A SÚMULA VINCULANTE COMO NORMA JURÍDICA

RODRIGO JANSEN

1. Introdução. — 2. Contexto histórico. — 3. Características gerais. — 4. Efeito vinculante. — 5. Stare decisis e súmula vinculante. — 6. Jurisprudência vinculante e progresso do Direito. — 7. A súmula vinculante como norma jurídica. — 7.1. Da criação do Direito pelos juízes. — 7. 2. — Da distinção processual entre o juiz e o legislador. — 7. 3. Da generalidade da súmula vinculante. — 7. 4. Da vinculação do Poder Legislativo à súmula. — 8. Tribunal competente e quorum para edição e revisão da súmula. — 9. Limites subjetivos do efeito vinculante. — 10. Pressupostos da súmula vinculante. — 11. Limites objetivos (primeira parte). — 12. Limites objetivos (segunda parte). — 13. Procedimento específico para a edição da súmula (e sua auto-aplicabilidade). — 14. As críticas à súmula vinculante. — 14. 1. Independência dos juízes. — 14. 2. “Crime de Hermenêutica”. — 14. 3. Acesso à justiça. — 14. 4. Princípio da separação dos Poderes. — 14. 5. Legitimidade democrática do Poder Judiciário. — 15. Conclusão

1. Introdução

Eis que depois de mais de uma década de tramitação no Congresso Nacional, vem à publicação a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que introduz a maior parte da tão falada Reforma do Judiciário. Com um texto extenso, alterando vinte e cinco artigos e acrescentando outros quatro ao texto constitucional, a Reforma traz modificações diversas que terão, cada qual, impacto mais ou menos relevante na estrutura e funcionamento do Poder Judiciário. A tônica declarada da Reforma parece ser a busca pela celeridade da Justiça, o que se depreende da nova redação dada ao art. 5º, inciso LXXVIII, que assegura “a todos, no âmbito judicial

* Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público (UERJ). Advogado. rjansenbr@gmail.com

e administrativo (...) a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

São vários os pontos polêmicos merecedores de análise. A presente reflexão, todavia, tem por objeto específico o mecanismo das súmulas vinculantes (art. 103-A e §§, da Constituição Federal).

2. Contexto Histórico

A idéia de instituição no Brasil de decisões ou súmulas com efeito vinculante não é nova. Em nossa história, desde o descobrimento até a promulgação da Constituição Republicana, em 1891, vigorou o instituto das *fazañas y alvedrios*, transformado pelas Ordenações Manuelinas e pelas Ordenações Filipinas nos *assentos da Casa da Suplicação*. Em sua essência, cuidavam-se de enunciados com força vinculante, através dos quais era fixada a “verdadeira” interpretação da lei.¹ Outros exemplos podem ser colhidos:

No anteprojeto do atual Código de Processo Civil, de autoria do Prof. ALFREDO BUZAID, pretendia-se consagrar solução inspirada no antigo direito português, a dos assentos vinculativos. Essa sistemática, contudo, não foi adotada pelo Código, tida pela maior parte da doutrina por inconstitucional,² e, ao invés de ter sido inteiramente suprimido o capítulo, restou um incidente de uniformização de jurisprudência, que, pouco prático e eficaz, é pouquíssimas vezes utilizado por juízes e advogados, eis que somente vinculante para o caso específico e não para as hipóteses futuras.

Durante a ditadura militar, sob a égide do Ato Institucional nº 5/1968, com a Emenda Constitucional nº 7/1977, ficou alterada a alínea I, do art. 119, I, do texto constitucional vigente, para atribuir competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a representação do Procurador Geral da República, voltada à fixação da “*interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual*”, dispondo, ainda, o Regimento Interno daquele tribunal que tal interpretação tinha “*força vinculante, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado*”.

A Constituição de 1988, desde o texto original, previa a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que, mais tarde, com a Emenda Constitucional nº 3/1993, veio fazer par com a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Às duas, soma-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no §1º do art. 102 da Constituição, com sua disciplina na Lei 9.882/1999. As três formam o conjunto das ações de controle concentrado de constitucionalidade, tendo suas respectivas decisões eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.³

1 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 179.

2 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. V. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 7.

Paralelamente, por meio de alterações pontuais no Código de Processo Civil, foram implementados diversos mecanismos tendentes à uniformização da jurisprudência e à conferência de eficácia *quase normativa* às súmulas e enunciados dos tribunais, assim como à sua jurisprudência dominante. A começar pela Lei nº 9.139/1995, que permitia, com a redação que deu ao art. 557 do CPC, que o relator negasse seguimento a recurso contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior; o mecanismo foi alargado pela Lei nº 9.756/1998, que deu a atual redação do art. 557 do CPC, permitindo fosse negado seguimento não só ao recurso contrário à súmula, mas também à jurisprudência dominante do próprio tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou tribunal superior, e, ainda, fosse dado provimento ao recurso conforme súmula ou jurisprudência dominante (§1º-A, do art. 557).

A Lei 9.756/1998, ainda na direção da atribuição de eficácia *quase normativa* às súmulas e à jurisprudência dos tribunais, promoveu as seguintes alterações no CPC: (i) no parágrafo único do art. 120, atribuiu ao relator competência para decidir conflito de competência em que houvesse jurisprudência dominante sobre a questão suscitada; (ii) no parágrafo único do art. 481, dispensou o pronunciamento do plenário ou órgão especial em incidentes de arguição de inconstitucionalidade em que a matéria já tivesse sido decidida por tais órgãos ou pelo Supremo Tribunal Federal; (iii) nos §§ 3º e 4º do art. 544, permitiu aos relatores no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça que dessem provimento ao recurso extraordinário ou especial, ou aos agravos contra sua respectiva inadmissão, quando fundamentados em súmula ou jurisprudência dominante.⁴ A Lei 9.756/1998 promoveu, ainda, alterações semelhantes na Consolidação das Leis do Trabalho, adequando também o processo do trabalho às suas diretrizes.

Não é, assim, estranho ao nosso sistema que as súmulas e a jurisprudência dos tribunais sejam utilizadas como referência para julgamentos futuros. Ao contrário, não é apenas usual, mas necessário que o sejam. A uniformização de jurisprudência é uma tendência universal dos tribunais, uma vez que a sua busca conduz a uma maior segurança jurídica e colabora para a promoção da justiça com a igualdade de decisões em casos semelhantes. Obviamente, as súmulas não vinculantes e a jurisprudência dos tribunais são respeitadas apenas por sua *autoridade persuasiva*, mas há decisões — aquelas proferidas nas ações de controle abstrato pelo Supremo Tribunal Federal — que, além da autoridade persuasiva, têm *autoridade normativa*.

Na doutrina mais recente, já se percebe como a jurisprudência vem ganhando destaque e importância. Ao contrário da literatura jurídica mais antiga, cada vez mais os cursos e monografias contêm farta referência às decisões dos tribunais, notadamente dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal. Isto se deve ao abandono da compreensão tradicional do juiz como a boca que pronuncia as palavras

3 Com a redação dada ao art. 102, §2º da Constituição pela Emenda nº 45/2004, ficou expressa, na esteira da jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal, a eficácia contra todos e o efeito vinculante das decisões nas ações direta de constitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

4 Na mesma linha, a Lei nº 10.352/2001 deixou expressa, no art. 527, inciso I, a aplicabilidade do disposto no art. 557 ao agravo de instrumento.

da lei, para se entender a atividade jurisdicional como verdadeiramente criadora do Direito. Com isso, mesmo nos ordenamentos de tradição romano-germânica — vistos tradicionalmente como um Direito das Universidades, em oposição ao sistema da *common law*, um Direito dos Tribunais — se viram os estudiosos e aplicadores do Direito obrigados a conhecer, além das leis e dos livros, a jurisprudência e como por ela é interpretado o ordenamento jurídico.

Se a criatividade jurisdicional já faz parte do conhecimento mais difundido, se se generalizaram os mecanismos de julgamento baseados em súmulas não vinculantes e na jurisprudência dos tribunais, e mesmo com a convivência com as decisões normativas nos processos objetivos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, a idéia da adoção da súmula vinculante não tem passado ilesa, sendo alvo de inúmeros ataques — alguns mais coerentes, outros mais ideológicos e apaixonados.

Um ponto, entretanto, que foi o principal para alteração do incidente de uniformização de jurisprudência idealizado pelo Prof. ALFREDO BUZAID, já resta superado: a súmula vinculante veio instituída por Emenda Constitucional e não por mera lei ordinária, como antes se pretendia.

A discussão tomou, dessarte, rumos ainda mais refinados. Deve-se analisar a Reforma do Judiciário em cotejo com as cláusulas pétreas da Constituição da República, para determinar se ela se insere dentro dos limites do poder constituinte derivado, especialmente se atenta contra o princípio da separação dos poderes, em vista de uma possível usurpação ou invasão da competência legislativa pelo Poder Judiciário.

3. Características Gerais

A súmula vinculante (ou súmula de efeito vinculante) caracteriza-se por ser um enunciado sintético, geral e abstrato, com formato semelhante ao das súmulas não vinculantes, capaz de expressar a *ratio decidendi* comum às reiteradas decisões proferidas sobre matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cujo comando deverá ser seguido pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, em todos os níveis da federação.

Ao contrário do que ocorre no sistema da *common-law*, onde é a própria decisão judicial que tem efeito vinculante, sendo, ademais, uma única decisão judicial sobre o tema bastante para que se tenha um *precedente*, a súmula vinculante, além de, como já dito, ter por base reiteradas decisões proferidas sobre determinada matéria, não será, ela própria, uma decisão judicial. Não será ela editada no curso de uma ação, mas por meio de um procedimento específico no Supremo Tribunal Federal, no qual serão discutidos e postos em votação a necessidade de edição da súmula, a presença de seus pressupostos e o seu texto, *i. e.*, o enunciado sintético em si mesmo.

Veja-se o que diz o art. 103-A e §§, *verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua

publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

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

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

Depreende-se do artigo transcrito que, além de se apresentar como um enunciado sintético produzido em procedimento específico no Supremo Tribunal Federal e baseado em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, a súmula vinculante: (i) dependerá de decisão de dois terços de seus membros; e (ii) terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas jurídicas “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”.

4. Efeito Vinculante

A mais importante característica da súmula vinculante é, justamente, o seu efeito vinculante. A expressão *efeito vinculante* aparece pela primeira vez no texto constitucional com a Emenda Constitucional nº 03/1993, como qualidade da também recém-criada ação declaratória de constitucionalidade. Nesta ação, o efeito vinculante aparecia como um *plus* à já conhecida *eficácia erga omnes*, típica da ação direta de inconstitucionalidade. A distinção entre ambos os institutos não é fácil, nem unívoca, havendo alguma divergência sobre os *limites objetivos* do efeito vinculante.

O Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, enquanto tratava das inovações da ação declaratória de constitucionalidade em relação à ação direta de inconstitucionalidade, apresentou explicação sintética e precisa sobre o que seja o efeito vinculante, *verbis*:

*“Além de conferir **eficácia erga omnes** às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de **efeito vinculante** em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados **fundamentos** ou **motivos determinantes** (tragende Gründe).*

*A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia erga omnes) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (Cf. Christian Pestalozza, comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) in: *Direito Processual Constitucional* (Verfassungsprozessrecht), 2ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 1982, pp. 170/171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia seja **inter partes** ou **erga omnes**).”* (grifos do autor)⁵

Como se percebe, o Ministro GILMAR MENDES assenta as diferenças entre a *eficácia erga omnes* e o *efeito vinculante* a partir de seus *limites objetivos*. A *eficácia erga omnes*, à exemplo da coisa julgada, estaria limitada à parte dispositiva da decisão, enquanto o *efeito vinculante* abrangeria também os seus motivos determinantes (a *ratio decidendi*). Na prática, a limitação dos efeitos à parte dispositiva da ação não impediria que outro ato igualmente nulo seja praticado, sendo necessária nova ação para fulminá-lo. Considerando-se também vinculantes os motivos determinantes da decisão, isso importará “*não só na proibição de que se contrarie a decisão proferida no caso concreto em toda a sua dimensão*” — para o que bastaria a *eficácia erga omnes* — “*mas também na obrigação de todos os órgãos constitucionais de adequarem a sua conduta, nas situações futuras, à orientação dimanada da decisão*”⁶.

A extensão do efeito vinculante às razões de decidir recentemente vem se consolidando no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Hoje, a Corte admite que

5 “A Ação Declaratória de Constitucionalidade: Inovação da Emenda Constitucional 3/93”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 4, pág. 120/121.

6 GILMAR FERREIRA MENDES, “A Ação...”. cit., pág. 133/134.

qualquer prejudicado entre com reclamação quando violadas as razões de decidir declaradas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.⁷

Essa extensão do efeito vinculante às razões de decidir é coerente com a função de intérprete máximo da Constituição característica do Supremo Tribunal Federal. É à nossa Corte Constitucional que compete firmar a última palavra sobre o real significado da Constituição. Seu sentido normativo, portanto, além dos sentidos revelados no seu texto, é em larga escala definido pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, podendo-se afirmar, tal qual o Juiz HUGHES da Corte Suprema norte-americana, que a Constituição é o que o juizes dizem que ela é; notadamente o que diz a Corte Constitucional.

No Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, onde o princípio do *stare decisis* está arraigado no sistema jurídico, é comum vermos o descumprimento de orientações claras do Supremo Tribunal Federal, ao menos quando proferidas em litígios individuais. É certo que tais decisões, diversamente das proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, não vinculam além das partes. No entanto, o que sobressai é a falta de compreensão de que descumprir interpretações consolidadas do Supremo Tribunal Federal — sob o pretexto de que não são vinculantes — é o mesmo que descumprir a própria Constituição.⁸

Mais recentemente, contudo, como foi dito, pode-se observar um movimento de valorização da jurisprudência nos países que adotam o sistema romano-germânico, inclusive no Brasil. Demonstram isso os mecanismos de julgamento baseados em súmula ou jurisprudência dominantes, a expansão das ações de controle concentrado de constitucionalidade com eficácia contra todos e efeito vinculante, a recentíssima adoção das súmula vinculantes, e, além de todos estes, a valorização da importância

7 Vide, com referência a outros julgados, a decisão do Min. CELSO DE MELLO, na Rel. 2986 MC/SE, assim ementada: “*FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ QUE DEFINIU, PARA OS FINS DO ART. 100, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, O SIGNIFICADO DE OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. DECISÃO JUDICIAL, DE QUE ORA SE RECLAMA, QUE ENTENDEU INCONSTITUCIONAL LEGISLAÇÃO, DE IDÊNTICO CONTEÚDO, EDITADA PELO ESTADO DE SERGIPE. ALEGADO DESRESPEITO AO JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA ADI 2.868 (PIAUÍ). EXAME DA QUESTÃO RELATIVA AO EFEITO TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES QUE DÃO SUPORTE AO JULGAMENTO, “IN ABSTRACTO”, DE CONSTITUCIONALIDADE OU DE INCONSTITUCIONALIDADE. DOUTRINA. PRECEDENTES. ADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA*” (Informativo STF, n. 379)

8 No julgamento do RE nº 203.498, o Min. GILMAR MENDES explicitou o ponto com precisão: “*Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição*”.

dos julgados pela doutrina, que hoje se afasta da postura mais tradicional de desenvolver comentários às leis desvinculados das decisões dos tribunais.

Tudo isso é reflexo da tendência universal de aproximação dos sistemas da *common-law* e romano-germânico. Tanto de um lado se tem a disseminação de leis (*statutes*) nos países da *common-law*, como a jurisprudência vem ganhando espaço nos países que adotam o sistema romano-germânico.

Em relação à súmula, o efeito vinculante desdobra-se em vinculações *diretas* e *indiretas*. A vinculação direta é aquela que submete o Poder Judiciário e a Administração Pública, tendo a nota característica do cabimento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103-A, §3º, Constituição).

A vinculação indireta é genérica, abrangendo tanto o Poder Legislativo, como os próprios particulares. Esta vinculação indireta não dá lugar à reclamação (que, na redação do art. 103-A, §3º, só é interponível contra atos administrativos e jurisdicionais). No entanto, por ser uma expressão da interpretação máxima da Constituição e por dever ser aplicada (sob pena de reclamação) pelos tribunais, gera uma vinculação típica de uma norma jurídica geral e abstrata (haja vista que, como tratarei mais a frente, a súmula vinculante é uma norma jurídica geral e abstrata).

5. *Stare Decisis* e Súmula Vinculante

A inspiração da súmula vinculante no precedente do Direito norte-americano e na doutrina do *stare decisis* não pode ser ignorada. Com efeito, sempre que se imagina conferir eficácia vinculante a decisões da nossa Corte Constitucional, torna-se inescapável o paradigma dos precedentes nos Estados Unidos e de como se processa a criação do Direito pelos seus juízes.

As fontes principais do direito norte-americano são a lei, os precedentes e o costume. Ainda que a lei seja hierarquicamente a fonte superior, podendo inclusive alterar os precedentes, o jurista norte-americano tem nestes últimos a principal referência normativa de seu ordenamento. Para determinar como o direito disciplina esta ou aquela situação, o advogado ou o juiz norte-americano (ou mesmo o inglês) recorrerão em primeiro lugar, via de regra, ao precedente. Quando não existir um precedente, o jurista americano naturalmente dirá: “*there is no law on the point*”. É o que explica RENÉ DAVID, *verbis*:

“O direito, quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial; as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal da regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de referirem a elas, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram. Quando não existe precedente, o jurista americano dirá naturalmente: “There is no law

on the point” (Não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, um disposição de lei que a preveja”⁹.

Como fonte do Direito, a decisão judicial em um sistema de *common-law* tem duas funções típicas. A primeira — comum também ao sistema romano-germânico — é a de por fim ao litígio no caso concreto, que restará imutável, revestida a decisão pelo manto da coisa julgada. A segunda — esta sim característica da *common-law* — é a de estabelecer um *precedente* de modo que casos similares sejam no futuro decididos da mesma maneira. É justamente nisso que consiste a doutrina do *stare decisis*, expressão latina que vem de *stare decisis et non quieta movere* (seguir as decisões e não desprezar o que já está assente). Vejamos a explicação de CHARLES D. COLE sobre a doutrina do *stare decisis*:

“A doutrina do Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos simplesmente significa que uma vez que a Corte de última instância no sistema judiciário federal ou estadual decida um princípio de direito para o caso em julgamento, estabelecendo assim um precedente, a Corte continuará a aderir a este precedente, aplicando-o a casos futuros em que os fatos relevantes sejam substancialmente os mesmos, ainda que as partes não sejam as mesmas. Portanto, precedente é a regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicado aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão. Stare decisis é a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e não mudem uma questão decidida”¹⁰.

9 *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, p. 367, 1998.

10 “*Stare decisis na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de Precedente Vinculante do Common Law*”. *Revista dos Tribunais*, nº 752, p. 11, 1998. MOREIRA LIMA, Leonardo Duncan. “*Stare Decisis e Súmula Vinculante: Um Estudo Comparado*”. *Direito Estado e Sociedade*, revista da Faculdade de Direito da PUC-Rio, pág. 167, por sua vez, cita a lição de JOHN P. DAWSON, em *As Funções do Juiz*, publicado em *Aspectos do Direito Americano*, coletânea organizada por HAROLD BERMAN, Rio de Janeiro: Forense, 1963, pág. 25/26, para quem a doutrina do *stare decisis* é válida também para outros países que não os de *common law*, não havendo mais, na prática, grande diferença entre os dois grandes sistemas. DAWSON afirma: “na Europa Ocidental, e atualmente em quase todo o mundo, as decisões judiciais das Cortes Supremas são regularmente publicadas. E é também na Europa Ocidental que os casos do passado são tomados por base para as decisões do presente, surgindo padrões judiciais”. Assim, “antes mesmo de ser reconhecida a coerência das decisões, o juiz é impelido a agir dentro do espírito deste conceito.” E completa, advertindo: “as nossas teorias a respeito do precedente judicial são freqüentemente mal interpretadas por críticos estrangeiros, especialmente, por aqueles que estudaram em países onde o sistema de leis é codificado. Pensam eles que a teoria do precedente aumenta excessivamente o poder dos juízes. Nós, porém, não pensamos deste modo. Tanto como a moderna prática de arrazoar as opiniões judiciais, a compulsão para que o precedente seja respeitado e seguido é, na sua essência, um meio de limitação de poder. Significa que uma Corte não pode julgar um caso obedecendo à tendência

A doutrina do *stare decisis* foi herdada do direito inglês como parte da tradição da *common law*. Como tradição, nunca foi posta em uma regra escrita, não sendo encontrada na Constituição ou qualquer lei. O fundamento da regra do *stare decisis* pode ser resumido em quatro palavras: *igualdade*, *previsibilidade*, *economia* e *respeito*. Igualdade (*equality*) no sentido de que todos devem receber o mesmo tratamento do Poder Judiciário, de maneira que casos semelhantes recebam respostas jurídicas equivalentes. Previsibilidade (*predictability*) enquanto se espera que os juízes respeitem as regras e interpretações que já ficaram assentes, proporcionando maior segurança jurídica. Economia (*economy*) por ser um sistema mais eficiente, já que seguir um precedente seria mais simples do que criar um precedente, facilitando o trabalho dos magistrados. Respeito (*respect*) na medida em que são valorizadas a experiência e a sabedoria dos magistrados de gerações passadas e dos de tribunais superiores. É o que explica E. ALLAN FARNSWORTH, *verbis*:

*"The justification commonly given for the doctrine [do stare decisis] may be summarized in four words: equality, predictability, economy, and respect. The first argument is that the application of the same rule to successive similar cases results in equality of treatment for all who come before the courts. The second is that consistent following of precedents contributes to predictability in future disputes. The third is that the use of established criteria to settle new cases saves time and energy. The fourth is that adherence to earlier decisions shows due respect for wisdom and experience of prior generations of judges."*¹¹

Têm, assim, força vinculante (serão *binding*) as decisões proferidas pelos órgãos superiores da jurisdição estadual e da jurisdição federal em relação aos órgãos que lhes estão subordinados e da Suprema Corte dos Estados Unidos em relação a todo o Poder Judiciário norte-americano; em certa medida, as decisões vincularam a própria corte que, não obstante, pode, por motivos relevantes, alterar a sua própria orientação (*overruling*). Nos dois sentidos ora expostos — vinculação das cortes inferiores às decisões das cortes superiores e vinculação da própria corte aos seus precedentes — fala-se em *stare decisis* vertical e horizontal.

Em uma analogia, caso aplicássemos inteiramente a doutrina do *stare decisis* no Brasil, as decisões proferidas por cada Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional do Trabalho, etc, seriam vinculantes para os juízes que

do momento, sem primeiramente agir em coerência com as decisões judiciais, que antecederam aquele caso. Assim, pois, uma decisão do passado, cujas razões foram expostas, deve ser aplicada em casos similares e futuros onde caibam as mesmas razões, e somente novas e persuasivas razões poderão ditar uma decisão que não seja similar às decisões antecedentes. Parece-nos ser este um meio de evitar arbitrariedades, que deve ser um dos principais objetivos de todo o sistema jurídico. É certo, porém, que, tanto na teoria como na prática, nós seguimos muito mais as decisões judiciais do que os povos dos países que não sofreram a influência da tradição e dos costumes da Inglaterra".

¹¹ *Introduction to the Legal System of the United States*. New York: Oceana Publications, 1991, p. 45.

lhe estivessem subordinados; da mesma forma, as decisões do Superior Tribunal de Justiça seriam vinculantes para toda a Justiça *comum*; as do Tribunal Superior do Trabalho para todos os órgãos da Justiça Trabalhista; e as do Supremo Tribunal Federal para todo o Judiciário.

Importante distinção que deve ser feita é entre aqueles precedentes que têm autoridade de *binding* daqueles que são *persuasives*, quer dizer, entre os que são vinculantes e os meramente persuasivos.

Persuasive authority podem ter, por exemplo, decisões de cortes de jurisdições diversas ou decisões de cortes de mesmo nível hierárquico ainda que na mesma jurisdição. A *persuasive authority* dependerá da importância da corte que a proferiu; da profundidade e dos próprios argumentos que foram usados para a decisão do caso; de estar ela aparentemente alinhada com a jurisprudência dominante (*majority* em oposição a *minority*); ou mesmo da importância do juiz que relatou a decisão, donde se imagina que as decisões relatadas por MARSHALL, HOLMES ou CARDOZO tenderão a receber ampla adesão somente pela sua *persuasive authority*. A esse tipo de decisão não se aplica a doutrina do *stare decisis*. Com efeito, essa é a autoridade máxima de que gozam a maioria das decisões judiciais no Brasil, com exceção das decisões de controle concentrado de constitucionalidade.

Quando se fala em *binding authority*, fala-se em um precedente que vincula os órgãos hierarquicamente inferiores e, em grande medida, as decisões da própria corte que as proferiu. Quer dizer, são decisões tomadas por cortes superiores às quais todos os órgãos que lhes seguem devem obedecer. Nos Estados Unidos, uma única decisão pode tornar-se um precedente com *binding authority*, enquanto a *persuasive authority* de um precedente deverá variar com o número de decisões no mesmo sentido.

Outra distinção fundamental é a que se deve fazer entre o que é *holding*, isto é, o que integra a *ratio decidendi* de um precedente, e o que é *dictum* (ou *dicta*, *obiter dicta*). Nem todas as interpretações explanadas no precedente serão vinculantes (*holding*). Alguns argumentos poderão não estar diretamente conectados à questão julgada, quer dizer, poderá haver argumentos que o juiz menciona mais para ilustrar melhor o problema do que para resolvê-lo; não são argumentos imprescindíveis para a definição da lide. Esses argumentos são *obiter dicta* e não têm força vinculante.

Essa distinção parte do pressuposto de que o juiz somente pode decidir as questões diretamente relacionadas com a lide para a solução da qual foi provocado, como corolário do princípio da inércia da jurisdição. Pressupõe-se, também, que tais questões foram amplamente debatidas pelas partes e pelo juiz, tendo sido consideradas em toda sua extensão. Estas questões, portanto, serão *binding*. No entanto, os juízes, ao contrário dos legisladores, não podem decidir questões que não lhe foram submetidas, razão pela qual todas opiniões paralelas não serão *binding*, isto é, não terão força vinculante. Nas palavras do *Chief Justice* JOHN MARSHALL, *verbis*:

"It is a maxim, not to be disregarded, that general expressions in every opinion, are to be taken in connection with the case in which those expressions are used. If they beyond the case, they may be respected, but ought not to control the judgment in a subsequent suit when the very point is

presented for decision. The reason of this maxim is obvious. The question actually before the court is investigated with care and considered in its full extent. Other principles which may serve to illustrate it, are considered in their relation to the case decided, but their possible bearing on all other cases is seldom completely investigated"¹².

