte-americana, buscaram criar um critério que permitisse reconhecer os limites do Direito, vale dizer, identificar quais regras, princípios ou *standards* fazem parte de um determinado ordenamento jurídico.

Para Herbert Hart, estudado por Joseph Raz: “*If the thesis of the limits of law is right, there must be a criterion of identity which sets necessary and sufficient conditions, satisfaction of which is a mark that a standard is part of the legal system. (...) Hart has criticized this criterion and suggested another. According to his theory every legal system contains a rule of recognition directed at the courts and imposing on them an obligation to apply those standards which fulfill various criteria set out in the rule. The rule of recognition is a customary rule arising out of the behavior of law-enforcing officials through a period of time*”, para chegar à conclusão de que “*a legal system consists not only of one customary rule of the law-enforcing agencies and all the laws recognized by it, but of all the customary rules and principles of the law enforcing agencies and all the laws recognized by them.*”¹⁴⁰

138 DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de introdução ao direito*, cit., p. 266.

139 BOTALLO, Eduardo Domingues. A natureza normativa das súmulas do STF segundo as concepções de direito e de norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 7, n. 29, p. 24, maio/jun. 1974.

140 RAZ, Joseph, *Legal principles and the limits of law*, cit., p. 79-80.

Esse conceito é muito próximo do adotado por Alf Ross, que afirma que o Direito vigente é o aplicado pelos tribunais. Antes dessa aplicação, o Direito consiste em normas. Para ele, norma é um enunciado expressivo que obedece ao propósito de influir na conduta de outrem. É o ato de sua aplicação pelos tribunais que a transforma em norma jurídica propriamente dita.¹⁴¹

Podemos deduzir então, como faz Streck, que: “1) As normas, da mesma forma que a conduta dos tribunais, não têm uma existência independente, ou seja, não constituem uma realidade em si, só adquirindo significação quando se correlacionam. Assim, uma norma só é vigente quando serve para interpretar a conduta dos tribunais, do mesmo modo que a conduta dos tribunais só é uma ‘decisão judicial’ quando interpretada à luz de uma norma. O Direito consiste, pois, nesse relacionamento entre conduta e norma; 2) se o Direito vigente é o aplicado pelos tribunais, a aplicação da norma é o critério decisivo para determinar sua vigência; 3) porém, não basta a observância das normas, é necessário que quem as aplique se sinta vinculado por elas.”¹⁴²

Forçoso concluir que a súmula é síntese do entendimento do tribunal prolator, de natureza normativa, e critério definitivo de reconhecimento da validade, extensão e conteúdo de uma outra norma. Ou, em outras palavras, é uma pauta, um modelo, um critério de reconhecimento e de aplicação das normas.

A questão da obrigatoriedade (leia-se vinculação) da sua aplicação por tribunais e juízos diversos daquele que a criou, hoje uma simples decorrência da sua força persuasiva, é uma questão de política legislativa, atrelada a juízo de conveniência, adequação e oportunidade do legislador.

141 ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 189

142 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 123-124.

4.2 Disciplina anterior à Emenda Constitucional n. 45

O Direito vigente antes da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 conferia às súmulas *status* intermediário entre a jurisprudência dominante e a lei. Nítida e corretamente subordinada à lei (fonte por excelência do Direito em um país de tradição romanística como o nosso), já era parâmetro decisório para outros tribunais, além daquele que editou a súmula, dotado de força superior à simples persuasão.

Exemplo disso é a regra insculpida no artigo 527, I, do Código de Processo Civil, que atribui ao relator do agravo de instrumento no tribunal de segundo grau competente o poder (ou seria o “dever”?) para negar seguimento ao recurso que se enquadrar nas hipóteses do artigo 557 do mesmo código, uma delas sendo o confronto com súmula dominante do respectivo tribunal, de Tribunal Superior ou do Supremo Tribunal Federal.

A súmula já era parâmetro também para que o relator do recurso especial ou extraordinário, monocraticamente, negasse seguimento ou desse provimento ao recurso, caso abraçasse tese contrária a súmula do tribunal (arts. 544, §§ 3º e 4º, e 557 *caput*).

Importante ressaltar que nesses casos o relator poderá praticar ato ordinariamente da competência do órgão fracionário do tribunal, o que demonstra também aqui ser parâmetro decisório para órgão diverso daquele que editou a súmula, pois o relator pode até ter participado do processo de formação dela, mas nem por isso deixa de ser órgão judicante diverso, com competência e atribuições próprias.

Mesmo antes das alterações que deram ao Código de Processo Civil a redação mencionada acima, os regimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça já emprestavam relevantes efeitos processuais às súmulas: “A citação da súmula pelo número correspondente dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido” (art. 102, § 4º, do RISTF); o ministro relator pode “arquivar ou negar seguimento e pedido de recurso extraordinário (...) quando contrariar a jurisprudência

predominante do Tribunal” (art. 22, § 1º, do RISTF); poderá também o ministro relator no Superior Tribunal de Justiça “negar seguimento a recurso (...) contrário à Súmula do Tribunal” (art. 34, XVIII, do RISTJ).

A redação dos regimentos desses tribunais é anterior à reforma do Código de Processo Civil que, no particular, reproduziu os poderes já concedidos ao relator dos recursos, a ainda avançou mais, dando poderes similares ao relator do agravo de instrumento nos tribunais de segundo grau. Nota-se assim clara tendência a aumentar e expandir a eficácia das súmulas, que lentamente deixaram de ser mera moldura de força exclusivamente persuasiva.

Sálvio de Figueiredo Teixeira¹⁴³ lista várias propostas que, em suas palavras, lentamente vão encontrando eco nos estudiosos e operadores do Direito, entre elas a simplificação do sistema recursal, inclusive com redução das vias impugnativas e adoção de institutos como o *certiorari*¹⁴⁴, em se tratando de Tribunais Superiores. Essa tendência coaduna com a possibilidade de que, cada vez mais, a súmula dos Tribunais Superiores sirva para barrar ou dificultar o acesso recursal a essas cortes.

Na verdade, há proposta legislativa ainda mais ousada nesse sentido em apreciação no Congresso Nacional, já com parecer favorável do Conselho Federal da OAB e aprovação na Comissão de Constituição e Justiça.

Sálvio de Figueiredo Teixeira noticia o conteúdo do Projeto n. 3.804-A/93, que aguarda a discussão da reforma constitucional, que lhe é prejudicial. O projeto está redigido nos seguintes termos:

143 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 142-161, jul./dez. 1998.

144 Mais uma vez o Direito brasileiro importa um instituto típico do Direito anglo-saxão, no caso, norte-americano. O *writ of certiorari* é uma espécie de “arguição de relevância”, por meio do qual a Suprema Corte seleciona quais recursos a ela dirigidos serão julgados, em razão da relevância e repercussão das questões que encerram.

“Artigo 1º - Os dispositivos a seguir enumerados, da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

Artigo 478 - O tribunal ou órgão competente, reconhecendo a divergência e após ouvido o Ministério Público, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir seu voto fundamentadamente.

Parágrafo único - Quando adotado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal ou o órgão competente, a interpretação será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Artigo 479 - Quando várias ações envolverem a mesma questão de Direito, o relator de ofício, a requerimento da parte ou do Ministério Público, ou qualquer juiz, poderá propor o pronunciamento prévio do tribunal ou do órgão competente a respeito dessa questão.

§ 1º - Acolhida a proposição, serão suspensos os processos pendentes no tribunal e relativos à mesma questão de Direito, fazendo-se comunicação aos seus órgãos.

§ 2º - Findo o prazo de quinze dias para manifestação do Ministério Público, será designada data para o julgamento.

§ 3º - Quando adotada a decisão pelo voto da maioria absoluta dos membros do órgão competente, este fixará em súmula o entendimento a ser observado, por seus órgãos, em todos os julgamentos relativos a idêntica questão de direito.

§ 4º - Sumulada a tese:

- a) será defesa, aos órgãos de qualquer grau de jurisdição, subordinados ao tribunal que proferiu a decisão, a concessão de liminar que a contrarie;
- b) cessará a eficácia das liminares concedidas;
- c) o recurso contra a decisão que contrarie a súmula terá sempre efeito suspensivo;
- d) nos processos pendentes e nos posteriores, com pretensão fundada na tese da súmula, poderá ser concedida a antecipação da tutela, prosseguindo-se o feito até final julgamento.

Artigo 2º - Esta Lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.”

Vê-se então que a proposta de se atribuir efeito vinculante às súmulas dos tribunais não é novidade nem está isolada das tendências mais recentes da processualística nacional. Antes, contudo, de passarmos à análise dos aspectos constitucionais da proposta, vale tecer algumas considerações sobre a forma pela qual abordaremos o tema.

4.3 Abordagem eleita

Várias são as abordagens possíveis do tema, sendo então necessário precisar qual será a utilizada. Para tanto, nos valem da precisa análise de Teresa Arruda Alvim Wambier.¹⁴⁵

A base de qualquer ciência é a observação de seu objeto. Logo, o primeiro passo dessa observação é a escolha de um modelo, que vem a ser a forma como se dará a relação observador-objeto, entre aquele que vê e aquele que é visto. Essa escolha, inafastavelmente arbitrária, influi decisivamente nos resultados da observação, contendo elementos objetivos, mas também outros subjetivos.

Apesar de existirem variados modelos, todos eles podem ser encaixados, segundo a mencionada autora, em três grupos diferentes, do ponto de vista da teoria dos signos. Um signo é, segundo o Dicionário Houaiss, “designação comum a qualquer objeto, forma ou fenômeno que remete para algo diferente de si mesmo e que é us. no lugar deste numa série de situações (a balança, significando a justiça; a cruz, simbolizando o cristianismo; a suástica, simbolizando o nazismo; uma faixa oblíqua, significando proibido

145 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito, cit.

[sinal de trânsito]; um conjunto de sons [palavras] designando coisas do mundo físico ou psíquico etc.”¹⁴⁶

Segundo a teoria os signos, do ponto de vista da observação científica, os modelos, ou sistemas, podem ser divididos em sintáticos, semânticos ou pragmáticos. Um modelo será sintático quando os signos forem estudados na sua relação com outros signos; semântico quando a abordagem disser respeito à relação entre o signo e o objeto; e pragmático quando disser respeito à relação entre o signo e o sujeito, seja ele o observador ou não.

Evidentemente a escolha de determinado modelo privilegia um aspecto do problema em detrimento de outro.

Teresa Arruda Alvim Wambier exemplifica a eleição de um determinado tipo de modelo para o estudo do Direito da seguinte forma: “O positivismo seria, então, uma forma de abordagem de natureza sintática, visto que o foco do observador positivista recai sobre a relação signo-signo – pois, para essa visão, as normas (signos) que compõem o repertório do sistema-direito, buscam sua razão de ser em outras normas (outros signos) – essa relação consiste na estrutura, que liga os componentes do repertório, e se traduz numa rede de relações. O jusnaturalismo, por sua vez, parte de uma visão que pretende basear-se numa estrutura de natureza semântica, pois focaliza normas (signos) e o objeto a que os signos se referem (bem, justo, equidade...). Uma visão baseada num esquema pragmático é a do Prof. Tércio S. Ferraz Júnior, embasando toda a sua Teoria da Norma, que visualiza precipuamente o binômio signo-usuário.”¹⁴⁷

A autora prossegue afirmando que nada impede que haja modelos mistos, e que os modelos descritos correspondem às formas de abordagem do Direito hermenêuticas (modelo sintático), analíticas (modelo semântico) e empíricas (modelo pragmático).

146 HOUAISS, Antonio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 1.0, 2001.

147 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito, cit., p. 229.

Já foi dito que a opção por um determinado modelo envolve uma escolha necessariamente arbitrária, e que tal escolha influi no resultado da observação feita. Antes disso, já havia sido dito que o relevantíssimo debate sobre a adoção da súmula vinculante ou impeditiva de recursos dentro da reforma do Judiciário estava, por vezes, desfocado.

Para que possam ser sugeridas respostas às perguntas ali formuladas, de forma a contribuir com o debate, é aconselhável explicitar as premissas de onde partimos, o que vimos fazendo até aqui, mas também expor o modelo de abordagem adotado. Só assim o trabalho se abre à crítica séria e científica.

Pois bem: dois serão os modelos de abordagem.

Para análise da constitucionalidade da proposta nos valeremos, precipuamente, de uma abordagem sintática, ou hermenêutica, nos moldes positivistas. Isso porque, ao analisar a compatibilidade de uma proposta de reforma ao texto constitucional em vigor, devemos procurar nos ater, tanto quanto possível, à análise do Direito positivado. A soberania de uma Constituição escrita e rígida como topo da pirâmide jurídica é a pedra de toque do modelo kelseniano. Logo, apenas uma análise baseada no mesmo modelo pode oferecer uma resposta aceitável, ainda que, obviamente, não isenta de limitações.

Segundo Teresa Alvim Wambier, o modelo kelseniano, analítico, de base sintática, não deve conter paradoxos ou incoerências, via de regra não admitindo “meios-termos” ou gradações¹⁴⁸. Uma incoerência com cláusulas pétreas do Texto Maior deve ser resolvida pela não-aceitação da alteração legislativa proposta, seja ela de nível constitucional ou infraconstitucional. Assim, se incompatível a proposta de se conferir efeito vinculante às súmulas de jurisprudência dominante com a Constituição, deve ela ser rejeitada e impedida de se integrar ao ordenamento jurídico.

148 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito, cit., p. 230.

Já para responder às perguntas quanto à conveniência da proposta, formas para seu manejo e inserção da alteração dentro da evolução do sistema jurídico brasileiro, assunto intrinsecamente ligado ao binômio signo-usuários (ou, poderíamos dizer, texto legal *in comento* relacionado aos operadores do Direito e à sociedade na qual seria aplicada), devemos nos valer de uma análise empírica. Ela é a mais adequada à averiguação da utilidade ou prejuízo da adoção da proposta e também às sugestões sobre as técnicas que devem ser utilizadas quando da sua operacionalização.

Segundo a mesma autora, o modelo empírico dá origem a uma ciência do Direito de função mais regulativa. Nessa ótica, o Direito existe e será regulado, não depurado nem delimitado. Pode haver paradoxos e incongruências, sendo necessário que se criem meios para que os conflitos sejam transformados em algo suportável, encarando-os de frente e tentando neutralizá-los.

Essa é a abordagem mais adequada para uma análise que, se verificada a constitucionalidade da proposta, busca determinar se a sua adoção será boa ou perniciososa para a sociedade brasileira e, ao mesmo, tempo sugerir técnicas e mecanismos de utilização otimizada.

Acerca dessa abordagem, a autora afirma que “trata-se, portanto, de uma ótica dinâmica. As noções centrais são as de atividade e objetivo. Tenta-se, nessa ótica, ver o Direito como algo que surge num determinado contexto espaço-temporal como instrumento de controle. Supõe uma plurisubjetividade e a satisfação do interesse de outrem. Parte-se de um problema, que passa por uma fase de transformação, desembocando numa solução”.¹⁴⁹

Aliás, a adoção do modelo empírico é expressamente aconselhada pela autora para o estudo do fenômeno jurídico “súmulas”: “Parece-nos que só uma visão pragmática é apta a absorver o fenômeno Súmula, se

149 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito, cit., p. 231.

não na sua totalidade, o que seria pretender demais, pelo menos o cobre, e, na medida que o faz, permitindo-nos usar de uma imagem pictórica, o faz como se fosse uma ‘capa plástica aderente’. (...) Segundo essa ótica não há, então, uma norma fundamental; há várias – tantas quantos interesses houver a tutelar. O ponto de onde se enfoca o Direito não é a norma – moldura em que se encaixa o caso concreto – nem o caso concreto – que serve de ‘índice’ para a busca da norma a aplicar –, mas o usuário dos signos, usando-os – a experiência jurídica. (...) As súmulas então, são, a um só tempo, resoluções e elementos não a determinar, mas a influir, pesadamente, em outras resoluções: decisões judiciais, atitudes de profissionais do Direito a até mesmo, como vimos, novas leis (quando por exemplo tinham a função de regular matéria não especificamente prevista em lei – uma espécie de *feed-back*). Trata-se de elemento cuja função primordial, de acordo com essa perspectiva, é a de manter equilíbrio – assegurando, assim, acima de tudo, o valor ‘segurança’, num certo sentido.”¹⁵⁰

150 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito, cit., p. 232-233.

5 A SÚMULA VINCULANTE NA REFORMA DO JUDICIÁRIO

5.1 A proposta de emenda constitucional

Disponha a Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000¹⁵¹, em seus artigos 17, 22 e 27:

“Artigo 17 - O artigo 103 passa a vigorar com as seguintes alterações:

Artigo 103-A - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, 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, distrital 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, suspensiva do ato ou da decisão judicial ao Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial

151 A respeito da numeração da Proposta de Emenda Constitucional, um tanto quanto confusa após a apresentação de propostas em ambas as Casas e uma série interminável de idas e vindas, ver a nota de rodapé n. 7. Na verdade, as PECs ns. 29/2000 e 54/1996 acabam sendo a mesma proposta.

reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

(...)

Artigo 22 - A Seção III do Capítulo III do Título IV da Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 105-A:

Artigo 105-A - Aplica-se ao Superior Tribunal de Justiça, no que couber, o art. 103-A. (AC)

(...)

Artigo 27 - A Seção V do Capítulo III do Título IV da Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 111-A:

Artigo 111-A - Aplica-se ao Tribunal Superior do Trabalho, no que couber, o artigo 103-A. (AC)

(...)

Artigo 50 - As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

Artigo 51 - Aplica-se aos Tribunais Superiores o artigo 50 desta Emenda.

Artigo 52 - Enquanto não entrar em vigor a lei a que se refere o parágrafo 4º do artigo 105 da Constituição Federal, o regimento interno do Tribunal disporá sobre os casos de inadmissibilidade do recurso especial.”

A Proposta de Emenda Constitucional foi parcialmente aprovada: incluiu-se no texto constitucional o artigo 103-A, nos exatos termos propostos, mas não o 105-A, restringindo a súmula vinculante ao Supremo. Restou ao Superior Tribunal de Justiça a súmula impeditiva de recursos, regulada em nível infraconstitucional.

A adoção de forma vinculante em moldes próximos aos do sistema da *common law* apresenta vários aspectos favoráveis imensamente vantajosos ao aperfeiçoamento do sistema brasileiro, bem como vários óbices.

É também objeto de críticas exacerbadas, inquinando-a de inadequada, intempestiva, contrária à tradição nacional e ao próprio sistema romano-germânico e, principalmente, de graves questionamentos quanto à sua constitucionalidade. Por outro lado, é taxada por muitos como a verdadeira salvação da pátria, o ovo de Colombo, a solução milagrosa para todos os problemas do Direito brasileiro.

Não é nenhuma dessas coisas.

5.2 A constitucionalidade da proposta

5.2.1 O princípio do *due process of law*

Nelson Nery Júnior escreveu sobre este princípio: “O princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. (...) Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa.”¹⁵²

Interessa ao estudo aqui formulado a face processual do princípio, o *procedural due process of law* que, segundo o mesmo jurista, engloba na doutrina brasileira as seguintes garantias: “a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas;

152 NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 32.

i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação. Especificamente quanto ao processo civil, já se afirmou ser manifestação do *due process of law*: a) igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório.”¹⁵³

Cláusula pétrea que é em nosso ordenamento constitucional positivo, há que se averiguar se a proposta acima não o viola. Contudo, não é satisfatória alegação peremptória de violação ou não do *due process of law*, exatamente pela sua feição genérica. Impõe-se a análise da possível violação de vários subprincípios dele decorrentes, que podem restar malversados pela proposta de emenda constitucional *in comentu*.

5.2.1.1 Acesso ao Judiciário (direito de ação)

O princípio do acesso ao Judiciário está positivado no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República. O preceito estatui que a *lei* não excluirá da apreciação do Judiciário qualquer ameaça ou lesão a direito, mas o comando se dirige a toda a coletividade. Isso significa que todos têm acesso à Justiça para postular tutela de seu direito violado ou na iminência de violação. E essa tutela deve ser adequada.

Da mesma forma que o direito de petição não mais pode ser entendido como no seu nascedouro, o direito de que cada cidadão tenha seu *day in court* também deve ser interpretado de modo racional, à luz das necessidades da sociedade moderna. Vale dizer, ter *a day in court* deve significar ver sua demanda julgada e seu direito dado na exata medida que o tem o litigante, com efetividade e dentro de prazo razoável e proporcional à complexidade da lide, sem distanciamento do que a sociedade reputa justo. E isso só se pode atingir com a certeza de que o julgador vai não apenas aplicar a lei, mas aplicar a lei de modo uniforme para cada tipo de caso (e não cada caso), atento às peculiaridades fáticas da causa, não à peculiaridade de entendimentos. É necessário, na feliz expressão de Kazuo Watanabe,

153 NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 41-42.

molecularizar a tutela jurisdicional, dando trato coletivo a certas matérias de trato transindividual, ainda que inicialmente destinada a solução de conflitos individuais (atomizados).¹⁵⁴

Não é o momento ainda de se falar da questão do direito à tutela jurisdicional efetiva em tempo razoável. Mas o direito de ação deve ser compreendido como o direito de levar os fatos da sua causa ao conhecimento do Poder Judiciário, argumentar (inclusive invocando a aplicação desta ou daquela norma, a adequação a este ou àquele precedente), exhibir provas, arrolar testemunhas e todos aqueles direitos à prática dos atos que foram enunciados quando tratamos do conteúdo do *procedural due process of law*.

E isso a possível adoção de uma súmula vinculante não veda nem obstrui. Os litigantes continuariam podendo argumentar no sentido de que uma determinada súmula se aplica ao seu caso, ou, ao contrário, que os fatos que estão expondo não se subsumem à situação hipotética nela descrita.

Não é razoável incluir no direito de acesso ao Judiciário o *direito* a obter um determinado provimento, ou *direito* a que a lei seja interpretada como lhe apraz. O juiz da causa continuaria, mesmo que aprovada a vinculação sumular, apto a dizer quais as regras aplicáveis. Não poderia apenas adotar, se entender aplicável, a regra cuja interpretação está sumulada, outro entendimento quanto à extensão, conteúdo ou validade do preceito.

É o mesmo princípio da uniformização de jurisprudência. É função imanente ao Poder Judiciário uniformizar a resposta que dá aos jurisdicionados. E contra isso nenhuma voz se levanta. Por que seria atentatório ao direito de ação saber que certa regra legal terá uma determinada interpretação, se já discutida e rediscutida a questão de direito?

Já foi dito que um princípio, ao contrário de uma regra, não é excluído por outro. A zona cinzenta entre dois princípios deve ser aclarada com

154 WATANABE, Kazuo, apud DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 1.129.

decisão que faz um balanço entre os valores protegidos pelos princípios em questão. Por exemplo, vejamos os valores segurança e justiça. Quanto mais recursos estiverem previstos na lei processual, maior a possibilidade de se contemplar o valor justiça. Porém, um processo que permite infinitos recursos atenderá no nível máximo o valor justiça, mas, como o processo jamais terá fim, o valor segurança restará desprezado.

Por outro lado, um sistema processual que não admita recurso nenhum terá privilegiado o valor segurança ao máximo, mas terá ignorado o valor justiça. Obtemperando-se os dois valores, chega-se ao equilíbrio resultante da previsão de alguns recursos, sucessivamente sujeitos a maiores requisitos de admissibilidade, até que, em determinado ponto, a questão seja definitivamente decidida.

O atual sistema processual brasileiro admite, em tese, que qualquer litigante influa em nível máximo na interpretação da lei a ser adotada pelo juiz da causa. Numa hipótese *ab absurdo*, em razão do número de juízes brasileiros, uma questão poderia ter quinze mil diferentes interpretações, e processos idênticos poderiam ter infinitas soluções diferentes.

O que é indesejável não é a possibilidade em si de respostas diferentes, já que a decisão depende não só do comportamento processual dos litigantes, mas também dos fatos envolvidos e das provas apresentadas. O indesejável, e que demanda atenção, é a possibilidade de que a mesma norma, sujeita ao crivo do mesmo Estado (porque, indiferentemente do órgão do Poder Judiciário competente, todos são faces do mesmo Estado soberano dizendo o Direito no caso concreto), tenha interpretação infinitamente divergente ao longo do tempo. Os valores certeza e segurança estão desprezados.

Como obter o equilíbrio entre os valores envolvidos?

A possibilidade de deduzir pretensão em juízo, expondo seus argumentos e provas, continuaria a mesma. Mas, após certo número de causas julgadas, analisados infinitos argumentos no sentido desta ou daquela interpretação, deve chegar o momento em que o Estado dê à sociedade

uma resposta razoavelmente definitiva, fixando a interpretação que entende correta. Dizemos razoavelmente definitiva porque, mudando a lei ou a sociedade, esse entendimento pode e deve ser revisto. A interpretação de uma lei deve, em algum momento, ser definitiva, mas não petrificada. Mas, novamente, de forma genérica, e não atomizada, caso a caso.

Os fatos e as causas podem variar ao infinito, mas as interpretações da lei aplicável devem ter um limite de variação. E esse limite seria determinado quando o tribunal competente para dar a última palavra sobre a matéria (o STF, STJ, TST, etc.) houvesse pacificado seu entendimento em uma súmula.

O moderno Estado de Direito também não pode se compadecer com a noção personalista de que a uniformização de jurisprudência depende da apreciação de eventual recurso que atenda a todos os requisitos de admissibilidade pelo tribunal.

Veja-se, ilustrativamente, o reajuste, bastante comentado à época pela imprensa, do percentual de 28,86% devido aos servidores públicos federais do Poder Executivo, tendo em vista tal vantagem haver sido deferida aos servidores militares e dos Poderes Legislativo e Judiciário. Concedido o aumento no primeiro trimestre de 1993, muitas demandas foram ajuizadas perante a Justiça Federal de primeiro e segundo grau, tendo a maior parte delas obtido julgamento desfavorável, sem que, igualmente, fosse interposto recurso para o Supremo Tribunal Federal. Este, em decisão do início de 1997, divergindo da maioria dos Tribunais Regionais Federais, propendeu pelo cabimento do reajustamento. O prejuízo de muitos foi enorme, já que obtiveram decisão desfavorável com força de coisa julgada.

Tempestivo transcrever a manifestação de Luiz Guilherme Marinoni: “Quando há súmula, admitir o *direito* de o juiz julgar diversamente do tribunal é, também, obrigar a parte que tem razão a recorrer, o que significa, por si só, uma injustiça.”¹⁵⁵

155 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 182.

Obrigar um litigante que tem a favor de sua tese a jurisprudência de um Tribunal Superior é mais que gravoso, é perverso. Mesmo com a suspensividade dos recursos, tônica do sistema recursal brasileiro, poderá ele ter que suportar execução provisória (lembremos que o princípio *nulla executio sine titulo* começou a ser mitigado gradativamente na reforma de 1994), ou no mínimo ser acompanhado pela incerteza de ter contra si uma sentença ou acórdão no longo calvário que percorrerá até Brasília. A efetividade que norteia a reforma do Código de Processo pode, assim, reverter-se perniciosamente contra o verdadeiro titular do direito controvertido.

O que é mais atentatório ao direito de acesso ao Judiciário? Após sucessivas interpretações uniformes da questão de Direito submetida ao Poder Judiciário cada litigante ser obrigado a percorrer o longo e custoso caminho até Brasília para obter a certeza jurídica? Ou, após sucessivas interpretações uniformes, a sociedade saber que não adianta permanecer recalcitrante em postura contrária àquele entendimento a que chegou o Estado, nem adianta valer-se do processo como forma de adiar o efetivo cumprimento da lei?

5.2.1.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, apesar de umbilicalmente ligados, não se confundem. Ambos são também conexos ao princípio da igualdade.

O princípio do contraditório está contido no binômio ciência-possibilidade de reação. Nas palavras de Nelson Nery Júnior: “Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.”¹⁵⁶

156 NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 137.

Luiz Rodrigues Wambier, a seu turno, assim trata desse princípio: “Significa que é preciso dar ao réu possibilidade de saber a existência de pedido, em juízo, contra si, dar ciência dos atos processuais subsequentes às partes (autor e réu), aos terceiros e aos assistentes, e garantir a possível reação contra decisões, sempre que desfavoráveis. Esse princípio está visceralmente ligado a outros, que são o da ampla defesa e o do duplo grau de jurisdição, em respeito ao qual se deve evitar a hipótese de falta de controle das decisões judiciais, pela parte (por meio dos recursos) e pelo próprio Poder Judiciário (pelo provimento ou improvimento dos recursos).”¹⁵⁷

A possível atribuição de efeito vinculante às súmulas dos Tribunais Superiores em nada altera o equilíbrio entre as partes, e muito menos a ciência dos atos do processo. Há, todavia, alteração na capacidade de reação contra decisão que for desfavorável à parte, já que reduz a possibilidade de revisão da tese jurídica esposada pelo julgador, vinculado que estaria ao entendimento do tribunal que editou a súmula aplicada.

Resta perquirir se essa alteração, que implica em redução da abrangência do princípio da ampla defesa, violaria cláusula pétreia da Constituição. A resposta só pode ser alcançada levando-se em conta o princípio da razoabilidade.

Essa investigação não pode se resumir à constatação de haver ou não alteração da abrangência do princípio, porque não existe princípio absoluto em Direito (nem mesmo o direito à vida, que encontra limite na legítima defesa, por exemplo).

Cabe sublinhar que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio, no voto que proferiu na questão de ordem suscitada por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1, entendeu que a Emenda Constitucional n. 3, que a instituiu, violou o princípio em tela. Ele foi o único entre os membros daquela corte que adotou tal posição.

157 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 70.

O princípio da ampla defesa tem sua efetiva abrangência alterada toda vez que o cabimento de um recurso é alterado pela legislação infraconstitucional, e também quando se estabelece que a veiculação de tese jurídica contrária a súmula autoriza o relator do agravo de instrumento ou do recurso especial ou extraordinário a, monocraticamente, desprover o recurso. Na verdade, até mesmo a lei que instituiu a obrigatoriedade de comprovação do preparo no momento da interposição do recurso, e não simplesmente dentro do prazo recursal, restringiu a abrangência do dito princípio.

Nenhuma dessas alterações foi sequer indigitada como inconstitucional. Se lei ordinária pode alterar a abrangência do princípio da ampla defesa, reduzindo-o sem violação às limitações constitucionais, emenda constitucional também pode fazê-lo.

Há que se averiguar, por fim, se a alteração é razoável ou não. E a resposta é forçosamente positiva.

Mantidos íntegros os princípios da igualdade e do contraditório, este em sua feição de bilateralidade, a redução da abrangência da ampla defesa é substancial? Temos que não.

Isso porque as partes continuariam, se aprovada a reforma do Judiciário como está hoje, com ampla possibilidade de interposição de recursos, inclusive quanto à própria aplicabilidade da súmula. Haveria inclusive instrumento especialmente prescrito para tal discussão, a reclamação. As provas, os fatos da causa e as regras aplicáveis não sumuladas continuariam podendo ser discutidas à exaustão, exatamente como hoje.

Ademais, o estabelecimento de um limite para que a discussão de teses divergentes sobre a mesma questão de direito, após seu longo debate nas várias instâncias judiciais, é exatamente um dos valores buscados pela proposta de súmula vinculante, consubstanciando valioso e razoável instrumento de limitação de repetição de discussão sobre o mesmo ponto de Direito, e não de cerceamento da ampla defesa.

Aqui, após amadurecimento da questão até que se chegue à edição de uma súmula, o interesse individual deve ceder diante do princípio da eficiência, também constitucionalmente positivado.

Na verdade, trata-se também de uma posição mais realista. Após alguns anos de discussão, tempo necessário para que a jurisprudência se pacifique a ponto de permitir que a questão seja sumulada, ninguém mais sustenta argumento realmente novo.

Como já disse o Ministro Sepúlveda Pertence, o sistema recursal brasileiro se tornou, em certa medida, uma simulação. Os recursos e contra-razões estão prontos nos computadores dos advogados e os acórdãos prontos nos computadores dos tribunais. A parte finge que recorre, o adversário finge que contra-arrazoia e o tribunal finge que julga. Não há inovação, não há criatividade, não há efetiva tentativa de se reformular as posições já adotadas. Há mero dispêndio de tempo e recursos materiais, principalmente nas questões que envolvem o Poder Público em juízo.

É absolutamente razoável que, após certo lapso temporal, a mera repetição de argumentos e invectivas, sob o falacioso pálio da ampla defesa, chegue a termo.

Pastora do Socorro Teixeira Leal afirma, em respeitável trabalho sobre o tema, que “a jurisprudência obrigatória suprime o princípio do contraditório, porquanto às partes não é facultado discutirem o comando da decisão que lhes está sendo imposta, nem há mecanismos processuais para tanto”.¹⁵⁸

A assertiva não é verdadeira.

O que não é dado às partes discutir não é o comando da decisão, mas sim a interpretação jurídica de determinada norma aplicável à controvérsia,

158 LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *Eficácia vinculante das decisões judiciais no Brasil*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Belém, 1998. p. 104.

coisa bastante diversa. Com efeito, o comando da decisão, ou dispositivo da sentença, continuaria podendo ser discutido pelas vias recursais normais. Isso porque o *decisum* representa a solução da lide, as conseqüências práticas da subsunção do caso concreto ao comando normativo, a norma particular a que se submeterão os litigantes. A súmula, conforme a proposta de emenda constitucional em apreciação no Congresso Nacional, terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, podendo a solução do caso concreto variar conforme as suas peculiaridades fáticas.

5.2.1.3 Independência judicial

Esta é uma questão de como se enfoca a independência do Judiciário e a autonomia para julgar. A Constituição afirma que os três poderes (melhor seria dizer funções) são independentes. Que tônica teria essa disposição?

Deveria ser vista de forma global, a abarcar o Poder Judiciário como um todo, ou de forma individualizada, para cada magistrado, ou, conforme o caso, julgador? De ambas as formas.

Não se perquire aqui sobre as atividades administrativas e executivas desempenhadas pelo Judiciário como instituição, mas apenas sua função nuclear. É certo que do juiz não podem ser retiradas as garantias de que goza em razão do cargo, e nem se pode lhe suprimir o poder/dever de arrear lei inconstitucional e de adequar o Direito ao caso concreto que lhe é submetido, pois isso lhe é ínsito à função, e deverá ser feito sem influências externas. Contudo, seguir a reiterada e uniforme jurisprudência dos Tribunais Superiores não lhe retira esse poder, nem pode ser considerado influência externa.

Já se falou aqui sobre ser da natureza da estrutura piramidal do Judiciário o dever dos juízes e tribunais inferiores vergarem o próprio entendimento em favor da orientação dos tribunais que, por outorga da Lei Maior, têm o dever de zelar pela observância do direito, seja ele constitucional, infraconstitucional especial ou comum, bem como de uniformizar-lhe a interpretação e dar-lhe a última palavra.

Perante um novo texto legal, uma situação nova, ou mesmo uma nova postura social em relação a uma determinada conduta ou prática, o juiz pode, e deve, adequar a norma ao caso segundo seu livre convencimento motivado. O juiz está mais próximo do cidadão comum do que o desembargador ou o ministro, e inequivocamente também das partes e da prova que colheu pessoalmente. Essa liberdade não pode ser sequer tocada.

Contudo, à medida que as decisões vão se multiplicando sobre a mesma *questio facti* e amadurecendo a interpretação que a lei aplicável recebe (lembremo-nos da exigência contida na proposta de emenda constitucional de que as decisões sejam reiteradas), essa liberdade, se levada a extremos, passa a ser desarrazoada e motivadora de descrédito.

Não se admite, por óbvio, que a primeira decisão num sentido passe a ser parâmetro absoluto para as decisões que se sigam (em que pese ser exatamente o que acontece no controle concentrado de constitucionalidade, precisamente num tribunal que tem amor obsessivo pela própria jurisprudência). O juiz, para bem julgar, deve distanciar-se da causa, sobre ela refletir e meditar, e por isso não primam pela boa técnica os julgamentos tomados no calor dos acontecimentos e sob a influência do clamor popular. Novas decisões e abordagens, provenientes de vários juízes e tribunais levam aos Tribunais Superiores vasta gama de argumentos e pontos de vista diversos, permitindo a melhora da qualidade da prestação jurisdicional. E quando as decisões se reiteram e pacificam no mesmo sentido, é hora de aparar as arestas dos egos e superar a divergência.

Veja-se a respeito o pensamento de Teresa Arruda Alvim Wambier: “Mas essa liberdade tende a diminuir na medida que o Superior Tribunal de Justiça (o órgão jurisdicional competente para dar a última palavra a respeito de matéria federal) venha firmando posição em sentido contrário àquilo que pretendia o juiz decidir. Isto significa que, havendo reiteradas e freqüentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, ainda que em processo distintos, a respeito de determinados assuntos, conservar-se intacta a liberdade do juiz, como se nada houvesse, seria negar ao Superior Tribunal de Justiça sua função paradigmática e afrontar o princípio da economia

processual, já que muito provavelmente em momento posterior (salvo por razões contingenciais) a decisão de mérito a ser proferida naquele processo viria a conformar-se à posição então pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça. (...) Haverá, todavia, uma fase em que será justo, saudável e viável que cada juiz, não importa se de 1º grau ou de 2º grau, poderá e deverá decidir em conformidade com sua convicção. A turbulência haverá de conter-se em se firmando os Tribunais Superiores acerca dos temas, vindo a praticamente desaparecer com a pacificação das opiniões.”¹⁵⁹

Muito mais incisivo, Calmon de Passos pontifica: “Talvez só porque, infelizmente, no Brasil pós-1988 se adquiriu a urticária do ‘autonomismo’, e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tornado tema passional o problema da súmula vinculante.”¹⁶⁰

De fato, em análise histórica, os regimes de força tendem a querer controlar a interpretação da lei, impondo a sua aos juízes, ou, não se sabe o que é pior, impondo os seus juízes. Parece uma visão exacerbada. Não se exige do Supremo Tribunal Federal *quorum* qualificado para sua decisão no controle de constitucionalidade exercido *principaliter* e, em que pese ter a representação de inconstitucionalidade surgido no Brasil em época de exceção, a técnica foi repetida pela Carta de 1988, notoriamente democrática e pluralista, sob aplausos gerais. O mecanismo de revisão ou cancelamento de súmula vinculante também é semelhante, e foi conferida legitimidade (satisfatoriamente ampla, por sinal) aos mesmos entes para provocação.

Propostas anteriores de alteração da Constituição que visaram à instituição da súmula vinculante entre nós incluíram formas de punição disciplinar para o magistrado que não a observasse. A proposta era aberrante,

159 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 79-80.

160 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 176, jan./mar. 1997.

tendo sido felizmente expungida da PEC n. 29/2000¹⁶¹. Além de não ser possível editar uma súmula verdadeiramente unívoca, como a lei também não consegue ser, também não está isenta de dúvidas a sua aplicabilidade a um determinado caso concreto que habite uma das muitas zonas cinzentas que permeiam a ciência do Direito.