A súmula vinculante, como intuitivamente se percebe, encontra parte de sua inspiração na doutrina do *stare decisis*. Há, todavia, algumas diferenças fundamentais. A primeira, mais evidente, é a de que no *stare decisis* as decisões é que são vinculantes, não existindo a figura da súmula (que é, na verdade, um extrato da decisão), o que já revela diferenças práticas na aplicação. Uma segunda diferença é a origem do efeito vinculante. Na *common-law* o *stare decisis* faz parte da lógica do sistema, sendo um imperativo de segurança jurídica e de respeito aos órgãos jurisdicionais superiores. Aqui, o efeito vinculante nasce de uma imposição normativa operada por emenda constitucional. Lá, portanto, é produto da maneira como tradicionalmente se compreendia o sistema. Entre nós, a norma deseja impor essa consciência nos operadores do sistema.

A criação da súmula vinculante, de toda sorte, parece vir em boa hora, justamente por vivermos um momento de valorização da jurisprudência. A tendência, acredito, era a de que a própria súmula não vinculante fosse cada vez mais "vinculante" na prática, isto é, cada vez menos desrespeitada. Aliás, é o que a lógica da segurança jurídica sempre impôs, ainda que nem sempre isso fosse percebido com clareza.

6. Jurisprudência Vinculante e Progresso do Direito

A doutrina do *stare decisis* é, pelo que vimos, justificada, principalmente, por razões de igualdade efetiva e segurança jurídica. No entanto, tais espécies não são, em princípio, conciliáveis com os avanços do Direito, quer dizer, não são compatíveis a estabilidade e o câmbio jurisprudencial, ainda que em vista do progresso do Direito. Em conferência pronunciada na Universidade de Cambridge, nos idos de 1922, ROSCOE POUND pôde afirmar:

*"Por ello toda meditación sobre el Derecho ha de pretender conciliar dos necesidades contradictorias, una de estabilidad y otra de transformación, porque el problema capital del Derecho estriba en hallar una fórmula que permita reconciliar un cuerpo de Derecho fijo, que no deje márgen al capricho individual, con las ideas de transformación, desarrollo y creación de un nuevo Derecho"*¹³.

12 *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264,399 (1821), *apud* FARNSWORTH, *Introduction...* cit., pág. 47/48.

13 *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, trad. PUIG BRUTAU, Barcelona: Ariel, 1950, pág. 5, *apud* VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. "A Jurisprudência Vinculante na *Common*

O Ministro VICTOR NUNES LEAL, idealizador das súmulas não vinculantes, ressaltava, por sua vez, a vantagem do mecanismo não vinculante, que seria apto a prover segurança jurídica, sem sacrificar a necessidade de transformações.¹⁴

A experiência do Direito norte-americano mostra como a regra do *stare decisis* não é tão rígida quanto possa parecer e que, na verdade, permite avanços na jurisprudência quando houver modificações políticas, econômicas ou sociais relevantes, ou então quando houver lei nova disciplinando a matéria, ou, ainda, quando desponham teses jurídicas manifestamente superiores às anteriores.

Normalmente, a revisão de um precedente será feita pela própria corte que o criou. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, já superou (*overruled*) por 90 vezes a sua orientação¹⁵, de modo que as supremas cortes dos Estados já o devem ter feito por mais vezes. Pode ocorrer, ainda que raramente, que uma corte inferior deixe de aplicar um precedente quando já estiver bastante evidente que a corte superior caminhava para a superação (*overrule*) do precedente¹⁶. Remarca, nesse sentido, CHARLES D. COLE, afirmando que, “quando, porém, o Juiz de primeira instância se vê diante da aplicação de um precedente anterior que tenha sido ultrapassado de forma significativa com o decorrer do tempo ou por outros casos de precedente que demonstrem que o precedente deveria ser derogado se o caso fosse submetido à corte de apelação competente, alguns Juízes de primeira instância podem se recusar a seguir o precedente”¹⁷.

Law e na Civil Law”. In *Temas Atuais do Direito Processual Ibero-Americano*, organização IBEP — Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 379.

14 “Passado e Futuro da Súmula do STF”, *Revista de Direito Administrativo* nº, 145/1981.

15 Dado de FARNSWORTH, *Introduction...* cit., pág. 45.

16 Transcrevo em nota o exemplo dado por FARNSWORTH, no qual uma corte inferior deixou de aplicar um precedente de uma corte superior, *Introduction...* cit., pág. 47: “An example is a New York case involving the question of whether a child can recover for breach of warranty (without any proof of fault) for injuries caused by impure food in an action against the retail seller from whom the child's father purchased the food. Under the decisions of the Court of Appeals of New York, the highest state court, in 1923 and 1927, the child could not recover for breach of warranty because the remedy was contractual in nature and since the father made the purchase there was no contract of sale between the retailer and the child. In spite of these precedents, the trial court, the City Court of the City of New York, in 1957 allowed the child to recover. *Greenberg v. Lorenz*, 14 Misc. 2d 279, 178 N.Y.S. 2d 404 (1957). An intermediate appellate court, the Appellate Term of the Supreme Court, affirmed, stating that, “Though it is not within the competence of an intermediate appellate court to disregard controlling precedent, nevertheless when the higher appellate courts — breaking new ground — establish a new trend and render it clear that if the instant question were before them they themselves would overrule earlier pronouncements, it becomes the right, may the duty, of an intermediate appellate court to take cognizance of it.” One of the three judges dissented. *Greenberg v. Lorenz*, 12 Misc. 2d 883, 178 N.Y.S. 2d 407 (1958). A higher intermediate appellate court, the Appellate Division of the Supreme Court, reversed in a short per curiam opinion based on the precedent. Two of the five judges dissented. *Greenberg v. Lorenz*, 7 A. D. 2d 968, 183 N.Y. S. 2d 46 (1959). But this decision was in turn reversed by the Court of Appeals of New York, which reinstated the trial court's judgment for the child and, as the Appellate Term had predicted, overruled the earlier decisions insofar as they applied to the case. *Greenberg v. Lorenz* 9 N.Y. 2d 195, 173 N.E. 2d 773, 213 N.Y.S. 2d 39 (1961).”

17 “Stare Decisis...” cit., p. 16.

Na maioria das vezes, contudo, a corte inferior seguirá o precedente e dele discordando limitar-se-á a fazer constar sua irresignação nas razões da decisão, sem que tais argumentos não passem de *obiter dicta*.

Há, por outro lado, algumas técnicas de desvinculação ao precedente utilizadas pelos magistrados. Dentre elas, o *overstatement* permite corrigir ou reformar um precedente, sem derogá-lo, mas redefinindo-o para adaptá-lo às novas circunstâncias; e o *overruling* que consiste em revogar por inteiro o precedente, retirando a sua eficácia vinculante, por não mais conduzir a resultados justos.¹⁸

Dois tipos especiais de *overruling* merecem destaque: o *anticipatory overruling*, do qual já foi falado, valendo, ainda assim, citar as observações que JOSÉ LUIZ VÁSQUEZ SOTELO faz desse expediente, *verbis*:

*“Se ha observado que ningún Juez, ni en Inglaterra ni en los Estados Unidos, ha sido acusado y destituido (sometido al impeachment) por no seguir un precedente vinculante. En una determinada etapa (en Estados Unidos a partir de los tiempos del Presidente del Tribunal Supremo Warren, pero ya antes, a partir de la designación de Jueces por el Presidente Roosevelt) se ha producido el denominado activismo de la Corte Suprema mediante actuaciones e iniciativas de la Corte que ha conducido a que en varias materias se hayan producido cambios de jurisprudencia, abriendo novos rumbos que tienen después el efecto expansivo de que las nuevas directrices serán seguidas por todos los Jueces de la Unión. Esta técnica se ha utilizado especialmente en materia de derechos civiles, derechos políticos, prohibición de la segregación racial etc”*¹⁹.

E o *prospective overruling*, técnica ou expediente que permite a um juiz aplicar o precedente em um caso, mas já alertando que os casos futuros serão decididos de outra maneira. A grande utilidade desta técnica está em permitir que a corte avise o iminente cambio de critério jurídico, evitando o trauma da quebra da segurança jurídica no caso pendente.²⁰

Finalmente, cumpre tratar do *distinguishing*, um trabalho permanente de advogados e juízes norte-americanos. A corte, ainda que inferior, pode argumentar que as diferenças fáticas existentes entre os casos examinados e comparados não são meramente acessórias, mas que supõem uma mutação do suporte fático do precedente invocado. Deste modo, a corte pode elidir a vinculação do precedente argumentando que “a decisão invocada não é um precedente para o caso novo”. Nesta operação, a corte utiliza todos os matizes e todas as circunstâncias que permitam estabelecer a distinção e assentar a conclusão de que se trata de um suporte fático ou de uma tese jurídica diversos dos que serviram de base para o precedente invocado.²¹

18 VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. *A Jurisprudência...* cit., p. 381.

19 *A Jurisprudência...* cit., p. 373.

20 cf. VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. *A Jurisprudência...* cit. P. 374.

21 cf. VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. *A Jurisprudência...* cit., p. 371.

Sem dúvida, com a valorização da jurisprudência no Brasil e com a vivência prática das súmulas vinculantes, algumas dessas técnicas de interpretação e aplicação de julgados terão de ser utilizadas, com as necessárias adaptações.

7. A Súmula Vinculante como Norma Jurídica

Ao Judiciário, o efeito vinculante da súmula impõe que todos os casos sejam julgados em estreita conformidade com o comando nela insculpido; e, à Administração Pública, que sua conduta seja, também, pautada conforme o comando da súmula, podendo, de acordo com o §3º do art. 103-A da Constituição, ser formulada reclamação para o Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de seu descumprimento. Trata-se da vinculação *direta* a que antes aludia.

De tal sorte, observa-se que a obediência devida à súmula vinculante é bastante semelhante à obediência devida às normas emanadas do Poder Legislativo, podendo-se, desde logo, identificar a particularidade de que o seu cumprimento poderá ser exigido diretamente no Supremo Tribunal Federal, por intermédio de reclamação.

O Direito é uma ordem normativa, *i. e.*, um conjunto de normas que tem unidade na medida em que todas elas são endereçáveis a uma única norma, na qual encontram o seu fundamento de validade, chamada por Kelsen de norma fundamental²². Do mesmo modo que existe uma *ordem jurídica*, existe uma *ordem moral*, uma *ordem religiosa*, uma *ordem social*, etc. No entanto, a ordem jurídica é uma ordem coercitiva, de sorte que a toda conduta humana contrária àquela prescrita em uma norma é ligada uma sanção, aplicável independentemente da vontade do indivíduo, usualmente, através da execução forçada de seus bens ou da privação de sua liberdade.

Assim é que se a lei prescreve uma conduta no sentido de que não se possam cometer homicídios, esta conduta será obrigatória na medida em que à conduta oposta — isto é, à conduta homicida — seja ligada uma sanção, na hipótese, a pena de prisão.

Da mesma forma, os particulares, no exercício de seu poder negocial, podem contratar, *v. g.*, a compra e venda de um determinado bem. O contrato, em verdade, corporifica uma norma individual segundo a qual o comprador deve pagar o preço e o vendedor entregar o bem. Frustrada qualquer dessas condutas, o lesado poderá recorrer ao Poder Judiciário, até mesmo para que se proceda à execução forçada dos bens da outra parte.

22 Nas palavras de Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1964, p. 57: “Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é — como veremos — uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertencente a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.”

A decisão judicial, igualmente, contém comando que deverá ser obedecido pelas partes — costuma-se dizer que a sentença “é lei entre as partes” — sob pena de, tratando-se de, v. g., ação condenatória, execução forçada dos bens do devedor.

Uma norma jurídica pode prescrever, proibir ou facultar uma conduta humana, ligando ao seu descumprimento, para torná-la efetiva, uma sanção. Tanto a lei, o contrato e a decisão judicial têm por objeto condutas humanas, contra as quais ligam-se sanções. Quer dizer, são comandos que produzem um mal a quem os desobedece. Todos esses — lei, contrato e decisão judicial — encontram seu fundamento de validade em normas superiores, podendo-se remontar até a Constituição Federal e à norma fundamental. Por isso, são todos eles espécies de *normas jurídicas*.