Interessante trazer a lume um fato lembrado por Evandro Lins e Silva, que lamentavelmente se verificou neste país, e que corria o risco de voltar a ocorrer se permanecesse a possibilidade de punição de magistrados em tais casos:

“Faz mais de um século e o assunto se tornou atual em face da anunciada reforma do Poder Judiciário. Nos alvares da República, um juiz de direito do Rio Grande do Sul considerou inconstitucional e negou aplicação a uma lei estadual, que abolira certas características essenciais à instituição do júri, como o voto secreto e as recusas peremptórias, sem justificação das partes. Os desembargadores do Tribunal de Justiça pensavam de modo contrário, entendiam que a lei era constitucional e resolveram processar o juiz por crime de prevaricação, condenando-o à pena de nove meses de suspensão do emprego. Rui Barbosa, autor que parece não ser muito lido ou do agrado dos nossos neoliberais, tomou a causa do magistrado, principiando por dizer que defendia também ‘dois elementos que no seio das nações modernas constituem a alma e o nervo da liberdade: o júri e a independência da magistratura’ (vide: *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, de Edgard Costa, 1º vol., p. 68 a 70). À segunda parte da defesa, Rui, com sutil ironia, deu o título de ‘*novum crimen* e o

161 “O estabelecimento de sanção funcional ao juiz ou tribunal que negar aplicação às súmulas vinculantes parece fora de propósito, no que secundamos a lição do Ministro Celso de Mello. A garantia do uso da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, contudo, se nos afigura impositiva para que se garanta a efetividade do sistema. Preocupa-nos, contudo, à míngua de outros instrumentos garantidores da vinculação efetiva produzida pela súmula, a mera troca de instrumentos a inundar o Supremo Tribunal Federal: de recursos extraordinários para reclamações. A atuação do Conselho Nacional de Justiça deve ser orientada no sentido de identificar a dissidência repetida e intransigente das orientações firmadas e sumuladas com efeito vinculante”. (Parecer do senador Bernardo Cabral, relator da PEC n. 29/2000, p. 102).

crime de hermenêutica’, sustentando a tese da autonomia intelectual do juiz, para que não se converta ‘em espelho inerte dos Tribunais Superiores’, quando a sua existência seria ‘um curso intolerável de humilhações’. Havia duas opiniões, na interpretação da lei, ambas proferidas ‘com a mesma sinceridade’. E Rui sintetiza: ‘A questão, em última análise, se reduz, pois, a isto: um conflito intelectual de duas hermenêuticas, falíveis ambas e ambas convencidas’. A condenação do juiz resultava do ‘delito de interpretação inexata dos textos’, e o Tribunal Superior não tem o dom da infalibilidade: ‘Um parecer subalterno pode ter razão contra julgados supremos, um voto individual contra muitos’.¹⁶²

A lei em questão, diga-se de passagem, era de autoria de um notório caudilho, Júlio de Castilhos, presidente da Província do Rio Grande inúmeras vezes. O juiz terminou absolvido pelo Supremo Tribunal Federal, felizmente.

Já houve quem comparasse a idéia de súmula vinculante ao leito de Procusto¹⁶³. A preocupação se justifica, e deve ficar como alerta, já que *o acerto desse vaticínio independe do texto incorporado à Constituição, mas sim da forma com que for aplicado*. Como dito acima, a exclusão da odiosa possibilidade de punição disciplinar para o julgador que deixar de aplicar a súmula vinculante é um alento para que o domínio de Procusto não se instale entre nós.

5.2.1.4 Motivação das decisões judiciais

O dever do julgador de motivar suas decisões está insculpido no artigo 131 do Código de Processo Civil.

¹⁶² SILVA, Evandro Lins e, Crime de hermenêutica e súmula vinculante, cit.

¹⁶³ Perversa figura da mitologia grega, filho de Netuno, que postado entre duas colinas, parava os viajantes e, depois de pilhá-los, castigava-os, estendendo-os sobre uma cama nunca do tamanho do corpo dos infelizes. Tomando sempre a cama como medida exata, acabava implacavelmente ou decepando-lhes as pernas ou esticando-as com cordas e marteladas até a todos ajustar à sua cama, e essas eram invariavelmente ou mais compridas ou mais curtas. Procusto personifica o rigor e a exatidão absolutos, o descompromisso radical com a verdade e a justiça, valendo-se da exatidão de sua medida ou, numa linguagem mais contemporânea, de seu “cientificismo” para fazer valer o que já está decidido. Nesses casos, a avaliação não passa de um pretexto para legitimar a arbitrariedade e a injustiça.

A razão de ser dessa regra é instituir garantia ao jurisdicionado de que o juiz da causa lastreou sua decisão no Direito e na prova dos autos, chegando à sua conclusão através da persuasão racional, e não por capricho, paixão ou aleatoriamente. Serve também para que, sabendo os motivos do julgamento, possa dele recorrer.

A regra encontra limitações no próprio Código de Processo, que diz que determinadas sentenças podem ser resumidamente motivadas. Ou seja: não se trata de uma obrigatoriedade de fornecer razões de forma exauriente. É suficiente que a motivação do juiz demonstre em que provas se louvou e que dispositivos legais e tese jurídica adotou. Jamais foi necessário que tecesse extensas considerações sobre a correção de determinado precedente jurisprudencial, principalmente se sumulado, bastando que demonstrasse porque ele se aplica ao caso concreto. A finalidade da regra terá sido aí alcançada.

A adoção da súmula vinculante não exime o juiz de motivar sua decisão. Muito pelo contrário.

Quando entender aplicável ao caso concreto o entendimento sumulado, terá que demonstrar quais as bases fáticas que assemelham o caso que tem em mãos autorizadas da aplicação da súmula, da mesma forma que hoje o juiz precisa explicitar o motivo pelo qual os fatos se subsumem à lei.

Na verdade, a adoção da súmula vinculante contribuirá para que os juízes fundamentem de forma mais satisfatória suas decisões.

Sempre que o juiz entender que a súmula não se aplica, apesar de invocada pela parte, precisará demonstrar *quantum satis* que a subsunção não ocorre. Logo, terá que demonstrar de forma ainda mais profunda os pontos que distinguem o caso *sub judice* da situação que fez surgir o precedente sumular. O mesmo será exigido em situação ainda mais crítica: quando a súmula tiver sido superada por novo preceito legislativo (já que a supremacia da lei, ainda que posterior à súmula, é incontestável).

5.2.1.5 Princípio do juiz natural

Ensina Nelson Nery Júnior que “a garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que: 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial”.¹⁶⁴

Todos esses regramentos são respeitados, erigindo-se apenas mais um paradigma a ser respeitado pelo juiz, abaixo da lei e acima do seu próprio entendimento. Os Tribunais Superiores já são competentes para decidir em último grau as questões que lhes são postas. Caberia apenas perquirir se é constitucional instituir esse novo parâmetro ou deslocar-se esse controle, que hoje é via recursal, para uma vinculação na prolação da sentença.

Se o controle concentrado de constitucionalidade, com efeitos *erga omnes* e vinculante, não é medida antidemocrática ou que ofenda o pluralismo político, a edição de súmula com a mesma eficácia também não é. A questão, na verdade, é de constitucionalidade sobre a agressão ou não, ainda que indireta, da separação dos poderes, e se a parcela de poder político concedida aos Tribunais Superiores, e principalmente ao seu órgão de cúpula, ou seja, a feição idealizada pelo constituinte originário para o Judiciário será alterada, e se poderá sê-lo, pelo constituinte derivado, já que a separação é cláusula pétrea. E sob esse enfoque será considerada mais adiante.

Por ora, porém, cabe ressaltar que, como já dito anteriormente, a unificação da jurisprudência é função absolutamente compatível com a função constitucional dos Tribunais Superiores. Logo, o juiz a que a lide foi submetida não deixou de ser competente por força de norma previamente estabelecida, nem se criou nada nem remotamente parecido com um juízo de exceção.

164 NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 66-67.

5.2.2 O princípio democrático

Cabe aqui rápida incursão sobre a questão da legitimidade do Poder Judiciário. Qual a legitimidade, ou em que ela se funda, em se tratando do único poder da República que não é eleito pelo voto popular?

Em princípio, algumas premissas básicas.

Toda legitimidade, de autoridade pública eleita ou não, se funda no respeito ao Direito, com todas as implicações que isso tem. Não adentraremos ainda na discussão sobre se após possível adoção da súmula vinculante o Judiciário passará a legislar ou não.

A legitimidade do juiz está no seu respeito e subordinação às leis e à Constituição, e principalmente às finalidades do Estado brasileiro, cuja prevalência sobre a súmula é indiscutível, e não será afetada ao se conferir efeito vinculante a determinados precedentes.

Já transcrevemos a lição de Ronald Dworkin sobre a legitimidade dos juízes (ver o item 2.1.2), que demonstra como ela não é afetada pelo fato deles não terem sido eleitos, já que a criação de uma nova norma é inerente à atividade judicante.

É esclarecedora a posição de Zaffaroni sobre o tema: “Costuma-se afirmar que o Judiciário, porque não é eleito pelo povo, não teria legitimidade democrática, o que não tem razão de ser, pois uma instituição é democrática quando é funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando é necessária para sua continuidade, como ocorre com o Judiciário. (...) A legitimidade democrática não pode ser julgada unicamente pela origem (democracia representativa – eleição), senão, e às vezes fundamentalmente, pela função (democracia participativa), que no caso do Judiciário é útil para a estabilidade e continuidade democrática.”¹⁶⁵

165 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955. p. 43.

Perelman vai ainda mais longe: “O juiz é considerado, em nossos dias, como detentor de um poder, e não como ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’, pois, mesmo sendo obrigação sua seguir as prescrições da lei, possui uma margem de apreciação: opera escolhas, ditadas não somente pelas regras de Direito aplicáveis, mas também pela busca da solução mais adequada à situação. É inevitável que suas escolhas dependam de juízos de valor; é por isso, aliás, que para evitar demasiada subjetividade na matéria, prevê-se, para os casos mais importantes, a colegialidade dos tribunais, que contribui para eliminar modos de ver por demais afastados da opinião comum. (...) *Detentor de um poder, num regime democrático, o juiz deve prestar contas do modo como o usa mediante a motivação.* Esta se diversificará conforme os ouvintes a que se dirige e conforme o papel que cada jurisdição deve cumprir. Os tribunais inferiores deverão justificar-se, mediante a motivação, perante as partes, perante a opinião pública esclarecida, mas sobretudo perante as instâncias superiores que poderiam exercer controle em caso de apelação.”¹⁶⁶

Isso significa que, e este é o ponto, o juiz não será mais ou menos democrático, mais ou menos legítimo, porque não legisla (o que analisaremos adiante) ou não edita “normas”, mas sim se, ao julgar, ao criar normas (e ele o faz!), inspirar-se nos princípios da democracia, da redução das desigualdades, dos fins sociais e do Estado de Direito.

Pastora Leal afirma em seu excelente trabalho que “a criação de regras jurídicas por meio de súmulas que se tornam vinculantes desvirtua, por completo, os limites processuais da atuação jurisdicional, pois acaba por distanciá-la do caso concreto, fazendo com que ela opere desatrelada dos requisitos da imparcialidade, porquanto ao tribunal de cúpula caberá escolher as matérias que irá vincular, baseado em critérios estritamente políticos. Isto sem contar o prejuízo à independência judicial trazido pela exigência de obediência compulsória a tais comandos pelos demais órgãos do Judiciário”.¹⁶⁷

166 PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 560 (grifamos).

167 LEAL, Pastora do Socorro Teixeira, *Eficácia vinculante das decisões judiciais no Brasil*, cit., p. 27.

Ou seja, o juiz tornar-se-ia parcial porque os tribunais, ao escolher o que sumular, valer-se-iam de critérios políticos. O que exsurge desse trecho é a intrínseca desconfiança dos Tribunais Superiores, que seriam, essencialmente, subservientes a interesses políticos, na pior acepção dessa expressão.

Os integrantes dos Tribunais Superiores, escolhidos pelo Poder Executivo, são aprovados pelo Legislativo, em expressiva aplicação da teoria dos freios e contrapesos. Se tal sistema não merece crédito, ou se adote uma outra forma de escolha – e o novo parecer de fato a altera: Presidente, Congresso e Tribunais Superiores passam, cada um, a escolher um terço dos membros –, ou se cobre dos legitimados à aprovação responsabilidade nesse momento. Afinal, o Supremo Tribunal Federal já profere juízos vinculantes no exercício do controle concentrado de constitucionalidade. Além disso, os exemplos de julgados desse e de outros Tribunais Superiores frontalmente contrários ao mandatário do momento são extremamente numerosos. Será que os Tribunais Superiores, o Pretório Excelso em particular, continuarão julgando contra interesses “políticos” no mais das vezes e de forma submissa a esses mesmos interesses ao editar uma súmula vinculante, em especial tendo em mente que a vinculação nas ações de constitucionalidade advém de um único julgamento, ao passo que uma súmula só será editada após uma série de julgados no mesmo sentido?

Ao fim e ao cabo, é ingênuo acreditar que a atividade judicante não é uma atividade política, na melhor acepção dessa palavra.

5.2.3 O princípio da legalidade

Cabe agora discutir a mais séria e tormentosa das críticas à nova sistemática: a de que sua adoção violaria o princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea, por isso inalterável pelo constituinte derivado, já que ao editar uma súmula com efeito vinculante e *erga omnes*, o Judiciário estaria na verdade legislando, sem legitimação democrática para isso. A questão será analisada neste e nos seguintes itens.

O princípio da legalidade pode ser resumido na construção “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”. Essa é uma das pedras de toque do Estado Democrático de Direito.

A lei se caracteriza, grosso modo, por ser uma norma genérica, anterior à ocorrência do fato jurídico normatizado, de observância obrigatória para toda a sociedade, e emanada de órgão competente. Em sentido estrito, a lei deve ser oriunda do Legislativo, após processo legislativo que observe as formalidades aplicáveis. Visto por esse ângulo, numa primeira análise, parece de fato que a súmula vinculante é lei, e assim violaria a separação das funções do Estado, violando a Constituição. A súmula parece ser um tipo de normatização prévia, genérica e de aplicação forçada aos casos concretos.

Parece também que a falta de legitimidade democrática dos juízes para proferir leis corrobora esse entendimento.

Não socorre na espécie o argumento de que o mesmo ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade pelo menos, pois a forma do Estado brasileiro, tal como foi desenhada a separação dos poderes, foi obra do constituinte originário que, ao criar o Estado *ex nihil* não estava vinculado a qualquer parâmetro.

A questão foi objeto de severa divergência doutrinária em Portugal, por conta da constitucionalidade dos assentos¹⁶⁸. Jorge Miranda nos dá conta de que a maioria da doutrina daquele país (incluindo Canotilho) se posicionava no sentido de que os assentos tinham natureza de lei interpretativa, e seriam por isso inconstitucionais¹⁶⁹. No Brasil, Nazareno Costa viu nos assentos a seguinte natureza: “Só a lei – formal ou material – pode ter eficácia geral. Reconhecer-se ao assento a eficácia típica de

168 Código Civil português: “Artigo 2º - Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assento, doutrina com força obrigatória geral.”

169 MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 196-197.

norma legal e, simultaneamente, negar-lhe essa natureza material constitui relevante equívoco doutrinário”¹⁷⁰. Por fim, o Tribunal Constitucional português houve por bem considerar os assentos inconstitucionais, através do Acórdão n. 810/93, do qual se destaca o seguinte trecho transcrito por Castanheira Neves: “A consagração de um tal sistema, rígido e imutável, (...) contraria manifestamente o sentido mais autêntico da função jurisprudencial. Tais peculiaridades se configuram como formas de caracterização inadequada de um instituto que visa à unidade do Direito e a segurança da ordem jurídica.”¹⁷¹

Crítica contundente é feita por Luiz Flávio Gomes: “Súmula vinculante com eficácia geral, abstrata e obrigatória, contraria o princípio da tipicidade das leis, porque, tal como os antigos ‘assentos’ autenticamente interpretativos das normas legais, são verdadeira *legislatio*. Com efeito, não fazem parte do ‘processo legislativo’ constitucional brasileiro as súmulas dos Tribunais Superiores (v. art. 59 da CF). O Judiciário não possui legitimidade constitucional para emissão de atos normativos ‘paralegislativos’.”¹⁷²

Melhor razão, na espécie, assiste a Dinamarco e Mancuso. Senão vejamos.

Afirma o primeiro sobre o efeito genérico oriundo de decisões baseadas nos artigos 95 a 97 do Código de Defesa do Consumidor: “Do ponto de vista institucional e da separação funcional entre os chamados poderes do Estado essa novidade consiste em dotar o juiz do processo de conhecimento tutelar de interesses individuais homogêneos do poder de editar uma norma quase abstrata (mas norma), que se destinará a reger a situação daqueles que se disserem lesados. É, como se vem dizendo, uma nova fonte do Direito. (...) É geral uma norma, ainda que ditada por juiz, sempre que

170 COSTA, Sílvio Nazareno, *Súmula vinculante e reforma do judiciário*, cit., v. 3, p. 28.

171 CASTANHEIRA NEVES, Antonio, *O problema da constitucionalidade dos assentos*, cit., p. 53.

172 GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 739, p. 28, maio 1997.

não se enderece a sujeitos determinados e se destine à disciplina de direitos ou obrigações de sujeitos a serem depois individualizados.”¹⁷³

Com efeito, com o advento da tutela coletiva entre nós, o juiz passou a não mais manipular apenas lides individuais, ou mesmo plúrimas de conteúdo individual, ocorrendo o que Barbosa Moreira chamou de transmigração do individual para o coletivo. A sentença genérica do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor cria uma obrigação cujos sujeitos ainda não se conhecem e na qual a liquidação é mais do que simplesmente liquidação, envolvendo pretensão complexa que engloba a declaração de que a demandante foi lesada e o *quantum debeatur*.

Logo, o sistema já é dotado de formas de tutela em que, num primeiro momento, da análise de um caso concreto e do direito aplicável, deduz-se uma norma genérica e voltada para o futuro, que dá a todos aqueles cujos conjuntos fáticos a ela se amoldarem conseqüências jurídicas análogas. Esse tipo de sentença se situa a meio caminho entre o abstrato da lei e o concreto das sentenças clássicas.

Daí exsurge a primeira diferença entre a edição de súmula com efeito vinculante e a lei: enquanto a lei é previsão abstrata que não proveio de um caso concreto, a jurisprudência qualificada pelo caráter vinculante é previsão abstrata, quase norma, mas que proveio de uma divergência concreta e atual de situações fáticas análogas. E, como já dito anteriormente, é ínsito à atividade judicial dos Tribunais Superiores dirimir esse tipo de controvérsia, com vistas à uniformização posterior.

Mancuso, a seu turno, tratando do que chama com acerto de eficácia expansiva da súmula, afirma: “Foi por emenda constitucional (n. 3/93) que se fez a previsão de que a decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal em ADcon tem efeito *erga omnes* e força vinculativa (CF, art. 102, § 2º), e assim se fez porque aí não se estava, singelamente, regulando eficácia

173 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 1.138.

expansiva de súmula (matéria processual), mas antes já se estava inovando o parâmetro jurídico-político do país, onde o primado recai na norma legal, parâmetro da exigibilidade das condutas comissivas e omissivas, em modo impessoal, geral e abstrato (CF art. 5º, II)”. Informa o autor que o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n. 1-1/DF rejeitou a alegação de violação de cláusula pétrea, ao afirmar que é necessário, para que se verifique a existência de interesse de agir, que preexistam controvérsia atual e relevante acerca da inconstitucionalidade de certa lei ou ato do Poder Público, trazendo à baila as palavras do Ministro Moreira Alves naquele julgamento: “Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo. Não há, assim evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação dos poderes.”¹⁷⁴

Calmon de Passos, de forma similar, leciona que “Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com elas [as súmulas vinculantes], uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõem à lei, nem restringem o poder de interpretar o direito e valorar os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firmam um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos, em favor da segurança jurídica, que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.”¹⁷⁵

A norma legislada continua a ocupar o ápice entre as fontes do Direito, permanecendo com o legislador a prerrogativa de alterar a regulação de um fato, obrigando o operador do Direito a alterar seu entendimento.

174 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 110-111.

175 CALMON DE PASSOS, José Joaquim, *Súmula vinculante*, cit., p. 163.

Mas a criação de outros instrumentos legislativos dotados de maior densidade normativa que complementam as leis *strictu sensu* é uma tendência, como afirma Mauro Cappelletti: “Pouco a pouco, emergiu um novo tipo de legislação: as leis indicam certas finalidades ou princípios, deixando a especificação a normas subordinadas, a decisões de ministros ou autoridades regionais ou locais, ou aos cuidados de novas instituições, como agências, comitês, tribunais administrativos etc. Seria difícil encontrar regras clássicas de conduta em determinadas leis modernas, em domínios como o controle de preços, da industrialização regional ou renovação urbana.”¹⁷⁶.

A legitimidade do juiz não é direta, como é a dos membros do Legislativo e dos ocupantes eleitos de cargos do Executivo, mas derivada, ao observar o procedimento e o parâmetro estatuído na Constituição e nas leis infraconstitucionais para o desempenho da sua função.

Um Tribunal Superior, ao emitir súmula com eficácia vinculante, está criando uma norma genérica, mas uma norma que tem por fundamento casos concretos, o que coaduna com sua função constitucional.

Na verdade o juiz não legisla, apesar de criar nova norma ao julgar. Esse é o ponto nevrálgico da análise que ora se faz. Para tanto, nos valeremos de esclarecedora analogia.

O poder regulamentar do Executivo é exercido primordialmente por decretos e também por normas de hierarquia ainda mais baixa, como portarias, circulares, ordens de serviço etc. Nenhuma dessas normas é taxada, pela sua natureza e origem, de inconstitucional por ofensa ao princípio da legalidade, apesar de seu evidente conteúdo normativo, genérico e abstrato.

E o que é baixar um decreto? É criar uma norma obrigatória, genérica e abstrata, de hierarquia inferior à lei e necessariamente jungida aos

176 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 40.

seus limites¹⁷⁷, esclarecendo a forma como a sua *lex mater* será cumprida no âmbito daquele poder. Não se discute a sua constitucionalidade precisamente porque a atividade regulamentar está delimitada pela lei, não podendo o Poder Executivo criar uma nova obrigação *ex novo*. O decreto complementa, regula, institui procedimentos, especifica, mas não cria uma nova obrigação, não tem força “genésica”. Daí a extinção do decreto autônomo, verdadeira contradição em termos, dentro do sistema constitucional de 1988.

Esta é a preciosa lição de Geraldo Ataliba: “Assim, a Constituição consagra o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer [alguma coisa] a não ser em virtude de lei. Isto significa que, no Brasil, só lei obriga, e nenhuma norma, a não ser a legal, pode ter força inovadora obrigatória (nisso o nosso regime é peculiar e mais estrito que a maioria do Direito comparado). Entre nós, todos os demais atos normativos, para terem força inovadora obrigatória, devem ser imediatamente infraconstitucionais, como acontece com a lei: só assim podem com ela ser postos em cotejo. Tais normas são excepcionais e, pois, só as taxativamente previstas no texto constitucional: regime do Supremo Tribunal Federal, lei delegada, medida provisória. Estas normas, porém, são limitadas em seu âmbito e alcance, e só são válidas observados os estritos pressupostos constitucionais; isto em contraste com a lei, de âmbito universal, incondicionada e independente de pressupostos”. E acrescenta: “As demais normas, para serem obrigatórias, não podem ser inovadoras, mas terão que ser implicitamente contidas em preceitos legais (ou pelo menos imediatamente infraconstitucionais). Sua obrigatoriedade, nesse caso, decorre não de virtude própria, mas de sua conformidade com a lei – esta, sim, máxima expressão de vontade estatal republicana. O apanágio do cidadão, no regime republicano, está exatamente na circunstância de só obedecer-se a si mesmo, pelos preceitos que seus representantes, em seu nome, hajam

177 “*Normativo* – o regulamento é, em regra, genérico e abstrato. Intercede entre o comando da norma – sempre que tenha cabimento – e os atos de aplicação da mesma. Compõe um dos degraus na escala decrescente da concreção do Direito, na categorização de Kelsen.” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 136).

consagrado formalmente em lei. Em suma, o dono da coisa pública tem na sua própria vontade a fonte da força coercitiva que o obriga, por ato formal de seus representantes.”¹⁷⁸

Geraldo Ataliba não alcançou a discussão sobre a súmula vinculante, e se refere à interação entre a lei e o decreto. Mas poderia ter escrito as mesmíssimas palavras tratando da relação entre a lei e a súmula dotada de eficácia vinculante.

Opera em erro quem afirma que a prolação de uma súmula vinculante é legislar, pois a característica distintiva da atividade legislativa não é o caráter genérico do seu produto, mas sim a sua força para criar uma nova obrigação *ab ovo*, sua força genésica portanto, limitada apenas pelo texto constitucional.

É o que ensina Reale: “Lei, no sentido técnico desta palavra, só existe quando a norma escrita é constitutiva de direito, ou esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas. O nosso ordenamento jurídico se subordina, com efeito, a uma gradação decrescente e prioritária de expressões de competência, a partir da lei constitucional, a qual fixa a estrutura e os feixes de competência de todo o sistema normativo. Nesse quadro, somente a lei, em seu sentido próprio, é capaz de inovar no direito já existente, isto é, de conferir, de maneira originária, pelo simples fato de sua publicação e vigência, direitos e deveres a que todos devemos respeito.”¹⁷⁹

Essa força difere em essência da que têm as normas inferiores: enquanto a lei cria sempre algo que não viola a Constituição (ao tratar de um assunto que a lei maior não preveja, por exemplo), as espécies normativas inferiores à lei só criam quando operarem em conformidade com a lei,

178 ATALIBA, Geraldo, *República e Constituição*, cit., p. 125.

179 REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 163.

especificando-a, adensando-a. É esse o espírito expresso no texto da reforma para a quiçá vindoura súmula vinculante.

É ingênuo crer que um decreto não gera, de certa forma, obrigações para a população de uma forma geral, e não apenas para as repartições públicas subordinadas ao seu signatário. Gera, mas de forma subordinada aos limites da lei. É como diz Ataliba: “Por essa razão os regulamentos não obrigam ordinariamente, a não ser os servidores públicos hierarquicamente subordinados ao chefe do Executivo. *Para os cidadãos em geral, o regulamento só obriga se integralmente apoiados em lei seus preceitos.*”¹⁸⁰.

Alguém, ao pagar um imposto, recolher uma multa, construir uma casa, abrir um negócio, ou mesmo ao praticar um ato tão corriqueiro quanto emitir um cheque, está livre de obrigações fundadas em decretos ou outras normas de nível inferior? E essas exigências são válidas porque operam dentro do âmbito normativo da lei. Não criaram a obrigação do nada, *ex novo*. Se alguém se porta com a observância de um decreto é porque sabe que, se e quando precisar lidar com o poder que o editou, terá sua postura analisada em sua conformidade.

Uma súmula vinculante terá o mesmo efeito. A lei é fonte primária do Direito, a súmula fonte secundária, inferior. Apenas quando elaborada dentro dos limites traçados pela lei terá validade e será legítima. É norma, mas é norma subordinada, condicionada e limitada pela lei. Especifica-a, esclarece-a, adensa-a, mas dela não desborda, dela não prescinde, e contra ela não pode se insurgir.

O juiz, ao deparar com uma súmula cuja matéria foi tratada por lei posterior, não deve aplicá-la, por estar implicitamente “revogada”, *tout court*, o que prescinde de sua formal revogação pelo tribunal que a emitiu.

A sociedade agirá na forma daquele entendimento sumulado não porque ele tem obrigatoriedade para toda a sociedade (ela obriga apenas o

180 REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 126 (grifamos).

juiz, diante de caso concreto que lhe atraia a incidência), mas porque sabe que, sendo a sua conduta questionada judicialmente, será julgado segundo esse parâmetro.

O exemplo do cheque é extraordinariamente eloqüente. A norma de regência desse título de crédito é uma convenção internacional, devidamente ratificada pelo Congresso Nacional.

Quando era pouco mais do que um neófito calouro nos bancos da saudosa Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, tive a sorte de ter a matéria ministrada pelo brilhante professor e membro do Ministério Público Federal perante o Tribunal de Contas da União Lucas Furtado da Rocha. Ao terminar sua exposição sobre as características do cheque, ele tomou um pedaço de papel, desenhou um retângulo e perguntou aos alunos se ele poderia emitir aquele pedaço de papel como um cheque, caso respeitasse a lei que acabáramos de estudar? Ouviu um não em uníssono. Perguntou então se, caso tivesse uma gráfica e mandasse fazer um cheque de tamanho diverso do padrão, ou com outros campos de preenchimento, ou com diversa disposição dos mesmos campos dos cheques que ele tinha em sua carteira, mas respeitando a lei comentada, seria esse documento aceito pela instituição financeira? A negativa repetiu-se, imediata. O mestre então perguntou: Por que não? Ao derradeiro questionamento, seguiu-se um silêncio sepulcral.

Porque, respondeu a si mesmo o professor, com a simplicidade que caracteriza as grandes mentes, porque os meus “cheques” não estariam de acordo com as resoluções e portarias do Banco Central que definem como e por quem é confeccionado um cheque.

Essas normas são válidas porque não desbordam dos limites legais, apesar de, inquestionavelmente, submeter a sociedade de uma forma geral aos seus ditames, mesmo que não se relacionem diretamente ao órgão emissor da norma (Banco Central). Elas têm todos os atributos que uma lei tem, exceto a possibilidade de inovar.

É a mesma força que passariam a ter as súmulas dos Tribunais Superiores, se aprovada a reforma.

5.2.4 O princípio da separação de poderes

O princípio da separação dos poderes é, assim como o já analisado princípio da legalidade, um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior assim trataram do tema: “A capacidade de determinar o comportamento de outras pessoas – poder – não pode ser fracionada. Assim, a edição de uma lei, de um ato administrativo ou de uma sentença, embora produto de distintas funções, emana de um único pólo irradiador do poder: o Estado”. Os autores acrescentam: “Essa medida é fundamental para que assentemos a idéia de que, sendo uno e indivisível, o poder, no âmbito do Estado, exterioriza-se por meio de funções. Assim, a vontade estatal é única, manifestando-se, porém, por suas funções: a executiva, a legislativa e a judiciária.”¹⁸¹

A teoria do Barão de Montesquieu a respeito da separação dos poderes deve ser entendida sob o eflúvio e a luz das novas doutrinas e das novas demandas de uma sociedade que ele não poderia sequer imaginar, não sendo admissível apego fetichista a dogmas de antanho. Hoje o Executivo legisla (nas medidas provisórias) e o Legislativo apura e de certa forma julga, ou ao menos syndica, nas suas comissões parlamentares de inquérito.

Uma das primeiras vozes que se ergueram contra a separação quase “arquetípica” dos poderes foi o do juiz Cardozo da Suprema Corte americana, que afirmou, ainda na década de 30 do século passado, que o princípio da separação dos poderes devia ser aplicado com elasticidade, e não com rigor pedante.¹⁸²

181 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 249.

182 STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 53.

A respeito mais uma vez a percuciente análise de Mancuso: “Pois também a tradicional divisão tripartite do poder hoje vem sendo reanalisada, já que o novo desenho e as novas funções do Estado contemporâneo, a par da eclosão de ocorrências e expectativas sociais antes insuspeitadas, não mais comportam redução aos clássicos esquemas dogmáticos. (...) De modo que a tripartição dos poderes, malgrado enunciada formalmente em nosso texto constitucional (art. 2º), hoje responde menos a um temor de eventual invasão da seara de um poder pelo outro, e mais a uma finalidade utilitária, de divisão de tarefas no interior do próprio Estado, que assim almeja melhorar sua eficiência.”¹⁸³

A divisão de poderes surgiu, historicamente, com o objetivo de equilibrar a equação de poder, concentrado nas mãos do monarca absolutista. Com a repartição e a doutrina dos *checks and balances*, um poder estaria aparelhado para “vigiar” ou outro, coibindo o abuso. Hoje, dentro de um Estado Democrático de Direito, esse objetivo deve ser mitigado e passar a coexistir com o critério funcional, devendo ser atribuída determinada função ao poder mais aparelhado e mais afeito a desempenhá-la.

Oportuno mencionar o pensamento de André Domingues Fígaro que, com a habitual percuciência e poder de síntese que caracterizam seu pensamento de jovem constitucionalista, asseverou: “Deste modo, o ideal é a construção de um modelo político que preserve a essência da separação de poderes, de modo a preservar principalmente a desconcentração de poderes, a indelegabilidade de funções e a inacumulabilidade de cargos e funções. Mas, paralelamente, dar agilidade à Administração Pública permitindo o desempenho de funções atípicas pelos Poderes do Estado.”¹⁸⁴

Sobre a independência entre os poderes, obviamente incluso o Judiciário, afirma José Afonso da Silva: “A independência dos poderes significa: a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do

183 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 92-93.

184 FÍGARO, André Domingues. *O processo legislativo das medidas provisórias*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 24.

governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.”¹⁸⁵

A ênfase do princípio da separação dos poderes, do qual a independência judicial é corolário, restará incólume se instituída a súmula vinculante. Numa primeira análise, nenhuma das características acima elencadas por José Afonso da Silva restariam malversadas.

Há que se analisar a possível violação à separação de poderes sob dois ângulos. O primeiro deles diz respeito à natureza da súmula vinculante, se editá-la significa legislar ou não. Essa questão já foi analisada no tópico acima, e chegamos à conclusão que não se trata de ato legislativo. A segunda questão que se coloca diz respeito à possibilidade de que haja alteração da configuração dos poderes, tal como distribuídos pelo Constituinte. Ou, em outras palavras: o feixe de funções atribuídas a cada um dos poderes da República será alterado, modificando-se o equilíbrio definido pelo constituinte de 1988?

Essa última questão tem especial relevância.

Há que se precisar o exato significado da expressão contida no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição da República: “Não será objeto de deliberação a emenda tendente a *abolir*: (...) III - a separação dos Poderes;” (grifamos)

O vocábulo “abolir” deve ser tomado em seu sentido literal? Vale dizer, pode a divisão de poderes formulada pelo constituinte originário ser alterada, desde que não seja abolida? A resposta varia de um país para outro.

185 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 87.

É o que ensina Sepúlveda Pertence: “Entre os textos das limitações materiais da Alemanha e do Brasil, a Constituição brasileira teria um texto mais restritivo, que o Supremo Tribunal tem entendido de modo ampliativo. A Constituição alemã, ao contrário, tem um texto semanticamente mais amplo das limitações materiais que, porém, a Corte Constitucional alemã tem aplicado restritivamente. Basta notar, com efeito, que enquanto no nosso texto as cláusulas pétreas só proíbem emendas tendentes a abolir os institutos que enumera – a separação dos poderes, a Federação, o voto universal e direto e os direitos e garantias individuais –, a Constituição alemã, em relação aos princípios fundamentais dos artigos 1º e 20º, proíbe emendas que apenas afetem determinadas normas, determinados princípios. No entanto, no seu caso mais célebre, que é o da interceptação de comunicações, a Corte alemã chega a dizer que aquela interceptação por decisão administrativa de comunicações pessoais não chegava a abolir o regime democrático, nem o ameaçava, valendo-se de uma redação que, por coincidência, é literalmente a do texto brasileiro, quando evidentemente, por outro lado, as decisões do Supremo Tribunal têm sido no sentido de interpretar extensivamente e com grande rigor essa tendência à abolição, de modo a vislumbrá-la, às vezes, quando simplesmente afeta um dos princípios intocáveis.”¹⁸⁶

No mesmo sentido, Oscar Vilhena Vieira: “A proteção a essas cláusulas, no entanto, não se refere apenas à sua ruptura total, mas também ao processo de erosão que eventualmente podem vir a sofrer.”¹⁸⁷

É evidente que a adoção do efeito vinculante para as súmulas de jurisprudência dominante dos tribunais não suprime a separação dos poderes. Mas será que o afeta, o erode?

186 PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Orgs.). *Direito do estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. v. 1, p. 43.

187 VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 136.

Temos que não.

Meirelles Teixeira, ao estudar as formas pelas quais as funções do Estado se exprimem, afirma que: “Finalmente, é ainda possível que na aplicação da norma surjam dúvidas quanto ao seu exato sentido, ao seu verdadeiro alcance, ou à sua própria vigência, ou ainda quanto às condições de fato que condicionam sua aplicação. Haverá necessidade, então, de fixar-se o seu sentido, ou de se determinar com exatidão os fatos que deverão servir de base à sua aplicação. Defrontamo-nos, aqui, com situações litigiosas, nas quais o poder político deverá exercer-se não mais para criar norma, desenvolvê-la ou torná-la simplesmente efetiva, mediante ação administrativa, mas para dirimir um litígio, resolver uma dúvida quanto à sua vigência, o seu alcance, ou quanto aos fatos que devem servir de base à sua aplicação (ação judicial).”¹⁸⁸

A súmula vinculante, tal como delineada na proposta de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional, visa precisamente a resolver uma dúvida quanto à vigência, alcance ou interpretação. Essa é, como se pode ver, função típica do Judiciário, não havendo afetado por isso o princípio em estudo, não lhe causando a menor erosão.

Se o mecanismo da medida provisória não houvesse sido criado pelo constituinte originário, não poderia o derivado fazê-lo, porque legislar não é função típica do Poder Executivo, e conferir-lhe poder para tanto por meio de reforma alteraria a configuração estabelecida no texto constitucional original. Resolver litígios, precisando a exata interpretação, alcance e vigência, ao contrário, é a própria razão de ser do Poder Judiciário.

A vinculação a um entendimento sumulado apenas expande a eficácia da decisão *ultra partes*, condicionando as decisões dos processos vindouros, ou seja, dentro do mesmo poder. A equação de funções desenhada pelo constituinte de 1988 permanece a mesma, já que há apenas transferência,

188 TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 573.

em determinadas questões (aquelas sumuladas), de um poder que é inerente ao Judiciário, de órgãos subordinados para outros órgãos superiores.

Trata-se assim de uma concentração de parcela do poder decorrente da função judicial em determinados órgãos da mesma estrutura, sem alterar a feição original de poder para cada uma das funções estatais.

Assim, concluímos que resta igualmente incólume a última cláusula pétrea que poderia ser violada se adotada a vinculação sumular.

Constitucional, pois, a proposta de emenda à Constituição, no que tange a súmula vinculante, resta analisar se ela será conveniente e oportuna a sua aprovação.

5.3 Conveniência e oportunidade

5.3.1 Compatibilidade sistêmica

Nem se diga que a súmula vinculante é incompatível com um sistema jurídico integrante da família do direito europeu continental, por três motivos de singeleza franciscana.

A um porque a filiação a determinado sistema jurídico é *conseqüência* das características peculiares e históricas da formação da cultura jurídica de um país, não *causa*, ainda mais num ramo tão vasto e díspar entre os vários ordenamentos que abriga, muito menos um totem, ou a múmia de Lênin, a ser conservada imutável a todo custo, nem se trata de uma transfusão sanguínea para que sejam incompatíveis *in re ipsa*.

Ademais, como já dito acima, é notória a aproximação que se dá entre os dois grandes sistemas jurídicos, na medida que a lei escrita ganha mais força entre os anglo-saxônicos, ao mesmo tempo que o respeito ao precedente se robustece entre os que se filiam à *civil law*. Por fim, como também já demonstrado, tanto Portugal quanto o Brasil conviveram por séculos com a vinculação ao precedente.

Também não se pode considerar como acertada a afirmação de que a súmula vinculante é inerentemente contrária ao sistema da *common law*, quando vários autores citam como exemplos de países que adotam, em variados graus para certas decisões de alguns tribunais, Áustria, Espanha, México, Alemanha e Suíça, todos eles representativos exemplos de países membros da família romano-germânica.¹⁸⁹

5.3.2 O princípio da independência judicial

A concepção da independência dos juízes, singularmente considerados, sofrerá expressiva alteração se instituída a súmula vinculante entre nós. Mas acreditamos que a mudança será benfazeja, e tornará o sistema mais coerente.

O Ministro Moreira Alves, relator da ADC n. 1, afirmou que “podendo o juiz de primeira instância ofertar satisfação definitiva do direito pleiteado e não podendo um Ministro do Tribunal Superior agir, senão quando, na tramitação procedimental, as questões forem-lhe submetidas, não é desavisado dizer que hoje um juiz de primeira instância, mormente na Justiça Federal, em determinadas circunstâncias, é mais forte que um Ministro do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, que só pode julgar os grandes temas, em ações de inconstitucionalidade, ou nos processos em grau de recurso”.¹⁹⁰

Essa distorção não é coerente com o sistema, que colocou os Tribunais Superiores no topo da pirâmide do Poder Judiciário, e em seu cerne o Supremo Tribunal Federal.