O dever de obediência à súmula vinculante não destoa dos esquemas antes expostos. Ela contém um comando prescrevendo, proibindo ou facultando uma determinada conduta humana, tornada efetiva enquanto exigível perante o Poder Judiciário. Assim, a súmula vinculante é também uma *norma jurídica*. Será, todavia, à semelhança das leis, uma norma jurídica *geral*, eis que aplicável a todos indistintamente, e *abstrata*, enquanto endereçada a quaisquer hipóteses presentes e futuras.²³

23 Uma das questões complexas que necessariamente haverá de ser discutida, como ocorre nos países da *common-law* em relação aos precedentes, é a da retroatividade da súmula vinculante. Se partirmos da ficção de que ela apenas declara uma situação jurídica preexistente no ordenamento, ela teria aplicação indistinta no tempo, limitada apenas pela vigência das normas que lhe dariam fundamento. Se vista como uma norma nova, como uma norma que constitui direito novo (perspectiva que acredito ser a mais correta), fica mais difícil aceitar a sua retroatividade em qualquer hipótese. Questão afirm e não menos complexa é a dos efeitos da revisão da súmula, quer dizer, se ela atinge os fatos realizados na “vigência” dela ou não. São questões relevantes, que talvez mereçam tratamento específico do legislador, estando aberta a discussão na doutrina. Acredito, de toda sorte, que, antes dela, cumpre decidir sobre a natureza da súmula, se ela é uma *norma*, como sustento, ou não. Todas essas questões são, como se pode notar, intimamente relacionadas. FARNSWORTH nos dá notícia de como o problema tem sido encarado no Direito norte-americano, *Introduction...* cit., pág. 51: “*Suppose that two similar transactions have been concluded, one between A and B, the other between C and D. In a dispute between A and B, the highest court of the state decides that such transactions are invalid. After this decision, yet a third similar transaction is concluded between E and F. Then in a dispute between C and D, the highest court decides to overrule its earlier decision in the case of A v. B and holds that such transactions are valid. Which decision, that in A v. B or that in C v. D, determines the validity of the transaction that was concluded in the interval between the two decisions? Is the decision in C v. D retroactive in its effect, or does it apply only to transactions entered into after it was handed down? According to the older theory that judges merely discover existing law and then declare it, the decision of the court in A v. B was simply an erroneous interpretation of what the law was then and still is, an interpretation that was later correct in C v. D. And since the law was always as stated in C v. D, the transaction between E and F was therefore a valid one, even though it took place before the court had discovered the error. According to the newer theory that judges actually create or make law by their decisions, the decision in A v. B made law that was good law until it was changed in the decision in C v. D. Because the transaction was concluded after the first decision and before the second, during the time when the decision in A v. B was law, the transaction was invalid. Over the years the conflict between these opposing theories has been reflected in conflicting cases, though other considerations may be more important than either theory (...)* The problem of the overruled decision (...) admits of no simple solution. Occasionally a court, in an attempt to avoid the unsettling effect of retroac-

Assim, por exemplo, caso uma súmula vinculante prescrevesse que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado por taxa (S. 670, STF), o contribuinte poderia, em caso de cobrança efetuada pelo fisco, recorrer ao Poder Judiciário para não pagá-la, tal como faria se uma lei o dissesse, com a vantagem de poder, diretamente, fazer uso da reclamação ao Supremo Tribunal Federal (vinculação direta)

7.1. Da criação do Direito pelos juízes

Muitos dirão, em oposição ao que foi dito, que a súmula vinculante não seria uma norma jurídica, eis que seria “mera interpretação” daquilo que já estava antes determinado pelo ordenamento jurídico, *i. e.*, a coercitividade do comando insculpido na súmula não decorreria dela própria, mas da lei e da Constituição.

Contudo, por mais que se considere a súmula como produto da interpretação de normas a ela preexistentes, não se pode perder de vista que a toda interpretação é inerente algum grau de criatividade, de modo que, ainda que a súmula contenha um enunciado que expresse a *ratio decidendi* comum a todas as decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional, as quais foram, elas próprias, na Constituição Federal fundamentadas, nem por isso a súmula deixará de criar o Direito, nem por isso deixará de ser norma e nem por isso poderá ser reduzida a mero esquema interpretativo.

A melhor doutrina refuta inteiramente a idéia de que o juiz não teria liberdade para decidir a lide, como se o conteúdo de suas decisões estivesse inteiramente predeterminado por normas gerais e abstratas emanadas do Poder Legislativo e a atividade jurisdicional fosse restrita à mera interpretação do Direito.

A decisão do juiz deve ser fundamentada e é certo dizer que este fundamento será, em regra, encontrado nas leis e na Constituição. Ainda assim, na transposição da norma geral e abstrata para o caso concreto, o juiz sempre deixará as suas marcas, as suas convicções pessoais e ideológicas, o seu senso próprio de justiça. Isto porque toda interpretação, que é condição *sine qua non* para que seja proferida uma decisão, inevitavelmente, traz consigo uma carga de criatividade, por vezes maior, por outras menor.

O mesmo se dá na execução de uma peça musical, quando o músico sempre deixa transparecer o seu *toque* característico, assim como quando o ator, em uma peça de teatro, incorpora e interpreta o personagem de maneira sempre inigualável. “É óbvio” — afirma MAURO CAPPELLETTI — “que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Quem poderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruidoso vizinho? E, na verdade, quem poderia confundir

tivity, has refused to overrule an earlier decision but has expressed disapproval of the precedent and issued a warning that the old rule will not be followed as to facts arising after the new decision. Occasionally a court has overruled the earlier decision but has indicated that the new rule is not retroactive and will not be followed as to facts arising before the new decision.”

as interpretações geniais de Rubinstein, com as também geniais, mas bem diversas, de Cartot, Giesecking ou de Horowitz?”.²⁴

Diversos fatores impõem que a aplicação da lei pelos juízes seja precedida da hermenêutica, de uma interpretação e criação jurídicas. Às vezes é a própria imperfeição do texto legislativo que impõe a necessidade de buscar o seu verdadeiro sentido. Por outro lado, em vista de leis claras e precisas, o passar dos anos e a mudança das realidades sociais e econômicas fazem com que a lei mereça interpretação diversa, afastando-se daquilo que o legislador havia concebido originariamente.

Em outras hipóteses, a lei se utiliza de “conceitos juridicamente indeterminados”²⁵, como, v. g., os de *mulher honesta* (art. 215 do Código Penal), de *atos contrários à moral e aos bons costumes* (art. 395, inciso III, do Código Civil) e de *moralidade administrativa* (art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal), devendo o juiz preencher esses “vazios” para proferir a decisão no caso concreto.

A impossibilidade de estrita vinculação do juiz à lei — e, assim, da sua caracterização como mero aplicador do Direito — está ligada aos próprios limites da racionalidade jurídica. KELSEN, em seu esforço de construir uma teoria pura do Direito, a qual não seria influenciada por ideologias, mas por razões estritamente científicas, caracterizou a norma como uma moldura, a qual estaria sujeita a ser preenchida por diversas interpretações, todas elas *cientificamente* adequadas. Para KELSEN, não seria possível, além dos limites da moldura, falar em decisão mais ou menos justa, mais ou menos correta, uma vez que, para o seu preenchimento, o julgador — investido de jurisdição — fará, não apenas juízos de fato (estes estritamente científicos na sua concepção), mas juízos de valor, tidos por arbitrários.

Com isso, KELSEN limitou barbaramente a possibilidade do desenvolvimento de teorias da interpretação e aplicação do Direito, eis que limitava o papel da ciência do Direito à descrição da moldura, pouco dizendo sobre a solução dos casos concretos, ainda mais dos casos difíceis. A solução dos casos concretos, no que fosse além da moldura, seria mero ato de vontade do juiz, isto é, seria produto de opções pessoais do órgão julgador, seria, em última análise, uma criação sua.

A evolução do pensamento científico da época, especialmente com a Teoria Pura do Direito, deixava às claras a criatividade jurisdicional. Mais tarde, a partir de PERELMAN,²⁶ foram sendo desenvolvidas as teorias da argumentação, as quais,

24 *Juizes Legisladores?*, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 21.

25 Sobre o tema ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados”. *Temas de Direito Processual*, segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 61.

26 De PERELMAN, vide, dentre outros, *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Sobre as teorias da argumentação, ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. São Paulo: Landy, 2000. Neste livro, vale reproduzir o trecho sobre a importância de PERELMAN: “a importância da obra de Perelman (...) reside essencialmente em seu objetivo de reabilitar a razão prática, ou seja, de introduzir algum tipo de racionalidade na discussão de questões concernentes à moral, ao Direito, à política etc., que venha a significar algo assim como um via intermediária entre a razão teórica (a das ciências lógico-experimentais) e a pura e simples irracionalidade” (p. 109).

afastando-se do pressuposto kelseniano da pureza e admitindo algum grau de racionalidade dos juízos de valor, pretendem fornecer respostas idealmente corretas, a partir de regras de argumentação que formariam como que um código da razão prática.²⁷ Ainda assim, os defensores das teorias da argumentação não negam, ao contrário, admitem e partem do pressuposto da existência da criatividade jurisdicional.

Em suma, a criatividade é inerente a toda interpretação. Por mais que o intérprete tente permanecer fiel ao texto — seja ao texto musical, poético, teatral ou legislativo — ele será “forçado” a criar — em grau maior ou menor — para conseguir a execução pretendida.

Pela mesma razão, diante de duas decisões diversas em casos semelhantes não se poderá afirmar, *a priori*, que uma delas esteja errada. Podem as duas decisões dar à lei — e de fato ocorre — interpretações plausíveis e razoáveis, ainda que completamente diferentes, senão contrapostas, ocorrendo a chamada *divergência jurisprudencial*²⁸.

7.2. Da distinção processual entre o juiz e o legislador²⁹

Uma vez que se admita que o juiz também cria o direito e que pode editar normas jurídicas individuais e, outras vezes, normas jurídicas gerais e abstratas (tal como nos processos objetivos de controle de constitucionalidade e, agora, com a súmula vinculante), perde força a distinção tradicional entre as funções legislativa e jurisdicional como sendo a primeira criadora de normas jurídicas e a segunda de aplicação de normas jurídicas.³⁰

27 Cf. ALEXY, Robert. “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. Trad. Manuel Atienza. In ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontanamara, 2002, p. 20.

28 Sobre o ponto, vale citar o magistério de REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva., p. 168: “A contrário do que pode parecer à primeira vista, as divergências que surgem entre sentenças relativas às mesmas questões de fato e de direito, longe de revelarem a fragilidade da jurisprudência, demonstram que o ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador. Como veremos, as divergências mais graves, que ocorrem no exercício da jurisdição, encontram nela mesma processos capazes de atenuá-las, quando não de eliminá-las, sem ficar comprometida a força criadora que se deve reconhecer aos magistrados na tarefa de interpretar as normas, coordená-las, ou preencher-lhes as lacunas. Se é um mal o juiz que anda à cata de inovações, seduzido pelas últimas verdades, não é mal menor o julgador que se converte em autômato a serviço de um fichário de arestos dos tribunais superiores.”

29 A diferenciação das funções do Estado a partir do processo não é comum na doutrina. Não desejo (e nem teria condições de fazê-lo) desmontar a diferenciação clássica das funções do Estado. Quero apenas apresentar uma perspectiva diferente das funções do Estado, com vistas a aclarar o debate em torno da súmula vinculante.

30 Anota SEABRA FAGUNDES que a função legislativa liga-se a fenômenos de formação do direito, enquanto as outras duas, a administrativa e a jurisdicional, prendem-se à fase de sua realização (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense,

Para HANS Kelsen a função legislativa não é a única atividade criadora do Direito e todas as funções do Estado resolvem-se em atividades de aplicação e criação do Direito. Isto é, se deixarmos de lado os casos-limite — a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo — entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo o ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior (que confere competência para ou determina a produção do ato) e *produção*, regulada pela norma superior, de uma norma jurídica inferior³¹.

Disso resulta que, não apenas as leis como tradicionalmente se compreende, mas também os contratos, as decisões judiciais, os atos administrativos concretos (licenças, autorizações, etc) e normativos (regulamentos, portarias, etc) são atos de criação jurídica, criação de normas, umas gerais e abstratas, outras individuais e concretas.

Outra decorrência da teoria de Kelsen é a de que as funções legislativa, administrativa e jurisdicional não seriam substancialmente diferenciáveis. Seguindo os pressupostos kelsenianos, não se pode afirmar que somente a função legislativa seja criadora do Direito, enquanto as outras encerrariam apenas a sua aplicação, na medida em que todas elas consistem na prática de atos que são, simultaneamente, de *criação e aplicação* do Direito.³²

1957, p. 17). Vista dessa forma, a questão que se coloca é, simplesmente, a de se diferenciar a função administrativa da função jurisdicional, eis que ambas se prendem à fase de realização ou aplicação do direito, enquanto a função legislativa se situaria em campo bastante diverso, de criação ou formação do direito. Essa doutrina tem como pressuposto o fato de que somente a função legislativa seria criadora do direito, e, assim, os regulamentos, as portarias, as sentenças e mesmo os contratos não seriam fontes criadoras do direito. É o que explica SEABRA FAGUNDES, *verbis*: "*Não nos parece (...) que a função administrativa concorra à formação do direito, criando 'regras de direito individuais'. Os atos jurídicos, por meio dos quais se exerce a administração, não constituem o direito. Não são atos de formação da regra jurídica. Criam situações jurídicas individuais, e, nesse sentido, se poderá dizer que fazem nascer direitos, como atos jurídicos que são. Mas, entre criar direitos (situações jurídicas pessoais), e criar o direito (lei, situação jurídica geral e abstrata), não é possível estabelecer identidade. Salvo aceitando a teoria de formação do direito por graus, de Kelsen e Merkl*" (*O Controle...* cit., p. 21).

31 Cf. *Teoria...* cit., p. 325. Kelsen chama de casos-limite a norma fundamental e a execução do ato coercitivo. A norma fundamental é conceito complexo, essencial para o desenvolvimento da Teoria Pura, principalmente à visão de unidade e completude do ordenamento jurídico. Como toda a norma tem seu fundamento de validade em uma norma hierarquicamente superior, para conceber um ordenamento cerrado deve-se pressupor uma norma que seja o fundamento de validade último de todas as outras. A norma fundamental é, assim, *pressuposta*, não é uma norma posta. Como fundamento último, a norma fundamental compreende apenas a criação do direito, já que não é resultado da aplicação de uma outra norma qualquer. A execução do ato coercitivo, no outro extremo, é ato unicamente de aplicação do direito, não sendo criador de norma alguma.