A independência do juiz singular deve encontrar algum parâmetro de equilíbrio, hoje inexistente. Pela sua proximidade com as partes e com os

189 Por todos: STRECK, Lênio Luiz, *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*, cit., p. 100-163.

190 ADC n. 1, p. 17

fatos da causa, sua prevalência continuaria corretamente a ser mantida, não podendo qualquer entendimento superior influir em sua apreciação do conjunto probatório.

Mas é desejável que cada juiz brasileiro possa divergir reiterada e indefinidamente do entendimento pacífico dos Tribunais Superiores? Acreditamos que não. O prejuízo em termos de certeza e previsibilidade (valores discutidos mais adiante) é muito maior que o ganho com a permanência dessa sistemática. Interessante é refletirmos sobre o fato de vivermos em um país onde há um ditado popular que diz que “de cabeça de juiz ninguém nunca sabe o que pode sair”.

5.3.3 Celeridade, economia e eficiência

Outra face do tratamento molecularizado do tratamento dos litígios é a racionalização e maximização da eficiência do emprego dos recursos à disposição do Judiciário. Entulhado de causas idênticas, obrigado a analisar e proferir decisões fundamentalmente iguais, o Estado-juiz não pode se dedicar com a devida proficiência e celeridade a outros casos. Os que pontificam que a súmula vinculante vai “idiotizar” o julgador, tratar o juiz como um incapaz que não sabe interpretar a lei, são míopes da realidade da atividade jurisdicional.

A sistemática do nosso direito não trata o juiz como um incapaz, ao menos formalmente, mas como pouco mais que um escriturário, como um despachante ou carimbador. A atuação no foro é para todos os operadores do Direito, em especial para juízes, procuradores e promotores, face à tradicional carência estrutural do Estado, pouco mais que um jogo de apertar botões. O autor imprime uma petição pelo premir de uma tecla em seu computador, o mesmo o fazendo o réu, o Ministério Público e o juiz. Depois, novo apertar de teclas e saem recursos, contra-razões e acórdãos, idênticos, a mancheias. Que juiz pode hoje dedicar pesquisa, estudo e meditação aos casos que realmente os requerem? Que desembargador ou ministro pode pesquisar e refletir longamente sobre os *leading cases* que lhe caem à mesa se tem milhares, dezenas de milhares ou mesmo centenas de

milhares para acudir, todos iguais, mas que demandam um tempo mínimo de atenção e esforços?

Banaliza-se a atividade judicial, e não só do julgador, quando ele mesmo não tem tempo para se dedicar aos casos novos, às questões tormentosas de cuja solução depende a realidade e o patrimônio jurídico de milhões, e ele e seus funcionários só podem se preocupar com as estatísticas. É necessário, até mesmo para oxigenar as discussões jurídicas, que as matérias novas, ou as situações ligeiramente diferentes, mas que demandem nova solução, cheguem aos tribunais com decisões estudadas e meditadas por juízes com tempo para tanto.

A orientação dos tribunais ainda é sumariamente desprezada pelo julgador de primeiro grau por vários motivos, raramente de forma fundamentada, principalmente por falta de tempo para apreciação adequada e atualização. Despreza-se simplesmente a jurisprudência majoritária, seja por arrogância ou desconhecimento, enquanto o correto seria criticá-la, colocá-la à prova, confrontá-la com a melhor e mais recente doutrina, com novo ponto de vista, deixar de aplicá-la por *distinguishing* ou *overruling*. Aí a duplamente perversa *capitis diminutio* que a atividade dos tribunais, tanto regionais quanto superiores, sofre.

E não raro os tribunais estaduais e regionais fazem o mesmo, como que fazendo ouvidos de mercador ao que dizem os tribunais superiores.

Assim se expressou Carreira Alvim sobre a matéria: “Em que pese o pensamento dos contrários, a vinculação dos juízes – e, mormente, da Administração Pública – às súmulas predominantes nos tribunais é, sem dúvida, a melhor proposta para acelerar a prestação jurisdicional, evitando que juízes recalcitrantes continuem, por absoluta falta de bom senso, a dar ensejo, com as suas sentenças, a recursos cujo desfecho é, desde o início, identificável.”¹⁹¹

191 CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 21, n. 84, out./dez. 1996.

Se por um lado encontram-se assoberbados, sua jurisprudência é rotineiramente desconsiderada, ao passo que só seria admissível, e muito salutar até, questioná-la (veja-se o comentário de Teresa Wambier, reproduzido no item 5.2.1.3). Não faz sentido, todavia, criar todo um edifício de competências para apreciação, revisão e reforma de decisões e mantê-lo absolutamente individualista. É ínsito à hierarquia das normas, tal como na pirâmide proposta por Kelsen, não só que as leis cedam à força normativa da Constituição, mas que os tribunais subordinados, bem como a Administração Pública, inclinem-se à reiterada e uníssona jurisprudência das cortes mais altas.

Calmon de Passos também vê como intrínseca à própria natureza da organização judiciária a imperatividade da observância dos precedentes, não só quando sumulados, mas também quando constantemente reiterados: “O Tribunal Superior impõe diretrizes para seus julgamentos e necessariamente os coloca também para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos Tribunais Superiores justamente a função que os justifica. Pouco importa o nome de que elas se revistam – súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência predominante ou o que for –, obrigam.”¹⁹²

A Constituição entregou ao Superior Tribunal de Justiça a guarda do Direito federal infraconstitucional que desborde a competência das justiças especializadas (trabalhista, eleitoral e castrense), não só no sentido de rever as decisões que neguem vigência à lei, mas também para uniformizar-lhe a interpretação. A transformação do Superior Tribunal de Justiça em “Tribunal de Apelação Superior” em nada lhe auxilia em seu mister.

Leciona Jorge Miranda: “Sendo escopo do recurso uniformizar a jurisprudência, fixar uma interpretação e uma aplicação convergentes de normas jurídicas, lógico se torna que a doutrina assente fique obrigatória para todos os tribunais. (...) Na uniformização de jurisprudência vai uma

192 CALMON DE PASSOS, José Joaquim, Súmula vinculante, cit., p. 163.

uniformização de garantia”. E mais à frente: “Em qualquer país, as decisões do Supremo Tribunal atingem uma muito maior receptividade que as dos outros tribunais e mesmo num país como o nosso, em que não criam precedentes e os tribunais não estão vinculados estritamente a perflhá-las, elas são, de fato, invocadas e respeitadas. Quando, portanto, a lei judiciária ou processual vem regular expressamente esta ou aquela decisão, tornando-a obrigatória em certas circunstâncias, não erige algo de destoante ou de incongruente.”¹⁹³

A propósito, Mancuso: “Quando as instâncias inferiores prestigiam as súmulas assentadas pelas Cortes Superiores, tal não se dá por ingerência *ex auctoritate* destas últimas, nem tampouco se vislumbra qualquer *capitis diminutio* para aquelas; a se entender de outro modo, então a instância *a quo* haveria de se sentir censurada quando o Tribunal cassasse a decisão recorrida, por *error in procedendo*, ou quando afastasse a carência de ação, determinando a apreciação do mérito, quando em verdade tais ocorrências não de ser vistas serenamente, como eventos naturais na *praxis* judiciária. (...) Impende ponderar que a jurisprudência assentada no Tribunal *ad quem* perderia sentido lógico se não exercesse natural ascendência sobre a instância *a quo*, nada havendo aí que deslustre a atuação dessa última. (...) Justamente, o fato de os graus de jurisdição estarem organizados numa estrutura piramidal, tendo à base os órgãos singulares, na faixa intermediária os colegiados locais e regionais e na cumeeira os Tribunais Superiores ou *da Federação*, é que torna viável a pré-fixação de enunciados obrigatórios, por estes últimos, já que lhes compete dar a *ultima voce*: sobre matéria constitucional (o STF) ou infraconstitucional, seja em direito federal comum (o STJ) ou especial (TST, STM, TSE).”¹⁹⁴

Já se objetou que a súmula vinculante só resolveria a “crise dos Tribunais Superiores”, em nada socorrendo as instâncias inferiores, não resolvendo assim a “crise do Judiciário”. Em verdade, a certeza na obtenção

193 MIRANDA, Jorge, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, cit., p. 196 e 203.

194 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 130.

de um determinado julgamento, e também a confiança na sua efetividade e celeridade, vai coibir o ajuizamento de demandas temerárias, a instauração de incidentes infundados e a interposição de recursos evidentemente protelatórios. Da mesma forma, o julgador monocrático terá à mão prejudgados que reduzirão sensivelmente o estafante e repetitivo trabalho de análise de casos idênticos. A aceleração da obtenção da prestação jurisdicional salta aos olhos, e é a concretização da promessa constitucional de acesso ao Judiciário e a uma ordem judicial justa.

5.3.4 Segurança jurídica

O primeiro e talvez mais importante ganho com a eventual adoção entre nós da súmula de efeito vinculante é a certeza e a segurança nas relações jurídicas.

A mentalidade jurídica, se é que pode ser assim chamada, da alta Idade Média, permeada pelos ideais católicos e pela supremacia incontestada da Igreja como praticamente único poder verdadeiramente centralizado e hierarquizado, tinha como pedra de toque a tentativa de criação de uma sociedade cristã na Terra. Assim, os contratos tinham como fundamento não o voluntarismo, nem a noção romana do empenho da palavra dada (diz-se que no direito romano a fonte das obrigações não era a vontade das partes, mas o contrato em si, protegido pelas ações reconhecidas pelo pretor), mas sim a sua justiça e igualdade. A respeito, leciona Lima Lopes: “Havia dois pressupostos na teoria contratual: (...) b) que o fundamento último dos contratos era realizar a justiça entre as partes, ou realizar a liberalidade, trocar entre iguais ou trocar porque um dos sujeitos desejava realizar uma liberalidade, aquela virtude que está entre a avareza e a prodigalidade e que consiste em doar segundo o mérito e a conveniência de cada um.”¹⁹⁵

195 LOPES, José Reinaldo de Lima, *O direito na história: lições introdutórias*, cit., p. 392.

O capitalismo, mesmo da Idade Moderna, é incompatível com essa noção. Aliás, ao permitir o lucro, tanto a religião judaica quanto a oriunda da reforma protestante em muito beneficiaram economicamente os grupos sociais que as professavam, dando-lhes grande vantagem sobre as comunidades católicas. Não é demais afirmar que o sucesso comercial de nações como a Inglaterra e a Holanda, em muito anteriores ao das nações ditas católicas (como França e Espanha) tem nesse aspecto parte da sua explicação histórica.

O capitalismo exigiu, em sua origem, tanto a reunião de vários capitais (criação de companhias, como as holandesas das Índias e as criadas pelo Marquês de Pombal) como a potencialização da riqueza acumulada por meio de novas formas de desenvolvimento da atividade financeira e de crédito. Para que a mobilização de capitais pudesse ser efetiva, novas formas de contrato foram surgindo e foi preciso desenvolver a justificação, ou racionalização, desses novos instrumentos, quando então a fonte da obrigação deixa de ser o contrato ou a justiça e passa a ser a expressão da vontade. Os jusnaturalistas se dedicam então ao estudo e justificação da promessa e do cumprimento dos pactos¹⁹⁶. Ou seja, para a evolução das relações comerciais e da florescente economia como um todo é imperioso que o Direito forneça segurança e certeza.

O Direito oriundo da filosofia iluminista, liberal e burguesa depositou toda a sua esperança de certeza, inclusive a respeito da tradicional desconfiança contra o arbítrio do juiz, no dogma da plenitude do Direito legislado. Desnecessário dizer que a esperança frustrou-se por completo após um par de séculos, patente que a lei, quando surge o conflito, é vista e aplicada pela ótica de um juiz. Assim, a jurisprudência labora eternamente

196 Ver a respeito o Livro II, XI, do *Direito e paz* de Grócio, que discute longamente as promessas e sua condição de fonte das obrigações, cerrando fogo na noção anterior que contratos sem *signalagma* não vinculam “por direito natural e das gentes”. A respeito desse tópico daquela obra, leia-se o comentário de José Reinaldo de Lima Lopes: “Todo o capítulo é uma reflexão preciosa a partir da idéia de que uma vez manifestada a vontade, esta se torna fonte de obrigação e só pode deixar de ser cumprida por defeito da própria vontade.” (*O direito na história: lições introdutórias*, cit., p. 395).

buscando o exato equilíbrio entre atender às necessidades de constante mudança e atualização que demandam as relações sociais e essa busca por segurança e certeza da solução que será obtida em caso de litígio. Afirma Luiz Flávio Gomes: “O escopo último é contar com um sistema jurídico e judicial que favoreça o comércio, o investimento, o sistema financeiro, a transferência de recursos. (...) Não se trata apenas da morosidade; mais grave é a diversidade de sentenças a respeito de ações semelhantes, liberdade de interpretação que, na extremidade, acaba dando aos juízes de primeira instância virtual poder de legislar. A falta de previsibilidade é um elemento a afastar os investidores e a conturbar o processo econômico.”¹⁹⁷

E essa observação vale para as duas faces do mercado: a compra e a venda. Para poder comprar, contratar, vender, financiar, tomar e dar empréstimo, é necessária a certeza de que, seja qual for a parte que se sentir lesada, saberá de antemão, se não com certeza, mas com razoável segurança, qual solução será dada à sua causa, atendendo à demanda pela estabilidade nas relações jurídicas.

5.3.5 Previsibilidade e igualdade

Por igual, sendo a igualdade um dos princípios basilares do moderno Estado Democrático de Direito, exige-se que todos aqueles que se encontram em situações iguais e tenham demandas iguais recebam respostas estatais iguais. E quanto mais a sociedade se coletiviza e se massifica, mais os conflitos se avolumam e se tornam intrinsecamente iguais, quando um só comportamento pode afetar a esfera jurídica de uma infinidade de sujeitos. Não é justo, e muito menos racional, que o Estado-juiz julgue milhares de vezes causas que na verdade são a mesma, mas com uma imensa pluralidade de sujeitos envolvidos, e ainda por cima lhes dê soluções diversas.

197 GOMES, Luiz Flávio, Súmulas vinculantes e independência judicial, cit., p. 17.

E a utopia oitocentista da certeza oriunda da igualdade perante a lei não resiste a duas constatações inexoráveis: o Direito é ciência humana, baseada na palavra, e estas são necessariamente equívocas e não unívocas; a lei é algo que padece de um vício intrínseco: é uma proposição genérica para resolver uma série de casos particulares. Logo, igualdade na lei, formal, não responde às demandas sociais nem ao princípio da isonomia, o que só pode ser atingido pela igualdade na aplicação na lei, substancial.

Eloquente o seguinte trecho do preclaro Lopes da Costa: “O princípio da igualdade perante a lei leva assim, logicamente, ao princípio da igualdade na aplicação da lei, à uniformidade da jurisprudência. Quando a mesma lei é interpretada de maneira diversa, para ser aplicada a casos semelhantes, a generalidade fica reduzida à voz morta do texto ineficiente. (...) A inconstância da administração da Justiça, a jurisprudência furta-cores, é o descrédito do Poder Público. Os princípios são animados de um espírito. Aplicam-se sabendo-se-lhes o porquê e não como telha que se apanhe caindo do telhado. Foi a inconstância da jurisprudência que levou Taine a definir a justiça como estátua majestosa, perto da qual se passa de lado. Quando ensinava Direito comercial na Universidade de Lyon, Frederico Ozanam falou numa aula sobre o ‘duplo escândalo que constituíam a obscuridade da lei e as variações da jurisprudência’.”¹⁹⁸

A respeito, leia-se o ensinamento de Mancuso: “A observação do que ordinariamente acontece mostra que a decantada liberdade só ganha densidade conceitual e efetividade social quando amparada por determinados meios idôneos a torná-la concretamente usufruível. Esta última acepção parece ter sido encampada por Jean Rivero, ao observar que atualmente a expressão ‘liberdade pública’ só faz sentido quando significa algum tipo de crédito exigível (*‘une créance contre la société, tenue de fournir, pour y satisfaire, des prestations positives impliquant la création de services publiques’*), assim rematando seu pensamento: *‘Les libertés publiques sont des pouvoirs en vertu desquels l’homme, dans les divers domaines e la vie*

198 COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da, *Direito processual civil brasileiro*, cit., v. 3, p. 235-236.

*sociale, choisit lui-même son comportement, pouvoirs reconnus et organisés par le droit positif, qui leur accorde une protection renforcé en les élevant au niveau constitutionnel’.*¹⁹⁹

Independentemente do viés ideológico que se adote, há imperiosa necessidade de que as pessoas e as empresas possam prever minimamente o resultado de eventual lide futura. É claro que a adoção da súmula vinculante não trará absoluta certeza jurídica e previsibilidade nas decisões. Além das peculiaridades inerentes às ciências ditas humanas, a própria natureza do processo, como forma moderna e civilizada de combate, envolverá sempre uma dúvida razoável.

Mas o ganho advindo da previsibilidade oriunda da obrigatoriedade de que as questões já assentadas nos Tribunais Superiores, em especial as mais candentes, sejam seguidas, é inequívoco. Aliás, de todos os possíveis ganhos da metodologia em estudo, *a previsibilidade das decisões judiciais é o maior*. Mais importante do que os ganhos em eficiência, celeridade, igualdade e outros, a previsibilidade se destaca.

Para planejar, para investir, para comprar, para contrair dívidas, é necessário o mínimo de segurança e previsibilidade. São muitos os exemplos em que a sua ausência gerou prejuízos incomensuráveis. Exemplificativamente, destacamos a forte desvalorização do real frente ao dólar ocorrida no segundo governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso.

Naquele momento, com a paridade que as moedas tinham, expressiva parcela da população financiou bens assumindo dívidas atreladas à moeda norte-americana. Quando ela mais que dobrou de valor, muitos não tinham como pagar.

Qual foi a solução? Recorrer ao Judiciário, com base no direito do consumidor, na teoria da imprevisão ou na cláusula *rebus sic stantibus*. Milhares trilharam esse caminho: alguns perderam, mas felizmente muitos ganharam. Qual teria sido o ganho se estivesse em vigor, na época, a súmula vinculante?

199 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 117.

As empresas (e principalmente o Poder Público, como será discutido mais adiante) se beneficiam enormemente do fato de que enquanto muitos se valem do Judiciário, uma quantidade normalmente muito maior de pessoas prefere arcar com o prejuízo. Essa “aceitação” é em grande parte decorrente do fato de que eventual quantia paga a maior só será restituída por aquele que agiu em erro, se o for, muitos anos depois da ocorrência do prejuízo.

As empresas e o Poder Público fazem as contas já embutindo o custo das possíveis derrotas judiciais, e chegam à conclusão que o número de pessoas que terão seu direito reparado será menor. Além disso, mesmo naqueles casos em que a lesão for reconhecida pelo Judiciário, o dever de reparar só será sentido muitos anos mais tarde, o que constitui verdadeira moratória! Assim, é mais interessante aplicar o ganho da conduta lesiva e aguardar tardio e eventual dever de reparar.

Havendo a certeza de que nesses casos, que costumam atingir expressiva parcela da população, a interpretação jurídica já está consolidada, por um lado se estimulará que os prejudicados batam às portas do Poder Judiciário, sabendo que a sentença de primeiro grau lhes garantirá seu direito, sem a necessidade de percorrer longa e penosa *via crucis* até os Tribunais Superiores; por outro, se desestimularão os beneficiários da demora e da incerteza a dela se aproveitarem.

Quer se goste ou não, vivemos em um regime capitalista, e nada na história contemporânea aponta para que isso se altere. E no regime capitalista, é bom e importante para todos que se tenha mínima previsibilidade.

5.3.6 Rigidez

Interessante o argumento contrário à adoção da súmula vinculante de que essa técnica engessarà o Direito. A crítica não procede.

Primeiramente, porque a proposta de emenda constitucional prevê uma forma bastante democrática para revisão das súmulas, concedente a

todos os legitimados para acionar o controle concentrado de constitucionalidade (redação proposta para o artigo 103-A, § 2º).

Segundo porque o que deve mudar de caso para caso é a coleta da prova, a interpretação dos fatos e a identificação da norma jurídica de regência. E isso continuará acontecendo, com ou sem efeito vinculante. Essa é a função do juiz. Se de fato é impossível chegar a uma verdade absoluta sobre um talvez existente sentido verdadeiro da lei, é aconselhável que, em algum momento, dentre as várias interpretações razoáveis, se escolha uma.

Não é uma virtude do Direito, mas antes um defeito, que várias interpretações das normas, ainda que todas possíveis, convivam indefinidamente. Não é isso que o sistema da *civil law* propugna. É um defeito por dois motivos.

É salutar que várias interpretações possíveis sejam levantadas, discutidas e acatadas por diferentes órgãos judiciais. Mas é desejável que, após certo lapso de tempo e maturação da questão, se chegue a uma posição estatal sobre o caminho a seguir. Esse é o mal que permeia a odiosa e tão corretamente criticada Súmula n. 400 do STF. Dentre as várias interpretações razoáveis, uma deve prevalecer. O mal da Súmula n. 400 não é admitir que uma interpretação razoável, ainda que não a melhor, possa prevalecer. É admitir que, mesmo após longa e exaustiva discussão, após a definição do órgão competente para dar a última palavra (o que, ao final, é sua missão constitucional), as variadas interpretações não só continuem a coexistir, mas possam novamente vir a ser adotadas em outros casos.

O segundo motivo é que o que ocorre hoje não é debate construtivo, é apego, simplesmente. A situação é a seguinte: mesmo após a definição da posição do tribunal competente para a última palavra, ao invés de se procurarem novos argumentos, ao invés de se apontar em que medida os fatos da causa divergem daqueles que embasaram a decisão superior, ao invés de se proferir julgamento divergente com base em outra lei que teria alterado o tratamento da matéria, os advogados, promotores, procuradores e juízes se

limitam a repetir os mesmos argumentos já afastados, em geral ignorando solenemente a jurisprudência pacificada do tribunal competente.

Isso não é criatividade. É renitência.

5.3.7 Princípio da “harmonia entre os poderes”

No artigo da Constituição da República que abriga o princípio da separação dos poderes se lê: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º). Os tratadistas costumam dedicar páginas e páginas ao princípio da independência entre os poderes, de fato nuclear para o Estado moderno. Infelizmente, sua outra face, a harmonia entre os poderes, não recebe o mesmo tratamento.

A face mais visível do princípio da harmonia entre os poderes é a que contém o controle que cada um deles exerce sobre o outro. Meirelles Teixeira trata com propriedade do assunto: “É esse arranjo, mediante o qual, pela distribuição de competências, pela participação parcial de certos órgãos estatais que se controlam e limitam reciprocamente, que os ingleses denominavam, já anteriormente à Montesquieu, sistema de ‘freios recíprocos’, ‘controles recíprocos’, ‘reservas’, ‘freios e contrapesos’ (*cheks and controls, checks and balances*), tudo visando a um verdadeiro ‘equilíbrio de poderes’ (*equilibrium of powers*) – o que era natural, uma vez que todo o esforço do constitucionalismo inglês, ao longo dos vários séculos de seu desenvolvimento, visava justamente a estabelecer o equilíbrio político entre os poderes do Rei e do Parlamento, entre as prerrogativas da Coroa e as liberdades públicas. Não é exato, portanto, como muitas vezes se tem afirmado, que Montesquieu haja preconizado uma separação absoluta, rígida, entre os poderes, uma divisão ou distribuição de parcelas do poder político entre poderes, cada um soberano em sua respectiva esfera de atuação.”²⁰⁰

200 TEIXEIRA, José Horácio Meirelles, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 581.

Pois bem. É coerente com esse aspecto do princípio da harmonia entre os poderes que aquele que tem a missão constitucional de aplicar e realizar em concreto o direito (Executivo) insista em fazê-lo de modo diverso daquele pacificamente assentado pelo poder que tem a função de, em caso de controvérsia, definir qual a correta interpretação desse mesmo direito (Judiciário)?

O Ministro Carlos Velloso, em discurso na posse do Ministro Sepúlveda Pertence no cargo de presidente do Supremo Tribunal Federal²⁰¹, mencionou o escandaloso fato de que quase 90% das reapreciações naquela corte suprema são provocadas pelo governo federal e pelo governo do Estado de São Paulo, enquanto o Ministro Celso de Mello afirmava que, do total de recursos lá processados, 60% têm em um de seus pólos a União, o INSS ou o Estado de São Paulo²⁰². Ainda falta, contudo, diagnóstico robusto sobre qual a participação dos entes públicos na crise: figurando no pólo ativo ou passivo dos recursos.

Defende-se o Estado litigante sob o pálido argumento de que o faz por dever de ofício, já que o “interesse público é indisponível”. Em verdade, o argumento da “indisponibilidade do interesse público” é risível. Qual o interesse público que está sendo protegido ao se recorrer centenas de vezes de decisão que inadmitte determinada cobrança que acrescentaria alguns milhares de reais aos cofres públicos, ao preço de milhões gastos com tempo de funcionários das Procuradorias e do Judiciário, salários de procuradores e juízes, material e a inevitável sucumbência, corrigida e atualizada, anos depois? Isso sem falar que o verdadeiro interesse público indisponível é, antes de mais nada, num Estado de Direito, o efetivo e integral respeito à ordem jurídica.

201 *Diário da Justiça*, Seção 1, Brasília, ano 70, n. 105, 02 jun. 1995, p. 16.214-16.217.

202 Quando atuava nos quadros do Superior Tribunal de Justiça, entre os anos de 1996 e 1998, uma pilhéria era corrente em seus corredores: a mais fácil solução para o congestionamento dos tribunais na Capital Federal seria, simplesmente, proibir a União, o Estado de São Paulo e suas autarquias de impetrar qualquer recurso...

Esses entes públicos, obviamente, merecem igual tratamento dado a qualquer particular na condição de parte em juízo. Mas há um claro diferencial.

Se um particular, pessoa física ou jurídica, insiste, no sistema atual, em repetir conduta considerada ilegítima pelo Poder Judiciário incontáveis vezes, e sujeitar-se não só a sucessivas condenações, mas aos juros, custas e honorários daí decorrentes, é um problema que só a ele interessa. No máximo pode interessar aos seus sócios ou acionistas.

O Poder Público, ao adotar a mesma conduta, gera conseqüências bem mais danosas. Além da condenação, que será certa diante do posicionamento consolidado do Judiciário contrário àquela sua conduta, as demais verbas de sucumbência que serão somadas ao principal interessam a muitas pessoas, no caso, todos os contribuintes.

E o prejuízo será muito maior que aquilo contido na condenação. A ele deve se acrescentar o custo do advogado público, cujo tempo está sendo desperdiçado, e dos respectivos funcionários, o tempo do magistrado e da serventia e o consumo de material gasto por ambos os órgãos.

Além do prejuízo financeiramente mensurável, há a sobrecarga do aparelho judicial, que afeta a prestação satisfatória de um serviço público que é função típica e essencial do Estado.

E há mais. Para que o Poder Público faz isso? Para adiar ao máximo o cumprimento da lei, já que a lei, em caso de divergência, deve ser considerada como aquilo que o Poder Judiciário, órgão competente para tanto, disse que ela é. Esse é o motivo pelo qual os precatórios se acumulam, e continuaram a se acumular, já que muitos administradores “jogam” (ou jogaram, pelo menos...) para as gerações futuras o adequado respeito à lei.

Essa odiosa prática vem de longa data. O Governo Médici editou o Decreto n. 73.529, de 21 de janeiro de 1974, que proibia a entidade pública de estender a outros casos pendentes a decisão administrativa o

que judicialmente já havia sido decidido com relação a um determinado interessado.

Tal postura, ainda encontrada (felizmente em dimensão cada vez menor) no Estado brasileiro, implica em verdadeira desconsideração do fato de que os poderes da República, na verdade, são apenas funções do mesmo Estado. Se aquele que detém a função de dirimir os conflitos com definitividade já fixou uma interpretação, aquele que tem a função de cumprir o direito na persecução dos fins públicos deve de curvar.

O Estado, que na verdade é um só, apenas funcionalmente compartimentado, acaba por não assumir uma posição definitiva perante o cidadão, verdadeiro interessado e consumidor dos serviços públicos. A adoção da súmula vinculante é um passo importante para resolver o problema. Passo importante, mas mais importante ainda, será um possível efeito modificador da cultura vigente.

Sálvio de Figueiredo Teixeira informa que a atuação do Poder Público em juízo vem sendo mais consciente: “Deve-se registrar, no entanto, que o Executivo, despertado dessa sua má contribuição no aumento da litigiosidade e no emperramento da máquina judiciária, notadamente na área da Justiça Federal, vem tomando ultimamente, e de forma louvável, reconheça-se, embora ainda tímida, algumas iniciativas no sentido de valorizar as decisões judiciais e diminuir a sua presença em juízo.”²⁰³

Exemplificando seu ponto de vista, o Ministro Sálvio colaciona a Portaria n. 2.054, que o Ministério da Previdência e Assistência Social expediu, autorizando a desistência de recursos pendentes em que se estivesse discutindo a interpretação dos parágrafos 5º e 6º do artigo 201 da Constituição; o Decreto n. 1.601/95, que dispensou a Procuradoria da Fazenda Nacional de recorrer das decisões sobre as matérias discriminadas em seu anexo; e o Decreto n. 2.346/97, que ampliou aquele rol de matérias

203 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante*, cit., p. 147.

e antecipou o conteúdo da PEC n. 500, determinando à Administração Pública Federal que acatasse a orientação fixada pelo Supremo em ação declaratória de inconstitucionalidade.

Louváveis esses exemplos, a denotar importante conscientização do Poder Executivo, pelo menos na órbita federal. A experiência brasileira, contudo, não autoriza que se espere a boa vontade do administrador público, sendo aconselhável que se adote mecanismo legislativo que o vincule imediatamente ao entendimento pacificado do tribunal responsável por dar a última palavra sobre cada matéria.

Interessante trazer à baila neste momento um exemplo de como o efeito vinculante, ou impeditivo de recursos, das súmulas é tema objeto de forte preconceito.

Pastora Leal, ao tratar especificamente da problemática da atuação do Poder Público em juízo, afirma que “para evitar esse impasse bastaria apenas ampliar a noção de coisa julgada do artigo 468 do Código de Processo Civil, para incluir a força extensiva da decisão para a pessoa jurídica de direito público, com relação à qual o Judiciário já tenha decidido terminantemente a matéria”.²⁰⁴

Qual a diferença entre a ampliação da coisa julgada e a súmula vinculante, com relação aos diversos óbices levantados contra esta? Também não viola, como afirma a autora na mesma obra, a separação de poderes, a reserva legal, o poder criativo do Judiciário, a violação da independência do juiz e o princípio do juiz natural?

Há aí evidente contradição. Um dos males visto por ela e por outros autores decorrente da adoção do efeito vinculante seria o fato de que um só julgado poderia petrificar o entendimento acerca de uma matéria. A súmula vinculante, como já exposto, não padece, na forma como abordada na proposta em estudo, desse vício. Mas a simples ampliação da coisa julgada levaria a essa conseqüência indesejada.

204 LEAL, Pastora do Socorro Teixeira, *Eficácia vinculante das decisões judiciais no Brasil*, cit., p. 96-97.

5.3.8 Conclusão do tema

Vê-se, então, que os ganhos quanto à segurança nas relações jurídicas, à igualdade, à celeridade, à efetividade e à racionalização da prestação jurisdicional são imensos e absolutamente imprescindíveis para a realização de uma ordem jurídica justa, célere e efetiva.

A alteração constitucional apresenta ainda três grandes virtudes, apontadas por Cândido Rangel Dinamarco (que escreveu ainda sobre a proposta de emenda constitucional): “A proposta apresenta alguns elementos de prudência e razoabilidade suficientes para legitimá-la no sistema e obviamente dependentes de disciplina mais pormenorizada em nível infraconstitucional, tais como (a) exigência de *quorum* qualificado de dois terços dos membros do tribunal para a sumulação, (b) exigência de uma jurisprudência reiterada no sentido da súmula a instituir e (c) abertura para revisão ou cancelamento das súmulas.”²⁰⁵

Ressalte-se a virtude de que a revisão ou cancelamento das súmulas possa ser provocado pelos mesmos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, o que confere à sistemática caráter democrático e pluralista. Vale ainda sublinhar que as súmulas já existentes à época da promulgação da emenda não têm efeito vinculante automaticamente (cf. o art. 50), mas apenas depois de confirmadas pelo mesmo *quorum* exigido para a edição de súmulas pela nova sistemática, o que certamente evitará os questionamentos a que uma tal dubiedade daria ensejo.

A solução da súmula vinculante que, desrespeitada, enseja o manejo da reclamação, apesar de lógica, encerra um perigo. Apenas com a mudança da cultura jurídica o sistema pode funcionar. Aliás, é a mudança da cultura jurídica nacional que é a maior esperança da adoção da sistemática. Explique-se.

205 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 1.131.

Como já dito alhures, não é raro que os tribunais de segunda instância, principalmente estaduais, ignore solenemente a jurisprudência dos tribunais superiores. Queremos crer que por princípio, não por ignorância nem desca-so. Exemplo disso são as reiteradas decisões de algumas turmas do Tribunal de Justiça e São Paulo que aplicam taxa de juros de 12% ao ano, na forma do artigo 406 do Código Civil, em detrimento da posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça de que os juros, nesse caso, são de 6%.

Esse tipo de posicionamento, se adotado em matéria tratada em súmu-la vinculante, renderia incontáveis reclamações, transferindo o problema dos excessivos recursos extraordinários que transformaram o Supremo Tri-bunal Federal em indevida “instância ordinária” para a excessiva análise de reclamações.

É ainda uma incógnita o resultado prático da utilização do instituto. A preocupação com o possível excesso de reclamações foi externada pelo Ministro Gilmar Mendes, em palestra no Centro de Estudos da Procurado-ria Geral do Estado de São Paulo, no ano de 2007.

Espera-se que as cortes responsáveis pela aplicação das súmulas vin-culantes curvem-se à nova sistemática e apliquem espontaneamente o en-tendimento da instância superior. Aliás, é importante que a mudança de cultura, com o tempo, acalme também a tendência recursal das partes afe-tadas pelo entendimento sumulado.

5.4 Técnicas de utilização

Ainda assim, inspirado o primado do precedente na *praxis* da *common law*²⁰⁶, sua adoção na *terra brasilis* não dispensa algumas

206 O parecer do senador Bernardo Cabral, relator da emenda, diz textualmente: “Cuida-se aqui da implantação da discutida súmula vinculante. As posições acerca dessa figura costumam ser apaixonadas, alguns vendo nela o engessamento do Direito e a morte de sua renovação, outros, a solução para o inadmissível congestionamento processual nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um instituto típico do direito anglo-saxão (*common law*, no qual o julgamento se

alterações, a título de adaptação. A primeira delas, já constante da proposta, é a instituição de um procedimento formal para vinculação do precedente. O que é óbvio, já que num país onde a norma legislada tem o primado entre as fontes do Direito, não se poderia jamais estabelecer outro *status* para o precedente jurisprudencial sem estabelecer quais, e de que modo, passariam a ter efeito vinculante. Mas essa alteração não basta.

É fundamental trazer também os instrumentos que, nos países de formação anglo-saxônica, permitem garantir a justiça e correção da aplicação do precedente vinculante, com as devidas adaptações ao modelo jurídico nacional. Trata-se do *overruling* e do *distinguishing* (comentados no item 2.1).

Um bom exemplo prático da importância de bem compreender e bem utilizar essas técnicas vem da incorreta invocação da Súmula Vinculante n. 3.²⁰⁷

Tratava-se de mandado de segurança em que determinado candidato inscrito em concurso público para cargo no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo buscava anular decisão administrativa que o excluiu do certame. A exclusão deu-se porque o candidato não apresentara diploma adequado para o cargo que pleiteava.

No mandado de segurança, o impetrante invocou a aplicabilidade, sob pena de reclamação, da Súmula Vinculante n. 3, pois simplesmente, mediante ato administrativo da presidência da comissão examinadora, excluiu-se o candidato sem a instauração de procedimento administrativo com sua participação.

assenta na jurisprudência), que se quer adaptar ao modelo romanista que se pratica no Brasil (*civil law*, modelo pelo qual o juiz julga de acordo com a lei).”

207 “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

Não era o caso, em verdade, de instauração de procedimento administrativo com a participação de advogado do candidato para oportunizar simples desclassificação por não apresentação da documentação exigida no edital. Ainda que se discuta a exigência ou não do procedimento administrativo, é evidente que a súmula nada tinha a ver com o caso concreto.

A mencionada súmula trata da hipótese de instauração de procedimento administrativo do qual possa resultar anulação ou cassação de aposentadoria. É falar de procedimento em que Tribunal de Contas atua como órgão de controle da legalidade de ato concessivo de aposentadoria de outro órgão. Sua função típica, em outras palavras.

O caso concreto era completamente diverso. Por mero acaso, tratava-se de concurso para o Tribunal de Contas, mas poderia ser um concurso para o preenchimento de cargo em qualquer órgão público. A súmula reafirma a necessidade de observância da ampla defesa e do contraditório em procedimento que evidentemente pode afetar o patrimônio jurídico do servidor. Nenhuma, absolutamente nenhuma relação com eliminação de candidato que não apresenta a documentação exigida a todos os que participam de determinado concurso público.

Afasta-se a incidência da súmula em questão por meio da técnica da adequação sumular fática.

5.4.1 A adequação sumular fática

Além daquele período de maturação da interpretação, enquanto a jurisprudência está se tornando dominante e reiterada, para o bom funcionamento da sistemática a ser adotada, o juiz deve manter o poder de, analisando o caso concreto, verificar se a *ratio decidendi* tornada vinculante pela edição da súmula é a mesma que se verifica na lide que tem em mãos, e que os pressupostos fáticos são os mesmos, e determinar sua aplicabilidade. Tal poder é, esse sim, inerente à atividade judicante, e é essa

faculdade que permitirá que a súmula vinculante seja um incremento em efetividade e racionalidade, e não uma camisa de força.

Não havendo perfeita identidade, o juiz não apenas poderá, mas deverá, motivadamente, afastar a aplicação da súmula que, à primeira vista, parecia amoldar-se ao caso. Essa técnica resolveria, por si só, a questão criticada acima, de que muitas vezes a reiterada jurisprudência da corte superior é afastada por desconhecimento ou arrogância, e não por inadequação. Tratar-se-á, então, da necessária verificação da *adequação sumular fática*, adotando para essa técnica nomenclatura na forma vernacular, se não se quiser utilizar o anglicismo *distinguishing*.

A necessidade de adoção de tais mecanismos é maximizada pela ausência, no ordenamento nacional, do instituto da *equity* do sistema da *common law*.

A sistemática adotada pela Emenda n. 45 facilita o trabalho do julgador, na medida que, ao adotar uma forma sintética do precedente (a súmula), ao invés da técnica americana em que o próprio julgamento da Suprema Corte forma o precedente, elimina-se a necessidade de separar os argumentos não vinculantes (*obter dicta*²⁰⁸) dos elementos nucleares da decisão, estes vinculantes.

A aplicabilidade poderá ser discutida ainda em sede de reclamação que, julgada procedente, afastará a decisão que contrariou frontalmente a súmula. Não se diga que estar-se-ia trocando apenas um recurso destinado aos Tribunais Superiores (recurso extraordinário e recurso especial) por outro, a reclamação. Na maioria dos casos, a súmula será aplicada, não só pelo necessário respeito à nova ordem jurídica, mas pela sedução exercida pelo imenso ganho em celeridade, economia e efetividade. A menos que alguém espere um sistemático e orquestrado movimento de desobediência civil de todos os juízos e tribunais locais...

208 A respeito do *obter dicta*, ver a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso no item 2.1.

Cabe aqui citar o pensamento de Dinamarco: “Sou declarado defensor da grande liberdade interpretativa do juiz. Mas essa liberdade não pode ser absoluta, a ponto de ele julgar segundo seus sentimentos pessoais e não como canal de comunicação entre os valores da sociedade e o caso em que atua. O que está à base desse pensamento é a regra da impessoalidade no exercício da jurisdição. Por outro lado, interpretações conflitantes geram incertezas e insegurança. Que os juízes inovem, sim. Mas é preciso que os próprios juízes, apreciando o que vem sendo decidido, parem para refletir, e nesse momento de reflexão afastem posições que podem ser pessoais e passem a manifestar-se de modo institucionalizado. Daí a legitimidade dos meios pelos quais se busca a uniformidade dos modos de decidir.”²⁰⁹

A liberdade de interpretação vem sendo usada de modo abusivo, desvirtuando-se sua razão de ser. Há um evidente desvirtuamento no modo e na intensidade com que vêm se revelando os dissídios pretorianos, exorbitando quaisquer limites de razoabilidade. Não se espera uma estagnação, ou petrificação do Direito, mas uma racionalização do poder criativo de cada aplicador, impondo-lhe certos limites.