32 *Tais conclusões são coerentes com a "teoria da formação do Direito por graus" a que aludia SEABRA FAGUNDES, ou — para utilizar a expressão da Teoria Pura do Direito — da "estrutura escalonada da ordem jurídica"* (*O Controle...* cit., pág. 309), segundo a qual toda norma jurídica tem seu fundamento de validade em uma norma jurídica hierarquicamente superior, que determina a forma de sua criação e, eventualmente, o seu conteúdo, podendo remontar até a *norma fundamental*.

Se não é possível estabelecer uma distinção efetiva entre as duas atividades — jurisdicional e legislativa — do seu ponto de vista substancial, a distinção poderá ser feita do seu ponto de vista *processual*: ambas as atividades possuem *modos* de exercício ou *procedimentos* nitidamente diversos e é através da análise de suas particularidades que será possível estabelecer a diferença entre elas. É o que explica CAPPELLETTI, *verbis*:

*“Certamente, do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são ‘law-making processes’. Mas diverso é o modo, ou se se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse simplesmente deixaria de ser juiz.”*³³

De fato, a experiência mostra que juiz e legislador têm *formas* e *modos* de atuação muito diversos. O juiz não se sente a vontade em *criar* o Direito, ele busca (ou deveria buscar) sempre decidir de acordo com aqueles princípios estabelecidos em lei, maturados pela jurisprudência e amplamente estudados pela doutrina. Não tem o juiz, habitualmente, disposição para inovar completamente, fugir daquilo que se escreve nos livros e daquilo que é decidido pelos colegas. Ao contrário, há sempre um movimento natural de uniformização da jurisprudência, assim como tendem a se aproximar os ensinamentos da doutrina das decisões judiciais.

Não se quer dizer com isso que o magistrado não seja dado à evoluções; ao contrário, venho sustentando até aqui que a atividade jurisdicional é sempre uma atividade *criativa* e tenho sempre ressaltado a importância do trabalho dos magistrados para o desenvolvimento e para os avanços do Direito. Apenas registro que os juízes costumam (e esse é um costume louvável) agir com cautela, sem antecipar seus movimentos aos fatos e aos anseios sociais.

Com efeito, não há como negar o papel criativo da jurisdição e não há como negar a sua responsabilidade efetiva pelo sucesso ou fracasso do ordenamento jurídico³⁴, ao menos enquanto tivermos em mente ser o Poder Judiciário quem diz o real significado da lei e da Constituição. Afinal, a Constituição é aquilo que a

33 *Juízes...* cit., pág. 74.

34 . O Direito só se torna concreto e definitivo, ao menos segundo a sua concepção unitária, quando aplicado ao caso concreto. Por isso, da mesma forma que os magistrados contribuem para a evolução e para o sucesso do Direito, poderão contribuir para o seu fracasso ou para o seu retrocesso. O legislador não será o único responsável pelos sucessos e insucessos, eis que a norma sempre terá o seu *momento* abstrato e o seu *momento* concreto, ambos de suma importância. Na verdade, como dito, tanto a atividade legislativa, quanto a atividade jurisdicional consistem na aplicação e criação de norma jurídicas e são ambas endereçáveis ao Estado.

Corte Suprema diz que ela é. Desse modo, o significado da norma ultrapassa aquele que o legislador pretendia lhe dar. Esse significado é vivo, mutável no tempo e no espaço³⁵. E essa vida é dada — sem ignorar a importância da doutrina — pela interpretação das leis e pela atividade criativa dos juízes.

Como se percebe, o que caracteriza a atividade jurisdicional não é a sua passividade no plano *material*, mas a sua passividade no plano *processual*. No processo judicial, o Estado-juiz deve exercer sua função de modo a manter a *igualdade entre as partes*, sua atividade deve estar conectada à *demanda*, deve assegurar às partes o direito de serem *ouvidas* (*contraditório* e *ampla defesa*) e deve ter grau suficiente de *independência* em relação às pressões externas. Nesse sentido, cito a lição de CAPPELLETTI, *verbis*:

*“o que realmente faz o juiz ser juiz e um tribunal um tribunal, não é a sua falta de criatividade (e assim a sua passividade no plano substancial), mas sim (a sua passividade no plano processual, vale dizer) a) a conexão da sua atividade decisória com os cases and controversies e, por isso, com as partes de tais casos concretos, e b) a atitude de imparcialidade do juiz, que não deve ser chamado para decidir in re sua, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas (fair hearing), (...) e deve ter, de sua vez, grau suficiente de independência em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes dos poderes políticos”*³⁶.

Por seu turno, o *modo* de agir do legislador é naturalmente mais ativo e agressivo. No *processo legislativo*³⁷, deputados e senadores debatem, discutem, fazem concessões e exigências, tentando fazer valer os interesses de seus eleitores, do segmento da sociedade que se faz por cada um deles representar. Desse embate, disputas de influência e poder, surge a norma, a lei, a emenda constitucional, enfim, realiza-se o processo legislativo e cria-se o Direito. Nesse sentido, CAPPELLETTI, *verbis*:

35 Uma vez mais, cite-se a lição de MIGUEL REALE, *Lições...* cit., pág. 170/171: “Do ponto de vista gramatical o texto de um artigo do Código Civil é hoje o que era em 1916, por ocasião de sua redação final. Mas, se as palavras permanecem as mesmas e se graficamente não há alteração na lei, verifica-se, no entanto, uma mudança no conteúdo. Nem sempre a lei diz a mesma coisa. Uma vez publicada, ela se destaca da pessoa do legislador, para se integrar no processo social como um de seus elementos fundamentais. A lei vai variando de sentido em função de múltiplos fatores, pois uma circunstância de ordem técnica imprevista pode alterar completamente a significação e o conteúdo de um texto legal, o mesmo ocorrendo quando se altera a tábua dos valores de aferição da realidade social.”

36 Juízes... cit., pág. 74/75.

37 REALE, *Lições...* cit., pág. 164, afirma que o processo legislativo compreende a formação de todas as categorias elencadas no art. 59 da Constituição Federal: as emendas à Constituição; as leis complementares; as leis ordinárias; as leis delegadas; as medidas provisórias; os decretos legislativos; e as resoluções.

*“Na minha opinião, ninguém veria qualquer degeneração do procedimento legislativo ou administrativo se os legisladores ou administradores estivessem profundamente envolvidos e verdadeiramente interessados como partes, nas matérias por eles reguladas, por representarem pessoas ou grupos, deles se fazendo defensores, por não concederem audiência aos interesses de pessoas e grupos contrapostos, por darem, enfim, início ao seus procedimentos sem atender ao pedido do sujeito interessado”*³⁸.

No processo legislativo não existem as citadas garantias; trata-se de um jogo político de disputa de interesses da maioria e concessões mútuas. Não há contraditório, ampla defesa, imparcialidade, necessidade de provocação, demanda para circunscrever a atividade³⁹ e necessidade de fundamentação; são, com efeito, ambos os processos bastante diversos e facilmente diferenciáveis, sendo com eles diferenciáveis as atividades jurisdicional e legislativa.⁴⁰

7. 3. Da generalidade da súmula vinculante

Afirmar que, além de abstrata, a súmula vinculante é uma norma jurídica dotada de generalidade, isto é, uma norma jurídica aplicável a todos indistintamente. É preciso justificar, todavia, tal afirmativa diante da redação do *caput* do art. 103-A de que o efeito vinculante somente se processa “*em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”. Poder-se-ia dizer, à luz do trecho citado, que a súmula não é vinculante para todos, mas apenas para as Administrações Públicas e para o Poder Judiciário.

38 *Juízes...* cit., pág. 77.

39 Há, sabe-se, matérias de iniciativa privativa e outras em que a possibilidade de emendas parlamentares fica limitada. Só que nesses casos não se trata de tornar inerte o Legislativo, mas de distribuir as competências legislativas, distribuir o poder, em suma, delinear a separação de Poderes.

40 CAPPELLETTI, *Juízes...* cit., pág. 76/77, alerta para o fato de que as características principais do processo legislativo e do processo jurisdicional exprimem princípios flexíveis, sendo assim muito gerais, senão genéricos. Ressalta que em alguns países (e certamente o mesmo ocorre no Brasil) tem-se visto uma tendência de *jurisdicionalização* dos processos administrativo e legislativo, ainda que nunca de maneira absoluta. “*Na verdade*”, expressa o autor, “*no curso dos séculos, grande parte da melhor doutrina e jurisprudência processual ocupou-se precisamente de tais características e princípios, sem que tal elaboração multissécular tenha eliminado as incertezas e muito menos as variações ocorridas entre países e também internamente nos próprios países.*” Em seguida, CAPPELLETTI conclui: “*Todavia, se a natureza geral, flexível e evolutiva dessas características e princípios pode demonstrar o seu caráter histórico — ou seja, o seu vínculo às evoluções, fluxos e refluxos da civilização humana —, mais do que dogmático e absoluto, não os torna de modo nenhum insignificantes. Longe de constituírem vazias generalidades, são extremamente importantes, relevantes e suscetíveis de concretas aplicações, mesmo que jamais sujeitos a definitiva e imutável cristalização*”. São, assim, as diferenças procedimentais e de estrutura apontadas as principais características dos processos legislativo e jurisdicional, pelas quais será possível distinguir as duas atividades. No entanto, como se viu, mesmo essas características principais têm se mostrado mutáveis no tempo e no espaço.

No entanto, basta obrigar as Administrações Públicas e, especialmente, o Poder Judiciário a cumpri-las para que, *ipso facto*, estejam obrigadas todas as pessoas sujeitas ao ordenamento jurídico brasileiro e, em alguns casos, o próprio Poder Legislativo.

As normas jurídicas dependem de algum grau de coercibilidade para terem significação jurídica. De alguma maneira, o descumprimento de uma norma jurídica há de produzir um efeito negativo a quem a ela não se submeter, como forma de compelir as pessoas em geral a obedecer aos comandos do ordenamento. O Poder Judiciário funciona no vértice de toda aplicação do Direito, servindo de guardião máximo, do qual não se pode excluir a apreciação de lesão ou ameaça de direito, conforme proclama o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Ora, se o Poder Judiciário — e antes mesmo deste, as Administrações Públicas — darão cumprimento ao Direito seguindo os ditames das súmulas vinculantes futuramente editadas, logicamente todos acabam se submetendo a elas. A lei que não pode ter seu cumprimento exigido perante o Poder Judiciário, segundo metáfora comum, é uma espada sem corte. O cumprimento da súmula, inequivocamente, poderá ser exigido perante o Judiciário, eis que a ela está vinculado, trata-se, portanto, de uma espada com corte.

É preciso, como se pode notar, compreender os dois níveis de vinculação da súmula vinculante, que pode ser: *direta*, abrangendo apenas o Poder Judiciário e a Administração Pública, sujeitando todos os atos administrativos e jurisdicionais contrários ao julgamento direto pelo Supremo Tribunal Federal, pela via da reclamação; ou, *indireta*, que se torna efetiva quando a Administração Pública ou o Poder Judiciário aplicam as súmulas concretamente.

7.4. Da vinculação do Poder Legislativo à súmula (vinculação indireta)

A vinculação indireta do Poder Legislativo à súmula merece aprofundamento. Como venho sustentando, a súmula vinculante é uma norma jurídica geral e abstrata, que, materialmente, tem um esquema semelhante ao das leis em geral. Na verdade, entretanto, o mais exato é comparar as súmulas vinculantes não às leis em geral, mas às emendas constitucionais e, em alguns casos, à própria norma constitucional originária.

Uma vez que as súmulas vinculantes são editadas única e exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal e têm por base decisões reiteradas por ele proferidas em matéria constitucional, elas dirão sempre respeito a assunto de cunho constitucional, veiculando interpretações fundadas na Constituição Federal.

Sendo assim, uma vez assentada uma súmula vinculante, firma-se uma interpretação do texto constitucional, a qual somente pode ser alterada em duas hipóteses: (i) ou o próprio Supremo Tribunal Federal revê o seu posicionamento, eis que ele próprio não está vinculado; (ii) ou promove-se a alteração do texto constitucional.

Está aí, portanto, a aproximação hierárquica da súmula vinculante às emendas constitucionais, uma vez que, em regra, as súmulas vinculantes — salvo alteração pelo próprio Supremo Tribunal Federal — somente seriam alteradas por emenda constitucional.

Entretanto, nas hipóteses em que a súmula vinculante firmar interpretação fundada em *cláusulas pétreas*, nem mesmo uma emenda constitucional poderia alterá-las, uma vez que em tais assuntos, não se admite modificações da Constituição, em face do que diz o §4º do art. 60 da Carta Magna.⁴¹

A questão é complexa. Por um lado, o art. 103-A da Constituição fala apenas em efeito vinculante ao Poder Judiciário é à Administração Pública, deixando de fora, portanto, o Poder Legislativo. Daí afirmar-se que o Legislativo não está vinculado à súmula. A sua não-vinculação implica na possibilidade de editar lei ou emenda constitucional contrários à súmula vinculante.

Por outro lado, uma lei editada contra uma súmula do Supremo Tribunal Federal seria tão (in)válida quanto uma lei editada contra a própria Constituição. O exercício da função legislativa contra uma súmula — excetuada a modificação por emenda constitucional, quando possível, ou a prevalência de tese jurídica manifestamente superior (o que requer, ainda, a adesão do Supremo Tribunal Federal à tese) — seria antijurídico, na medida em que ofenderia a própria Constituição e o seu significado normativo atribuído pelo Supremo Tribunal Federal.

Como afirmei, o que distingue a vinculação do Poder Legislativo da vinculação da Administração Pública e do Poder Judiciário é exatamente o manejo do instrumento da reclamação. No caso do Poder Legislativo, o descumprimento da súmula vinculante não dá ensejo a reclamação perante do Supremo Tribunal Federal. Essa é a solução que sobressai da conjugação do *caput* do art. 103-A com seu §3º: note-se, a reclamação é cabível apenas contra o ato administrativo ou decisão judicial contrários à súmula, não existindo reclamação diretamente interponível contra ato legislativo.

No entanto, uma vez aplicado o ato legislativo contrário à súmula — pela edição de ato administrativo ou pela prolação de decisão judicial — estará aberta a via da reclamação; de onde se conclui que o Poder Legislativo está *indiretamente* vinculado à súmula, isto é, em grau menor a que estão a Administração Pública e o Poder Judiciário.

7.5. Da necessidade de interpretar o enunciado da súmula vinculante

Deve-se notar, ademais, que a própria súmula vinculante, antes de sua aplicação ao caso concreto, deverá ser, inevitavelmente, interpretada e que essa interpretação, assim como a que é feita em relação à lei ou à Constituição, será também criativa. A súmula, assim como a lei, é produto do trabalho humano e é expressa em palavras. Nessas condições, o seu enunciado poderá não ser claro o bastante, de modo que

41 A súmula vinculante editada com fundamento em cláusulas pétreas cria uma situação verdadeiramente paradoxal. De uma parte, o seu conteúdo não pode ser modificado por emenda constitucional, haja vista estar a matéria abrangida pelas vedações do art. 60, §4º da Constituição. De outra parte, o próprio mecanismo das súmulas vinculantes — e, mais especificamente, sua força vinculante — tem fundamento de validade em norma posta por emenda constitucional, de tal sorte que, tal como foi concebido, poderia ser extinto.

possam surgir, assim como ocorre com a lei, duas ou mais interpretações razoáveis em relação à mesma súmula vinculante.

A súmula será, portanto, interpretada e há de se esperar que algumas delas comportem mais de uma interpretação razoável (ainda que não seja este o objetivo da súmula, repito, a interpretação e a sua carga criativa são imprescindíveis para a aplicação de uma norma geral e abstrata a um caso concreto). Não poderá o juiz, todavia, por considerá-la errada, injusta, ou inconstitucional, deixar de aplicá-la ao caso concreto. A exemplo do que ocorre na *common-law*, os juízes deverão aplicar a súmula vinculante ao caso e, se desejarem, em observações paralelas, poderão expressar a sua irresignação, sob pena de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

É certo, por outro lado, que a súmula vinculante é sempre referida às decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal, o que reduz sobremaneira as possibilidades de múltiplas interpretações. O comum é que a súmula tenda a comportar apenas uma interpretação. No entanto, não se pode afastar completamente que possam surgir múltiplas interpretações. Nesses casos, será importante considerar alguns mecanismos conhecidos nos sistemas jurídicos da *common-law*, como o *distinguishing*. Haverá casos em que o juiz dirá, não que não está aplicando a súmula, mas que ela não tem aplicação naquele caso, que seria, de alguma forma, diverso dos paradigmas que deram lugar à edição da súmula vinculante. Nessas hipóteses, haverá que se ver de forma diferente o cabimento da reclamação.

8. Tribunal Competente e Quorum para Edição e Revisão da Súmula

As súmulas vinculantes somente serão editadas pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou mediante provocação dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, podendo este rol ser estendido por meio de lei ordinária (*caput* e § 2º). A sua aprovação, tomada em procedimento interno no Supremo Tribunal Federal, deverá ser sufragada por dois terços de seus membros, isto é, em uma composição de onze ministros, oito deverão aprová-la.

A sua revisão será feita da mesma forma, com o mesmo *quorum*, de ofício ou mediante provocação dos co-legitimados da ação direta de inconstitucionalidade ou, ainda, de outros que venham a ser previstos em lei ordinária.

O momento em que a súmula passa a vigorar está expresso no *caput*: a partir de sua publicação na imprensa oficial.

9. Limites Subjetivos do Efeito Vinculante

O *caput* do art. 103-A indica, ainda, os limites *subjetivos* da súmula, que será vinculante apenas “*em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”.

Desde logo, ressalte-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, apesar do dever de coerência com suas próprias decisões, não está adstrito ao que foi estabelecido

na súmula, podendo modificá-la por intermédio do mesmo procedimento e *quorum* de sua criação. Note-se, por outro lado, que o efeito vinculante se dá apenas em relação ao Poder Judiciário e à Administração Pública, não estando incluído o Poder Legislativo.

Contudo, como afirmando anteriormente, ainda que o Poder Legislativo não esteja diretamente vinculado ao comando da súmula (*i. e.*, ainda que esteja vinculado em menor grau), somente por meio de emenda constitucional é que poderá modificá-la ou revogá-la, haja vista as súmula serem editadas, exclusivamente, com fundamento em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional.

No que diz respeito ao Poder Judiciário e à Administração Pública, o efeito vinculante é direto, não podendo a súmula deixar de ser aplicada em hipótese alguma, devendo ambos pautarem suas condutas de acordo com o comando nela insculpido, cabendo, inclusive, reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

Como concebida, a súmula vinculante tem por objetivo principal, ao menos em um primeiro momento, reduzir as demandas em que o Poder Público seja parte, determinando que o Judiciário siga as orientações do Supremo Tribunal Federal e, antes mesmo de que sejam ajuizadas ações, deverá também a Administração Pública segui-las. Serve, assim, para a diminuição e prevenção de demandas, impedindo que a Administração Pública nelas se aventure.⁴²

Tal como a vinculação do Poder Legislativo, os particulares em geral ficam *indiretamente* vinculados aos ditames das súmulas. Isto porque se atos privados contrários às súmulas não dão lugar à interposição de reclamação no Supremo Tribunal Federal, os conflitos levados ao Poder Judiciário serão — aí sim sob pena de reclamação — julgados em conformidade com elas.

10. Pressupostos da Súmula Vinculante

No §1º do art. 103-A estatui-se que, “*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*”.

A redação do artigo, ainda que não seja das mais felizes, permite algumas conclusões importantes: a súmula pressupõe a existência de divergência jurispruden-

42 Digna de nota é a crítica de CLÁUDIO BALDINO MACIEL, exposta no artigo “Súmula Administrativa da Advocacia-Geral da União: por que o Poder Executivo não a utiliza”, disponível no site da AMB (www.amb.com.br/legis/projetos/reforma/docs/Nota_AMB_Súmula_AGU.pdf), em que questiona as vantagens da súmula vinculante, quando não são explorados outros mecanismos mais simples, como as súmulas da AGU, pelo próprio Poder Executivo, que patrocinou, no Congresso, a introdução das súmula vinculantes em nosso ordenamento jurídico.

cial sobre a matéria, isto é, não poderão ser postas em súmula matérias já pacificadas pela jurisprudência, salvo se para dirimir controvérsias entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, ou seja, para evitar a proliferação de feitos tendo por parte a própria Administração Pública sobre questões já pacíficas no Judiciário.

Afirma-se, por outro lado, que a divergência ou a controvérsia há de ser atual, contudo, se há divergência jurisprudencial ou controvérsia entre Judiciário e Administração Pública é porque a matéria ainda não foi pacificada e permanece atual, isto é, não há divergência ou controvérsia ultrapassada, pois, se ultrapassadas, não mais existirão.

Importante observação é a de que a súmula somente poderá ter por objeto questões que acarretem grave insegurança jurídica e múltiplas demandas sobre questões idênticas. Quando se fala em insegurança jurídica perante o Poder Judiciário, fala-se no risco de causas semelhantes serem decididas de modo desigual e, assim, da impossibilidade de prever-se o resultado das demandas. É, de qualquer modo, a uniformidade de jurisprudência que se coloca em jogo com essas questões.

Sendo assim, em princípio, somente aqueles casos que ensejam múltiplas demandas e que, de fato, afogam o Judiciário poderão ser objeto de súmula. São causas em que, na sua maioria, o Poder Público é parte; são causas tributárias, previdenciárias ou relacionadas ao funcionalismo público, como as de correção monetária do FGTS, reposição salarial, etc.

11. Limites Objetivos (primeira parte)

Como dito, em princípio, somente demandas múltiplas, das quais, normalmente, é parte o Poder Público, poderão ser objeto de súmula vinculante. Esta é a nota principal da proposta de emenda à Constituição: desafogar o Judiciário, evitando grande parte das demandas em que o Poder Público figura como parte, seja como autor, seja como réu.

No entanto, encontrando a sua inspiração na doutrina do *stare decisis* e tendo em vista o constante movimento de aproximação dos sistemas, com o tempo, outras questões não diretamente relacionadas ao Poder Público serão também, inevitavelmente, objeto de súmula.

A rigor, vista a súmula como mecanismo de uniformização de jurisprudência, toda a divergência jurisprudencial poderia dar lugar à edição de uma súmula, não apenas aquelas questões relacionadas ao Poder Público.

Não há um limite *material* (ou substancial) para a súmula, ou seja, não há um conteúdo predeterminado das matérias que poderão ser objeto de súmula. O limite é *formal* (ou objetivo), ou seja, deve haver divergência jurisprudencial ou controvérsia entre os órgãos do Judiciário ou entre estes e a Administração Pública acerca de determinada matéria e deve haver relevante interesse social para a sua edição (como a possibilidade de múltiplas demandas sobre o mesmo caso).

12. Limites Objetivos (segunda parte)

A súmula tem por pressuposto a jurisprudência dominante sobre uma determinada matéria e a ela deve estar limitada. Isto significa dizer que a súmula deve expressar a *ratio decidendi* de todos os casos que formaram a jurisprudência dominante que lhe deu fundamento.

É justamente por essa conexão entre a jurisprudência dominante — formada caso a caso, após a maturação necessária no Poder Judiciário — e o enunciado da súmula que podemos aceitar que ela não cause uma usurpação de funções ou que não configure uma violação ao princípio da separação dos poderes. De igual modo, é até esse limite que vai a legitimidade conferida pela Constituição para a edição dessas normas jurídicas gerais e abstratas pelo Poder Judiciário.

Se o Supremo Tribunal Federal passasse a editar enunciados desconectados daquilo que tenha ficado assente na sua jurisprudência dominante, ou seja, súmulas vinculantes que não expressassem a *ratio decidendi* das decisões que formaram a jurisprudência dominante, agiria como um autêntico legislador. Isto porque o órgão jurisdicional é demandado para decidir a controvérsia nos limites do pedido, ele só é provocado a decidir e desenvolver a sua exegese em torno dos motivos determinantes para a solução do caso concreto. Esta é decorrência do princípio da inércia jurisdicional, o qual se apresenta como uma das características marcantes do processo jurisdicional e que o torna diferente — além de outras marcas — do processo legislativo.

O que devemos notar é que será justamente em torno dos motivos relevantes que se desenvolverá o processo judicial, no qual as partes demonstrarão as suas razões e serão garantidos o contraditório e a ampla defesa.

Em se admitindo que o Supremo Tribunal Federal pudesse editar enunciados que consagrassem questões paralelas ou inteiramente novas, estar-se-ia desvirtuando todo o *modo* (processo) próprio da atividade jurisdicional, porque ele estaria (i) agindo de ofício, (ii) sem a observância do contraditório e da ampla defesa e (iii) além dos limites da demanda. A atividade jurisdicional perderia sua nota típica, tornando-se, nessas hipóteses, uma atividade verdadeiramente legislativa (em um processo mais aproximado do legislativo que do jurisdicional).

Dessarte, a súmula vinculante que consagre questões paralelas (*obiter dicta*), ou, o que é pior, questões inteiramente novas, será inconstitucional, por usurpação de funções, violação ao princípio de separação de poderes e da própria cláusula constitucional da súmula vinculante, já que, repita-se, estariam sendo igualadas as atividades legislativa e jurisdicional.

Este é o limite máximo dentro do qual pode-se pensar na edição de normas gerais e abstratas pelo Poder Judiciário. Do contrário, estar-se-ia, simplesmente, colocando nas mãos do Supremo Tribunal Federal uma função idêntica a do legislador, aí sim, com flagrante violação ao princípio da separação dos poderes e com a confusão das duas funções num só poder.

De toda sorte, o controle da constitucionalidade das súmulas deverá ser feito pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sendo presumida a sua conformidade com a Constituição, até decisão em contrário.

13. Procedimento Específico para a Edição da Súmula (e sua auto-aplicabilidade)

O procedimento específico interno no Supremo Tribunal Federal para a edição de uma súmula vinculante não vem inteiramente disciplinado na Constituição. Tal disciplina deverá ser feita por lei, como se depreende da própria redação dada ao texto constitucional.

Desde logo, sobressai a questão da auto-aplicabilidade da súmula vinculante, tendo em vista expressões “na forma estabelecida em lei”, do *caput* do art. 103-A, e “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei”, no §2º do mesmo artigo. A lei disporia, principalmente, sobre o procedimento específico de edição ou revisão das súmulas vinculantes, inclusive sobre os legitimados à sua provocação.

Com efeito, é difícil prever o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à auto-aplicabilidade do dispositivo. A meu sentir, a disciplina constitucional tem densidade normativa suficiente para ser aplicada imediatamente, na medida em que traz a disciplina dos legitimados para provocar a edição da súmula, trata dos seus efeitos, dos seus pressupostos, dos seus limites objetivos e subjetivos e do quorum para sua edição. Em razão disso, não veria problemas a que as particularidades do procedimento de edição das súmulas fosse, ainda que provisoriamente, disciplinado no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

De qualquer modo, esse procedimento não terá nada de semelhante ao processo jurisdicional: não haverá contraditório, ampla defesa, imparcialidade, necessidade de provocação (pode ser instaurado de ofício ou mediante provocação), etc. Diante dessas circunstâncias poder-se-ia alegar que o juiz estaria agindo como legislador, eis que abandonaria a sua passividade no plano processual, ele mesmo provocando e defendendo a edição ou a revogação da súmula.

Não obstante seja verdade que o procedimento de edição da súmula não seja tipicamente jurisdicional (quer dizer, não se assemelhe a um processo judicial), o Supremo Tribunal Federal não estará agindo como legislador, haja vista que a edição da súmula tem por *pressuposto* a *divergência jurisprudencial* ou a *controvérsia* entre Judiciário e Administração Pública, e seu enunciado é *objetivamente limitado* pelo que tenha ficado assentado em debate anterior, *travado no curso de processos jurisdicionais*. O procedimento de edição é, portanto, *meramente auxiliar* e não *determinante* do conteúdo da súmula.

É justamente essa a principal nota diferencial entre o sistema dos precedentes e o sistema da súmula vinculante, já que não é a decisão (o precedente) que tem efeito vinculante, mas a própria súmula. Com isso, deixa-se ao tribunal que a edita o trabalho de identificar a *ratio decidendi* da jurisprudência.

Essa nota peculiar não desvirtua a atividade jurisdicional, que permanece marcada por um processo cercado de garantias e caracterizada pela passividade no plano processual. É, tão-somente, como disse, uma *nota peculiar*, não passando de mero *procedimento auxiliar*, sendo muito mais relevante que ele o processo jurisdicional desenvolvido para a construção da jurisprudência que dá fundamento à súmula.

Sustento, por tais razões, que caso o enunciado da súmula não expresse a *ratio decidendi* da jurisprudência, mas outras questões, ainda que tenham sido paralela-

mente discutidas nas decisões que compunham a jurisprudência que serviu de base para a sua edição, a súmula será inválida.

14. As Críticas à Súmula Vinculante

É curioso observar que muitas das críticas lançadas contra a súmula vinculante foram também vistas contra a ação declaratória de constitucionalidade. Passado já algum tempo, viu-se que o temido instituto ação declaratória não trouxe os males propalados. Ao contrário, ocorreu a sua generalização, ao ponto de ter-se consolidado o entendimento de que a ação declaratória nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado.⁴³

Todos os argumentos contrários resolvem-se, segundo creio, na possível violação do princípio constitucional da separação dos poderes, com a confusão entre as atividades legislativa e jurisdicional, e na legitimidade democrática do Poder Judiciário para editar normas gerais e abstratas, sendo os demais mera decorrência desses dois. De todo modo, a abordagem pontual de cada uma das críticas permite uma melhor visualização do tema.

Não se deve, contudo, perder de vista que somente são pertinentes as críticas feitas ao sistema da súmula vinculante em contraposição às cláusulas pétreas da Constituição, eis que, implementada por meio de emenda constitucional, caso venha a se contrapor a outras normas constitucionais, a questão é simplesmente resolvida pelas regras tradicionais de conflito de normas.

14.1. Independência dos Juízes

Crítica das mais comuns diz respeito à *independência dos magistrados*, que estaria sendo tolhida, na medida em que estes não mais poderiam julgar todos os casos de acordo com a sua livre-convicção, mas de acordo com uma interpretação pré-fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Perderiam, assim, a liberdade de interpretar a lei no caso concreto.

Tal oposição parte da premissa equivocada de que a súmula seria um esquema interpretativo, uma “camisa-de-força” como se costuma dizer e não uma *norma jurídica geral e abstrata*. Como um comando geral e abstrato, a própria súmula deverá ser interpretada, até mesmo para determinar se aquela súmula é ou não aplicável ao caso concreto, de modo que não funcionará o juiz como um simples autômato, nem será desvirtuada a sua atividade.

É claro que, em princípio, quanto mais súmulas tiverem de ser observadas pelo julgador, menor será o seu âmbito criativo. Entretanto, o mesmo ocorre com a lei ou quaisquer outras normas jurídicas gerais e abstratas. Toda vez que o Poder Legislativo edita uma norma sobre determinado assunto pode ser diminuído o âmbito criativo do julgador, que passa a estar submetido a uma quantidade maior de normas

43 MENDES, Gilmar Ferreira. *A Ação...* cit., p. 120/121.

jurídicas. É, portanto, normal que a atividade jurisdicional seja limitada por normas, podendo, também, ser limitada por súmulas vinculantes. A questão, dessarte, resolve-se, como havia dito, na possibilidade ou não dos juízes elaborarem normas gerais e abstratas, isto é, no princípio da separação dos poderes e na legitimidade dos juízes.

Por outro lado, nem toda matéria se presta a reduzir-se em súmula, como, por exemplo, questões típicas de responsabilidade civil, em que os fatos são determinantes para a solução do litígio. Além disso, de modo geral, somente questões específicas poderão ser postas em súmulas, ou seja, questões que digam respeito a um tipo determinado de demanda ou a uma tese jurídica em particular, caso contrário, se a súmula consagrasse princípios mais genéricos, que servissem ao deslinde de vários tipos diferentes de demandas, dificilmente o seu enunciado seria suficientemente claro e, dessarte, comportaria múltiplas interpretações, frustrando-se a sua finalidade de uniformizar a jurisprudência.

A aplicação da súmula vinculante, portanto, não viola a independência do magistrado, assim como não a viola a imposição de que os juízes apliquem as regras da Constituição ou do Código Civil: a aplicação de regras preexistentes faz parte da atividade jurisdicional.

Demais disso, a posição do Supremo Tribunal Federal como intérprete máximo da Constituição resulta em que suas decisões, na verdade, revelam (ou, melhor dizendo, constroem) o conteúdo das normas constitucionais. Razão pela qual, obedecer às decisões do Supremo Tribunal Federal é, a todo rigor, obedecer ao sentido normativo da Constituição. O julgador de instância inferior que se afasta deliberadamente das interpretações da Corte Constitucional, a pretexto de fazer justiça no caso concreto, acaba por contribuir para a insegurança jurídica, para um tratamento desigual de situações idênticas e para o aumento dos recursos, uma vez que a parte prejudicada não poupará (pelo menos não deveria poupar) esforços em ver seu direito afinal resguardado pelo Supremo Tribunal Federal.

14.2. “Crime de Hermenêutica”

Havia, entretanto, disposição no Projeto de Emenda à Constituição nº 96/92 que realmente violentaria a independência do magistrado. Era o que alguns autores,⁴⁴ invocando célebre frase de RUY BARBOSA, denominaram de crime de hermenêutica. O § 4º do art. 98, da proposta, afinal suprimido na Reforma do Judiciário, dizia que “o reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante (...) configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções”.

Desse modo, não estaríamos mais diante de um problema de impor aos juízes a observância de normas jurídicas postas pelo Supremo Tribunal Federal. Estar-se-ia impedindo que o magistrado interpretasse o ordenamento jurídico, atividade que lhe

⁴⁴ Dentre os quais, EVANDRO LINS E SILVA, no artigo “Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante”, publicado na Revista Consulex, de 31/05/1997.

é inerente. Em princípio, a única “sanção” aplicável ao juiz que dê interpretação à lei ou à súmula é a reforma ou anulação do julgado, por meio de recurso ou mesmo de reclamação.

14.3. Acesso à Justiça

Outros sustentam a violação ao princípio do acesso à justiça, já que os cidadãos não mais poderiam se aventurar em pleitos que já tivessem sido objeto de súmula vinculante.

Creio, contudo, que ocorre justamente o contrário. De fato, a súmula vinculante pode contribuir para o acesso à justiça, tida a expressão na sua acepção mais ampla: a de *acesso a uma ordem jurídica justa* e não apenas de acesso ao Poder Judiciário. Nada mais injusto para os cidadãos do que, ao tentarem, por exemplo, haver um tributo indevidamente pago, terem de se submeter a todas as instâncias de julgamento, até o Supremo Tribunal Federal, para que vejam os seus direitos garantidos, principalmente quando a matéria já seja pacífica.

Tais expedientes somente resultam em prejuízos à parte e aos demais cidadãos. À parte, na medida em que vê o seu processo se prolongar injustificadamente; aos demais cidadãos, porque o funcionamento do aparato Judiciário é extremamente dispendioso, não havendo razões para prolongarem-se em instâncias questões já resolvidas pela jurisprudência.

As matérias que serão objeto de súmula somente serão aquelas que já configuram jurisprudência dominante no seio dos tribunais. O que devemos nos perguntar é por que prolongar um pleito até o “terceiro” ou o “quarto” graus de jurisdição para um desfecho previsível desde o ajuizamento da ação? Não há qualquer motivo plausível.

Não há como sustentar que o uso abusivo de recursos com caráter nitidamente protelatório contribua para o acesso à justiça (poderá contribuir, certamente, para o acesso a um número exagerado de instâncias de julgamento). Ao contrário, acesso à justiça é, para dizer o mínimo, acesso a uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

Não é só no Brasil e nos países filiados ao sistema da *Common Law* que tem-se privilegiado o sistema de precedentes vinculantes. RENÉ DAVID nos dá notícia de vários países que adotam algum tipo de precedente obrigatório, *verbis*:

“Contrariamente ao que em geral é admitido, pode excepcionalmente fazer-se com que, num dado país, se torne obrigatório para os juízes seguirem determinado precedente, ou linha de precedentes.

A autoridade do precedente liga-se, assim, na Alemanha Federal, às decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional (Bundesgesetzblatt). Ela liga-se na Argentina e na Colômbia, às decisões do Supremo Tribunal proferidas em matéria constitucional e, na Suíça, os tribunais cantonais estão igualmente vinculados pela decisão do Tribunal Federal, quando este tenha declarado inconstitucional uma lei cantonal. A autoridade do precedente é reconhecida em Portugal às decisões (assentos) proferidos pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, logo que tenham sido

publicadas no jornal oficial (Diário da República) e no Boletim do Ministério da Justiça; ela é reconhecida na Argentina às decisões do Supremo Tribunal, quando este é obrigado a pronunciar-se pela via dum recurso extraordinário; ela é igualmente reconhecida, pelo menos no que concerne às jurisdições inferiores, às decisões de unificação que podem proferir, em condições especiais, na Turquia, o Tribunal de Cassação ou o Conselho de Estado”⁴⁵.

Ora, não há como afirmar que os juízes nos Estados Unidos, na Argentina, na Inglaterra ou na Alemanha sejam menos independentes que os juízes no Brasil. Ninguém dirá que aqui o princípio do acesso à justiça seja mais garantido e respeitado que nesses outros países. São, como se vê, falsos argumentos, eis que a prática desses países demonstra a possibilidade de implementação de precedentes vinculantes sem que ocorram as conseqüências nefastas que proclamam os críticos da súmula vinculante.

Não se estará pondo uma “camisa-de-força” nos juízes, não se estará reduzindo-os a meros autômatos e nem se estará “engessando” o ordenamento, até mesmo porque o progresso do Direito e os precedentes vinculantes podem conviver perfeitamente, como a experiência de outros países demonstra.

Ademais, conforme já mencionado, em nosso próprio ordenamento jurídico já existe o precedente vinculante nas decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade. Se a súmula fosse inconstitucional, a ação declaratória de constitucionalidade também seria, mais do que isso, seria também inconstitucional a ação direta de inconstitucionalidade, o que, certamente, qualquer um consideraria um absurdo.

14.4. Princípio da Separação dos Poderes

O princípio da separação dos poderes é hoje tido como um princípio geral de Direito Constitucional, inscrito na nossa Constituição como um de seus princípios fundamentais. A sua formulação já se encontra sugerida em ARISTÓTELES; posteriormente JOHN LOCKE e ROUSSEAU também conceberam uma doutrina de separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e propagada por MONTESQUIEU. Teve sua positivação nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.09.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem⁴⁶.

⁴⁵ *Os Grandes...* cit. pág. 127/128.

⁴⁶ Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 110.

O princípio da separação dos poderes, no entanto, não deve mais ser visto com a mesma rigidez com que foi concebido. Hoje se fala em independência e harmonia, de maneira que cada Poder exerça a sua função característica de modo predominante, mas não exclusivo, como explica JOSÉ AFONSO DA SILVA, “há interferências (entre os Poderes), que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”⁴⁷.

Como nos dá notícia CAPPELLETTI⁴⁸, somente na França a separação dos poderes permanece ainda bastante rígida. Lá não há que se falar em controle da constitucionalidade das leis ou mesmo controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Existem órgãos próprios ligados ao Poder Legislativo para o controle da constitucionalidade — o *Conseil Constitutionnel* — que atua apenas em via preventiva, e órgãos ligados ao Poder Executivo que possuem *jurisdição* exclusiva para o controle de seus atos.

Nos demais países, a doutrina da separação dos poderes deu lugar à concepção norte-americana dos *checks and balances*, “inspirada não na ideologia da nítida separação, mas na do recíproco controle equilíbrio dos poderes do Estado. Pelo que, à luz desta concepção, se explica perfeitamente, por um lado, como o poder judiciário possa controlar, na América, a legitimidade constitucional das leis — e também dos atos administrativos e, por outro lado, como os poderes legislativos e executivo possam, como (...) intervir, por sua vez, no momento da escolha e da nomeação dos juízes da Supreme Court (e não apenas desta Corte)”⁴⁹.

Portanto, é pela aceitação da concepção dos *checks and balances* que podem ser justificadas ingerências de um Poder na atividade do outro, ou mesmo o exercício por um Poder de uma função típica ou predominante de outro. Somente com essa concepção poder-se-á aceitar o controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, a edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, ou, ainda, para não citar mais exemplos, a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Da mesma forma, será assim justificado o controle concentrado da constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, qualidades estas que atribuem às decisões proferidas em ações diretas de constitucionalidade características típicas de uma lei, sendo, *mutatis mutandis*, assim como a súmula vinculante, normas jurídicas gerais e abstratas.

Não há, dessarte, qualquer violação ao princípio da separação dos poderes inscrito no art. 2º da nossa Constituição. É que o princípio constitucional não tem a rigidez que alguns pretendem lhe dar; ao contrário, a concepção consagrada, é, como dito, a dos freios e contrapesos (*checks and balances*); de outro modo, haveria de

47 *Curso...* cit. pág. 111.

48 *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, Trad. AROLDO PLÍNIO GONÇALVES. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, pág. 96.

49 CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle...* cit. pág. 98.

ter-se por “inconstitucionais” diversas ingerências recíprocas entre os poderes, até talvez as que foram consagradas pelo próprio constituinte originário.

14.5. Legitimidade Democrática do Poder Judiciário

Outra objeção que também tem sido lançada contra a súmula vinculante diz respeito à falta de legitimidade democrática dos juízes para elaborar normas jurídicas gerais e abstratas. LORD DEVLIN em oposição à criação jurisprudencial do Direito, assim se expressava:

É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário”⁵⁰.

CAPPELLETTI teve a oportunidade de traçar várias considerações sobre o problema da legitimação do Poder Judiciário para a criação de normas gerais e abstratas, concluindo, ao final, pela sua possibilidade⁵¹. São quatro os argumentos utilizados pelo autor:

Em primeiro lugar, CAPPELLETTI observa que já não se tem mais a visão utópica de que os poderes ditos “políticos” pudessem alcançar com perfeição o consenso dos governados ou ao menos de sua maioria. Ressalta que, apesar de a contemporização dos interesses de todos ou da maioria ser um objetivo que não deva ser abandonado, nem sempre ela ocorre na prática. Isto é, pode-se ter uma política de governo ou uma lei que venham a ser reprovadas pela maior parte da população.

Assim, etiquetas como “voz da maioria”, “democrático” ou “não democrático” haveriam de ser *relativizadas*, podendo-se, assim, ter-se como democráticas as decisões vinculantes do Poder Judiciário.

O segundo é o de que apesar de os juízes das cortes superiores não serem eleitos, eles são nomeados pelos demais poderes, *i. e.*, não são juízes de carreira, e, sendo nomeados, deverão refletir, mais ou menos, o pensamento político de quem os nomeou⁵². E a nomeação em si, feita por órgãos democraticamente eleitos, garantiria a sua legitimidade. No Brasil, especificamente, os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são nomeados pelo Presidente da República

50 “*Judges and Lawmakers*”, em *Modern Law Rev.*, 39 (1976), pág. 16, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes...* cit., pág. 93.

51 *cf.* *Juízes...* cit., pág. 92/107.

52 FRANKLIN ROOSEVELT, entretanto, teve inúmeros problemas com a Suprema Corte nos Estados Unidos, que, naquela época, não compartilhava de suas idéias, dificultando a política do *New Deal*. Atualmente, verifica-se, também, contraposição do Supremo Tribunal Federal com o Governo Federal, em casos de correção dos salários do funcionalismo público, do FGTS, etc.

e submetidos à aprovação do Senado Federal (p. único do art. 101 e p. único do art. 103 da Constituição da República).

O terceiro argumento é no sentido de que, em determinadas situações, o Judiciário poderá mostrar-se apto a contribuir para uma representatividade mais generalizada. Afinal, grupos que não tenham audiência perante os demais poderes poderiam se fazer ouvir pelo Judiciário, em razão da estrutura do processo jurisdicional, que pressupõe o tratamento igualitário das partes e a oitiva das suas respectivas razões (contraditório e ampla defesa)⁵³.

O quarto argumento tem por base a lição de MILTON FRIEDMAN, que afirma:

*“A preservação da liberdade exige a eliminação (da) concentração de poder (...) e a (...) distribuição do tanto de poder que não possa ser eliminado, vale dizer, um sistema de checks and balances”*⁵⁴.

Dessarte, um Judiciário ativo, dinâmico e criativo talvez seja capaz de melhor assegurar o sistema de *checks and balances*, pela descentralização do poder legislativo, dando-se também ao Judiciário poder para elaborar normas jurídicas gerais e abstratas.

Um quinto argumento, não citado por CAPPELLETTI, mas decisivo para a compreensão da legitimidade democrática, é o que parte dos mesmos motivos pelos quais os juízes não eleitos têm legitimidade para decidir o caso concreto. A sua legitimação é, formalmente, conferida pela própria Constituição.

15. Conclusão

O objetivo deste trabalho foi o de apresentar os contornos da súmula vinculante. Não se pode esquecer que se trata ainda de um exercício prematuro de análise, haja vista que, só com a prática efetiva do Supremo Tribunal Federal — e dos demais órgãos do Judiciário — poder-se-á enfrentar com mais segurança o assunto. Quis também firmar alguns pressupostos doutrinários que entendo importantes para o

53 Nesse sentido, SHAPIRO, Martin. *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1966, pág. 37, *apud*, CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes... cit.*, pág. 99: “São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes “políticos”, que a Corte pode melhor servir (...) Enquanto, efetivamente, são essencialmente políticos os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os procedimentos da Corte, pelo contrário, são judiciários. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate contraditório (*adversary*) entre duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena.”

54 *Capitalism and Freedom*, 4ª Ed., Chicago & London, The University of Chicago Press, 1975, pág. 15, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes... cit.*, pág. 106.

conhecimento da súmula: a criação do Direito pelos juízes; as diferenças processuais entre as atividades jurisdicional e legislativa; a caracterização da súmula como norma jurídica geral e abstrata; e a sua relação com a doutrina do *stare decisis*.

É importante compreender a súmula vinculante no contexto em que se insere. De um lado, a tendência geral de valorização da jurisprudência. De outro lado, a necessidade de conferir mais agilidade ao Poder Judiciário, com a diminuição de recursos e com o desenvolvimento de mecanismos que dêem celeridade ao processo decisório.

Ao lado da súmula vinculante, encontra-se a previsão do art. 102, §3º, que exige a comprovação da relevância das questões postas em recurso extraordinário para a coletividade — a qual se destina, claramente, a diminuir o número de recursos no Supremo Tribunal Federal —, e as súmulas impeditivas de recurso, previstas na segunda parte da Reforma do Judiciário, ainda pendente de aprovação. Em conexão com a problemática da redução de recursos, observa-se um movimento de reforço da posição dos tribunais superiores como cortes vocacionadas antes à uniformização da jurisprudência do que à justiça do caso concreto e do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional.

É inegável que a enorme quantidade de recursos submetidos aos tribunais superiores dificulta demasiadamente o exercício de sua função precípua de uniformização da jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal estima-se que julgue mais de cem mil processos por ano, o que prejudica a divulgação de seus posicionamentos na comunidade jurídica e nos demais órgãos do Poder Judiciário.

Vale destacar, atacando outro aspecto do excesso de feitos, a importante observação de EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI, que identifica a completa desvirtuação do trabalho das cortes superiores, que, de tão assoberbado, passa a ser executado por funcionários não investidos de jurisdição:

*“Geralmente, o volume de trabalho dos supremos acaba excedendo a capacidade de seus membros, o que se observou universalmente, a ponto de nos Estados Unidos haver provocado o Judiciary Act de 1925, que aumentou a jurisdição discricionária e diminuiu a de apelação. Por conseguinte, isto provoca que as cúpulas tenham de se valer de equipes, às quais se delegam funções, tanto jurisdicionais (secretários e auxiliares que redigem as sentenças), quanto administrativas (exercício de poder verticalizador). Por fim, cai-se em uma ficção, pois a cúpula não tem o poder, senão que na cúpula se encontra um conjunto de empregados e funcionários sem jurisdição, que são os que exercem o verdadeiro poder e que têm realmente mais arbítrio que os próprios juízes, que materialmente lhes estão subordinados. Em síntese: os juízes se acham subordinados aos empregados, o que afeta ainda mais sua auto-estima e, além disso, potencializa as intrigas e aumenta o condicionamento paranóide.”*⁵⁵

55 “Poder Judiciário — Crise, Acertos e Desacertos”, trad. JUAREZ TAVARES, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 160/161, *apud* RODOLFO MANCUSO, *Divergência...* cit., pág. 99

Esse problema foi sentido nos Estados Unidos pela sua Corte Suprema, a qual, pelo Judiciary Act de 1925, teve ampliado o seu poder discricionário na escolha dos casos que iria julgar: é o que se denomina de *writ of certiorari*, algo semelhante — porém mais rigoroso — ao novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Lá, em regra, os casos não são admitidos e apenas alguns poucos, que servirão de precedente para casos futuros, chegam a ser efetivamente julgados. Em 1995, por exemplo, a Suprema Corte recebeu perto de 5.000 propostas de recursos, admitiu 300 e julgou apenas 180.⁵⁶

A necessidade de um mecanismo discricionário de escolha dos julgados nas cortes superiores é enfatizada pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, *verbis*:

“O primeiro desses métodos (que se encontram no Direito comparado e que deviam ser adotados em conjunto à súmula vinculante) é a técnica da jurisdição discricionária do certiorari americano, praticado desde 1920, que parte do pressuposto de que para fazer justiça às partes existem as duas instâncias ordinárias; que os recursos do tipo extraordinário existem no interesse público, no interesse da uniformidade e da autoridade do Distrito Federal e, por isso, as cortes postas na cúpula têm o poder de selecionar aquelas causas que entendem relevantes e oportunas examinar naquele momento. Assim, o que explica que obviamente não são cento e oitenta litigantes que batem às portas da suprema corte americana a cada ano. São, sem comparação conosco, cerca de cinco mil cento e oitenta decisões que a corte resolve tomar (...) Coisa semelhante ocorre na Alemanha, com a queixa constitucional. Já tive a oportunidade de observar, apenas 2% dessas queixas chegam à decisão da corte. O resto é sumariamente eliminado por uma comissão rotativa. A Argentina vem de adotar a técnica do certiorari americano. O Brasil viveu essa experiência, desde a emenda do chamado Pacote de Abril de 1977 até a Constituição de 1988, com redução significativa na carga de trabalho do tribunal”⁵⁷.

É impossível prever o sucesso ou insucesso desses mecanismos. Como sói acontecer, as reformas são feitas sem estudos prévios — especialmente estudos estatísticos — que sirvam de base a identificar onde de fato estão os problemas a serem resolvidos. Não se encontra, por exemplo, estudos estatísticos amplos sobre a utilização dos mecanismos que dão eficácia quase normativa às súmulas e jurisprudência dominantes previstos no Código de Processo Civil; não se sabe qual a efetividade das súmulas não vinculantes, isto é, não se tem dados sobre a quantidade de casos em que são descumpridas (o que responderia à questão de se as súmulas

56 Dados de VELLOSO, Carlos. “O Poder Judiciário e a Súmula Vinculante”. Revista da EMERJ., vol. 2. nº 5., p. 28.

57 Cadernos do Senado. p. 33, apud SILVA, José Anchieta da. A Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pág. 67.

não vinculantes já não poderiam fazer papel idêntico ao das novas súmulas vinculantes).

Além disso, a transformação da feição dos tribunais superiores em cortes de uniformização de jurisprudência e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal em autêntica Corte Constitucional depende da capacidade de seus membros de produzir julgados coerentes e com fundamentações sólidas e completas. Uma decisão paradigmática deve atender aos contornos mais importantes da questão, deve deixar menos dúvidas do que soluções como forma de possibilitar a sua aplicação em casos futuros e requer que o julgador tenha consciência de que a mesma *ratio* empregada será repetida em casos futuros (o que implica na necessidade de analisar com ainda mais profundidade os possíveis efeitos de cada decisão e da argumentação jurídica utilizada). A consciência de que cada decisão servirá não apenas para o caso concreto, mas para todos os que se sigam é imprescindível e tal consciência deve ficar refletida na qualidade das decisões emanadas e de suas respectivas fundamentações. Em última análise, o sucesso da Constituição — e de toda ordem jurídica, portanto — depende, em grande parte, da qualidade pessoal dos membros do Poder Judiciário, e, especialmente, daqueles que ocupam as mais altas Cortes do país.