Ou, no sentir de Mancuso: “Impende enfrentar o possível contra-argumento de que tal previsibilidade se afiguraria inviável, por não ser o Direito uma ciência exata, mas um sistema organizado de valores normatizados e que, por outro lado, ao juiz deve ser assegurada a livre ponderação sobre as alegações e as provas constantes dos autos, o que tudo daria espaço à virtualidade da divergência jurisprudencial. (...) Por outras palavras, naquela linha argumentativa restaria ao jurisdicionado conviver com a virtual discrepância entre decisões judiciais prolatadas sobre casos análogos. Cremos que esse raciocínio, sobre implicar que o Estado se considere desonrado ao ofertar ao jurisdicionado uma qualquer justiça – precária, tardia e injusta que seja – ainda peca por uma petição de princípio: uma realidade é a experiência da jurisdição singular, enquanto modalidade de distribuição da justiça, onde a persuasão racional do magistrado se realiza em cada caso

209 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 1.145-1.146.

concreto, de acordo com o alegado e provado, sistema que, eventualmente, pode acarretar decisões qualitativamente diferentes, em casos assemelhados; mas daí não decorre que os jurisdicionados devam conformar-se em aceitar, passivamente, aquela afirmada inevitabilidade insolúvel, uma sorte de *karma*, a estigmatizar o destinatário da prestação jurisdicional.”²¹⁰

5.4.2 A adequação sumular jurídica

A técnica do *overruling* deverá ser aplicada no Brasil de forma diferenciada da dos países da *common law*. Como se mostrará a seguir, o entendimento sumulado, ainda que dotado de efeito vinculante, ocupa posição subalterna à lei e obviamente à Constituição. Se o efeito vinculante impede que o juiz não aplique a súmula por dela divergir na interpretação do texto legal ou da norma constitucional, o mesmo não deve ser aceito quando houver uma mudança do substrato legal em que foi editada.

Alterada a lei, seja por derrogação, ab-rogação, ou qualquer outra forma, principalmente revogação explícita, a retirar esse suporte imprescindível da súmula, deverá o juiz deixar de aplicá-la. Não se mostra nem lógico, conforme o sistema jurídico nacional, que a interpretação de uma norma, ainda que vinculante, seja colocada em nível superior a ela, continuando a produzir efeitos depois da revogação daquela que lhe deu razão de ser. Nem seria lógico exigir-se ou esperar-se o cancelamento expresso da súmula pelo órgão que a editou.

Assim, permanecendo o mesmo o substrato jurídico em que se apóia a súmula, deverá o julgador aplicá-la, não devendo fazer o mesmo se, alterado aquele, a nova regulação legal da hipótese for com ela incompatível. Para os puristas da língua portuguesa, ao invés do inglês *overruling*, a técnica pode ser chamada de verificação da adequação sumular legislativa, ou legal.

210 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 246.

Uma ressalva é necessária: o embasamento normativo que autoriza a *adequação sumular legislativa* é a norma editada *após* a edição da súmula. O julgador não pode deixar de aplicar a súmula invocando uma regra legislativa já existente quando da criação da súmula, ainda que tal regra não tenha sido contemplada nos julgados que embasaram a súmula. Isso porque, mesmo que não explicitamente mencionada pelo tribunal, a edição de uma súmula pressupõe que a interpretação adotada pelo tribunal levou em consideração *todo o Direito vigente*, explícita ou implicitamente.

Exemplificando: ao editar uma súmula dotada de efeito vinculante, o tribunal considera a norma “X” válida, tendo sido mencionadas nos seus precedentes as leis “B”, “C” e “D”. O juiz não poderá deixar de aplicar a súmula vinculante invocando a lei “A”, já existente no momento da edição da súmula, porque essa norma já foi, ainda que implicitamente, considerada pelo tribunal quando decidiu que a norma “X” é válida. O mesmo juiz poderá, contudo, através da técnica da *adequação sumular legislativa* (*overruling*) deixar de aplicar a súmula se a lei “E”, posterior à edição da súmula, disciplinou a matéria de forma diversa.

No particular, uma pergunta se apresenta, ainda sem resposta: Como serão, adotada a súmula vinculante, as futuras gerações de magistrados? A simples aplicação de entendimentos sumulados não induziria as novas gerações de juízes, principalmente os que começarem a atuar após a adoção da nova sistemática, a mal fundamentar suas decisões, sem depender grande esforço intelectual, à espera da posição final dos Tribunais Superiores? Principalmente tendo em mente a cada vez mais deficiente formação acadêmica dos profissionais? Ou, ainda, o maior esforço e fundamentação exigidos pela técnica da adequação sumular fática e legislativa contribuiria para a maior dedicação à tarefa da hermenêutica? Uma resposta imediata a esse questionamento seria prematura e mera especulação.

6 A SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSOS

A mais marcante diferença entre a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos é o momento da sua incidência sobre a atividade jurisdicional de primeiro grau.

Enquanto a súmula vinculante é um parâmetro obrigatório para o juiz ao proferir a sentença, a súmula impeditiva de recursos continua a ter força exclusivamente persuasiva nesse momento. Sua incidência coercitiva se dá posteriormente, como um pressuposto recursal genérico negativo.

Só seria cabível recurso versando sobre matéria sumulada se a decisão monocrática estivesse em contradição com a súmula. Caso ela esposasse o entendimento sumulado, não seria cabível qualquer recurso. Essa técnica observa as várias críticas de que o efeito tipicamente vinculante contrariaria a independência do juiz. Outras críticas, as mais veementes por sinal, como a de que haveria ofensa à separação dos poderes e de que o Poder Judiciário passaria a ser um legislador, poderiam continuar a ser defendidas.

6.1 Adequação da proposta

A adoção da súmula restritiva de recursos, para muitos mais palatável, não soluciona o problema, traduzindo apego quase atávico à idéia de que a certeza na exegese da norma deve vir *a posteriori*, em grau de recurso, nunca como norteadora da própria decisão. Afirma Mancuso: “Verdade que se pode objetar, como anotam Grinover, Araújo Cintra e Dinamarco, que ‘a hierarquia dos graus de jurisdição nada mais traduz do que uma competência de derrogação e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior’, mas, no caso, a fixação prévia de parâmetros jurisprudenciais se traduz antes num *plus*, a qualificar a prestação jurisdicional, potencializando-a, de modo que ela possa estender-se aos casos análogos.”²¹¹

211 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 129.

Na verdade, já existe autorização legislativa para que o relator do recurso, monocraticamente, dele não conheça, ou julgue de plano, o apelo contra decisão que vá de encontro não apenas à súmula de tribunal, mas até mesmo contra entendimento dominante. Por igual, é pacífico o entendimento que não cabe recurso por divergência quando ela já houver sido superada. E mesmo assim, muito pouco mudou.

Outros autores propuseram a adoção de uma súmula que vinculasse apenas a Administração Pública. A idéia não deixa de ser sedutora.

Ainda que insuficiente e desprovida de muitas das virtudes já expostas, uma súmula impeditiva de recursos que vinculasse os órgãos do Poder Executivo já configuraria significativo avanço legislativo, diante da envergadura do congestionamento gerado pela atuação do Poder Público. O valor que a súmula impeditiva de recursos mais prestigia é a harmonia entre os poderes, o que não é pouco.

De fato, como já demonstrado acima, a Administração Pública é uma das grandes responsáveis pelo congestionamento dos tribunais. Ademais, é uma decorrência lógica do sistema jurídico, em especial do princípio da legalidade a nortear a atuação do administrador público, a observância não só dos comandos oriundos da fonte primária do Direito entre nós (a lei), mas também da sua fonte secundária, a lei conforme a leitura que lhe é dada por outro braço do mesmo Estado, o Judiciário. Assim, a vinculação do administrador aos julgados reiteradamente proferidos sobre determinada matéria já faz parte do sistema, ainda que não faça da cultura jurídica imperante no nosso Estado-administrador.

Mas, em atenção ao *quod plerunque accidit*, realmente seria de grande utilidade que a Administração Pública passasse a acatar a jurisprudência dominante dos tribunais aos quais esteja subordinada, principalmente no caso da União, já que sujeita à jurisdição de várias cortes

regionais²¹². A adoção de uma súmula com tal eficácia, contudo, seria medida acanhada e insuficiente, justificável apenas por dificuldades de cunho político.

É de se aplaudir que a súmula vinculante foi aprovada em sua maior extensão, não afetando apenas o Poder Público.

As relações sociais, principalmente as relativas a atividades econômicas, demandam uma certeza maior de uniformidade na interpretação e aplicação do Direito do que simplesmente a sua observância obrigatória pelo Estado-administrador.

A conduta de um único ente privado pode, neste mundo globalizado e massificado, interferir na esfera jurídica de uma infinidade de sujeitos, em número maior do que seriam os afetados pela atuação de um ente estatal. Um ato ilícito, ou uma violação que seja da legislação consumerista ou ambiental, por parte de uma grande multinacional, um grande banco, uma empresa de telefonia ou seguros, tem potencial lesivo em muito superior a uma recusa sistêmica em cumprir determinada obrigação por muitos Estados e Municípios. Além disso, estar-se-ia desperdiçando todo o potencial de efetivação do princípio da igualdade que a adoção da súmula vinculante para todo o Judiciário, quaisquer que sejam as características dos litigantes envolvidos, oferece.

212 É ilustrativo que os romanos, os primeiros a codificar de maneira explícita uma regra objetivando abreviar os processos em prol da sua efetividade, tenham feito uma ressalva para os feitos relativos à Fazenda Pública: “Decidimos editar a presente lei abreviando em todo o tempo e lugar os processos, a fim de que não se façam, por assim dizer, imortais (...) Decretamos, portanto, que todos os processos que versem sobre crédito, condições, direitos municipais ou privados, ou sobre posse, domínio, hipoteca ou servidões, ou ainda sobre qualquer fato que leva os homens a litigar entre si, não ultrapassem um triênio, contado da *litis contestatio* (exceção seja feita às causas fiscais e administrativas).” (Tradução de César Fiúza do Código de Justiniano (III, I, 13), apud LOPES, Dimas Ferreira. Celeridade do processo como garantia constitucional. In: FIÚZA, César Augusto de Castro (Coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 288).

Ambas as propostas não padecem de qualquer inconstitucionalidade, pelas razões já expostas anteriormente, pois configuram na verdade um *minus* em relação à proposta de súmula vinculante original.

6.2 Uma proposta mista – os Tribunais de Justiça

Uma outra proposta tem sido mencionada pelas instâncias envolvidas nos debates da reforma do Judiciário. Fala-se em dotar as súmulas dos Tribunais Superiores de efeito vinculante e as súmulas dos Tribunais de Justiça de efeito impeditivo de recursos.

A proposta é interessante. A súmula vinculante para os Tribunais Superiores conta com todas as virtudes acima descritas, mas deixa um aspecto da questão sem resposta.

Os Tribunais de Justiça são a última instância quanto à interpretação do Direito estadual e municipal e estão assoberbados com causas que envolvem principalmente o funcionalismo público dessas duas esferas da Administração.

A proposta tem alguma coerência. Já nos referirmos à questão de que é absolutamente adequado que os tribunais competentes para a última palavra em uma determinada questão (o STF para as questões constitucionais, o STJ para as federais, e assim por diante) tenham o poder de dotar de efeito vinculante seus entendimentos definitivos e pacíficos.

Se levarmos em conta que os Tribunais Superiores não interpretam o Direito local (estadual ou municipal), mas apenas verificam a sua conformidade com a Constituição ou com o Direito federal, se com este confrontado, seria adequado conferir aos Tribunais de Justiça, nessas matérias, o mesmo poder que os Tribunais Superiores passariam a ter.

A explicação mais plausível para a diferenciação (efeito vinculante para os Tribunais Superiores – obrigatoriedade *na* decisão do juiz de

primeiro grau; efeito impeditivo de recursos para os Tribunais de Justiça – controle *a posteriori* do cabimento do recurso) é vencer a forte resistência política, em especial do Executivo Federal, que tem seu principal foco no Ministério da Justiça, contra a suscitada ofensa ao princípio da independência do juiz.

Seria mais coerente a adoção pura e simples da súmula vinculante para todos os tribunais, conforme a sua competência, para proferir a última palavra em cada espécie legislativa. Essa solução, aliás, prestigia o princípio federativo, já que os Tribunais de Justiça, como órgãos maiores do Judiciário estadual, são elementos-chave da Federação.

Mas conferir-se efeito vinculante para as súmulas dos Tribunais Superiores e impeditivo de recursos para os Tribunais de Justiça já seria melhor do que a reforma apenas para os superiores, e *muito* melhor do que apenas a súmula impeditiva de recursos para todos.

Tal proposta ainda é embrionária e teórica, não havendo elementos para se analisar sua redação. Podemos dizer, contudo, que as súmulas dos Tribunais Regionais Federais não demandam efeito vinculante, já que sua competência não implica em dar a última palavra em qualquer matéria. Assim, para essas cortes, apenas o efeito impeditivo de recursos seria plausível, jamais o vinculante.

7 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

7.1 Jurisdição constitucional e súmula vinculante

O controle de constitucionalidade exercido de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal com força vinculante constitui marco no caminho que aproxima o sistema jurídico brasileiro do sistema do *common law* e como que o afasta do tradicional sistema romano-germânico. Agora de forma positivada no texto maior, os órgãos do Judiciário e a Administração estão obrigados a aplicar o entendimento do Pretório Excelso, quer pela constitucionalidade, quer pela inconstitucionalidade de determinada norma, como prejudicial ao mérito da causa ou como premissa de ato administrativo.

Antes da Constituição de 1988, a arguição de inconstitucionalidade só podia ser proposta pelo Procurador Geral da República e tinha apenas efeito *erga omnes*. O controle de constitucionalidade no Brasil era, então, eminentemente difuso (modelo americano) e restritamente concentrado (modelo europeu).

A Carta vigente alterou profundamente o panorama. Ao criar a ação direta de inconstitucionalidade, ainda que sem efeito vinculante expresso no texto, ampliou imensamente o rol dos legitimados. A Emenda Constitucional n. 3 de 1993 foi bem mais além. Ao criar a ação declaratória de constitucionalidade, dotou-a expressamente de força vinculante. Essa emenda e as Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99 são o divisor de águas.

Não apenas a ação declaratória de constitucionalidade, mas também a ação direta de inconstitucionalidade tem efeito vinculante, além de *erga omnes*; o rol de legitimados foi novamente modificado. O tribunal pode ainda modular no tempo o efeito da sua decisão (art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868). Admite-se a cautelar nessas ações e, o mais importante, defere-se ao Supremo Tribunal Federal o poder de suspender o julgamento de todos os processos em que tenha sido aplicada a lei ou do ato

normativo questionado (art. 21 da mesma Lei). Instituiu-se como que uma “avocatória”, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal pode chamar para si, imediatamente e sustando a atividade de todos os outros órgãos do Poder Judiciário, a solução da questão constitucional. E esta, uma vez julgada, deverá obrigatoriamente ser aplicada por aqueles. Ocorre, então, verdadeira cisão de competência.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal passa a poder ser chamado verdadeiramente de corte constitucional, à semelhança das européias. Lá as cortes constitucionais não decidem a lide concreta, mas “retiram” dos órgãos jurisdicionais parte de seu poder judicante, resolvem a questão constitucional e “devolvem” o caso às origens, para que, com base na pre-judicial de constitucionalidade julgada, a apliquem no caso concreto. Daí em diante, o Supremo Tribunal Federal passa a funcionar, no controle abstrato, como corte constitucional (modelo europeu) e no controle concreto, à feição da Suprema Corte norte-americana. Ainda é importante, contudo, a diferença do meio processual eleito para identificação dos efeitos da decisão do Supremo. Quando ele atua no controle abstrato, sua decisão tem efeito vinculante; quando atua no controle concreto, a decisão proferida em sede de recurso extraordinário, ainda que declare a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, depende de manifestação do Senado Federal para que tenha sua eficácia suspensa.

A lei que regulamenta a ação de descumprimento de preceito fundamental encerra essa etapa. Todo o direito nacional passa a estar sujeito ao controle direto do Supremo, por meio dessa ação, inclusive leis municipais, revogadas, anteriores à Constituição vigente ou concretas, o que não é possível questionar em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

A Emenda Constitucional n. 45, por fim, introduziu na Constituição a súmula vinculante, por meio da qual o Supremo analisa a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre eles e a Administração Pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação

de processos sobre questão idêntica; exerce controle de constitucionalidade similar ao exercido de forma concentrada, mas agora provocado por múltiplos casos concretos. Essa a diferença: a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, como é da natureza do controle concentrado de constitucionalidade, provocam o julgamento da Suprema Corte por via de ação, abstratamente; a súmula vinculante produz o mesmo efeito, mas por via de exceção, diante de caso concreto.

Assim, deixou de haver significativa diferença na atividade jurisdicional do Supremo, quando atua por via de ação ou por via de exceção, em controle abstrato ou concreto. Há evidente tendência à unificação da atividade de controle de constitucionalidade por essa Corte, qualquer que seja a forma que provocada a se manifestar.

E a transformação evolutiva por que passa a jurisdição constitucional no Brasil não cessou, como indicam recentes julgados do Supremo Tribunal Federal. Vejamos como o próprio Supremo tem vislumbrado a interpenetração dos sistemas de controle de constitucionalidade.

No Mandado de Injunção n. 721/DF (*Informativo* n. 450, de dez. 2006), o Ministro Marco Aurélio, relator, externou entendimento de que o Supremo precisa rever sua posição quanto à atuação nesse tipo de processo, devendo assumir verdadeira atividade criadora no plano normativo, o que não ofende o princípio da separação dos poderes, antes reconhece mitigação da clássica separação vislumbrada por Montesquieu:

“O instrumental previsto na Lei Maior, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram passíveis de ser acionados, tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa. Revela-se próprio ao processo subjetivo, e não ao objetivo, descabendo confundi-lo com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo rol de legitimados é estrito e está na Carta da República. Aliás, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal com o parágrafo 1º do citado artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias

fundamentais constantes da Constituição têm aplicação imediata. Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção no cenário jurídico-constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania. *O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, o Poder Legislativo. É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos tribunais do trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que, consoante prevê o parágrafo 2º do artigo 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. Está-se diante de situação concreta em que o Diploma Maior recebe, mesmo assim de forma mitigada, em se tratando apenas do caso vertente, a separação dos Poderes que nos*

vem de Montesquieu. Tenha-se presente a frustração gerada pelo alcance emprestado pelo Supremo ao mandado de injunção. Embora sejam tantos os preceitos da Constituição de 1988, apesar de passados dezesseis anos, ainda na dependência de regulamentação, mesmo assim não se chegou à casa do milhar na impetração dos mandados de injunção.” (grifamos).

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator da ADI n. 2240/BA (*Informativo* n. 467, de maio 2007) foi ainda mais além, comparando explicitamente sistemas jurídicos de vários países:

“Esse é um dado que deve ser devidamente equacionado. O princípio da nulidade da lei inconstitucional também tem um peso elevado no caso, o que torna inevitável o recurso à técnica da ponderação. Essa necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica constitui o *leitmotiv* para o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão no controle de constitucionalidade. O recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a conseqüente declaração de constitucionalidade. Em estudo sobre a doutrina da declaração prospectiva da ineficácia das leis inconstitucionais, García de Enterría bem demonstra que essa modalidade de decisão no controle de constitucionalidade decorre de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição de perfil constitucional. (...) É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão ‘lei inconstitucional’ configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que *‘the unconstitutional statute is not law at all’*, passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade. A Suprema Corte americana considerou o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais.(...) Essa sucinta análise do direito comparado demonstra uma forte tendência no sentido da universalização de alternativas normativas ou jurisprudenciais em relação à técnica de nulidade. Pode-se

dizer que, independentemente do modelo de controle adotado, de perfil difuso ou concentrado, a criação de técnicas alternativas é comum aos mais diversos sistemas constitucionais. Também o Tribunal da Comunidade Européia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos curvaram-se à necessidade de adoção de uma técnica alternativa de decisão. É certo, outrossim, que esse desenvolvimento se faz com base em previsões constitucionais ou legais expressas ou implícitas ou, ainda, com base em simples opção de política judiciária, como se reconhece nos Estados Unidos. (...) Essa tendência, no sentido da adoção cada vez maior de técnicas diferenciadas de decisão no controle de constitucionalidade, é também resultado da conhecida relativização do vetusto dogma kelseniano do ‘legislador negativo’. Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano, do qual cito a seguir alguns trechos: *‘La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es practicamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de ‘legislador negativo’. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico ‘arsenal’ sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple ‘constitucionalidad/inconstitucionalidad’, es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, ‘la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección’ de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, ‘certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo’. Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei n. 9.868/99, cujo artigo 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.’*

Em julgamento que ainda não se encerrou, o Supremo já acenou com a possibilidade de que o julgamento de recurso extraordinário que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo deixe de depender da intervenção do Senado para operar efeitos *ultra partes*. A vingar esse entendimento, mais uma etapa estará concluída nessa caminhada evolutiva, pois a própria súmula vinculante terá sua aplicação reduzida, já que qualquer questão constitucional que chegue ao Supremo, ainda que em grau recursal, num caso concreto portanto, imediatamente retirará a eficácia da norma declarada constitucional. O precedente assumiria feição inteiramente vinculante, como o é o precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, sem a necessidade do procedimento próprio para edição de súmula vinculante.

De fundamental importância o resultado desse julgamento. Isso porque, ao contrário da evolução até aqui exposta, desta feita não será o legislador que irá conferir novos contornos à atividade jurisdicional do Supremo, mas será a própria Corte, assumindo de vez sua atividade criadora, sem interferência legislativa, em ativismo judicial nunca antes visto nestas plagas.

Vemos assim que a ampliação da atividade jurisdicional no exercício do controle de constitucionalidade, quer concentrado, quer difuso, vem adquirindo contornos que diminuem cada vez mais a distância entre o sistema do *civil law* e o do *common law*. Não é exercício de mera “futurologia” vislumbrar clara tendência de que o Supremo, seja como for que a questão constitucional lhe chegue às mãos, passe cada vez mais a proferir julgados com eficácia pamprocessual e assuma função crescentemente criativa no mundo das normas jurídicas.

7.2 Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade?

Como demonstrado alhures, é uma tendência histórica evidente que as formas de governo, as práticas comerciais e os próprios princípios e instrumentos jurídicos do mundo se fundem e se influenciam mutuamente. Um mundo em veloz mutação e em constante e frenética comunicação interage furiosamente sem cessar.

A aproximação que se dá entre os dois grandes sistemas jurídicos, na medida que a lei escrita ganha mais força entre os anglo-saxônicos, ao mesmo tempo que o respeito ao precedente ganha espaço entre os que se filiam à *civil law*, é apenas um exemplo dessa tendência que não se restringe ao direito.

O dogma da separação dos poderes, em que apenas o Legislativo cria, enquanto o Judiciário interpreta, deve ser compreendido sob novo prisma, em especial diante da mitigação feita pelo constituinte de 1988 e pelo constituinte reformador de 1993 e 2004. O ativismo judiciário, como disse o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, é cada vez mais evidente.

Nas origens do sistema anglo-saxônico, o juiz era o principal criador, função cada vez mais assumida pelo legislador. No sistema brasileiro, ainda filiado ao romano-germânico em razão de suas raízes, o legislador ainda é o principal agente criador do direito, mas o Judiciário passa cada vez mais a criar novas normas, deixando de ser mero legislador negativo. Como escreveu José Rogério Cruz e Tucci: “O labor jurisdicional dos tribunais, apesar de despido de *potestas normandi* (geração de normas de caráter geral e abstrato), produz, a rigor, na realização efetiva do direito, valorações concretas as quais, uma vez reiteradas, ganham projeção, que acaba afetando de modo inexorável o próprio ordenamento jurídico.”²¹³

Os sistemas se imbricam. E, ao mesmo tempo, o sistema misto, ou sincrético, que estamos vendo ser criado no Brasil é um sistema peculiar, *sui generis*, que não pode mais ser considerado nem puramente romano-germânico nem anglo-saxão. Estamos presenciando o gradual surgimento de um verdadeiro sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

213 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 300.

8 À GUIZA DE CONCLUSÃO

O Judiciário brasileiro atravessa grave crise. A resposta estatal aos conflitos que lhe são submetidos é cada mais menos satisfatória. Vários são os pontos que necessitam de atenção, desde o número de juízes e a estrutura física dos tribunais, até a premente necessidade de reformas processuais.

É dentro desse contexto que foi promulgada a Emenda Constitucional n. 45, que trata da reforma do Poder Judiciário. E uma das duas propostas que mais debates suscitou é a atribuição de efeito vinculante às súmulas de jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores (a outra é a instituição do controle externo do Judiciário).

Ao lado da alteração constitucional, várias alterações legislativas buscam otimizar a prestação jurisdicional para que, distanciando-se do tradicional modelo individualista, trate as lides de modo coletivo, estendendo em variados graus a eficácia pamprocessual das decisões, ou a sua fundamentação, em especial dos tribunais superiores. Essa macrorreforma, de profundas implicações sistêmicas, ainda não terminou.

Alvo de contundentes críticas e de extremados elogios, a análise dessas propostas demanda estudo sereno e, na medida do possível, científico. Importante ressaltar, contudo, que a adoção da sistemática da vinculação isoladamente representa uma profunda mudança no sistema judicial brasileiro, mas não resolverá todos os problemas que vivenciamos.

A adoção e implementação da súmula vinculante e da súmula impeditiva de recursos, núcleo mais visível das reformas, deve ser sopesada em confronto com o sistema jurídico que a inspirou, a *common law*. Mas o estudo desse sistema e da evolução da função da jurisprudência na Europa continental, em especial em Portugal, e no Brasil, revela a compatibilidade de nosso sistema com tal técnica, que de modo algum é estranha ao sistema romano-germânico. Aliás, festejados autores já identificaram que ambos os sistemas se aproximam mais a cada dia, passando a norma legislada a ter mais peso no sistema anglo-saxão e o precedente judicial maior proeminência no sistema romanístico.

Verifica-se, então, forte tendência a que as decisões do Supremo Tribunal Federal se tornem vinculantes, quer sejam provocadas por via de ação, quer o sejam por via de exceção. A própria distinção entre controle difuso e concentrado (ação *vs.* exceção; controle abstrato *vs.* controle concreto) teve sua importância diminuída, pois os efeitos da eventual decisão não podem mais ser identificados a partir da natureza da ação em que foi proferida.

Os conflitos mais importantes levados ao Judiciário passam a ser cada vez mais definitivamente resolvidos por Tribunais Superiores, levando à crescente molecularização das lides, em detrimento da tradicional atuação atomizada.

As súmulas de jurisprudência predominante, assim, despontam como exemplo mais bem acabado da força normativa do precedente. Essa síntese do entendimento dos tribunais é uma pauta, um modelo de interpretação e aplicação das normas que já detém, em nosso Direito processual positivo, força mais do que simplesmente persuasiva.

Muitos apontaram que a proposta seria inconstitucional por vários motivos, em especial por ofender o princípio do devido processo legal em vários aspectos, bem como o princípio democrático, o da legalidade e o da separação dos poderes. Nenhuma dessas posições resiste a uma análise mais profunda. Constitucional a proposta, resta analisar se será bom para o país a atribuição do efeito vinculante.

Andou bem o constituinte ao aprovar a PEC n. 29/2000 e dotar a súmula de jurisprudência dominante de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. São inequívocos os ganhos em áreas sensíveis e atualmente desprestigiadas, como a efetividade do processo, celeridade, acesso à justiça e igualdade. Ganha toda a sociedade com um Judiciário mais eficiente e mais capaz de dar a devida atenção aos anseios e demandas da sociedade, assim como com uma Administração Pública obediente à lei.

A função de uniformizar a jurisprudência é ínsita ao Judiciário, e por uma série de formas já se pode hoje dar concreção uniforme a um comando legal com efeitos que desbordem os lindes da lide original. Não se trata de legislar, mas de uniformizar, situando-se a súmula vinculante a meio caminho entre a abstração e força normativa da lei e a concretude e eficácia da sentença. A legitimidade atribuída pela proposta a vários entes garante a democracia do processo e impede sua excessiva rigidez.

Não se pode acreditar, contudo, que apenas a adoção da súmula vinculante vai resolver todos os problemas que envolvem a aplicação do Direito, do Judiciário, e menos do Direito brasileiro, como parecem alguns crer. O Brasil já sofre o suficiente com sua mania quase paranóica de a tudo querer resolver pela via legislativa, como se diz popularmente “com uma *canetada*”, sem se preocupar com a operacionalização da norma. De todos os problemas elencados supra, muitos só serão resolvidos com políticas administrativas sérias e responsáveis, como número de juízes, diminuição da formalidade do Judiciário, melhora no nível, no treinamento e na remuneração do pessoal administrativo, aquisição e uso eficiente de recursos materiais, e adoção de políticas que atraíam para as carreiras jurídicas verdadeiras vocações, não apenas jovens recém-saídos dos bancos acadêmicos e sem qualquer experiência profissional.

As várias reformas caminham de forma menos acanhada e receosa, e já configuram benfazejo avanço em nosso sistema, mas seus benefícios não se comparam aos que, espera-se, a corajosa e oportuna adoção do efeito vinculante puro e simples traria. Na verdade, o ideal seria que se estendesse o efeito vinculante às súmulas proferidas tanto pelos Tribunais Superiores quanto às oriundas das Cortes de Justiça dos Estados, com relação às matérias que, segundo a competência de cada um, lhes coubesse dar a última palavra.

Isso porque os órgãos judiciários de primeiro e segundo grau deixam de ter atribuição para pronunciar-se sobre questões constitucionais quando já houver decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que cada vez mais assume feição de corte verdadeiramente constitucional. Outras

ferramentas teóricas para o trato do precedente vinculante precisam ser trazidos e adaptados do sistema do *common law*, como o *distinguishing* e o *overruling*.

Por tudo, verifica-se que o sistema jurídico brasileiro está se tornando um sistema misto, ou sincrético. Estamos vendo ser criado no Brasil um sistema peculiar, *sui generis*, que não pode mais ser considerado puramente romano-germânico, mas não está se tornando anglo-saxão. Estamos presenciando o gradual surgimento de um verdadeiro sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Esse novo sistema de controle é o ápice de toda uma reformulação do papel do precedente no sistema jurídico brasileiro. O dogma da separação dos poderes em sua feição clássica não mais atende à realidade da prática judiciária nem aos desafios impostos pelas demandas atuais, e vem sendo mitigado pelo próprio constituinte, originário e reformador, assumindo novos contornos. O Judiciário, em especial a Corte Suprema, passa a ter papel verdadeiramente criador do direito, ao lado do legislador, e não apenas de interpretação do direito legislado.

O estudo da doutrina das fontes do Direito também mostra que a jurisprudência já não tem mais a natureza tão individualista que alguns ainda acreditam ser de rigor. É da essência do ato de julgar a produção de uma norma *nova*, desde que obedecidos os parâmetros legislados.

Reconhece-se assim força verdadeiramente normativa ao precedente jurisprudencial, racionalizando e otimizando a prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Luís Carlos. Súmula vinculante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 783, p. 42-64, jan. 2001.

AMARAL, Carlos Alberto do. *Súmula e efeito vinculante*. Disponível em: <<http://www.caamaral.adv.br/efvincul.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2008.

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. Súmula vinculante: será este o caminho? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 787, p. 35-56, maio 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROS, Marco Antonio de. Anotações sobre o efeito vinculante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 735, p. 100-106, jan. 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BENZ, Paulo André. Apontamentos iniciais sobre os efeitos da súmula vinculante. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, SP, n. 30, dez. 1999/mar. 2000.

BERMAN, Harold J. O fundamento histórico do direito americano. In: _____. *Aspectos do direito americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 3rd ed. Saint Paul, Minn.: West Publishing, 1933.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. A natureza normativa das Súmulas do STF, segundo as concepções de direito e de norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale. *Revista de Direito Público*, ano 7, n. 29, p. 17-25, maio/jun. 1974.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional da 1ª Região*, v. 9, n. 1, p. 163 e seguintes, jan./mar. 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 21, n. 84, p. 175-199, out./dez. 1996.

CARVALHO, Ivan Lira de. Decisões vinculantes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n 343, p. 519-527, jul./set. 1998.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O problema da constitucionalidade dos assentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

COHEN, Marshall (Ed.). *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A súmula vinculante e a justiça no caso concreto. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, n. 65, p. 204-206, nov. 1995.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Nota de apresentação às Ordenações Filipinas de 1603. Edição “*fac simile*” da edição feita por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

COSTA, Sílvio Nazareno. A constitucionalidade formal da súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 153, p. 235-239, jan./mar. 2002.

_____. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.

CUETO RÚA, Julio. La ley en el mundo contemporaneo. *Anuario de Filosofia Jurídica y Social*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, n. 6, 1986.

CUKIERKORN, Maria Cristina Barongeno. O debate que persiste: uma nota sobre a adoção da súmula vinculante. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 2, n. 4, jul./dez. 1997.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Ainda o efeito vinculante. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 18, p. 124-164, abr./jun. 1997.

_____. Nota breve sobre o efeito vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 129, p. 5-16, jan./mar. 1996.

DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 4.

DELGADO, José Augusto. A súmula vinculante e a administração pública. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 14, n. 6, p. 355-359, jun. 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Súmulas vinculantes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 51-65, jul./set. 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução ao direito*: São Paulo: Saraiva, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

_____. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FÍGARO, André Domingues. *O processo legislativo das medidas provisórias*. 2003. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. O controle judicial dos atos administrativos e a súmula vinculante. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 473-479, jul. 2000.

FIÚZA, César Augusto de Castro (Coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FREIRE, Carlos Orlando. Efeito vinculante. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, n. 2, jul./dez. 2002.

FRIEDE, Roy Reis. Súmula vinculante: desnecessidade e redundância. *Justitia*, São Paulo, v. 58, n. 175, 78-79, jul./set. 1996.

GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte suprema e dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 734, p. 40-47, dez. 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 739, p. 11-42, maio 1997.

GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado efeito vinculante. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 16, p. 31-38, set./out. 1996.

GRECO Filho, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

JÁUREGUI, Carlos. *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

KELLY, José Eduardo do Prado. Súmula I. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 71, 315-318.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Porto: Armênio Amado, 1979.

LE MOIGNE, Jean-Louis. *A teoria do sistema geral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *Eficácia vinculante das decisões judiciais no Brasil*. 1998. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Belém, 1998.

LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 61, n. 208, p. 15-18, out./dez. 1964.

_____. A súmula do Supremo Tribunal Federal e o *restatement of the law* dos norte-americanos. *Revista LTr*, n. 30, p. 5.

LIMA, Diomar Bezerra. Súmula vinculante: uma necessidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 352, p. 551-553, out./dez. 2000.

LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare decisis* e súmula vinculante: um estudo comparado. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, PUC/RJ, v. 14, p. 165-182, jan./jul. 1999.

LOPES, Dimas Ferreira. Celeridade do processo como garantia constitucional. In: FIUZA, César Augusto de Castro (Coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 271-295.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELO FILHO, Álvaro. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 22, n. 87, p. 103-109, jul./set. 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 51-106.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Orgs.). *Direito do Estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. v. 1.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Livresiros, 1971.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Poder Judiciário e seu papel na reforma do Estado: o controle jurisdicional dos atos administrativos e a súmula vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 29-32, abr./jun. 1999.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. Reflexões sobre a súmula vinculante e o estudo do direito. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, n. 2, p. 135-150, jul./dez. 2001.

MUTIM, Beneval Santos. Aspectos conclusivos acerca da súmula vinculante. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia: Série Acadêmica*, n. 1, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEW-YORK, Antônio Ernâni Cacique de. Súmula vinculante. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, v. 60, n. 10, p. 1.313-1.318, out. 1996.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, n. 105, p. 64-95, jan./mar. 2002.

NOGUEIRA, Alberto. Segurança jurídica, liberdade e súmula vinculante. *Revista Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Universidade Gama Filho, v. 3, n. 2, p. 65-77, 1997.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 4, n. 16, p. 12-13, jul./set. 1996.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. As súmulas e o efeito vinculante. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 24, n. 71, p. 344-350, nov. 1997,

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

PEIXOTO, Bolívar Viegas. O efeito vinculante das súmulas dos Tribunais. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, v. 60, n. 10, p. 1.331-1.332, out. 1996.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Orgs.). *Direito do estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. v. 1, p. 43.

PIZZOL, Patrícia Miranda; MIRANDA, Gilson Delgado. *Processo civil: recursos*. São Paulo: Atlas, 2002.

POSNER, Richard A. *The problem of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

PUIG BRUTAU, José. *La jurisprudencia como fuente del derecho: interpretación creadora y arbitrio judicial*. Barcelona: Bosch, [1952].

RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 24-38, jul./set. 1996.

RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. In: COHEN, Marshall (Ed.). *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952.

RE, Edward Domenic. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, janeiro a março de 1997.

ROCHA, José de Moura. Súmulas Jurisprudenciais. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 71, p. 335-340.

RODRIGUES, Walter Piva. Súmula vinculante em matéria processual. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 16, mar. 2002.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1974.

SALOMÃO, Ricardo. Efeito vinculante: um pró, dois contras, três sugestões. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 46, n. 246, p. 22-23, abr. 1998.

SAMPAIO, Roberto Telles. Súmula vinculante. *Revista Jurídica*, Campinas, SP, v. 13, p. 160-162, jan/dez. 1997

SARLET, Ingo Wolfgang. Efeito vinculante e reforma do Judiciário. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, PR, v. 2, p. 15-24, 2002.

SILVA, Cristiano Estrela da. Súmulas vinculantes. *Revista da Faculdade de Direito de Pelotas*, n. 16, jul. 1999.

SILVA, Evandro Lins e. Crime de hermenêutica e súmula vinculante. *In Verbis*, Rio de Janeiro, Instituto dos Magistrados do Brasil, n. 5, dez. 1997. Disponível em: <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-011.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2009.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. A súmula vinculante como um retrocesso perante a histórica evolução da Jurisprudência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 773, p. 38-51, mar. 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 20, n. 75, p. 48-56, jan./mar. 1996.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Súmula vinculante. *LEX: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, v. 24, n. 283, p. 5-8, jul. 2002.

SILVA, Plínio Back. *Responsabilidade ambiental do estado no direito brasileiro*. 2003. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

SILVA, Roberto de Abreu e. Segurança, independência jurídica do magistrado e súmulas vinculantes dos Tribunais Superiores. *ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas*, n. 2, p. 33-36, fev. 1997.

SLAIBI Filho, Nagib. Notas sobre a súmula vinculante no Direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 342, p. 557-565, abr./jun., 1998. Disponível em: <http://www.nagib.net/artigos_texto.asp?tipo=2&area=1&id=315>. Acesso em: 13 jan. 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Súmulas com efeito vinculante. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 61, n. 6, p. 737-738, jun. 1997.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TEIXEIRA, Jose Horacio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 142-161, jul./dez. 1998.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o Judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 128, p. 185-189, out./dez. 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3.

_____. Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal II. In: *ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 71, p. 334-335.

VALLADÃO, Haroldo. Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal I. In: *ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 71, p. 332-334.

VEDEL, Gerges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1997.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 75-87, abr./jun. 1998.

_____. O Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas. *In Verbis: Caderno de Estudos*, Rio de Janeiro, n. 10, mar. 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*: São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 224-235, out./dez. 1985.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO